



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Magistrado ponente

SP17459-2015

Radicación n° 46139

(Aprobado Acta No.446)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015).

La Sala se pronuncia respecto del recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual condenó a **JOHAY CONTRERAS AGUDELO**, en su condición de Fiscal 34 Local de Bogotá, por el delito de concusión.

I. HECHOS

Del expediente se extrae que a mediados del año 2005 IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO le prestó el vehículo identificado con placas BSA-481 para un viaje de negocios a ADRIANO SERGIO GÓMEZ COTES. No obstante, éste no le devolvió dicho automotor, motivo por el cual la mencionada

ciudadana presentó denuncia penal por el delito de abuso de confianza, la cual le correspondió a la Fiscalía 34 Local de Bogotá, a cargo de JOHAY CONTRERAS AGUDELO, quien el 27 de noviembre de 2007 ordenó la retención del automóvil.

En cumplimiento de esta orden, el 16 de enero de 2008 la Policía Nacional de Neiva (Huila) recuperó el vehículo. Sin embargo, el fiscal JOHAY CONTRERAS AGUDELO exigió a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO la suma de \$5.000.000.00 para devolverlo. Para el pago de ese valor, el 5 de febrero de 2008, ésta entregó al nombrado funcionario \$2.000.000.00 en efectivo y garantizó el pago del faltante para el 5 de marzo de 2008 mediante los cheques post fechados N° GB526178 por \$1.000.000.00 y GB526179 por \$2.000.000.00.

El 5 de marzo de 2008, IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO le consignó \$1.000.000.00 a JOHAY CONTRERAS AGUDELO en su cuenta de ahorros N° 126120070 del banco BBVA, y le solicitó un plazo para sufragar la proporción adeudada.

Debido a que “CALIXTO” –empleado de la aseguradora del vehículo— le comentó a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO que el fiscal no debía pedirle dinero para entregarle el vehículo, aquélla presentó denuncia contra el referido servidor público, quien fue capturado el 13 de noviembre de 2008, tras recibir de parte de la víctima \$1.500.000.00, producto de una entrega vigilada organizada por policía judicial.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

En audiencia efectuada en sesiones del 18 de mayo y 5 de octubre de 2008 y 5 de abril de 2010, la Fiscalía acusó a JOHAY CONTRERAS AGUDELO como autor de la conducta punible de concusión.

Los días 10 de mayo, 11 de junio, 15 de julio, 19 de agosto, y 30 de septiembre de 2010, 18 de febrero, 25 de abril y 9 de mayo de 2011, 5 de febrero, 19 de diciembre de 2013 y 25 de junio de 2014 se efectuó la audiencia preparatoria.

El juicio oral se adelantó los días 23 de julio, 19, 20, 21 y 25 de agosto, 1º de septiembre de 2014, 5 y 26 de febrero de 2015, al cabo del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá anunció que la sentencia sería condenatoria, cuya lectura tuvo lugar el 8 de mayo de 2015.

Contra esa decisión, el defensor interpuso recurso de apelación, motivo por el cual el proceso arribó a la Corte Suprema de Justicia.

III. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Superior de Bogotá condenó a JOHAY CONTRERAS AGUDELO a las penas principales de 108 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 89 meses 4 días y al pago de 78,56 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, como autor responsable de concusión.

En sustento de su decisión, adujo que, en el juicio oral, IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO narró cómo el fiscal acusado le solicitó \$5.000.000.00 para distribuir entre los policías que recuperaron el vehículo, so pena de perderlo nuevamente, exigencia frente a la cual le dio a éste \$2.000.000.00, quien a su vez libró los oficios mediante los que ordenó la entrega del automotor.

La víctima, continuó el Tribunal, dijo que le garantizó el pago del excedente al procesado con dos cheques post fechados, títulos valores aportados a la investigación.

Debido a que un empleado de la compañía de seguros que amparaba el automotor le explicó a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO que la entrega del carro no generaba pago alguno a la administración de justicia, denunció a JOHAY CONTRERAS AGUDELO, hecho a partir del cual la Fiscalía ordenó a la policía judicial la realización de varias actividades investigativas: la interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y una entrega vigilada.

El *a quo* otorgó plena credibilidad al testimonio de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, dada su coherencia y coincidencia con las demás pruebas obrantes en la actuación.

Destacó que se anexaron las consignaciones efectuadas por la víctima en la cuenta personal del enjuiciado y los dos cheques post fechados girados a favor de éste.

Producto de las interceptaciones de comunicaciones, se incorporaron al juicio oral algunas de las grabaciones de conversaciones sostenidas entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO los días 19 de agosto, 25 del mismo mes y año, 10 y 13 de noviembre de 2008, en las que se escucha que la víctima le recuerda al procesado que le entregó \$3.000.000.00 y que falta por cancelar \$2.000.000.00, al tiempo que le solicita que le garantice que nadie va a pedirle más dinero por la devolución del vehículo, ante lo cual es evidente la incomodidad de aquél, quien le contesta que esos temas deben ser tratados personalmente y procede a llamar a la víctima de otro teléfono.

Igualmente, obra el audio y video de la reunión del 6 de septiembre de 2008 entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO, en la que éste reitera a aquélla que deben cuidarse de hablar por teléfono, debido a que su celular se encuentra interceptado, a la vez que la ofendida manifiesta su preocupación respecto a la solicitud de dinero por otras personas.

Las anteriores conversaciones, a juicio del Tribunal, indican que el acusado, quien exhibe una actitud incómoda y nerviosa, le exigió \$5.000.000.00 a la ofendida por motivo de la devolución del vehículo y que ésta le pago \$3.000.000.00.

Por supuesto, reseñó el Tribunal, el defensor señaló que entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO existía una relación sentimental, en el marco de la cual éste le prestó un dinero a aquélla. Sin embargo, tal tesis, advirtió el *a quo*, nunca fue probada. Por el contrario, prosiguió el juzgador, las conversaciones lo que muestran es que el acusado, abusando de su cargo, le solicitó a la mencionada ciudadana la entrega de una suma de dinero para recuperar su vehículo, actuación seguida de un acoso y “filtreo atrevido” para cobrar el faltante.

Agregó que si en gracia a discusión se aceptara la existencia de esa relación sentimental, no se entendía por qué JOHAY CONTRERAS AGUDELO no se había declarado impedido para conocer de la investigación penal por abuso de confianza.

El Tribunal admitió que luego de haber la víctima entregado al acusado \$2.000.000.00, éste procedió a ordenar la devolución del automotor. No obstante, recuerda, aquél continuó exigiéndole el pago del saldo aprovechándose que tenía en su poder los dos cheques post fechados que le fueron girados en garantía.

Por lo tanto, el *a quo* concluyó que JOHAY CONTRERAS AGUDELO, en su condición de fiscal, le solicitó a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO \$5.000.000.00 a cambio de entregarle su vehículo, sin dejar de lado que le advirtió a aquélla que podía perderlo nuevamente.

Claro está, el defensor solicitó la exclusión de los CDS contentivos de las grabaciones de conversaciones y reuniones sostenidas entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO, como también de los informes policivos relacionados con los resultados de las labores de vigilancia y seguimiento pasivo y de una entrega vigilada.

Sobre el particular, el Tribunal inició por advertir que el disckette gld250709021350cctw y el CD 7192105RC16373 no fueron presentados en el juicio oral.

En lo concerniente a los CDs memorex 1h3104k12210712s 1h3104K12210494s5, LH3116KL211526904 y MAPN32LG162153674, reiteró lo expuesto en providencia del 19 de diciembre de 2013, confirmada por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que al juez penal municipal con función de control de garantías sólo le compete revisar la legalidad de la actuación, no el contenido de las interceptaciones.

En relación con la supuesta falta de justificación de la orden de vigilancia y seguimiento pasivo ante el juez penal municipal con función de control de garantías, el juzgador se remitió al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que advirtió que del informe de policía puede inferirse la utilidad de la medida investigativa.

En lo atinente al cuestionamiento de la participación de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO en la entrega vigilada, reiteró que tal actuación es legal, en la medida en que el derecho a la búsqueda de la verdad amplió la facultad de las víctimas

a intervenir de forma activa en la indagación. Además, destacó, aquélla voluntariamente aceptó efectuar tal labor investigativa, sin que pueda alegarse que actuó bajo ignorancia, como quiera que si bien no reconoció el contenido del artículo 243 de la Ley 906 de 2004, en su testimonio explicó el desarrollo de la diligencia.

