

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

[Firma]
[Firma]

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

SP4900-2018

Radicado 47194

Acta 382

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Omar Fernando Gómez Sanabria contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 26 de agosto de 2015, que al revocar la decisión absolutoria en primera instancia proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito, condenó al procesado a la pena principal de 100 meses de prisión, multa de 70 S.M.L.M. e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 70 meses, como responsable del delito de concusión.

HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANTE

El episodio fáctico es reseñado por el Tribunal en el fallo impugnado, en términos que la Sala acoge, así:

“Según la Fiscalía, los hechos materia de este proceso se desarrollaron en el mes de agosto del año 2006 con ocasión de las funciones oficiales desarrolladas al interior de la Fiscalía 2 Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, en donde se adelantaba una investigación en contra del ciudadano Rodrigo Díaz Sendoya, a quien se le tenía como probable autor de los delitos de estafa, cohecho por dar u ofrecer, falsedad en documento público, entre otros, proceso dentro del cual se reveló que en razón al reconocimiento de la libertad provisional en favor de aquél, posteriormente se concertó y finalmente se llevó a cabo una reunión con el asistente judicial de la Fiscalía Omar Fernando Gómez Sanabria, en cuyo decurso el servidor público efectuó una solicitud de dádivas por aquella decisión liberatoria, propuesta que fue grabada por Díaz Sendoya a instancias de sus abogados y meses más tarde revelada al titular de la Fiscalía Segunda Delegada, doctor Benjamín Bernal Arévalo, junto con la exhibición de la parcial audición de la cinta magnetofónica y la exhibición de unos manuscritos signados por su asistente, revelación que lo condujo a formular la denuncia correspondiente y de esa manera se dio inicio a la acción penal de rigor”.

Después de múltiples citaciones con miras a adelantar la audiencia preliminar de imputación de cargos, finalmente el 28 de septiembre de 2012 ante el Juzgado 32 Penal Municipal con función de control de garantías se cumplió la

misma atribuyéndose a Omar Fernando Gómez Sanabria el delito de concusión por el cual hubo de no aceptar cargos.

Una vez presentado escrito de acusación, la audiencia para su formulación cursó el 9 de abril de 2013, abriéndose paso la correspondiente audiencia preparatoria y del juicio oral, al final de las cuales se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos previamente indicados.

DEMANDA

Un cargo es aducido por el apoderado de Gómez Sanabria contra el fallo objeto de la impugnación extraordinaria, por violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de derecho en la modalidad de falso juicio de convicción, de conformidad con la causal 3° del art. 181 del C. de P.P.

Recuerda el actor que la sentencia impugnada, al revocar la decisión absolutoria de primera instancia, se fundó esencialmente en las declaraciones de los abogados Camilo Alberto Ortiz Jaramillo y José Alejandro Hernández Moreno, e igualmente la del Fiscal Benjamín Bernal Arévalo, quienes sostuvieron haber conocido la conversación grabada en la que Gómez Sanabria hiciera solicitudes dinerarias a Rodrigo Díaz Sendoya, reconociéndose en particular la voz de sus intervinientes por parte del

funcionario judicial al ser Gómez Sanabria subalterno suyo y amigo de Díaz por haberlo escuchado en indagatoria, testimonios todos que estimó el ad quem no constituían prueba de referencia. Complementado lo anterior por la versión de aquéllos de acuerdo con la cual conocieron de la citación que a su casa le hizo el escribiente a Díaz.

Tomó el fallo además como hecho indicador de la misma conducta la circunstancia de haberse extraviado las grabaciones magnetofónicas y ciertos manuscritos que se sostuvo pertenecían a Gómez Sanabria. Sumó a lo anterior la declaración de la fonoaudióloga Libia Yasmín Martínez Castellanos, quien tuvo en su poder la referida cinta y escuchó su contenido, desestimando igualmente que se tratara de otra prueba de referencia.

Sobre esta base, contrariamente a la posición del sentenciador, para el actor la sentencia impugnada se fundó exclusivamente en prueba de referencia respecto de la propia ocurrencia de los hechos denunciados y la responsabilidad de Gómez Sanabria. Tal es la condición que ostenta lo depuesto por los abogados Hernández Moreno y Ortiz Jaramillo y el funcionario Bernal Arévalo, pues adujeron lo que presuntamente les manifestó Díaz Sendoya y fue escuchado en una grabación, cuya autenticidad por demás no quedó demostrada.

Sostiene el libelista que en el sistema de la Ley 906 impera la regla general según la cual todas las pruebas deben practicarse en la audiencia del juicio oral y público y están sujetas a confrontación y contradicción de las partes (arts. 377, 378 y 379 C. de P.P.).

Además, conforme a doctrina de la Sala relacionada con la prueba de referencia (Cas. 38773/13), se afirma que la exigencia se habría hecho a Rodrigo Díaz Sendoya pero éste no declaró en el juicio y de otra parte la grabación tampoco fue aportada, ni sometida a cadena de custodia y la perito ya había indicado no ser idónea para realizar cotejos de voz. Se equivoca pues el Tribunal al valorar como pruebas directas lo depuesto por los referidos tres testigos. De este modo, al no allegarse ni garantizarse la confrontación y contradicción de los medios directos, todo aquello a que aludieron los testigos solamente puede asumirse como prueba de referencia.

Y, sobre la desaparición de elementos materiales de prueba como la grabación o los papeles que corresponderían al acusado, dice admitir que a lo sumo configurarían un indicio contingente.

Así, para el actor son evidentes los errores del Tribunal al asumir que los testimonios eran prueba directa, dado su inocultable carácter de referencia y sin que se

pueda justificar la ausencia de la prueba testimonial principal de Rodrigo Díaz Sendoya.

En tales condiciones, dice dejar sustentado el reproche por error de derecho por falso juicio de convicción aducido, solicitando se case el fallo y deje incólume el de primera instancia.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

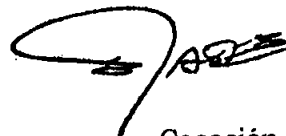
Para el apoderado de Omar Fernando Gómez Sanabria, el libelo aducido expone con suficiencia el objeto de demanda en casación y sus pretensiones.

A su turno, la Fiscal Delegada ante la Corte solicita no casar el fallo impugnado, toda vez que tanto la demostración del hecho como la responsabilidad del imputado se lograron no exclusivamente con base en prueba de referencia, según sostiene la demanda. En efecto, recuerda que cuatro testigos por lo menos escucharon la grabación en que Gómez Sanabria hacía la exigencia de dinero. Si bien la grabación desapareció, para la Fiscal ya que los cuatro declarantes la escucharon, deben ser considerados testigos directos de cuanto fue escuchado. Es lo que sucede, asegura, con las interceptaciones telefónicas. Pues el control técnico no es la prueba, sino su contenido y en este caso a partir de la escucha de esa grabación, quienes declararon fueron testigos directos de cuanto

relataron oír y les permitió señalar las circunstancias en que ese hecho se produjo y concretamente para el Fiscal Bernal Arévalo reconocer la intervención de su auxiliar. Lo que realizó el particular fue una operación mecánica, pero lo que plantea el Tribunal a partir de esa escucha es que quienes declararon son testigos directos y razonaron que o bien se trató de la reunión referida por su poderdante en el caso de Ortiz Jaramillo y Hernández Moreno y lo oído por Bernal que distingue a su auxiliar haciendo requerimientos económicos, siendo esta percepción la que también tuvo la perito Libia Yasmín Martínez.

A su vez, el representante de la Rama Judicial como víctima, asegura que no concurre ningún error de hecho y tampoco que la prueba que sirviera de fundamento para la condena fuera de referencia, toda vez que la que sustenta la sentencia fue practicada dentro del juicio, razón suficiente para solicitar que no se case la sentencia.

Finalmente, para la Procuradora Segunda Delegada en Casación Penal, la sentencia se sustenta en los testimonios de los abogados Ortiz Jaramillo y Hernández Moreno y el Fiscal Bernal Arévalo, quienes bajo juramento dicen haber tenido conocimiento de las exigencias de dinero de Gómez, tanto las solicitudes verbales como lo escuchado en una cinta magnetofónica, pero tales declaraciones fueron aportadas en el juicio y fueron objeto de confrontación. Por lo demás, la libertad reglada que rige nuestro sistema



Casación 47194
Omar Fernando Gómez Sanabria

procesal, posibilita al operador jurídico a analizar en conjunto todos aquellos elementos de persuasión y este ejercicio se hizo por el Tribunal. Por tanto no se sustenta la condena en prueba de referencia y si bien se sustrajo la cinta magnetofónica, la misma fue escuchada y valorada por la fonoaudióloga Libia Yasmín Martínez, de donde carece de fundamento la afirmación según la cual se condenó exclusivamente con prueba de referencia, razón por la cual solicita no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