Adicionalmente, señaló, no es cierto que IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO haya sembrado en JOHAY CONTRERAS AGUDELO la idea criminal, toda vez que éste había consumado la conducta meses atrás a la entrega vigilada.

Respecto a los cuestionamientos por presuntas irregularidades en la cadena de custodia de algunos elementos de prueba, el Tribunal indicó que así se hubieran demostrado tales defectos, ello no torna la prueba en ilegal, sino que corresponde al juez valorar su credibilidad, examen tras el cual no encontró duda sobre la recolección y autenticidad de las evidencias, de manera que dio por cierto su contenido.

Agregó que si bien el defensor procuró a través del testimonio del investigador YEFRÍN ALEXIS GARAVITO identificar los errores en la cadena de custodia, aquél omitió indicar de qué manera los mismos afectaron la legalidad o autenticidad del medio probatorio.

Por lo tanto, negó la exclusión de los elementos probatorios.

IV. DE LA APELACIÓN

El defensor solicita que se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva a su prohijado.

Alega que el Tribunal valoró indebidamente el testimonio de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO al otorgarle plena credibilidad, pese a las múltiples contradicciones en que incurrió y su actitud evasiva frente al interrogatorio de la defensa.

Indica que el *a quo* no tuvo en cuenta que la señora IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO es contadora pública, profesión que le permitía conocer que no debía entregar dineros a servidores públicos.

Para el defensor, conforme a las reglas de la experiencia, una persona que está recibiendo dinero producto de una conducta penal no lo deposita en su cuenta personal, sino que lo oculta, de lo que concluye que el negocio efectuado entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO fue lícito.

En cuanto a las conversaciones telefónicas sostenidas entre el acusado y la víctima, asegura que, contrario a lo señalado por el Tribunal, aquéllas muestran que entre los interlocutores hubo un negocio lícito realizado con ocasión a la relación sentimental que existía entre ellos.

Refirió que en la grabación del 19 de agosto de 2008 se percibe cómo IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO saluda entre

risas y coqueteos a su representado, charlando con éste acerca de temas muy personales, con expresiones afectuosas como “mi vida” o “mi amor”. En el juicio oral aquélla admitió que JOHAY CONTRERASAGUDELO había estado en su apartamento y lo recogía en la Fiscalía para invitarlo a almorzar, hechos indicadores de una relación sentimental.

Si bien el Tribunal asegura que lo ocurrido fue un acoso, no tuvo en cuenta que IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO realizaba llamadas perdidas a su prohijado, quien las devolvía, motivo por el cual las conversaciones aparecen iniciadas por éste.

En la llamada del 25 de agosto de 2008, afirma, el *a quo* no tuvo en cuenta que JOHAY CONTRERAS AGUDELO desconoció que el motivo de la deuda fuera la entrega del vehículo; por tanto el juzgador no podía sustentar la condena sobre la base de que en esa conversación IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO insistía en estar segura de que nadie le pediría más dinero, por cuanto tal afirmación fue producto de una “prefabricación” de pruebas acordada con el investigador GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ.

Señala que en el CD contentivo de las grabaciones efectuadas el 25 de agosto de 2008 aparece una conversación entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, en la que éste le dice a aquélla que debía “picarle la lengua” a JOHAY CONTRERAS AGUDELO, “hacerlo hablar para que lo

soltara”, expresiones que indican cómo a la ofendida se le indujo a hacer incurrir en error al procesado.

Concluyó que IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, aconsejada por el investigador GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, manipuló las conversaciones sostenidas con JOHAY CONTRERAS AGUDELO, para presentarlas como pruebas de un supuesto constreñimiento para que diera dinero.

Tampoco podía deducir el Tribunal la materialidad de la conducta del hecho de que su prohijado no quisiera conversar de temas económicos por teléfono, por cuanto es bien sabido que las personas no hablan de esos asuntos por ese medio.

Además, es imposible la tipificación del delito de concusión, toda vez que, cuando se iniciaron las actividades investigativas, el vehículo ya estaba en poder de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, de donde colige que JOHAY CONTRERAS AGUDELO no tenía forma de constreñirla.

Por otra parte, insiste en la exclusión de algunos elementos probatorios, con fundamento en que existen múltiples irregularidades en su recolección y cadena de custodia. Sobre la evidencia N° 1, indicó que la solicitud de plena identidad fue solicitada por el investigador FREDY ARTURO FAJARDO, pero el resultado de tal requerimiento fue incorporado al juicio oral a través de GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, quien además admitió haberlos recibido “a mano”.

Asevera que el investigador GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ afirmó haber recolectado los comprobantes de consignación –evidencia N° 2-- mediante inspección y oficio; posteriormente dijo haberlos hallados en la casa de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y finalmente manifestó que no sabía. Es decir, estima el apelante, ni siquiera se conoce el origen de tales documentos.

Adicionalmente, en criterio del defensor, GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ tampoco podía introducir los extractos bancarios de la cuenta de ahorros de JOHAY CONTRERAS AGUDELO, como quiera que fueron solicitados por BERNARDO MURILLO CAJAMARCA, documentos recibidos en agosto de 2008, pero embalados hasta diciembre de ese año.

En la evidencia N° 4 está comprendido el informe del 21 de octubre de 2008, en el cual se relaciona el monitoreo de las líneas celulares de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO, suscrito por los investigadores RICARDO MUNAR CARREÑO y RAÚL CORREA GUTIÉRREZ. No obstante, cuestiona, ese elemento fue introducido a través de GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, quien no desplegó actuación alguna.

Los CD en los que aparecen las conversaciones del 22 y 28 de agosto de 2008 no fueron legalizados materialmente por el juez penal municipal con función de control garantías, ya

que en la audiencia preliminar la Fiscalía no los puso de presente a este funcionario.

El CD contentivo de las llamadas del 25 de agosto de 2008 fue rotulado en esa fecha por GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, quien mantuvo durante 4 meses tal elemento sin control alguno.

Igual aconteció con el CD de las interceptaciones del mes de noviembre de 2008, el cual se rotuló el 11 del mismo mes y año, mientras que sólo hasta el 1º de diciembre *ídem* aparece el primer registro de continuidad.

En el informe del 14 de noviembre de 2008 se plasmó que en llamada del día anterior IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO le había dicho a JOHAY CONTRERAS AGUDELO que llevara los cheques o no le entregaría el dinero, lo cual no es cierto, por lo que infiere que GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ miente sobre el contenido de las conversaciones.

En la evidencia N° 5 están incluidas las grabaciones de audio y video de la vigilancia y seguimiento pasivo en Carulla 116, actividades que, según GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, fueron realizadas con las cámaras de ese almacén sin mediar orden formal alguna.

Además, GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ no podía ser testigo de acreditación debido a que los CDS fueron rotulados por otros investigadores.

También cuestionó la participación de la víctima, como quiera que el artículo 243 de la Ley 906 de 2004 dispone que la vigilancia y seguimiento pasivo debe realizarse a través de policía judicial, no de particulares.

En lo que tiene que ver con la evidencia N° 6, de la que hace parte el CD correspondiente a la grabación de la captura de JOHAY CONTRERAS AGUDELO, refiere que tal medio de almacenamiento digital contiene la filmación de otras capturas, lo cual, a su modo de ver, afecta su legalidad y autenticidad, habida cuenta de que tal forma de registrar actuaciones muestra que los trámites de policía judicial fueron realizados “sin el mínimo rigor”.

Dentro de la evidencia N° 7 se incorporó el CD atinente a la grabación de la reunión sostenida entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO el 13 de noviembre de 2008, en la cual aquélla entregó a éste \$1.500.000.00. Sobre el particular, el defensor afirma que la grabación se realizó igualmente con cámaras del establecimiento Carulla sin orden de autoridad competente; el medio digital se ocultó durante algún tiempo y a dicho elemento se le efectuaron dos cadenas de custodia.