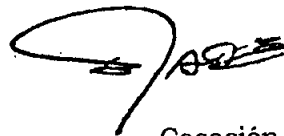
1. Un reproche sirve de sustento a la demanda de casación que en este caso ha postulado el apoderado judicial del procesado Omar Fernando Gómez Sanabria, bajo los supuestos teóricos de violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de derecho en la modalidad de falso juicio de convicción, que dice tener origen en haberse condenado al imputado por el delito de concusión con base en prueba de referencia, pese a que el estatuto procesal no establece excepción alguna a la prohibición de fundar la sentencia exclusivamente en esta clase de prueba.

2. En orden a la respuesta que para la Sala amerita la única censura aducida por el actor casacional en este caso, es en primer término necesario recordar que tanto la estructura de valoración probatoria como la metodología

que le es inherente y propia del sistema de procesamiento acusatorio, están orientadas a la salvaguarda de garantías constitucionales de juzgamiento mínimas, propósito que ha determinado la construcción de este conocimiento a partir no solamente de la elaboración de un cuerpo normativo procesal afín a dicho sistema, sino el imperativo para la jurisprudencia de fijar el nuevo contenido y alcance que emerge de tal regulación, cuya novedad entre nosotros ha significado la presencia de no pocos tropiezos teóricos y en su diaria práctica, sino en la definición de los asuntos que deben ser resueltos con base en los principios y esencialmente la técnica de la prueba en el procedimiento penal con tendencia acusatoria a partir, como se sabe, de la entrada a regir de la Ley 906 de 2004.

3. Con marco en estos presupuestos, el falso juicio de convicción que ha sido escogido en este caso por el actor para atacar la sentencia, sirvió en su conceptualización tradicional para destacar en esta especie de los errores de apreciación probatoria aquellos casos en que pese a la existencia del medio probatorio y su regular aporte al proceso, el mismo es valorado en forma diferente al mandato legal, bien por exceso o por defecto, esto es, por considerar que es apto para demostrar un hecho, o porque siéndolo se le reduce dicho valor fijado en la ley.

Pese al carácter más o menos exótico de su concurrencia, dada la prácticamente absoluta desaparición



Casación 47194
Omar Fernando Gómez Sanabria

de la tarifa legal de los métodos de valoración probatoria, tratándose de prueba de referencia, en la noción que la nueva tipología introdujo a través de figuras depuradas al interior del nuevo sistema de juzgamiento, se ha aceptado como vía idónea para esta clase de controversias que su ataque proceda bajo los supuestos que le dieron origen dadas las reglas relativas a estas declaraciones surgidas por fuera del juicio oral y que se utilizan para probar o excluir diversos aspectos vinculantes en la estructuración de la conducta punible o la responsabilidad del imputado.

4. Conforme quedó sintetizado con antelación, a Omar Fernando Gómez Sanabria quien se desempeñaba como Asistente de Fiscal III en la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, se le atribuye haber citado en el mes de junio de 2005 a su casa de habitación a Rodrigo Díaz Sendoya, contra quien cursaba actuación penal en esa oficina judicial por los delitos de estafa, cohecho, falsedad y otros y una vez en dicho lugar, solicitarle dinero a cambio de beneficios procesales, hechos que habrían quedado registrados en una grabación magnetofónica que fue aportada al momento de presentarse la denuncia penal respectiva en agosto de 2006.

Comoquiera que la mencionada grabación fue sustraída del almacén de evidencias de la Fiscalía (junto con algunos recortes de papeles manuscritos atribuidos a Gómez Sanabria), además de entender que parte de la prueba aportada en el juicio era de referencia y la restante

no demostraba el delito ni la responsabilidad, el a quo absolvió al imputado reconociendo la duda que debía favorecerlo.

Por su parte, el Tribunal estimó que el hecho de haber desaparecido los referidos elementos materiales no desvirtuaba la existencia de la reunión, además, que a través de los testimonios rendidos por los abogados José Alejandro Hernández Moreno, Camilo Alberto Ortiz Jaramillo, del Fiscal Benjamín Bernal Arévalo y de la perito fonoaudióloga Libia Yasmíd Martínez Castellanos (persona que sometió a valoración técnica el casete contentivo de la grabación antes de ser sustraído), testimonios todos que descartó tratarse de prueba de referencia, declaró demostrada la materialidad del hecho y la responsabilidad penal del procesado.

5. Tomando como referente la anterior secuencia y fundamento de las decisiones en sus dos instancias, emerge para la Corte indispensable recordar, de acuerdo con doctrina decantada por la Sala en el último par de lustros con apego a la regulación contenida en la Ley 906 de 2004, que el ataque a la sentencia bajo el entendido de concurrir errores de derecho por falso juicio de convicción, específicamente por estar sustentada en prueba de referencia, procede del entendimiento del art. 381.2 del C. de P.P., según el cual una sentencia condenatoria no puede fundarse únicamente en prueba de esta índole (tarifa legal negativa), pues sería violatorio de garantías fundamentales

del acusado, máxime cuando sólo pueden tenerse como pruebas aquellas allegadas al juicio y en preservación de los principios de inmediación, concentración, contradicción y confrontación.

6. El censor alega que la sentencia se basó únicamente en prueba de referencia y les atribuyó dicha calidad a los testigos Camilo Alberto Ortiz Jaramillo, José Alejandro Hernández Moreno y el ex fiscal Benjamín Bernal Arévalo, quienes tuvieron ante sí la grabación y, por tanto, se refieren a su contenido y a la identificación de las personas que participaron en esa conversación.

El error del impugnante es evidente, porque:

El artículo 437 de la Ley 906, a la luz de la jurisprudencia que lo ha desarrollado y explicado, establece que debe tenerse por prueba de referencia toda DECLARACIÓN rendida por fuera del juicio oral, que es presentada como medio de prueba de un aspecto relevante del debate, cuando no es posible su práctica en ese escenario (CSJAP, 30 SEP. 2015, Rad. 46153, entre muchas otras.

Entre las múltiples manifestaciones que puede hacer una persona (narraciones de hechos reales, relatos imaginarios, exclamaciones, advertencias, amenazas, órdenes, peticiones, etcétera), sólo pueden tenerse como declaraciones, en el ámbito de los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, los relatos acerca de hechos, que

puedan ser utilizados *“para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto del debate”*.

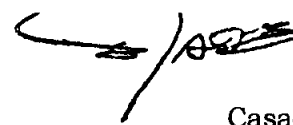
De ahí que para la determinación del carácter de prueba de referencia es determinante el estudio del derecho a la confrontación (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), esto es, la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo, controlar el interrogatorio, etcétera. Ello explica por qué el artículo 441 ídem establece la posibilidad de impugnar la prueba de referencia, *“en los mismos términos de la prueba testimonial”*, pues la única diferencia con esta es la imposibilidad de *“practicarla en el juicio”* (Art. 437).

De la misma manera como el contenido de algunas declaraciones puede constituir objeto de prueba, principalmente cuando corresponden a un elemento estructural del delito (injuria, calumnia, falso testimonio, falsa autoincriminación, etcétera), tal y como se analizó ampliamente en el auto 46153 de 2015, en el ámbito penal es común que las manifestaciones de las personas, que no tienen el carácter de declaración en cuanto no corresponden a narraciones de hechos, hagan parte del tema de prueba, lo que no admite discusión cuando las mismas, igualmente, encajan en un elemento estructural del respectivo tipo penal.

Así, por ejemplo, una amenaza, que, claramente, no es una declaración, sino un elemento estructural de los delitos de extorsión, constreñimiento ilegal, entre otros, debe ser incorporada al respectivo tema de prueba y, a la misma puede referirse cualquier testigo que la haya presenciado “*directa y personalmente*” (Art. 402). En el mismo sentido, la petición ilegal que hace el servidor público, en delitos como la concusión y el cohecho propio, no es una declaración, pero es, sin duda, un elemento estructural de estos punibles, razón suficiente para que sean incorporados al tema de prueba. (En el mismo sentido ver CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJAP, 8 Marzo 2018, Rad. 51882; entre otras).

En este caso, la Fiscalía presentó varios testigos del contenido de las *exigencias* o *pedidos* económicos que le hizo el acusado a otra persona a cambio de favorecerlo en un proceso penal. Según lo expuesto en precedencia, ni esas exigencias, ni las respuestas del interlocutor, pueden tenerse como declaraciones, en el sentido previsto en el artículo 437. Se trata, simplemente, de manifestaciones que encajan en uno de los elementos estructurales del delito objeto de acusación, razón suficiente para que fueran incorporadas al tema de prueba y, en consecuencia, para que la Fiscalía pudiera aportar los medios de conocimiento que considerara adecuados para su demostración.