Resalta que a la víctima ni siquiera se le puso de presente el contenido del artículo 243 de la Ley 906 de 2004, como ella lo admitió en el juicio oral, tan así que terminada la entrega del dinero, aquélla se llevó los instrumentos de grabación.

Añade que las medidas de seguimiento, vigilancia y entrega contrarían el artículo 207 de la Ley 906 de 2004, por cuanto si la Fiscalía ya tenía identificado e individualizado a su prohijado, resultaba exagerado y desproporcionado ordenar tales labores de investigación, como quiera que aquél no pertenece a ninguna organización criminal.

Las anteriores irregularidades, enfatiza, fueron detalladas por el investigador YEFRÍN ALEXIS GARAVITO NAVARRO, cuyo testimonio no fue valorado por el Tribunal.

Subsidiariamente, el defensor solicita que se disminuyan las penas impuestas, teniendo en cuenta que el Tribunal no valoró que JOHAY CONTRERAS AGUDELO canceló la indemnización por los perjuicios causados a la víctima, hecho que constituye un atenuante, como lo señala el artículo 61 del C.P.

Finalmente, pide se le conceda a su defendido la prisión domiciliaria. Al respecto, argumenta que, en virtud del principio de favorabilidad, se debe valorar tal mecanismo sustitutivo bajo la perspectiva de la Ley 1709 de 2014, pero excluyendo la prohibición de concederla cuando se trate de delitos contra la administración pública, limitante que no estaba vigente para la época de los hechos en el original artículo 38 del C.P.

V. CONSIDERACIONES

La Sala es competente para resolver este asunto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la apelación contra la sentencia adoptada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial en el curso de una actuación penal.

5.1 De la exclusión de algunos elementos probatorios

La cláusula general de exclusión, prevista en el inciso final del artículo 29 de la Constitución y 23 de la Ley 906 de 2004, según la cual es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso, constituye un límite al poder punitivo del Estado, que implica la inexistencia jurídica de cualquier medio de conocimiento practicado con desconocimiento de las reglas de producción, práctica y aducción –ilegalidad— o con vulneración de derechos constitucionales fundamentales –ilicitud--.

La anterior distinción es fundamental, debido a que, tal como lo ha advertido esta Corporación, la consecuencia jurídica de una prueba ilegal e ilícita es diversa. En efecto, si el medio de prueba es ilícito debe ser excluido del ámbito de valoración del funcionario judicial; incluso, la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005, consideró que, en el nuevo sistema acusatorio, procede la nulidad del proceso cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esa prueba haya

sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

Por otro lado, si la prueba es ilegal, existen dos hipótesis. La primera, si la formalidad vulnerada no tiene carácter medular, sustancial o relevante, no debe sacarse del ámbito de valoración tal medio de convicción.

La segunda, implica que en la producción, práctica o incorporación de los actos de investigación se desconocieron los presupuestos legales esenciales, pero a diferencia de la anterior, sí debe ser excluida. Sobre el particular, en pretérita oportunidad, se advirtió:

Prevista en el último inciso del artículo 29 del texto superior, tiene por nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso probatorio, régimen de la prueba ilícita ampliado hoy no sólo a la pretermisión de los requisitos para la obtención, práctica y aducción del elemento de convicción, sino cuando ello ocurre con violación de las garantías procesales o de cualquier derecho fundamental, como la dignidad inherente a la persona humana, de ahí que se hable, en uno y otro caso, de prueba ilegal y prueba ilícita. Inicialmente tal apotegma tuvo desarrollo legal en los artículos 250 y 253 del Decreto 2700 de 1991 en los cuales se establecía el rechazo de las pruebas obtenidas ilegalmente, a la vez, en materia de libertad probatoria se conminaba el respeto de las garantías y derechos fundamentales. Luego con la Ley 600 de 2000 en los artículos 235 y 237 se insiste en el rechazo de la

práctica de pruebas «legalmente prohibidas», y que siempre bajo el más estricto respeto de los derechos fundamentales se busque la demostración, a menos que la ley exija prueba especial, de los elementos estructurales de la conducta punible, la responsabilidad, causales de agravación y atenuación punitiva, la naturaleza y cuantía de perjuicios, etc. Ya con la Ley 906 de 2004 se elevó como principio rector y garantía procesal en el artículo 23, lo que conlleva la extracción del caudal probatorio tanto de la principal, como de las que sean consecuencia o su existencia dependa de ésta. Desarrollo que se materializa también en los artículos 232, 237, 360 y 445 de tal normativa. La distinción de prueba ilegal o prueba ilícita tiene trascendencia frente a sus consecuencias, pues no siempre el castigo será la exclusión del diligenciamiento. Si se trata de la primera, cuando se ha incumplido el debido proceso probatorio, es necesario determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia para determinar su eliminación.¹

Pues bien, el defensor plantea una serie de presuntas irregularidades, sobre las que solicita la exclusión de varios medios de prueba.

En las evidencias N° 1 –plena identidad del acusado—, N° 2 –extractos bancarios del procesado--, N° 4 –informe del 21 de octubre de 2008-- y N° 5 – grabaciones de audio y video de la reunión sostenida en septiembre de 2008 entre

¹ CSJ SP 05/08/14, rad. 43.691.

JOHAY CONTRERAS AGUDELO e IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO--, asegura el apelante que tales medios de convicción fueron incorporados ilegalmente a la actuación, en la medida en que GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, supuesto testigo de acreditación, no fue la persona que los recolectó.

Al respecto, lo primero que indica la Corte es que la presunta anomalía no trae como consecuencia la exclusión de los medios de prueba, toda vez que, aparte de tratarse de una formalidad en su incorporación, la misma no tiene la relevancia suficiente para afectar su contenido, el cual no fue cuestionado por las partes.

En segundo término, GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, líder del grupo de investigadores, sí fue testigo de acreditación y estaba facultado legalmente para introducir los referidos elementos de prueba, como quiera que el artículo 429 de la Ley 906 de 2004 dispone que los documentos podrán ser ingresados al juicio oral **“por uno de los investigadores que participaron en el caso** o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”.

Sobre la evidencia N° 2 –comprobantes de consignación--, el defensor señala que no se tiene conocimiento cómo fueron recolectados tales documentos. Nuevamente, se indica al recurrente que por tratarse de un cuestionamiento sobre la legalidad de la prueba, era necesario probar su relevancia, sin que lo haya hecho ni la advierta la Corte. Por otro lado,

lo cierto es que sí se tiene certeza del origen de las mencionadas pruebas, toda vez que fueron entregadas por IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO a GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ en entrevista realizada el 22 de julio de 2007, como se muestra en la evidencia N° 10 y lo corroboró la víctima en juicio oral.

Adicionalmente, en las evidencias N° 2, N° 4 --CDS contentivos de las grabaciones de comunicaciones del 25 de agosto y noviembre de 2008--, N° 6 --CD en el que figura la grabación de la captura del procesado-- y N° 7 --reunión sostenida el 13 de noviembre de 2008 entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO-- el defensor denuncia una serie de defectos en su cadena de custodia.

Es claro para la Sala que la omisión de la cadena de custodia o su alteración, en principio, no tiene como consecuencia la exclusión de los hallazgos producto de la labor de investigación, sino el cuestionamiento de su mismidad. En efecto, cuando una prueba tiene escaso valor probatorio, dicha situación no constituye causal de exclusión, porque es un problema de eficacia demostrativa y no propiamente un cuestionamiento a la legalidad de dicho elemento, que sería lo que conduciría a la pretendida exclusión, de manera que dicho argumento tampoco está llamado a prosperar.

Además, en gracia de discusión, si pudiera atribuirse a los medios de prueba defectos en la cadena de custodia, lo

cierto es que el recurrente no hizo ningún esfuerzo por acreditar la trascendencia de los presuntos yerros de cara a la valoración de dichos elementos de convicción por parte del Tribunal, relevancia que, definitivamente, no puede predicarse en este caso, teniendo en cuenta que el fallo condenatorio no tuvo a esos elementos como único soporte demostrativo de la materialidad de la conducta punible atribuida al procesado, sino que se apoyó en los testimonios de la víctima y el investigador GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, que comparecieron al juicio para informar sobre lo que les constaba de manera directa, y otras grabaciones de llamadas y reuniones entre el enjuiciado y la ofendida.

Con relación a los CDs en los que aparecen las conversaciones sostenidas el 22 y 28 de agosto de 2008 entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO, cabe precisar que la inconformidad respecto a la falta de control material por parte del juez penal municipal con función de control de garantías ya le fue resuelta al apelante por esta Corte en auto del 19 de febrero de 2014, oportunidad en la que se indicó:

Tal como lo advierte el a quo, en la labor de interceptación de comunicaciones cuyo decreto se ordenó en la providencia apelada se cumplieron todas las exigencias contenidas en los artículos 235 y 237 de la Ley 906 de 2004, respecto de lo cual el apelante sólo se ocupa de dos cuestionamientos: que las conversaciones producto de la interceptación no fueron puestas a

disposición del juez con funciones de control de garantías en el control de legalidad posterior, y que, dado el deficiente proceso de cadena de custodia, dichos resultados ofrecen un escaso valor probatorio.

En la misma decisión adoptada por esta Corporación el 13 de julio de 2012 con el radicado 36562, se advirtió que lo que se ponía a disposición del juez con funciones de control de garantías era la labor investigativa para efectos de que se verificara la legalidad del procedimiento y la proporcionalidad de tal medida.

*En efecto, el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 al precisar lo que ha de ser objeto del control judicial, señala que: “Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, **para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.**”*

De suerte que, lo que el juez con funciones de control de garantías debe preguntarse en la audiencia de control posterior, es si fue legal la forma en que se intervino la intimidad, para lo cual no es necesario que se le ponga a disposición aquello que fue materia de hallazgo; siendo sí lo deseable, pero la omisión de su presentación no genera, como lo pretende el apelante, la ilegalidad de las labores de investigación mencionadas, dado que el juez que preside las audiencias preliminares, en principio,

ningún interés tendría de conocer las conversaciones grabadas, tratándose de interceptación de comunicaciones.

Más aún, cuando la fiscalía determina para efectos de su teoría del caso, si utiliza el material encontrado en las labores de interceptación, o sólo parte de él; el interés sobre su contenido solo se activa a partir de su presentación por parte del fiscal, en el escrito de acusación.

En consecuencia, la omisión de haber dejado a disposición del juez con funciones de control de garantías las conversaciones obtenidas con la interceptación de comunicaciones, no convierte en ilegal dicha labor investigativa y por tanto se hace improcedente su exclusión con fundamento en ello.

Pero además, resulta oportuno advertir que la providencia que el apelante cita como precedente en que funda su posición jurídica –AP de 4 de febrero de 2009 Radicado 30363- no se ocupa de dicho problema de manera particular sino que se dedica sólo a realizar unas consideraciones generales en relación con la labor del juez con funciones de control de garantías, en la cual incluso se advierte, contrario a lo indicado por el recurrente, que el control judicial es sobre lo actuado:

“El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de control de garantías para que

realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia”².

En el mismo sentido la Corte Constitucional en la sentencia citada por el apelante –C-334 de 2010-, cuando define los alcances de los controles previo y posterior por parte del juez con funciones de control de garantías, concluye que tampoco se incorpora como parte de lo evaluado el resultado de la labor investigativa.

“Respecto de la oportunidad del control judicial sobre las actuaciones de la Fiscalía y de la policía judicial existen diferencias entre el que opera de modo previo y el que ocurre con posterioridad. En el caso del control previo, procede una actuación judicial que pondera entre los intereses de la investigación, las razones aducidas por la Fiscalía, el delito investigado y las condiciones del sujeto sobre quien o sobre cuyos intereses se practicaría la actuación, a fin de evitar una restricción excesiva, innecesaria o afrentosa, que en poco o nada asegure verdad al proceso y al contrario, afecte desproporcionadamente ámbitos de la intimidad y privacidad de la persona implicada. Lo que hace el juez es proteger los derechos del sujeto investigado, impedir que las prerrogativas del Estado asignadas a la Fiscalía y a su aparato técnico, se usen sin finalidad concreta, sin justificación, inútilmente y de modo desproporcionado, desconociendo el carácter

² CSJ SP 09/04/08, rad. 28.535.

iusfundamental y especialmente protegido de los bienes jurídicos reconocidos en los derechos individuales sobre los que la actuación investigativa opera. En tanto que en el control judicial posterior, que es excepcional y procedente para las medidas que de modo taxativo señaló la Constitución en el numeral 2º del artículo 250, se atienden no sólo aspectos formales sino materiales y por tanto relacionados con los derechos y garantías fundamentales en juego, y se produce sobre una diligencia que ya se ha ejecutado y en la que ya se han afectado derechos fundamentales. En tal sentido, la actuación judicial no previene la injerencia ilegítima sobre éstos, como sucede en el control previo, y en caso de encontrar que efectivamente la Fiscalía y/o la policía judicial han actuado con desconocimiento de las reglas y principios normativos que regulan las actuaciones correspondientes, la garantía judicial sirve es para reparar los derechos limitados en exceso pero en términos procesales, es decir, excluyendo del expediente la evidencia recaudada con violación de los protocolos, garantías y procedimientos.”

También en la sentencia C-025 de 2009 la Corte Constitucional advierte, que el alcance del control judicial posterior versa sobre los procedimientos utilizados en la intervención de la intimidad:

“La audiencia de control o revisión de legalidad posterior que se cumple por parte del Juez de Control de Garantías sobre la práctica de ciertas diligencias realizadas, bien durante la indagación previa o bien durante la etapa de investigación, por parte de la Fiscalía General de la Nación y los órganos de Policía

*Judicial sin previa autorización judicial para su realización, comprende las medidas de: (i) registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares; (ii) actuación de agentes encubiertos; (iii) entrega vigilada de objetos; (iv) búsqueda selectiva en base de datos y (v) práctica de exámenes de ADN, y **tiene como propósito específico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales establecidos para su autorización y realización, e igualmente, que la medida de intervención no haya desconocido garantías fundamentales.***”

En síntesis, la omisión que el apelante denuncia, no tiene la capacidad para excluir los actos de investigación y sus resultados del proceso penal.

En cuanto al informe del 14 de noviembre de 2008, el cual, según el defensor, es erróneo respecto al contenido de la conversación, aparte de que aquél tampoco fundamentó la trascendencia de ese supuesto yerro, escuchada la llamada del 13 de noviembre de 2000 entre JOHAY CONTRERAS AGUDELO e IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, se establece que ésta le recomendó a aquél que le llevara los cheques, quien le contestó que están en su oficina, por lo que resulta inentendible el argumento del recurrente, por cuanto el

informe sí corresponde con lo que se observa de la grabación.

Con relación a las evidencias N° 5 y 7° --grabaciones de audio y video de reuniones llevadas a cabo entre JOHAY CONTRERAS AGUDELO e IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO-- alega el apelante que fueron realizadas con las cámaras de seguridad del establecimiento Carulla sin mediar orden de autoridad competente.

Al respecto, el artículo 239 de la Ley 906 de 2004 preceptúa que si el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados para inferir que el indiciado pudiese conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo de la policía judicial, por tiempo determinado. Emitida la orden por parte del fiscal, para su ejecución se podrá emplear cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmaciones y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar la información.

Por tanto, en el asunto bajo examen, habiendo la Fiscalía ordenado la vigilancia y seguimiento de personas en el programa metodológico, la policía judicial se encontraba facultada para cumplirla por el medio que considerara más útil y eficaz, sin necesidad de solicitar orden adicional alguna.

Añadió el defensor que las medidas de seguimiento, vigilancia y entrega fueron desproporcionadas e irrazonables. Frente a tal argumento, vale la pena destacar que la Corte Constitucional, en sentencia C-881 del 2014, al analizar la exequibilidad del artículo 239 de la Ley 906 de 2004, precisó que el derecho constitucional fundamental a la intimidad no es absoluto, como quiera que puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento.

Por consiguiente, precisó la Corte Constitucional, que la medida de vigilancia y seguimiento era razonable por los siguientes motivos: (i) Está fundada en una finalidad legítima como es la persecución y sanción de las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tutelados. (ii) Tiene un alcance limitado y muy específico que permite la vigilancia respecto de eventos que no afecten el núcleo esencial de la intimidad como campos abiertos, a plena vista, o cuando se hayan abandonado objetos, por lo cual no se podrá aplicar en aquellos casos en los cuales sea necesaria una afectación más profunda de la intimidad como allanamientos y registros, interceptaciones o retenciones. (iii) Tiene una relación absoluta con la finalidad pretendida, situación que se encuentra de manera muy clara en la norma, pues la misma señala que su objetivo es conseguir información útil para la investigación que se adelanta.