Pudo establecerse que esas manifestaciones quedaron vertidas en un documento (grabación), que desapareció del almacén de evidencias de la Fiscalía. Antes de desaparecer,



Casación 47194
Omar Fernando Gómez Sanabria

varias personas tuvieron acceso directo a ese documento: los citados Camilo Alberto Ortiz Jaramillo, José Alejandro Moreno, estos dos abogados en ejercicio, así como el ex fiscal Benjamín Bernal Arévalo, además de la perito acústica forense Yasmid Martínez Castellanos, que logró hacer una discriminación auditiva del contenido del micro casete, quien básicamente destaca que se escucha a dos personas que se identifican como Omar y Rodrigo, que dialogaban sobre procesos que se llevaban en la Fiscalía, una de las cuales menciona que *“ha ocultado o enviado a otro lugar algunos de esos procesos para favorecer al implicado en la investigación y que de igual manera puede ayudar al sujeto con quien está hablando , siempre que le reconozca un dinero”* Esto es, los testigos no se enteraron de su existencia y contenido por lo que otros les contaron, evento en el cual podrían existir verdaderos debates sobre prueba de referencia, sino porque pudieron escuchar y analizar la grabación.

En este orden de ideas, no existe un genuino debate sobre prueba de referencia, porque la Fiscalía no incorporó como medio de prueba una declaración rendida por fuera del juicio oral, con el propósito de demostrar un aspecto relevante de la controversia. Visto de otra manera, no se avizora la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, frente a la cual la defensa no haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, en sus diferentes facetas.

Se trata de la demostración de la existencia y el contenido de un documento (no declarativo, valga la

repetición). Para tales efectos, en principio la Fiscalía estaba en la obligación de presentar el original, según las reglas de mejor evidencia (Artículos 433 y siguientes). Sin embargo, como el documento original se extravió, esas mismas normas, concretamente el artículo 434, permiten demostrar con otras pruebas su existencia y el contenido. En este caso, la Fiscalía demostró esos aspectos con los testimonios de quienes percibieron “*directa y personalmente*” la grabación.

En síntesis: (i) no se trata de una verdadera controversia acerca de prueba de referencia, porque ello solo es predicable frente a declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se presentan en este escenario como medio de prueba de un aspecto relevante de la controversia; (ii) se trata de unas manifestaciones, no declarativas, que corresponden a un elemento estructural del delito objeto de acusación; (iii) como el documento que las contenía se extravió, la Fiscalía estaba legalmente habilitada para presentar otras pruebas de su existencia y contenido; (iv) para tales efectos, utilizó los testimonios de quienes percibieron directamente el contenido del referido documento –*no porque otro se los haya contado*–; y (v) si dichas manifestaciones hechas por fuera del juicio oral no tienen el carácter de prueba de referencia, y se trata, simplemente, de un importante componente del tema de prueba, la discusión acerca de la prohibición prevista en el artículo 381 de la ley 906 de 2004 es notoriamente artificiosa.

7. Así las cosas, en convergencia con el criterio expuesto en desarrollo de este trámite por la Fiscalía y Procuraduría Delegadas ante la Corte y por el apoderado de la Rama Judicial, advierte la Sala de acuerdo con lo previamente consignado que, en efecto, en este caso el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal de Omar Fernando Gómez Sanabria en el punible de concusión se hallan acreditados con base en las pruebas debatidas en el juicio, sin que consecuentemente la sentencia se hubiera fundamentado en prueba de referencia, conforme al cargo propuesto, todo lo cual impone que el fallo se mantenga incólume.

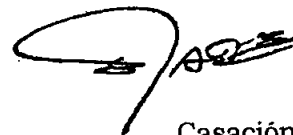
En razón y mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



Casación 47194
Omar Fernando Gómez Sanabria



JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

COMISION DE SERVICIO

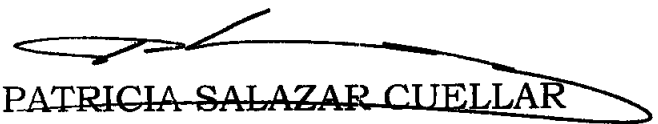
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUELLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