Así mismo, tal medio de investigación es proporcional por los siguientes motivos: (i) Es idónea para alcanzar el fin de

recaudar información sobre la comisión de la conducta punible. (ii) Constituye un medio mucho menos restrictivo para la obtención de pruebas que otros como el allanamiento, el registro y la interceptación de comunicaciones. (iii) Es proporcional en sentido estricto, pues no solamente no afecta el núcleo esencial del derecho a la intimidad, sino que también está sujeta a una serie de controles y restricciones: la decisión debe ser motivada de manera razonable; debe estar fundada en medios de conocimiento previstos en el Código de Procedimiento Penal; está limitada en el tiempo, pues si en el lapso de un año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos; requiere autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las 36 horas siguientes a la expedición de la orden y; vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

En el caso bajo examen, la Fiscalía cumplió con cada uno de los presupuestos señalados por la Corte Constitucional. Así, se legalizaron las órdenes de seguimiento de personas y entrega vigilada, al tiempo que tales medidas se limitaron a recaudar elementos probatorios que permitieron a la Fiscalía fundamentar su teoría del caso, sin transgredir el contenido esencial del derecho a la intimidad del procesado.

También cuestionó el defensor la intervención de la víctima en las medidas de vigilancia y seguimiento de personas y entrega vigilada, por cuanto, dice, la Ley 906 de 2004 dispone que dichas labores investigativas deben realizarse por parte de policía judicial. Esta apreciación es equivocada porque el artículo 243 de la Ley 906 de 2004 señala: “se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, **bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial** especialmente entrenados y adiestrados”, de donde se sigue que tal actuación puede ser ejecutada por cualquier tercero, con el control de la policía.

En segundo término, la vigilancia y seguimiento de personas fue realizado por la policía judicial. Obviamente, los investigadores debían registrar los encuentros entre JOHAY CONTRERAS AGUDELO e IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, efecto para el cual utilizaron los medios tecnológicos del referido establecimiento de comercio y micrófonos en la víctima, instrumentos que fueron idóneos para cumplir el objetivo de la orden, en estricto acatamiento del artículo 239 de la Ley 906 de 2004.

Cierto es que la señora IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO manifestó que no conocía el contenido del artículo 243 de la Ley 906 de 2004. Pero es que es entendible que la víctima, dada su formación académica, no conozca sobre normas de procedimiento, como ella misma lo admitió. Sin embargo, aquélla, en juicio oral, relató que la fiscal y el investigador GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ le explicaron que se le daría \$1.500.000.00, suma por la cual firmó un acta de

compromiso, para posteriormente entregarle ese dinero a JOHAY CONTRERAS AGUDELO, es decir, la agraviada tenía pleno conocimiento del motivo y desarrollo de la actuación.

Respecto a que la víctima se llevó los instrumentos de grabación a su casa, es verdad que aquélla admitió tal circunstancia, al paso que explicó que ello obedeció a los nervios que tenía, pues nunca había efectuado algo así, actitud absolutamente normal si se tiene en cuenta que estaba participando en un operativo policial, lo cual además es intrascendente porque la declarante hizo referencia a los micrófonos que le fueron instalados, no a los medios en que quedaron registradas las grabaciones, pues éstos siempre estuvieron custodiados por servidores de policía judicial.

Finalmente, no es cierto que el *a quo* no haya valorado el testimonio de YEFRÍN ALEXIS GARAVITO NAVARRO, toda vez que reseñó que a través de éste la defensa intentó poner de manifiesto los errores en la cadena de custodia de los diferentes elementos probatorios. Sin embargo, el juzgador destacó que “más allá de resaltar la anomalía, omite la defensa indicar de qué manera la situación advertida es realmente relevante y afecta la legalidad y/o autenticidad del medio probatorio que, en últimas, documenta la captura en flagrancia del acusado”.

Consideración que comparte la Corte, en la medida en que el defensor, durante el transcurrir de todo el proceso, insistió en solicitar la exclusión de varios elementos probatorios con fundamento en errores de incorporación, recolección y cadena de custodia, sin explicar cómo los

mismos tenían la trascendencia para afectar su legalidad o valor.

En consecuencia, analizados cada uno de los argumentos del defensor, la Corte encuentra que debe negarse la exclusión probatoria solicitada.

5.2 De la responsabilidad penal

Según el testimonio de la señora IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, ella prestó al señor ADRIANO SERGIO GÓMEZ COTES el vehículo identificado con placas BSA-481 para un viaje de negocios, quien no lo devolvió, motivo por el cual presentó en su contra denuncia penal por abuso de confianza, la cual correspondió a la Fiscalía 34 Local de Bogotá, a cargo de JOHAY CONTRERAS AGUDELO, quien el 27 de noviembre de 2007 ordenó la retención del automóvil.

En virtud de lo dispuesto, el 16 de enero de 2008 la Policía Nacional de Neiva (Huila) recuperó el vehículo. Sin embargo, el fiscal JOHAY CONTRERAS AGUDELO exigió a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO la suma de \$5.000.000.00 como condición para devolverle el automotor.

Pues bien, de conformidad con el artículo 404 del Código Penal, comete el delito de 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, (...)”.

De la anterior formulación legal se extraen los siguientes elementos: a) la calidad de servidor público del sujeto activo del delito; b) el abuso del cargo o de las funciones, que se manifiesta con la ejecución de cualquiera de las acciones correspondientes a los verbos rectores de constreñir, inducir o solicitar; c) la entrega o promesa indebida de dinero o de otra utilidad hecha al funcionario o a un tercero; y d) la relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos³.

La Sala ha sostenido que se abusa del cargo o de la función pública cuando el servidor, apartando su conducta de las normas constitucionales y legales que lo regentan constriña, induce o solicita a alguien dar o prometer dinero. El delito se consuma simplemente al ejecutarse cualquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que el dinero o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor. Lo anterior se desprende no solo del alcance y significado de los verbos rectores empleados por el legislador, sino del hecho de que la administración pública, bien jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud

³ Pronunciamiento reiterado en CSJ SP 29/06/11, rad. 36402.

indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, desmoronándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados⁴.

En el caso que ocupa la atención de la Corporación, importa destacar que la señora IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, en el juicio oral, relató cómo, en el año 2007, tras habersele informado que la denuncia por abuso de confianza le correspondió a la Fiscalía 34 Local de Bogotá, acudió a las instalaciones de ese despacho, donde la asistente ALICIA CAMACHO GARCÍA recibió su declaración y le explicó que el abuso de confianza era querellable, motivo por el cual “el término estaba a punto de vencer”, de manera que le aconsejó hablar con el fiscal.

Por lo tanto, ese día conoció a JOHAY CONTRERAS AGUDELO, Fiscal 34 Local de Bogotá, quien le reiteró lo indicado por la asistente y le dijo que lo único que podía hacer era ampliar los términos en dos 2 meses más.

En enero de 2008, continuó, ALICIA CAMACHO GARCÍA la llamó y le comentó que el vehículo había sido recuperado, por lo que se acercó a la Fiscalía, donde la misma le informó que debía entregarle unos documentos. Luego, recibió una llamada de JOHAY CONTRERAS AGUDELO, con quien fue a almorzar al restaurante Las Terrazas, sitio donde éste le dijo que debía pagarle \$5.000.000.00 por la entrega del

⁴ Ibidem.

automotor, dinero que sería repartido entre los policías que lo recuperaron, de lo contrario podría volver a “perderse”, ante lo cual ella solicitó un plazo, debido a que no tenía dinero en ese momento.

Lo anterior, se lo contó a “CALIXTO” –empleado de la aseguradora del vehículo— y a MARÍA CLAUDIA TORRADO –amiga--, quien le prestó \$2.000.000.00.

En febrero de 2008, prosiguió, se encontró con JOHAY CONTRERAS AGUDELO en la Fiscalía 34 Local de la ciudad, lugar donde entregó al mencionado funcionario \$2.000.000.00 y le garantizó el pago del faltante con dos cheques post fechados. El acusado, por su parte, le entregó los documentos para reclamar su vehículo.

Posteriormente se encontró con “CALIXTO”, quien le dijo que no estaba bien que hubiese pagado dinero a JOHAY CONTRERAS AGUDELO, al tiempo que le aconsejó denunciarlo, lo que ciertamente hizo, instante en el que conoció a la fiscal MELBA MOGOLLÓN, quien asignó la investigación a GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ.

En ese momento se le explicó por parte de la fiscal y el investigador que el DAS haría una serie de labores, como interceptaciones telefónicas y una entrega vigilada del dinero.

Respecto de las interceptaciones* indicó que cada vez que JOHAY CONTRERAS AGUDELO la llamaba, le informaba a GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ.

Con relación a la entrega vigilada, manifestó que en el DAS le dieron \$1.500.000.00, suma por la que suscribió un acta, luego de lo cual se dirigió al Carulla ubicado en la calle 116, donde le entregó el dinero a JOHAY CONTRERAS AGUDELO, quien le devolvió los cheques post fechados. Aclaró que el DAS le suministro unos equipos de grabación, a través de los que se logró el registro de la mencionada reunión.

Escuchado el testimonio de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, la Corte, contrario a lo afirmado por el apelante, no encuentra que haya incurrido en contradicción alguna, ni que hubiese sido evasiva en las respuestas. Realmente su testimonio es coherente. De otra parte, el defensor no especifica cuáles fueron las preguntas cuyas respuestas evadió la declarante, ni indicó sus consecuencias, como tampoco la Corte encuentra que ello haya sido así, en la medida en que la testigo absolvió su interrogatorio acorde con las preguntas formuladas.

Alega el defensor que siendo IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO contadora pública, sabía que no debía entregar dinero a un funcionario público. Al respecto, cabe anotar que, aparte de que según su testimonio, ella suponía que ese era el procedimiento, el alegato es completamente inatendible puesto que es irrelevante el conocimiento de la denunciante

sobre la ilicitud de la exigencia del acusado y cuál debió ser su reacción correcta frente a la misma.

Además, el testimonio de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO no es la única prueba existente contra el procesado. En la labor de interceptación de comunicaciones, el 25 de agosto de 2008 se grabó la conversación sostenida entre la víctima y el acusado, en la que se escucha:

*“IBETH: venga solo hay un tema que quiero que me deje bien claro y que usted sabe que a mí me ha preocupado y eso sí quiero doctor que sea claritico porque usted sabe cómo es el asunto yo necesito que usted me diga que **después de haberle pagado los tres millones que yo le pagué y que le voy a pagar los dos millones que me hacen falta** no aparezca otra persona diciéndome que además le tengo que dar más plata y esto se me vuelva que yo no puedo dejar que alguien se me acerque al carro porque entonces me lo van a quitar o me va a pasar algo eso sí quiero que usted vea cómo me lo garantiza.*

JOHAY: pero hágame el favor, hágame el favor, hágame el favor doctora

IBETH: cuál

JOHAY: hágame el favor (eee) yo pienso que estamos hablando entre personas serias. Me incomoda que me hagas ese tipo de (...)”

Se destaca en la anterior conversación la actitud vacilante de JOHAY CONTRERAS AGUDELO, quien, pese a intentar evadir los cuestionamientos de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, en ningún momento rechazó que ésta le hubiera entregado la suma de \$3.000.000.00.; por lo contrario contestó: *“hágame el favor (eee) yo pienso que estamos hablando entre personas serias”*, respuesta que sería disonante si realmente proviniera de alguien que no recibió dinero alguno por motivo de algún automotor, mientras resulta muy coherente con quien reconoce que por haber la víctima pagado el dinero no tendría inconveniente con el vehículo, lo cual, además, se observa armónico con lo declarado por la víctima en el juicio.

Adicionalmente, se allegaron dos comprobantes de consignación del 6 de marzo de 2008 por \$100.000.00 y \$900.000.00, transacción realizada por IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO a la cuenta de ahorros N° 0013-0126-85-0200120070 del banco BBVA, cuyo titular es JOHAY CONTRERAS AGUDELO, operación bancaria confirmada en los extractos de cuenta suministrados por la entidad bancaria.

De suerte que, a partir del contenido de la referida conversación y los relacionados documentos, se concluye que ciertamente la señora IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO le entregó al acusado \$3.000.000.00.

Ahora, para la Sala tampoco existe duda de que IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO entregó ese dinero como parte de

pago de los \$5.000.000.00 que el acusado le exigió para la entrega de su vehículo, lo cual se pasa a demostrar.

Revisadas cada una de las grabaciones de las conversaciones sostenidas entre la víctima y el enjuiciado -- los días 19, 25 y 28 de agosto, 10 y 13 de noviembre de 2008--, se percibe que éste evadió hablar sobre el asunto de la devolución del carro, incluso, ante la insistencia de aquélla, el procesado, tras mostrarse incómodo con el tema que le fue planteado, dijo que el dinero por aquélla pagado fue por motivo de una deuda con “la financiera”, para, finalmente, expresarle que debían hablar personalmente, debido a que su teléfono podía estar “interceptado”.

Con lo que no contó JOHAY CONTRERAS AGUDELO era que la Fiscalía, a través de policía judicial, efectuó labores de seguimiento y vigilancia pasiva, en virtud de las cuales se obtuvo la conversación grabada en reunión sostenida en el mes de septiembre de 2008 entre aquél y la víctima:

“IBETH: y si hoy se te corre el champú y me abres otra vez el proceso yo qué puedo esperar, hablemoslo claro porque no nos volvemos a sentar.

JOHAY: lo que pasa es que a mí no se me tiene que correr el champú, porque yo no tengo ningún fundamento jurídico para reabrir nada ni para involucrar nada ahora que el proceso no fue fruto de un hurto, porque el carro no ha sido involucrado, porque fue participe de un hurto para cometer un delito que porque el carro tenga identificación, yo no tengo nada que ver con eso, el problema fue que se llevaron el carro que era

tuyo, tuyo porque el carro es tuyo y un tipo extraño, un tercero se lo cogió, abuso de confianza, yo no tengo nada que ver con ese carro.

IBETH: o sea que mi garantía es tu palabra

JOHAY: no, tu garantía es que el proceso está completamente olvidado y que tu carro es tuyo nadie tiene que, o sea yo no puedo disponer de algo que no, si me entiendes.

IBETH: en estos días me paró la policía, yo me iba muriendo, oyó, yo me iba muriendo, yo dije no ahora qué pasó.

*JOHAY: tú debes, no tú debes estar tranquila porque, porque el carro no tiene nada que ver con, con, con el problema de nada o sea tu eres la propietaria de tu carro y más nadie es propietario de tu carro y ve' cómo es tu apellido **¿Cómo es qué es tu apellido?***

IBETH: GUTIÉRREZ

JOHAY: y es que GUTIÉRREZ ahí aparece en la tarjeta de propiedad de que tú eres la dueña del carro, que por qué te van a quitar tu carro, nadie y yo no tengo nada que ver con eso.

IBETH: pero te acuerdas cuando nos sentamos en febrero tú me dijiste que había que pagarle porque esos eran unos grupos muy complicados que podían hacer desaparecer mi carro.

JOHAY: no, pero no, no, no.

IBETH: ajá y tú lo dijiste.

JOHAY: no pero ellos, ellos no tienen nada que ver con eso, ellos no tienen nada que ver con eso.

IBETH: ¿O sea ellos se quedaron por fuera?

JOHAY: ellos no tienen nada que ver con eso

IBETH: ¿Tú le pagaste a ellos?

JOHAY: ellos, ellos son poli', ellos son policías que ellos hacen ellos recuperan el vehículo, ellos ponen a trabajar pa' que recuperen el vehículo y ellos recuperan el vehículo y lo entregan y después que ellos lo entregan ellos no tienen nada que ver.

IBETH: ¿pero tú le pagaste a ellos?

JOHAY: claro.

IBETH: o sea que ellos se dan por bien porque mira.

(...)

IBETH: eso por un lado, bueno ok, por el otro lado yo no tengo todavía tu plata.

JOHAY: no, y de eso me he dado cuenta.

IBETH: no, pues espero que lo hayas tenido bien claro que no la tengo todavía.

JOHAY: está clarísimo.

IBETH: la tengo proyectada pa'l 22 pa'l 21 como última fecha a mí tampoco me da interés alargar este tema.

JOHAY: de septiembre, ¿sí?

IBETH: o sea estamos hablando menos de quince días, bien, en su momento yo te dije cuando ustedes pidieron el valor de la plata era entendido que era muy alto el valor que estaban pidiendo porque es más del 10% del vehículo, reconsidera el valor, son cinco, ya te di tres, dos todavía me queda y mire todo el tiempo que me ha tocado posponerle porque no se han dado las cosas, no se han dado no es porque quiera... cumplir, incumplirte a ti”.

(...)

JOHAY: ¿cuánto sería hablar de un poquito menos?

IBETH: haber lo oigo, lo estoy pe' como yo no le pongo precio a nadie por eso te tomo el que es más del 10% del valor del vehículo a la fecha de compra, ni hablar si lo va a comprar ahorita porque se fregó (...)

JOHAY: perdió plata a to' el mundo

IBETH: mjm

JOHAY: un millón ochocientos.

IBETH: no me joda si va a ofrecer algo ofrezca de quinientos pa' arriba sino no, millón quinientos.

JOHAY: millón ochocientos te estoy regalando doscientos mil pesos

IBETH: no pero que va

JOHAY: te parece poquito

IBETH: pues claro, si es el diez venga y verá que no éste si es mi tema (risas), \$5.000.000.00 dividido entre \$40.000.000.00 estamos hablado del 12.5, 12.5 por haberlo recuperado que es mucha plata

JOHAN: ¿Y?

IBETH: mucha plata

JOHAN: y si no se hubiera recuperado cuánto hubiera perdido

(...)

JOHAN: bueno y eso tratamos si dejamos eso en \$1.500.000.00 y el pago pa'

IBETH: pal' 21.

En la anterior conversación, JOHAY CONTRERAS AGUDELO, ante la tranquilidad que le generó estar hablando personalmente con la ofendida, a quien le solicitó no conversar del tema del carro por teléfono, acepta haberle pagado a la policía, le asegura a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO que no tendría más problemas con su automotor e incluso, luego de ser informado que tal suma superaba el 10% del valor del vehículo, le rebajó \$500.000.00 de los \$2.000.000.00 que ésta aún debía.

Así, indudablemente, JOHAY CONTRERAS AGUDELO le exigió a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO el pago de

\$5.000.000.00, con el argumento que debía entregar esa suma a los policías que recuperaron el vehículo, so pena de perderlo.

El defensor asegura que de haber sido ilícito el dinero, no se hubiera consignado en la cuenta personal de JOHAY CONTRERAS AGUDELO, sino que lo hubiera ocultado. Sin embargo la realidad que se extrae de las pruebas lo desvirtúa, pues las conversaciones allegadas al proceso sostenidas entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y el acusado, informan que la primera pago al segundo parte del dinero que éste, en calidad de fiscal, le solicitó para la recuperación de su vehículo.

Por otro lado, no es cierto que las personas no traten temas económicos por celular. Por el contrario, tratándose de la vida laboral, personal y económica, actualmente es el medio más común. Lo que realmente no desean tratar las personas por medio telefónico, son asuntos ilícitos, de ahí la actitud evasiva de JOHAY CONTRERAS AGUDELO en las conversaciones por ese medio y su temor en que la comunicación estuviese “*interceptada*”.

El defensor asegura que las conversaciones muestran que JOHAY CONTRERAS AGUDELO e IBETH GUTIÉRREZ

OVIEDO realizaron un negocio lícito, con ocasión a la relación sentimental que existía entre ellos.

Sin embargo, el apelante ningún elemento aportó para probar esta proposición, como tampoco explicó en qué consistió concretamente el aducido negocio.

Si bien en la conversación del 25 de agosto de 2008, ante la insistencia de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO en que el acusado le asegurara que nadie le iba a pedir más dinero, se escucha a JOHAY CONTRERAS AGUDELO, decir:

JOHAY: no, no, no, pero usted sabe que, que la financiación de su carro usted resolvió esas cuestiones y que usted, y que usted pagó su negocio usted hizo todo usted no tiene por qué tener problemas con su carro ese es su carro y mas nada ¿si me entiende?

(...)

JOHAY: ahora espérate un momentico, espérate un momentico, yo a ti te quiero pedir un favor, si tú quieres algo por favor hablemoslo personalmente ¿si me entiendes? Porque es que no me gusta que haya contrasentidos, haya cuestiones y ya eso es una negociación que tu hiciese con la financiera y ya tu pagaste y tu carro está a nombre tuyo y yo no tengo porque ponerle problemas, yo creo que a ti no te va a quitar NADIE TU CARRO A MENOS QUE TU TENGAS PROBELMAS

IBETH: una negociación con la financiera, ¿Cuál financiera?

JOHAY: mi amor, tu no tuviste un problema, tú necesitas hablar conmigo personalmente.

Bien se ve, que el acusado, ante la presión, pretende hacer creer, frente alguna eventual interceptación, que la señora IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO pagó el dinero por una deuda con una “financiera”, lo cual es del todo absurdo, como quiera que siendo aquél el fiscal del asunto no tendría por qué recibir dinero de esa supuesta deuda.

En segundo término, el acusado realizó esta llamada de su celular a las 4:01 pm, pero a las 4:13 pm vuelve a llamar a la víctima de un número desconocido, oportunidad en la que le dijo:

JOHAY: IBETH te habla JOHAY ¿Cómo estás?

IBETH: ¿Cómo te va?, ¿Qué te pasó?

JOHAY: oye pero es tú te pones a hablar cosas por teléfono, IBETH que es que tú sabes que no son, que no se pueden.

IBETH: ¿Cómo así?

JOHAY: no se pueden pues mi vida o sea si tú y yo estamos haciendo algo y tú te pones a hablar por

teléfono vainas que, que no se pueden que no se pueden hablar por teléfono, eso, eso no es conveniente.

De la anterior conversación fácilmente se extrae que el acusado actuó evasivamente, ante el temor, se insiste, de que su teléfono estuviera monitoreado, como le advirtió a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO en la reunión de septiembre de 2008, en la que expresó: “*Todo lo que yo hablo por teléfono lo están escuchando*”. Tal actitud del acusado lo que indica es el conocimiento de la ilicitud de su actuación, lo que desacredita por completo la tesis del negocio.

Afirma el defensor que entre IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO y JOHAY CONTRERAS AGUDELO existía una relación sentimental, argumento que sustenta en la conversación del 19 de agosto de 2008:

IBETH: mi fiscal cómo me le va

JOHAY: mi contadora pública o del público

IBETH: cómo le ha ido

JOHAY: usted cómo es contadora pública o del público.

IBETH: yo soy contador público titulado, ese es mi cargo

JOHAY: (risa)

IBETH: cómo le ha ido

JOHAY: bien mi vida gracias a dios y tu qué

IBETH: trabajar juiciosa

JOHAY: sí mi vida

IBETH: ¿Cómo le ha ido a usted?

JOHAY: ¿Cómo van tus actividades profesionales?

IBETH: haciéndole por todos lados ¿Y usted?

JOHAY: bien mi amor.

Así, las expresiones de afecto a las que el defensor alude provienen exclusivamente de JOHAY CONTRERAS AGUDELO. Por otro lado, tal modo de hablar en manera alguna prueba la susodicha relación sentimental. Por el contrario, revisadas cada una de las grabaciones de las conversaciones y reuniones emerge que el contacto entre ellos se limitaba a la entrega del carro, tema central de cada una de las llamadas y reuniones, sin que en los videos, además, se observe alguna actitud que denote la existencia del susodicho vínculo.

Tampoco prueba la relación, que el acusado hubiese estado en el apartamento de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO ni que éstos hayan ido a almorzar, hechos que, siguiendo la experiencia, también ocurren entre amigos, conocidos, compañeros de trabajo, socios, etc. Además, la víctima señaló que el enjuiciado sólo estuvo una vez en su apartamento, al paso que las grabaciones producto de la vigilancia muestran que en las reuniones a almorzar el asunto a tratar fue la entrega del dinero.

Adicionalmente, obsérvese cómo en la reunión que tuvo con la víctima en septiembre de 2008 el acusado le preguntó **¿Cómo es qué es tu apellido?**, cuestionamiento impropio de quien aduce mantener con ésta una relación sentimental.

Señala la apelación que IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, aconsejada por el investigador GERARDO CABALLERO HERNÁNDEZ, indujo la idea criminal en JOHAY CONTRERAS AGUDELO. Empero, en el presente asunto, las expresiones del investigador hacia la víctima en el sentido de que intentara “picarle la lengua” o “hacerlo hablar para que lo soltara”, simplemente hacen referencia a la actitud que ésta debía tener frente al acusado para que admitiera haber solicitado dinero por la entrega del vehículo, no para que éste se dispusiera a cometer el delito; consecuencias claramente diferentes.

Adicionalmente, resulta imposible afirmar que la agraviada indujo a JOHAY CONTRERAS AGUDELO a cometer la conducta punible a través de las conversaciones, pues es claro que la exigencia del dinero inició antes de la interceptación de las llamadas, requerimiento en virtud del cual la denunciante ya le había entregado \$3.000.000.oo.

Cierto es que el 5 de febrero de 2008 el acusado ordenó la entrega definitiva del vehículo a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO. Sin embargo, ese hecho no implica que aquél no podía continuar constriñéndola, como lo aduce el defensor. En primer lugar debe tenerse en cuenta que la ofendida giró a favor del procesado los cheques N° GB526179 y GB526178, títulos que aquél tenía todavía en su poder.

En segundo término, se recuerda que JOHAY CONTRERAS AGUDELO le aseguró a IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO que el dinero era para ser repartido entre los policías que habían recuperado el vehículo, so pena de perderlo nuevamente, afirmación a partir de la cual la ofendida estaba convencida de no tener garantía alguna de no tener problemas con el carro, pese su entrega material, preocupación que le exteriorizó al enjuiciado en múltiples oportunidades.

El procesado además, al momento que interviene el investigador, aún contaba con los cheques girados en garantía y se aprovechaba de la intranquilidad de la víctima para continuar solicitándole el dinero exigido por la entrega del automotor.

En reunión sostenida el 13 de noviembre de 2008, grabada en labor investigativa de entrega vigilada, IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO entregó el dinero faltante a JOHAY

CONTRERAS AGUDELO, tras lo cual éste le devolvió los títulos valores y le manifestó garantizarle que no tendría problema alguno con el vehículo.

Con todo, admitiendo que el acusado ya no tenía poder de disuasión sobre la ofendida, lo cierto es que la conducta ya se había materializado con la solicitud del dinero, hecho del que simplemente dan cuenta las labores investigativas agotadas por la Fiscalía.

En ese orden de ideas, aparte del testimonio de IBETH GUTIÉRREZ OVIEDO, claro y enfático en indicar que JOHAY CONTRERAS AGUDELO le solicitó \$5.000.000.00 para entregarle el automotor, en diferentes labores de investigación se recopilaron grabaciones de audios y videos de conversaciones y reuniones, en las que se corrobora tal versión.

A partir de lo expuesto, considera la Sala que, contrario a lo planteado por el apelante, no existe duda respecto a que JOHAY CONTRERAS AGUDELO cometió y es responsable de la conducta que le fue imputada, conclusión a la que se arriba tras analizarse los diferentes medios de pruebas allegados a la actuación.

En consecuencia, la decisión que se impone es la confirmación de la sentencia apelada.

5.3 De la dosificación de la pena

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró la responsabilidad penal del acusado como autor del delito de concusión. Consecuentemente, dosificó la sanción penal en los siguientes términos:

1. A la luz del artículo 404 del CP, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, estableció los límites punitivos entre 96 y 180 meses de prisión.
2. Fijado el margen de movilidad, delimitó el cuarto mínimo entre 96 y 117 meses, el primer segmento medio en 117 meses y un día a 138 meses, la segunda fracción media de 138 meses y un día a 159 meses, mientras el cuarto máximo lo estableció entre 159 meses y un día a 180 meses.
3. Teniendo en cuenta la carencia de antecedentes penales del sentenciado, así como el pago de la indemnización por los perjuicios causados (numerales 1° y 6° del artículo 55 del C.P.), escogió el cuarto mínimo de movilidad.
4. Seguidamente, impuso la pena principal de prisión en 108 meses, tras ponderar la gravedad mayor de la conducta del agente, por cuanto se aprovechó de su cargo y la ignorancia de la víctima respecto a trámites de carácter judicial para exigirle dinero, como también la función de la

pena, en cuanto, consideró, debe llevarse un mensaje a la comunidad de que los servidores públicos reciben “un castigo” proporcional al delito cometido y evitar la reincidencia de ese tipo de conductas por parte de aquéllos.

5. Con relación a la pena de multa, una vez fijados los cuartos de movilidad, se ubicó en el mínimo –66.66 a 87.495 salarios mínimos legales mensuales vigentes--, atendiendo, igualmente, a las circunstancias de menor punibilidad previstas en los numerales 1º y 6º del artículo 55 del C.P.C. Luego, en razón a las consideraciones expuestas para individualizar la pena de prisión impuso la de multa en 78.56 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. En cuanto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se ubicó en el cuarto mínimo –80 a 96 meses--, considerando nuevamente los criterios de menor punibilidad consagrados en los numerales 1º y 6º del C.P. Finalmente, tasó la referida pena en 89 meses y 4 días.

Bien se ve, entonces, que el *a quo*, contrario a lo expuesto por el defensor, sí tuvo en cuenta la circunstancia de menor punibilidad dispuesta en el numeral 6º del artículo 55 del C.P., relacionada como el pago de la indemnización a las personas afectadas con el hecho punible, razón por la cual individualizó las penas dentro del cuarto mínimo de movilidad.

Por último, encuentra la Corte que el Tribunal al momento de fijar cada una de las penas principales impuestas al acusado se acogió al proceso de dosificación punitiva señalado en los artículos 60 y 61 del C.P. En efecto, fijó los límites legales, dividió el ámbito punitivo en cuartos, luego de lo cual se ubicó en el mínimo atendiendo a la existencia de circunstancias de menor punibilidad y concretó las penas con arreglo a los criterios señalados en el artículo 61, inc. 3°, particularmente, la mayor gravedad de la conducta; la necesidad y función de la pena.

5.4 De la prisión domiciliaria

El Tribunal, al analizar el beneficio de prisión domiciliaria, señaló que no se cumplía el primer requisito previsto en el artículo 38 del C.P. para su reconocimiento, por cuanto la pena de prisión prevista para el delito de concusión supera los 5 años.

De otra parte, atendiendo a que en el desarrollo del proceso se produjo un tránsito legislativo, como quiera que entró en vigencia la Ley 1709 de 2014, a través de la cual se modificaron los presupuestos para la concesión de la prisión domiciliaria, el *a quo* abordó el estudio de tal mecanismo sustitutivo de la pena bajo esa normatividad, del cual concluyó que no se cumplía con el segundo requisito allí previsto, habida cuenta que el delito de concusión se halla incluido en el inciso 2° del artículo 68 A

del C.P., adicionado por el art. 32 de la Ley 1709 de 2014, análisis que la Corte encuentra correcto.

Por supuesto, tal restricción no existía con anterioridad a la comisión del delito. Empero, no es posible prescindir de ella, en la medida en que, como lo advirtiera esta Corporación en el auto del 24 de febrero de 2014, dictado dentro de la radicación N° 34.099, dicha solución implicaría la creación de una tercera norma, contraria a la finalidad de la reforma legal para este tipo de asunto, cual fue la de excluir el subrogado.

De suerte que deviene improcedente la propuesta formulada por el defensor. para que por la vía de la favorabilidad se acceda a otorgársele a su representado la prisión domiciliaria con base en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 que extendió el beneficio a otras conductas punibles cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos y simultáneamente se aplique el modificado artículo 38 de la Ley 599 de 2000, que no restringe el subrogado, como lo hace el artículo 23 citado a delitos como la concusión.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia apelada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria