

Proceso No 23357

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.144

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006).

VISTOS

El Tribunal Superior de Manizales por medio de sentencia de 19 de enero de 2005, condenó a MIGUEL ÁNGEL ESCOBAR CARDONA en su condición de ex Fiscal Seccional de la Unidad de Fiscalías de La Dorada, Caldas, como autor responsable del delito de concusión, decisión contra la cual él y su defensor interpusieron recurso de apelación, el cual fue concedido.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con fundamento en el escrito anónimo recibido en la Oficina Anticorrupción de la Presidencia de la República en el cual se denunciaba la comisión de conductas contra la administración pública, ejecutadas por los servidores públicos de la Unidad de Fiscalías Delegadas de La Dorada, Caldas, la Fiscalía Décima Seccional de Manizales inició indagación preliminar y ordenó al C.T.I. la interceptación de las líneas telefónicas asignadas a esa unidad y de la residencia de varios de las personas que allí laboraban por espacio de 60 días, durante los cuales se obtuvieron resultados negativos, dando

lugar a dictar resolución inhibitoria.

Empero, posteriormente se interceptaron nuevas conversaciones, a través de las cuales empleados de la Fiscalía daban información a terceras personas sobre las investigaciones que allí se adelantaban. Así, se revocó la resolución inhibitoria dictada el 25 de enero de 2001 y, nuevamente, se dispuso la interceptación de las líneas telefónicas de las Fiscalías de la Dorada y la del domicilio del técnico judicial RODRIGO HERNÁNDEZ DE LA PAVA y la de su hijo RODRIGO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ.

De este modo, en el mes de marzo de 2001, en la línea telefónica de la residencia de HERNANDEZ DE LA PAVA se interceptaron conversaciones sostenidas entre este y el doctor MIGUEL ANGEL ESCOBAR CARDONA, quien había laborado como Fiscal Seccional en La Dorada y que para la época desempeñaba idéntico cargo en la ciudad de Medellín; diálogos en los cuales se hacía referencia a la exigencia de dinero a personas que se encontraban involucradas en un proceso que le había correspondido adelantar al doctor ESCOBAR CARDONA cuando desempeñaba aquel cargo; se mencionaba a un individuo de apellido CAMACHO, la entrega de unos vehículos y una cantidad de dinero para repartir entre ellos y otra persona.

También se hacía alusión en esas conversaciones a que habían expuesto sus cargos, a una persona con el nombre de MARTHA que a la postre se estableció era la persona que actuaba como defensora del referido CAMACHO y los demás sindicados en un proceso penal iniciado en noviembre de 1998, con base en el informe policivo de 27 del mismo mes y año, por medio del cual se dio cuenta de la comisión de un delito de hurto de combustible, dejando a disposición de la Fiscalía cuatro tractocamiones, una camioneta y varias personas capturadas entre quienes figuraba JORGE ARTURO CAMACHO ROJAS, quien de acuerdo con las conversaciones interceptadas figuraba como el propietario de uno de los tractocamiones.

2. Lo anterior dio lugar a iniciar la correspondiente averiguación penal a la cual fueron vinculados el doctor MIGUEL ÁNGEL ESCOBAR CARDONA, RODRIGO HERNÁNDEZ DE LA PAVA y la abogada MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO, la cual terminó en su fase instructiva con resolución de 8 de febrero de 2002, con acusación para los dos primeros en condición de autores del delito de concusión y para la última, como cómplice del mismo delito.

La acusación se presentó ante el Tribunal Superior de Manizales, corporación que mediante auto de 13 de marzo de 2002, ordenó la ruptura de la unidad procesal para que la etapa del juicio respecto del técnico judicial y la abogada se adelantara en el Juzgado Penal del Circuito de la Dorada, Caldas, actuación que en primera instancia terminó con sentencia condenatoria, la cual fue confirmada en relación con HERNANDEZ DE LA PAVA y revocada a la abogada, quien fue absuelta por el Tribunal.

En cuanto al doctor MIGUEL ANGEL ESCOBAR CARDONA el Tribunal Superior de Manizales continuó con la etapa del juicio, por tratarse de funcionario aforado, corporación, que una vez cumplido los trámites propios de la causa, dictó sentencia de condena en contra de aquél, la cual ocupa ahora la atención de la Corte por vía del recurso de apelación, interpuesto separadamente por el defensor y el acusado.

SENTENCIA IMPUGNADA

Afirmó, el Tribunal, que las conversaciones interceptadas por el C.T.I. de la Fiscalía conducen a demostrar la ocurrencia del delito de concusión toda vez que las mismas tienen como referencia el proceso penal adelantado en la Fiscalía Seccional de La Dorada, de cuyo trámite conoció el Dr. MIGUEL ANGEL ESCOBAR CARDONA en el cual fungía como secretario de la Unidad de Fiscalías RODRIGO HERNÁNDEZ PAVA, y tenía relación con el decomiso de varios tractocamiones en los cuales se transportaba combustible hurtado, al oleoducto de Ecopetrol.

Que aun cuando en las conversaciones intervenidas no se hace mención expresa al citado proceso penal y se tuvo especial cuidado para no referenciar los nombres de las personas interesadas en el proceso, y que aparecen denominadas como “primos”; sí aparece claro que ambos funcionarios exigieron dinero que tenía relación directa con ese proceso. En tal sentido, afirma el Tribunal, son demostrativas las transliteraciones que yacen en el folio 102 del cuaderno 1, correspondientes a las conversaciones que se presentaron el 24 de marzo de 2001, las cuales son fiel reflejo de las intenciones ilícitas del procesado y de quien fue su subalterno en la Fiscalía de La Dorada.

En la misma dirección, afirma, que las conversaciones interceptadas evidencian también la comisión del ilícito, pues las mismas permiten inferir que existía “un proceso” en marcha en torno de los pagos ilícitamente exigidos por los funcionarios públicos como contraprestación a su ayuda o colaboración en las diligencias que a ellos les correspondió adelantar cuando se pusieron a disposición de la Fiscalía los conductores de los tractocamiones en los cuales se transportaba combustible hurtado, estos vehículos y una camioneta donde se hallaron documentos falsos.

Seguidamente, hace alusión a las conversaciones interceptadas el 27 de marzo de 2001, en las cuales uno y otro funcionario hablan del vehículo que estaba pendiente por entregar, de la cantidad de dinero y cómo se debía repartir y a la transcripción que yace en el folio 111 en la cual el procesado MIGUEL ANGEL ESCOBAR le refiere a su interlocutor “acuérdesse que se expuso el puesto, que se expuso todo”.

Atribuyendo fuerza incriminatoria a las conversaciones interceptadas, refiere que en la camioneta inmovilizada junto con los camiones viajaba JORGE A. CAMACHO, respecto de quien los funcionarios involucrados hicieron referencia como “CAMACHO”, propietario de uno de los tractocamiones.

Participando de lo planteado por la Fiscalía en la resolución de acusación, afirma el Tribunal, que “es indudable que de las conversaciones interceptadas se evidencia que el doctor Miguel Ángel Escobar se encuentra comprometido en el ilícito, pues existe prueba documental que lo señala como la persona que solicitó esas sumas de dinero a raíz de la investigación penal que por el delito de hurto de combustible tramitó cuando desempeñaba el cargo de Fiscal Seccional con sede en La Dorada”.

Reafirma su convencimiento de que el contenido de lo expresado por los servidores públicos involucrados demuestra que hubo una exigencia dineraria ilícita con ocasión de la investigación penal adelantada por el hurto de combustible, además de que los capturados por este hecho llevaban consigo documentos falsos “para franquear los respectivos retenes de la policía, proceso que por su magnitud podría dar lugar a exigencias u ofrecimientos dinerarios a cambio de decisiones judiciales favorables, de ahí que como lo dedujo la Fiscalía, se hubieran presentado irregularidades con relación a las muestras de gasolina, a unas guías y documentos falsos que se llevaban en una carpeta de color café, documentación que pasó desapercibida desde cuando se inició la investigación y que constituía elemento de convicción suficiente para enrostrarle a los sindicados otras conductas punibles, pues del testimonio rendido por el empleado de la Fiscalía Especializada de esta ciudad Jhon Jairo Gallego Cardona, se infiere que al ser asignada la investigación por competencia, en el proceso no apareció esa carpeta, pero que con posterioridad fue anexada a las diligencias por el Fiscal de la causa”.

En torno al contenido de las grabaciones anotó el Tribunal que reportan certeza sobre la ilegal exigencia de dinero, pues “aceptó no sólo que esa era su voz, sino el contenido veraz de esas conversaciones cuando se le pusieron de presente en diligencia de indagatoria, no siendo aceptable sus argumentos defensivos al aludir que todo se trataba de una “mamadera de gallo” producto de su estado psíquico y emocional a consecuencia del estado embriaguez que presentaba para la fecha de esas pláticas. Distinta apreciación

tiene la judicatura sobre el real y verdadero contenido de esas conversaciones”

Adujo que las conversaciones interceptadas no pueden considerarse intrascendentes, porque ellas corresponden a un proceso histórico relacionado con la exigencia de dinero. Que a otra conclusión no se puede llegar luego del análisis cuidadoso y serio de las mismas, pues al confrontarlas con el contenido del proceso adelantado por el hurto de combustible, existe convergencia y enlace entre lo dicho por el procesado en los diversos diálogos y los hechos que originaron este proceso y que no son el fruto de “tomaduras de pelo o charlas sin importancia”.

Culminó advirtiéndole que se reúnen las exigencias dogmáticas para la configuración del delito de concusión y con apoyo en doctrina de esta Sala de la Corte, precisó que el mismo es de mera conducta, de suerte que el resultado o beneficio perseguido por el agente constituye un elemento subjetivo que no incide en su estructuración, de manera tal que no asiste razón al vocero del procesado ni a su defensor para argumentar que no está probada la tipicidad del hecho porque el procesado no recibió dineros ilegales.

En relación con las grabaciones y la probable vulneración de los derechos fundamentales del procesado por carencia de validez de ese medio probatorio, respondió el Tribunal que esos registros tienen vocación probatoria en nuestra legislación, que son un medio de demostración de los hechos investigados con categoría de documentos públicos aptos para ser apreciados judicialmente, cuyo valor depende de la autenticidad, la forma de aducción al proceso, la publicidad del medio y la controversia procesal del mismo.

Asegura, “las transliteraciones de las llamadas interceptadas, fueron aportadas al proceso desde el inicio de la investigación preliminar y conocidos por el sindicado y sus defensores desde el momento de ser vinculados mediante indagatoria, es decir, fueron oportunamente allegados al proceso, con amplia posibilidad de controversia por los involucrados. Por lo demás, la interceptación misma fue precedida de motivos fundados y de

la orden judicial respectiva”.

En los anteriores términos, condenó al procesado a sesenta meses de prisión y multa equivalente a sesenta salarios mínimos mensuales vigentes, y le negó la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión en establecimiento carcelario por no reunirse los requisitos legales.

LA IMPUGNACIÓN

Contra la sentencia del Tribunal de instancia interpusieron recurso de apelación el procesado y su defensor, quienes lo sustentaron del siguiente modo.

El Defensor luego de resumir su actuación en el proceso y las decisiones que asumió la Fiscalía en las diferentes fases, alega que la prueba de cargo se ha ido depurando gradualmente, quedando solamente unas conversaciones interceptadas al procesado MIGUEL ANGEL ESCOBAR CARDONA.

Que con apoyo en el contenido de los diálogos telefónicos interceptados por el C.T.I., el Tribunal dio “por sentada tanto la materialidad del supuesto atentado contra la Administración Pública imputado al procesado como su autoría y responsabilidad jurídicopenal en esa conducta punible”.

Afirma, que las conversaciones telefónicas interceptadas por el C.T.I. –especialmente la del 27 de marzo de 2001– generan duda insuperable, pues en esas llamadas se habla del dinero que debía ser entregado, sin embargo, no se sabe si alguien lo exigió o alguien lo ofreció, de tal modo que ni siquiera existe certeza sobre el hecho punible que debía ser imputado, concusión o cohecho.

Que en el caso bajo examen no se determinó cuál es la víctima del delito de concusión imputado al procesado y que en estos casos siempre se encuentra que el sindicado

recibe dinero de una víctima, de la persona que fue constreñida o inducida a dar o entregar o prometer algún dinero o alguna ventaja indebida. Pero que en este caso ocurre algo particular, unos sindicatos reciben dinero de una co-sindicada, no de las supuestas víctimas, lo que califica como fenómeno dogmático inédito en el derecho penal colombiano, y en tales circunstancias no se trataría de una concusión sino de una autoconcusión.

Seguidamente, refirió acerca de las grabaciones magnetofónicas, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala de la Corte y doctrina foránea, separa la naturaleza de las mismas de su contenido. De este modo, plantea que esas grabaciones magnetofónicas tienen la condición de documentos públicos por haberse obtenido a través de funcionarios del C.T.I. de la Fiscalía en cumplimiento de orden judicial válidamente expedida, sin embargo su contenido apenas vendría a constituir un indicio.

Con la misma perspectiva, sostiene que las manifestaciones autoincriminatorias consignadas en esas grabaciones constituyen una confesión extraprocesal, la cual cuando mucho es “un indicio de actitud sospechosa o de manifestaciones posteriores al delito o incluso de manifestaciones anteriores”.

Que por parte de MIGUEL ANGEL ESCOBAR CARDONA y de RODRIGO HERNÁNDEZ PAVA nunca se produjo una confesión judicial, pues, “resulta apenas obvio colegir que las manifestaciones contenidas en las grabaciones magnetofónicas de las conversaciones telefónicas interceptadas por el C.T.I. no fueron objeto de ‘reconocimiento tácito’ de la veracidad del documento del cual trata el art. 262 del C. de P. Penal/ 2000: No hubo por parte de los encartados ‘conformidad con los hechos o cosas que se expresan’ en esas charlas”.

Manifiesta que de las transliteraciones reproducidas por el Tribunal en la sentencia, la que más compromete a su prohijado es la que corresponde a la conversación telefónica

sostenida el 27 de marzo de 2001, en horas de la noche, entre MIGUEL ANGEL ESCOBAR CARDONA y RODRIGO HERNÁNDEZ PAVA, de la cual destaca que mientras el primero hablaba de dinero el segundo le suministraba un teléfono y también asentía en las manifestaciones de aquél.

Asevera que esa conversación apenas constituye un frágil indicio que escasamente podría dar lugar a una sospecha porque ni el procesado ni RODRIGO HERNÁNDEZ PAVA, como tampoco en ninguna de las otras que fueron interceptadas, precisaron qué persona entregaría la suma de dinero, si la doctora MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO o alguno de los sindicados en el proceso adelantado contra JORGE ARTURO CAMARGO ROJAS o uno de los ciudadanos que promovieron incidentes de entrega de los automotores, y tampoco dejaron entrever por qué razón se entregaría ese dinero, ni se supo quién era el beneficiario del mismo.

Concluye que “esa radical ambigüedad del contenido del ‘documento fonográfico’ en el cual quedaron registradas esas manifestaciones del Dr. MIGUEL ANGEL ESCOBAR CARDONA y del señor RODRIGO HERNÁNDEZ DE LA PAVA en el transcurso de esa comunicación telefónica, impide considerar tales voces como una auto-incriminación”.

Afirma, que de la conversación que se viene de aludir, no se infiere necesariamente que el dinero del cual hálase en el desarrollo de esa charla, hubiera sido producto de una “exigencia económica” formulada por su prohijado, y plantea nuevamente interrogantes con fundamento en los cuales concluye: que si la presunta entrega del dinero no puede ser atribuida, como “causa exclusiva” a una “exigencia económica” hecha por el procesado, resulta imposible construir el indicio necesario con respaldo en el mero contenido de ese diálogo telefónico.

Concluye que la interceptación telefónica transliterada, contrario a lo afirmado por el

Tribunal, no es un elemento de convicción idóneo para con grado de certeza deducir la materialidad del ilícito y responsabilidad del procesado. Lo primero porque no permite inferir que abusando de su cargo o de sus funciones, hubiera constreñido, inducido o solicitado a alguien dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebida.

Y lo segundo, porque no permite inferir que el doctor MIGUEL ANGEL ESCOBAR CARDONA y el señor RODRÍGO HERNÁNDEZ DE LA PAVA en la pretendida actividad concusionaria prevalidos del cargo que ostentaban en la Fiscalía General de la Nación, exigieran pagos a particulares.

Finaliza esta parte asegurando que el Tribunal sobrevaloró, al máximo el contenido de ese diálogo. “Y ese ‘fragilísimo indicio’ que cuando mucho podía derivarse del mencionado intercambio oral -y que sólo podía servir para orientar el inicio de una investigación preliminar- terminó convertido, en opinión del Ad quem (sic), no solamente en ‘prueba demostrativa inherente a la exigencia del dinero’ (c. 7, fl. 441), sino, además, en ‘un elemento de convicción idóneo para deducir el grado de certeza inherente a la culpabilidad del procesado en la comisión del ilícito’”.

Insiste acerca de la debilidad del único indicio que como prueba se deduce en este proceso. Afirma que existen dudas acerca de: 1) la especie de la conducta delictiva (concusión o cohecho), 2) la materialidad del delito, 3) dudas sobre la autoría y responsabilidad jurídicopenal, de tal modo que lo que se impondría sería la aplicación del principio in dubio pro reo.

Como peticiones subsidiarias reclama la disminución de la pena privativa de la libertad impuesta, porque el Tribunal en el momento en que le concedió la libertad provisional al procesado, consideró como eventual quantum punitivo 56 meses de prisión, sin embargo, al dosificar la pena en la sentencia le impuso 60 meses y se le conceda a su protegido

la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión en establecimiento carcelario.

El procesado luego de referirse a los elementos estructurales del delito de concusión y a las consideraciones del Tribunal a lo que él denomina “el indicio de las manifestaciones de la solicitud de dinero o beneficio económico”, alega que las grabaciones magnetofónicas no prueban directamente los elementos constitutivos de aquél delito, pues ni siquiera se trata de una conversación directa entre víctima y victimario, sino que simplemente se trata de una charla en la cual él, en estado de embriaguez, llama a su ex empleado RODRIGO HERNÁNDEZ PAVA y le cuenta de las conversaciones que a su vez tenía con la abogada MARTHA VILLAMIZAR AREVALO.

Afirma que el indicio de manifestaciones delictivas, para que tenga fuerza incriminante, debe cumplir con todos los requisitos de esa clase de prueba. El hecho indicador debe estar debidamente probado, debe existir un hecho indicado y existir un nexo entre uno y otro a partir de las máximas de la experiencia y que el hecho indicador en este caso lo constituyen las grabaciones magnetofónicas de que había un dinero para repartir.

Seguidamente en torno de las interceptaciones telefónicas, alega que desde el comienzo aceptó que su voz aparece en ellas, lo cual significa que son auténticas, pero ello no quiere decir, como lo asevera el Tribunal, que esté aceptando que solicitó dineros en forma abusiva, pues siempre ha rechazado haber constreñido o exigido dineros a persona alguna en virtud del cargo que ostentaba como funcionario judicial, así como la interpretación que se ha dado al contenido de esas conversaciones, además de que ha puesto de presente el estado anímico en que las hizo.

Afirma que esas intervenciones “constituyen una medida de investigación restrictiva del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones privadas”, no son un medio de

prueba sino una fuente de prueba como lo sostienen tratadistas extranjeros, de suerte que su función es la de permitir la obtención de otros elementos de prueba, como para ordenar sucesivos actos de investigación.

Que las grabaciones magnetofónicas, como lo aseveró el Tribunal, tienen vocación probatoria y, además, tienen el carácter de documentos privados, pero que su valor como prueba incriminante es la de indicio, “ya que ningún documento demuestra directamente la responsabilidad penal, sino que solo sirven de indicios de manifestaciones anteriores, concomitantes o posteriores a los hechos”.

En relación con el contenido de las declaraciones aduce que debe tenerse en cuenta que de los 30 casetes hay 17 en los cuales él interviene, que hace parte en aproximadamente 200 conversaciones, de las cuales sólo cinco son las que hacen referencia a temas de dinero que él tenía con la abogada MARTHA VILLAMIZAR, relacionados con “una dación en pago que se estaba tramitando ante la Caja Agraria, Bogotá, dentro del Plan de Reactivación Agropecuaria (PRAN), lo cual puede verse en las conversaciones telefónicas transcritas a folio 169 del cuaderno uno.”

Igualmente, que la mayoría de las conversaciones que sostuvo con RODRIGO HERNÁNDEZ DE LA PAVA, tienen relación con el problema que él tenía con la Caja Agraria, por la deuda agropecuaria que estaba por vencerse en el mes de junio de 2001, pues él le solicitaba a HERNANDEZ DE LA PAVA que cuando hablara con la abogada MARTHA VILLAMIZAR le recordara sobre el trámite de la dación en pago.

De este modo, considera erróneo que se afirme que en su cuenta se consignaron dineros provenientes de sus actuaciones ilícitas refiriéndose el fallador a que en una de las conversaciones le dijo a Rodrigo Hernández De La Pava que él estaba mal de plata y que necesitaba quinientos para él y su amigo. Sin embargo, si se analiza integralmente la prueba se puede ver que en el proceso no existe consignación alguna por ese valor a su

favor por parte de la abogada VILLAMIZAR AREVALO, pues en otros de los apartados de las conversaciones refiere que “yo no le pedí esos quinientos mil pesos, eso pa’ qué”.

Que, con fundamento en la realidad procesal, él es quien le dio dinero a la citada abogada. En tal sentido destaca que le ordenó a su hermano, ANTONIO ESCOBAR CARDONA, le consignara a ella la referida suma, como se puede apreciar en los folios 98 y 99 del cuaderno 4, por concepto de gastos para tramitar la referida dación en pago, que posteriormente la abogada le consignó la suma de \$250.000,00 que sobraron de la realización de ese trámite, cuestión que fue explicada por ambos en las diligencias de indagatoria respectivas.

Asegura que cuando la abogada VILLAMIZAR AREVALO y su compañero JOSE LIZCANO, fueron a Medellín, hablaron con él sobre el mismo tema de la dación en pago y le pidieron prestada la suma de \$800.000,00 que posteriormente ella le reintegró mediante consignación.

En otra de las conversaciones interceptadas, asegura, se habla de la suma de \$300.000,00, dinero que al apreciar integralmente la conversación era para ayudarle a obtener la documentación para que ella, la abogada, pudiera vincularse a la Fiscalía, pero en realidad ese dinero nunca le fue consignado como se aprecia en sus extractos bancarios, pero que le mencionaba a RODRIGO HERNANDEZ en medio de la ingesta de alcohol tergiversando la realidad de los hechos.

Anota, que RODRIGO HERNANDEZ DE LA PAVA también sostenía con la misma abogada conversaciones sobre dinero, pero respecto de actuaciones relacionadas con la consecución de testigos para un proceso disciplinario en el Consejo Seccional de la Judicatura de Ibagué, que se tramitaba en contra de ella, como se puede verificar en el folio 184 del c.o. 1.

Recuerda sobre la temática de los dineros, que RODRIGO HERNÁNDEZ solía comentarle algunos pormenores de los tratos que él tenía con la abogada MARTHA VILLAMIZAR y el compañero sentimental de esta. A su vez, él también le comentaba las incidencias del problema que tenía con la Caja Agraria y el papel de la abogada en la dación en pago.

Advierte que si se escuchan atentamente las grabaciones de los casetes 2, 4, 6, 15 y 16, se puede notar la ansiedad de RODRIGO HERNÁNDEZ PAVA con el proceso por hurto de combustible, pues la mayoría de las veces, interrumpe el hilo de la conversación para introducir el de aquél proceso.

Que puede notarse en el espíritu de tales conversaciones que la realidad de todo, como lo destacó el Tribunal, es que “había un ofrecimiento de dinero de otras personas, frente a lo cual aclara que por su parte nunca se dio aceptación de dineros, ni mucho menos peticiones o exigencias a persona alguna con relación a ese proceso, a pesar de la impresión que dejan los recortes de las conversaciones que se han resaltado en las diferentes providencias dictadas en su contra. Puntualiza que toda la información que tenía sobre el citado proceso se la dio la abogada MARTHA VILLAMIZAR un año después de haber perdido el contacto con tal negocio.

Aduce que no estuvo “muy enterado” del trato que hubiera tenido la abogada VILLAMIZAR ARÉVALO con el empleado HERNÁNDEZ DE LA PAVA, pues cuando le correspondió el proceso (se refiere al de hurto de combustible) lo tuvo por espacio de cinco días y está claro que tanto la gasolina y los documentos incautados conservaron la cadena de custodia, de ninguna manera sufrieron alteración y las decisiones asumidas por él fueron desfavorables a los procesados.

Destaca que mes y medio después de haber conocido del referido proceso, fue trasladado a la ciudad de Medellín, sin que hubiera vuelto a saber nada de la abogada

VILLAMIZAR ni del proceso, sino hasta después de haber transcurrido un año, cuando se la encontró en Medellín y siguió en contacto con ella en razón a que trabajaba en Bogotá y le podía tramitar lo concerniente a la dación en pago, hecho que es mencionado en las grabaciones, cuando RODRIGO le comenta que MARTHA le había reclamado porque se le había perdido tanto tiempo.

Reconoce que hizo “manifestaciones supremamente imprudentes pero no dejan de ser exageraciones en estado de alicoramiento en el que se mantenía por ciertas épocas” unido al trauma encéfalo craneano que tuvo por la época de 2001, tal cual lo adujo documentalmente en la ampliación de indagatoria y en la audiencia pública de juzgamiento.

Igualmente que sobre su tendencia a la exageración y al comportamiento expansivo debe tenerse en cuenta el testimonio técnico del doctor NESTOR TORO VILLA en la audiencia pública, lo mismo que el dictamen médico psiquiatra y otros documentos que demuestran las repercusiones en la memoria del trauma encéfalo craneano.

Que en el dictamen psiquiátrico de 29 de septiembre de 2003, se concluye que “por los rasgos de personalidad es posible la expansividad y extroversión del doctor Escobar” y, seguidamente, destaca que la personalidad expansiva, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud se caracteriza por “hipetrofía del yo, con orgullo y sentimientos de superioridad”... “la falsedad de juicio con paralogismo irreductible responsable de interpretaciones erróneas bien de persecución bien de grandeza, según que en el individuo predomine la desconfianza recelosa o el orgullo ambicioso”.

De este modo, aduce que cuando se comunicaba con su ex empleado en La Dorada, confluía en su psiquis la embriaguez alcohólica y la personalidad expansiva, explicando esto la tendencia a falsear la realidad para ponerle grandiosidad o espectacularidad a los negocios o actividades.

También hace referencia a cada uno de los fragmentos de las conversaciones interceptadas que se mencionaron en el fallo de instancia. Así, advierte que cuando afirmó “será que nos están embobando o qué” dentro del contexto de la conversación se advierte que él hace referencia al hecho de que trataba de localizar a la abogada MARTHA VILLAMIZAR sobre el trámite de la dación en pago, quien, como se advierte en otras grabaciones, se mostraba molesta ante tanta insistencia.

Y en cuanto a la utilización del pronombre “nos”, se debe tener en cuenta el contexto integral, porque como lo ha afirmado, RODRIGO HERNANDEZ DE LA PAVA también tenía interés en localizarla para los tratos que él tenía con ella, pues los dos buscaban a la abogada pero con interés diferente.

En relación con las demás manifestaciones que hizo en las conversaciones telefónicas anota que él se encontraba en estado de embriaguez y por lo mismo no se acuerda de ellos, pero sí está seguro de que exageraba como solía hacerlo con RODRIGO porque cuando a él se le habla de dinero se le nota una emoción tal que a él le produce risa.

Ahora, en cuanto a la afirmación “Le dije acuérdesse que se expuso el puesto, se expuso todo... Para que me vayan a pagar mal y dijo no, no, ni riesgos...”, afirma que a pesar de la gran impresión que pueda causar esa expresión en los diálogos, debe tenerse en cuenta que él se encontraba en estado de embriaguez y “además, puede verse que en esa conversación no hay exigencia dineraria alguna, sino por el contrario, se trata de ofrecimientos de otra persona. Además, el contenido de este diálogo no corresponde con la realidad de lo ocurrido” porque como lo recalcó en el proceso, asumió decisiones en contra de los intereses de los involucrados en el proceso por hurto de combustible.

Seguidamente, luego de hacer referencia a los demás apartes de las transliteraciones transcritas en el fallo, termina afirmando que se debe concluir que el hecho indicador

del indicio de manifestación criminosa de exigencias indebidas de dineros no se encuentra probado porque las conversaciones telefónicas en cuestión no coinciden en lo esencial con la realidad de los hechos.

En consecuencia que ante la falta de prueba del hecho indicador, el indicio es inexistente, pues la ausencia de certeza hace imposible la construcción de una inferencia probatoria.

De otra parte, comenta que su actuación frente a la carpeta incautada, la cual contenía documentos, así como respecto de las muestras de gasolina, fue transparente, pues durante los días que tuvo el proceso se hizo una relación detallada de los documentos por la señora CONSUELO ALVAREZ GALLO, servidora de la Fiscalía quien los organizó y los entregó junto con los demás anexos a la secretaría común para que fueran remitidos a la Fiscalía Seccional de Medellín.

Que la ruptura de la cadena de custodia sobre los referidos elementos se presentó cuando la Fiscalía Regional de Medellín envió por competencia las diligencias a la Fiscalía Especializada de Manizales.

Ante el supuesto cambio de la gasolina, alega que debe tenerse en cuenta el dictamen del laboratorio de Medicina Legal en el cual se concluyó que es posible que el combustible analizado, que inicialmente dio gasolina extra, y año y medio después de gasolina regular, debido a procesos de evaporación, formación de gomas por polimerización y oxidación lo que redunda en la disminución del octanaje y, por consiguiente, en la degradación de su calidad.

Peritaje que pone de presente que no existió ruptura de la cadena de custodia, ya que no hubo alteración de la muestra de gasolina sino que todo se debe a un proceso químico explicado científicamente, luego el indicio de comportamiento obstructivo no existe.

Asegura que procesalmente no hay prueba seria que trasunte certeza en torno de la exigencia indebida de dinero. Que en sentido contrario, los dineros que se cruzaron entre él y la abogada VILLAMIZAR AREVALO tuvieron causa lícita, pues se trata de transacciones que se realizaron año y medio después de que él tuvo breve contacto con el proceso por hurto de gasolina.

Destaca que a su favor concurren los contraindicios de decisiones desfavorables a los sindicados en el proceso adelantado por el delito hurto de combustible del cual él conoció.

Resalta que durante toda su trayectoria de más de treinta años al servicio de la justicia en distintos cargos como juez de aduanas, Ministerio Público, Fiscal Seccional, Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Manizales es la primera vez que se le cuestiona su conducta ética y penal, con la particularidad de que los hechos por los cuales se discute en este proceso como el que se le adelanta por el delito de prevaricato por omisión en el Tribunal Superior de Medellín y los disciplinarios que se desprenden de los mismos, tienen todos en común las grabaciones magnetofónicas de las conversaciones que ocurrieron entre los meses de marzo y abril de 2001.

Para terminar, asegura que en la sentencia se habla de víctimas del delito, pero no se dice con claridad quiénes son, ni tampoco aclara las circunstancias de las exigencias dinerarias, ante lo cual los indicios de inocencia crean una inmensa duda al respecto, anulando el efecto probatorio de las conversaciones en cuestión.

Luego de hacer precisiones en torno del alcance del artículo 2 de la [Constitución Política](#) y concluir que el sistema penal no está concebido para proteger enteleguías abstractas o bienes morales, estéticos o éticos, asegura que no existe concusión implícita o encubierta y se corre el riesgo que cualquier palabra o comportamiento del funcionario pueda ser tomado como delictuoso creando una amenaza de denuncia penal.

Alega que la concusión, para que sea punible, requiere que se deshonre la justicia de tal forma que no sea un simple acto moral o ético, sino que debe afectar el funcionamiento de la misma relación con los asociados y que si no hay esta interferencia con los asociados no se viola el bien jurado de la administración de justicia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es competente la Sala para pronunciarse acerca de los recursos de apelación interpuestos contra una sentencia proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial (art. 75.3, Ley 600 de 2000). En ese orden, y habiéndose acreditado en este asunto la calidad de fiscal seccional del investigado¹ y el ejercicio del cargo para la fecha de los hechos se procede ahora a desatar los interpuestos por el defensor y el sentenciado, no sin antes precisar que el estudio estará limitado al objeto de las impugnaciones y a los aspectos inescindiblemente ligados a ellas.

Teniendo en cuenta que en el caso de la especie el motivo de inconformidad de la defensa técnica como del procesado se concentra en torno del valor probatorio que el Tribunal atribuyó a las conversaciones telefónicas interceptadas, las cuales corresponden a los diálogos sostenidos entre el procesado MIGUEL ÁNGEL ESCOBAR CARDONA, RODRIGO HERNÁNDEZ DE LA PAVA y la abogada MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO, el primero en su condición, para ese entonces, de Fiscal Seccional de Medellín y en otrora del municipio de La Dorada, Caldas, el segundo como empleado de la Unidad de Fiscalías de este municipio y la última como abogada litigante.

La defensa, que no presenta reproche alguno sobre la legalidad de las interceptaciones telefónicas en cuanto se efectuaron con pleno acatamiento a las formalidades legales², es decir, mediante orden judicial válidamente emitida por un Fiscal Seccional y autorizada por la Dirección Nacional de Fiscalías, con fundamento en el anónimo recibido en la Oficina Anticorrupción de la Presidencia de la República, el

cual daba cuenta de la realización de actos irregulares en la Unidad de Fiscalías de La Dorada, Caldas; hace reparos en torno del valor probatorio que el Tribunal atribuyó al contenido de esas grabaciones, el cual considera, con apoyo en doctrina extranjera, solamente tiene el valor de indicio y nada más.

En consecuencia, necesario es precisar que en orden a determinar si una prueba reúne el requisito de la evidencia, es decir, trasunta al entendimiento certeza sobre la ejecución de un determinado hecho trascendente en el mundo jurídico, no debe acudir al procedimiento de su formación, sino al de su valoración que se encuentra supeditado a las reglas de la sana crítica (leyes de la ciencia, leyes de la lógica y máximas de la experiencia), en cuanto la eficacia probatoria hace referencia al aspecto intrínseco en relación con lo que es objeto del juicio. La decisión de si una prueba reporta certeza, pertenece al momento de valoración de la misma, y presupone un juicio fundamentalmente subjetivo. Empero, para otorgarle esa calificación de evidente deben acudir aspectos objetivos de tal manera que la prueba debe presentar una suma de elementos considerados singularmente y en su conjunto, de tal modo que quien debe emitir el juicio de valor se vea inducido por la fuerza de las cosas que el hecho no puede dejar de existir como se presenta en la mente. Así cuanto más sólida es la conexión entre los varios elementos probatorios tanto mayor es la persuasión que ellos producen, como la certeza que derivan en el ánimo del juzgador.

En torno de las interceptaciones telefónicas y su valor probatorio esta Sala de la Corte, como lo anota el defensor en la sustentación del recurso, se ha pronunciado en diferentes oportunidades, entre ellas en la sentencia de casación de 27 de marzo de 2003, dictada dentro del Radicado 17.247, en los siguientes términos:

“Ahora, y en relación con lo segundo, esto es, la naturaleza y valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas, como bien lo sostiene el demandante, la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en sostener que se deben asumir como documentos

privados, pues “los registros históricos así obtenidos, naturalísticamente tienen vocación probatoria, pues corresponden a medios de demostración de los hechos, según el reconocimiento que al efecto hace el legislador, a los cuales les da la categoría de documentos privados aptos para ser apreciados judicialmente, conforme lo precisa en los artículos 225 del C.P. y 251 del C. de P.C., cuyo valor depende de la autenticidad, la forma de aducción al proceso, la publicidad del medio y la controversia procesal del mismo, así en él queden adicionalmente impresas voces o imágenes ajenas” (Sentencia de única instancia del 22 de octubre de 1.996, rad. 9579).

“Este criterio, que ha sido en idénticos términos reiterado en las sentencias de única instancia 15 de noviembre de 2.000, rad. 10.656 (M.P., Dr. Jorge Córdoba Poveda) y la del 18 de julio de 2.001, rad. 14.661 (M.P., Dr. Nilson Pinilla Pinilla) los fallos de casación del 20 de noviembre de 2.001, rad. 13.948 (M.P., Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón) y del 21 de noviembre de 2.002, rad. 13.148 (M. P., Dra. Marina Pulido de Barón), no es de ningún modo novedoso, pues, precisamente en la sentencia que cita el casacionista como antecedente, y que data del 16 de marzo de 1.988, ya la Corte había precisado que:

‘Ocurre sin embargo, que ha sido permanente motivo de discrepancia jurisprudencial y doctrinal si una grabación es o no medio de prueba y cuál su naturaleza. En Colombia, a partir de 1.971 con la adopción del Código de Procedimiento Civil, se despejó dicha problemática al consagrar en el artículo 251 que ‘...son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general ...’ por cuanto no es imperioso identificar como documento todo aquello que conste por escrito, sino el hecho que sobre el mismo se haya representado alguna cosa a través de los signos gráficos que constituyen la escritura o que permitan que su contenido se perciba directamente, es decir, sin pasar a través de la mente del hombre, como lo serían por ejemplo, las fotografías y las grabaciones magnetofónicas.

‘Por ello, las grabaciones magnetofónicas que constituyen una clase de documento privado, resulta apto como medio de prueba al tenor de lo preceptuado por los artículos 262 del Código de Procedimiento Penal anterior y 258 del actualmente vigente, cuyo valor depende de su autenticidad, aducción, publicidad y controversia procesal’.

“Bajo tales premisas, entonces, como dentro de los criterios de valoración forzoso es tener en cuenta su autenticidad, publicidad y controversia procesal, debe precisarse que para este evento específico, al disponer el inciso tercero del artículo 351 del Decreto 2700 de 1.991 –y el cuarto del 301 de la Ley 600 de 2.000 en idénticos términos- que ‘el funcionario judicial dispondrá la práctica de pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica’, está supeditando la validez de la prueba a la demostración de su autenticidad, no solo porque en estos casos su producción se lleva a cabo sin el consentimiento ni el conocimiento de la persona o personas en cuya intimidad se entromete el Estado pero con un fin legítimo y en los casos y bajo las condiciones impuestas en la constitución y la ley, sino porque apriorísticamente no puede servir de sustento a una imputación”.

En el caso bajo examen, contrario a lo afirmado por el defensor, hubo conformidad por parte del procesado con lo expresado en las mencionadas charlas. Efectivamente reconoció que en esas grabaciones estaba su voz y que el contenido de la conversación correspondía a lo que habló con su interlocutor, aun cuando quiso matizarlas de un ánimo jocoso o como vulgarmente lo dijo, que se trató de un hecho de “mamadera de gallo” generado por su presunto estado de embriaguez y personalidad expansiva, según lo aseguró en la sustentación del recurso, para hacerles perder el valor demostrativo.

Sin embargo se advierte que a una conversación seguía otra, y se involucraba en una secuencia lógica el mismo objeto expresando al final frustración por el incumplimiento en la entrega del dinero. Después de que el procesado y RODRIGO hablan de la millonaria suma de dinero que deben pagarles una vez se ordenó la devolución de las tractomulas

incautadas, por la falta de cumplimiento, este último insistentemente llama a la abogada MARTHA a informarle de los ladinos “arreglos” en otros procesos, v.gr., uno tramitado en la Fiscalía de Honda, y las dádivas a un testigo para que declarara en determinado sentido.

Si esas conversaciones hubiesen estado precedidas de un ánimo jocoso como lo asegura el procesado en la indagatoria, indudablemente que esa circunstancia sería notoria y no hubiera tenido correspondencia alguna con los ocurrido en el proceso adelantado por el hurto de combustible; pero los comentarios sobre el mismo hecho son múltiples y se repiten de una a otra conversación, específicamente haciendo referencia al caso de CAMACHO, quien es el propietario de dos de los cuatro tractocamiones incautados y de la camioneta en la cual llevaba documentos falsos y los aditamentos necesarios para extraer la gasolina del oleoducto.

La aceptación de su participación en las conversaciones interceptadas, como también lo hicieron la abogada MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO y el ex empleado RODRIGO HERNÁNDEZ DE LA PAVA le asignan autenticidad a las mismas, pues el procesado no negó que allí estuviera su voz como tampoco el contenido de los diálogos, y respecto de ellas únicamente negó su seriedad atribuyéndoles una finalidad jocosa.

Constituyen esas conversaciones telefónicas interceptadas un documento con capacidad probatoria, por ende deben ser analizadas de acuerdo con los principios que orientan la sana crítica con el fin de determinar si tienen la entidad suficiente para demostrar el suceso delictivo y la responsabilidad del procesado.

Así, aun cuando en ellas no se manifiesta expresamente que el procesado y su subalterno fueron quienes realizaron la exigencia dineraria; su contenido no se puede desestimar, pues al hacer el juicio de valor respectivo en torno de la conducta delictiva que se le atribuye, lo manifestado por uno y otro inexorablemente permite concluir que

ambos colocaron precio al ejercicio de su función y, por ende, que fueron quienes realizaron la exigencia dineraria a los dueños de las máquinas incautadas con el combustible hurtado, y no en sentido contrario que estos les hayan hecho el ofrecimiento.

Las llamadas interceptadas muestran que siempre estuvo pendiente a que le cumplieran con la entrega del dinero exigido, pues de ellas se desprende que con anterioridad había recibido una parte del precio que abiertamente le puso al cumplimiento de sus deberes oficiales. La transliteración de las conversaciones grabadas el 27 de marzo de 2001 (fls. 108 y 109), no deja duda, ellas dan cuenta de que los dueños de los tractocamiones debían cumplir con la otra parte del dinero y que estaban pendientes de las resultas del proceso penal, pues sabían que aún restaba la entrega del vehículo de JORGE ARTURO CAMACHO, lo cual retardaba el pago del ilícito requerimiento y por lo mismo, que la abogada les manifestara que para obligarlos a cumplir, les había retenido los vehículos que había recuperado.

De las conversaciones que fueron grabadas el 24 de marzo de 2001, se desprende que el ex fiscal ESCOBAR CARDONA y HERNANDEZ DE LA PAVA, de tiempo atrás estaban tratando de localizar a la abogada MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO al punto que él mismo le había marcado al teléfono celular y al apartamento de Bogotá, sin resultados positivos.

El 27 siguiente el procesado y HERNANDEZ DE LA PAVA establecen nuevamente comunicación en la cual le dice que “los primos”, es decir, la abogada VILLAMIZAR ARÉVALO y su compañero permanente, JOSE LIZCANO, le contaron que le habían mandado una garrafa de licor y seguidamente le suministra detalles sobre el proceso adelantado contra JORGE ARTURO CAMACHO y le refiere que habló con JOSÉ y que le dijo que faltaba una por entregar, refiriéndose a la tractomula que estaba a nombre de CAMACHO.

De la conversación transliterada en los folios 108 y 109 del c.o. 1. se aprecia que el

objeto de la conversación fueron los tractocamiones entregados, la situación jurídica del que estaba a nombre de CAMACHO y la cantidad de dinero que se iban a repartir. Veamos:

“...V.R. Usted habló con quién

V.H. Con José

V.R. Si, que le dijo

V.H. Ahorita

V.R. Sí, si, si

V.H. Que falta una para entregar.

V.R. Falta una

V.H. Dizque la de Camacho

V.R. A la de Camacho porque era la que estaba a nombre de él, pero las otras sí las entregaron.

V.H. Eso, que era porque estaba a nombre de él.

V.R. Si, si, si,

V.H. Y que eso y que listo, que ya con (sic) hablado con la que tiene que entregar eso.

V.R. Si

V.H. Que por hay veinte días

V.R. Si más o menos, si

V.H. Que no, que lo que sea partido, que hay treinta

V.R. Ay fueputa, mucho ahí

V.H. Que para repartir entre los tres

V.R. Si no importa, lo importante es organizarnos ahí, hm

V.H. Que para nosotros y usted Rodriguito

V.R. Si claro

V.H. Le, pues yo creo que Martha tiene sus honorarios y cobra duro

V.R. Si

V.H. Yo creo que es de Rodrigo y yo

V.R. Claro, no yo conseguí el celular y todo, yo me puse las pilas aun (sic) lado tal y lo ubiqué

V.H. Que tan verraco

V.R. Pues claro yo estaba esperando que usted me llamara y XXXX

V.H. Ja, ja, usted reclama el celular

V.R. Y que más le dijo a usted

V.H. No que eso me dijo que habían, que eran sesenta millones

V.R. Si, si, si

V.H. Que valía todos, combustible

V.R. Si, si, si

V.H. Entonces que treinta y treinta

V.R. Si, si...”

De este contenido se extracta que no se trata de conversaciones deshilvanadas producto de la embriaguez, como sugiere el procesado, pues en ellas se introdujeron hechos reales respecto de los cuales, se colige, el procesado seguía interesado a pesar de haberse desprendido, años atrás, del conocimiento del referido proceso.

El tema de conversación converge con lo resuelto en la resolución de 13 de marzo de 2001, a través de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Manizales, cuando conoció por vía de consulta de la entrega provisional, ordenada en diferente resoluciones, de una camioneta, dos tractocamiones y dos tanques cisterna, involucrados en el proceso penal que se adelantaba en la Fiscalía Tercera Especializada de Manizales por el delito de hurto de combustible³.

En la conversación de 28 de marzo de 2001⁴ el panorama es diferente al planteado el día anterior cuando el procesado habló con JOSE LIZCANO. En esta oportunidad el procesado le manifestó a HERNANDEZ DE LA PAVA que ya había hablado con MARTHA, y que esta le dijo que le habían entregado eso (se refiere a los automotores), pero que esa gente no quería pagar nada que por eso ellos retuvieron los carros.

En efecto, el doctor ESCOBAR CARDONA le dice a HERNÁNDEZ DE LA PAVA lo siguiente:

“...V.R. Y qué dijo Martha

V.H. No, que ya le habían entregado eso, que esa gente no quería pagar nada, que por eso ellos retuvieron ese carro, dos carros.

V.R. Si ellos tienen dos carros

V.H. y un tanque

V.R. Si hasta que no les paguen

V.H. Si

V.R. Ellos dijeron que se llevaron esos carros

V.H. Entonces que los están esperando para arreglar

V.R. A bueno, al menos lo tiene que arreglar

V.H. Me dijo a no más arreglemos con ellos, le damos una platica a ustedes y queda pendiente lo de Camacho...”

El tema de conversación nuevamente coincide con lo ocurrido en el proceso adelantado por el hurto de gasolina, pues la referida abogada fue quien recibió los vehículos entregados por la Fiscalía Tercera Especializada de Manizales, cuestión que corroboró en la diligencia de indagatoria que rindió en este mismo proceso.

Abogada que, de acuerdo con el objeto de las conversaciones, es quien lo invita a arreglar con ellos (con los dueños de los camiones) y recibir algún dinero, quedando pendientes de lo de CAMACHO. Recuérdese que el tractocamión de JORGE ARTURO CAMACHO fue el único que no entregó la Fiscalía por estar a nombre de él, además, de que el

cumplimiento en la entrega del dinero estaba supeditado a la entrega de los automotores.

El 5 de abril de 2001, nuevamente establece contacto con RODRIGO HERNÁNDEZ DE LA PAVA, y hace referencia al tema de “los primos”, quienes viajaban a Medellín a hablar con él, además, de comentarle a su interlocutor que le habían acusado a CAMACHO, el que llevaba “las facturas falsas y todo eso”. Observación esta que tiene correspondencia con lo ocurrido en aquél proceso, porque efectivamente el 23 de marzo de 2001, la Fiscalía Tercera Especializada de Manizales acusó a JORGE ARTURO CAMACHO ROJAS y a los demás coprocesados como coautores responsables del delito de hurto agravado del cual fue víctima ECOPETROL5, luego, se repite, no se trataba de un gracioso comentario generado por el supuesto estado de embriaguez del procesado.

Más aún, dentro de esa conversación se muestra extrañado por la resolución de acusación y le manifiesta a HERNÁNDEZ DE LA PAVA que le dijo a la abogada MARTHA VILLAMIZAR AREVALO que le llevara copias de la providencia para ver que se podía hacer y curiosamente para el 15 de abril de 2001, esta hizo presencia en Medellín.

Veamos cómo se desarrolla esa conversación en los apartes pertinentes:6

“...V.R. Ahí, quihubo de los primos

V.H. Ahí están...”

“V.H. Viajan ahora, yo los voy a llevar al aeropuerto

V.R. A están ahí en la casa

V.H. Están aquí en la casa

V.R. Ah

V.H. Que XXXX le dictaron resolución de acusación a esa gente

V.R. Si, si, a quién a todos no.

V.H. Que a todos

V.R. Pero por qué

V.H. Y que los carros los entregaron porque eran por terceros

V.R. Ve tan raro, cómo así...”

Y más adelante, hablan lo siguiente:

“...V.H. Pero que los carros si les (sic) entregaron

V.R. Si

V.H. Están pendientes que el arreglo de esos carros, que entreguen una plata y lo del combustible no

V.R. A si, si, claro si

V.H. Y lo de Camacho

V.R. A también, si claro, a que va

V.H. Y por allá que más...”

Y efectivamente, la resolución de acusación dictada dentro del proceso adelantado contra JORGE ARTURO CAMACHO ROJAS y otros, fue apelada por la abogada MARTHA VILLAMIZAR

ARÉVALO según escrito que presentó el 19 de abril de 2001, es decir, después de haber ido a Medellín a hablar con el doctor ESCOBAR CARDONA, en cuyo contenido intenta introducir duda sobre la procedencia de la gasolina incautada con fundamento en los peritajes practicados en el referido proceso, en los cuales se concluía que ese combustible no se ajustaba a las especificaciones del producido por ECOPETROL, pues se trataba de gasolina extra que para la fecha de incautación 27 de noviembre de 1998, no era elaborada por la petrolera estatal⁷.

En este orden de ideas, las conversaciones telefónicas no aparecen huérfanas, su contenido tiene correspondencia con situaciones que tuvieron real ocurrencia con trascendencia en el mundo jurídico, como que el mismo se conecta de manera sólida con las actuaciones surtidas en el proceso que se adelantó contra JORGE ARTURO CAMACHO ROJAS y otros por hurto de combustible y desdibujan que los comentarios en las conversaciones interceptadas hayan sido el producto de la embriaguez o de una personalidad expansiva.

De esas conversaciones se desprende que realmente el funcionario investigado otorgó poder a la abogada MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO para que lo representará en el trámite de dación en pago que él había iniciado en el año 1999 ante la oficina de la Caja Agraria del municipio de Puerto Salgar, pero que tal hecho sólo ocurrió promediando el mes de abril de 2001, es decir, cuando la abogada acudió a la ciudad de Medellín a entrevistarse con él a propósito de la entrega de los tractocamiones ordenada por la Fiscalía y de la resolución de acusación que se había dictado contra JORGE ARTURO CAMACHO y los demás copartícipes en el hurto de combustible⁸.

El tenor de las conversaciones entre ESCOBAR CARDONA y HERNÁNDEZ DE LA PAVA fueron de tal entidad que constituyen para la judicatura desvergüenza por la desfachatez como se solicitaba dinero o favores en su condición de fiscal en los procesos que por razón de sus funciones oficiales eran sometidos a su conocimiento, al punto que las

conversaciones interceptadas dieron lugar para iniciarle investigación penal por su actuación en un proceso en el cual le dejaron a disposición suma aproximada a mil cuatrocientos millones de pesos incautados.

No puede asegurarse que la víctima de las exigencias dinerarias sea indeterminada, porque aun cuando no aparece en las conversaciones telefónicas un nombre determinado, lo cierto es que las conversaciones hacen mención exclusiva a los dueños de los vehículos involucrados en el hurto del combustible, incluida la camioneta en la cual se transportaban las válvulas y demás aditamentos indispensables para obtener ilícitamente la gasolina del oleoducto de ECOPETROL.

Entre el procesado y el empleado de la Fiscalía son profusas las comunicaciones sobre el tema del dinero que deben pagarles después de que la Fiscalía Tercera Especializada de Manizales dispusiera la entrega provisional de dos tractocamiones con su respectivo tanque y una camioneta, mediante decisión que en su momento fuera confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Manizales. Por ello, acuerdan la forma de compeler a la abogada MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO para obtener el dinero acordado desde cuando conocieron del proceso.

En una de tales conversaciones, ESCOBAR CARDONA le cuenta a HERNANDEZ DE LA PAVA que le dijo a JOSÉ LIZCANO el esposo de la abogada MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO que se acordara que “se expuso el puesto, se expuso todo” ... “para que me vayan a pagar mal y dijo, no, no, ni riesgos”⁹ y al día siguiente, el 28 de marzo de 2001, establecen nuevamente contacto a las 7:30 horas (siete y media de la mañana) y le comenta el procesado a HERNANDEZ DE LA PAVA que ya había hablado con MARTHA y que ella le dijo que “No, que ya le habían entregado eso, que esa gente no quería pagar nada, que por eso ellos retuvieron ese carro, dos carros...” y que también le manifestó que apenas arreglaran con ellos les daban una “platica” y quedaba pendiente de lo de CAMACHO, deduciendo HERNANDEZ DE LA PAVA, durante el transcurso de la conversación, que era

una cuestión diferente a lo que había planteado JOSÉ el día anterior.

Luego no puede asegurarse que se trate de un delito sin víctima reconocida como lo plantean el defensor y el procesado. Las comunicaciones interceptadas irrefragablemente evidencian que sí hubo exigencia dineraria dirigida a las personas representadas por la abogada MARTHA VILLAMIZAR ARÉVALO quienes, como se desprende del contenido de esas conversaciones, fueron renuentes a cumplir con lo convenido años atrás, cuando se iniciaba el proceso contra JORGE ARTURO CAMACHO y otros por el delito de hurto de combustible.

Esas exigencias de dinero actualizan el tipo penal de concusión porque tanto ESCOBAR CARDONA como HERNÁNDEZ DE LA PAVA, en su condición de servidores públicos, a sabiendas de que por su gestión en los asuntos de su competencia no podían percibir más dinero que la remuneración asignada para el empleo respectivo, ilícitamente exigieron dineros por la labor que ejecutaron dentro del proceso adelantado por el hurto de combustible en el cual aparecía sindicado JORGE ARTURO CAMACHO ROJAS, circunstancia que revela que durante los pocos días que tuvieron a su cargo aquel trámite diligenciaron o facilitaron actos irregulares para favorecer a los involucrados, con fundamento en los cuales solicitaron el dinero que en ese momento los interesados estaban dispuestos a pagar. Ninguna otra explicación para que en una de las llamadas telefónicas ESCOBAR CARDONA le manifestara a HERNÁNDEZ DE LA PAVA que le había dicho a uno de “los primos” que habían expuesto hasta el puesto.

Acerca de la tipicidad en el delito de concusión la Corte ha puntualizado:

“El artículo 140 del Código Penal derogado, modificado por el 21 de la ley 190 de 1995, bajo cuya vigencia sucedieron los hechos, y que fue replicado por el artículo 404 del nuevo estatuto punitivo salvo en la fijación de las sanciones, tipifica de la siguiente manera 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 indebidas, o los solicite, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal”.

“Las notas sobresalientes que afloran en esta descripción son: a) la cualificación del sujeto agente, pues sólo puede ser autor de concusión un servidor público, b) el abuso del cargo o de la función; c) la conducta que se puede concretar con la ejecución de cualquiera de las acciones correspondientes a los verbos rectores de constreñir, inducir o solicitar una prestación o utilidad indebida.

“Ahora, si constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo; si inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a que alguien realice determinada acción, y si solicitar es pretender, pedir o procurar obtener alguna cosa, según las acepciones del Diccionario de la Lengua Española, al transpolarlas al uso lingüístico que les da el tipo penal, se infiere de manera necesaria que se agota la ejecución de la correspondiente acción en el preciso momento en que el servidor público obliga, compele, fuerza, instiga, persuade, pretende, pide o procura que alguien le de o le prometa dinero o cualquier utilidad indebida.

“Las inflexiones verbales incorporadas en la ley para configurar el delito de concusión, llevan a deducir que no es necesario para consumarlo el que se obtenga el producto de la abusiva exigencia, pues de esa forma se anticipa el ámbito de protección del bien jurídico al instante en que se hace manifiesto el abuso del poder que emana del cargo o de la función, por tratarse de un tipo penal de mera conducta o, mejor expresado de ejecución instantánea cuando se despliega cualquiera de esos comportamientos.

“Ese ámbito de tutela no se anticipa tanto como para sostener que las fases

preliminares, preparatorias o de ideación también alcanzan a ser punibles, pues en esos momentos todavía no se ha constreñido, inducido o solicitado, luego el sujeto agente puede desistir de la realización de alguno de esos modos de llevar a cabo la exigencia ilícita”.¹⁰

En el caso que se examina las conversaciones telefónicas que legalmente fueron interceptadas, no dejan duda alguna del requerimiento económico que el procesado y su empleado hicieron a los afectados con la inmovilización de los tractocamiones y de la facilidad de estos para acceder ante las ilegales solicitudes, como se desprende de lo declarado por el agente de la Policía Nacional OSCAR HENAO FERNÁNDEZ¹¹ quien refiere que uno de los sujetos que viajaba en la camioneta Mazda dentro de la cual llevaban los documentos falsos manifestó ser el propietario de dos de las tractomulas inmovilizadas, y que ante la magnitud del problema les llegó a ofrecer hasta doscientos cincuenta millones de pesos para que no los judicializaran.

De este modo, el contenido de las llamadas interceptadas y su relación con hechos que tuvieron ocurrencia en el universo de lo real, con repercusión en el ámbito penal como se viene de demostrar, dejan sin fundamento jurídico los argumentos con base en los cuales el defensor y el procesado controvierten la sentencia del Tribunal, pues es evidente la conexión existente entre lo que constituyó el objeto de los diálogos intervenidos legalmente y lo sucedido en el proceso que por el delito de hurto de combustible se adelantó contra JORGE ARTURO CAMACHO ROJAS, respecto del cual el procesado, a propósito de la entrega de varios de los automotores involucrados, quería hacer efectivo el dinero que exigió cuando conoció cuando por breve lapso conoció del proceso, en el cual tuvo a su cargo las injuradas, antes de remitir las diligencias a Medellín.

Aspectos que el Tribunal tuvo en cuenta en el fallo, sin limitar la evaluación probatoria exclusivamente a las llamadas telefónicas, pues de manera expresa determinó que estas tenían relación con el proceso seguido contra JORGE ARTURO CAMACHO ROJAS por hurto de

combustible, lo cual es evidente, como se ha demostrado.

Ahora, en cuanto a la pena impuesta al procesado, la Corte no encuentra razón válida jurídicamente para que la misma se disminuya, pues si bien es cierto el Tribunal al concederle la libertad provisional consideró que la posible pena a imponer era de cincuenta y cuatro meses de prisión, tal consideración no genera criterio vinculante alguno al momento de dosificar la pena en la sentencia, pues es en este momento cuando el fallador analiza las precisas circunstancias en las cuales se desarrollo el suceso y con fundamento en las cuales gradúa la sanción imponible, aplicando para este caso los criterios reguladores del artículo 60 del Código Penal de 1980 teniendo en cuenta que el hecho se realizó durante su vigencia; pues cuando se le concedió la libertad provisional, el Tribunal realizó un cálculo aproximado, sin hacer, por obvias razones, sindéresis alguna sobre de la gravedad de la conducta investigada.

En tales condiciones la Corte no modificará la pena impuesta al procesado.

Finalmente, en relación con la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, se observa que si bien la pena mínima fijada para el delito de concusión de acuerdo con la legislación derogada no supera el límite de los cinco años de prisión contemplados en el artículo 38 Código vigente, el aspecto subjetivo no concurre en el caso de la especie conforme con las razones que expusiera esta Sala de la Corte al conocer por vía de apelación del auto que revocó la medida de aseguramiento, argumentos que tuvo en cuenta el Tribunal y que se a continuación se reproducen.

“Es esa personalidad que puso el afán de lucro por encima de la altísima misión de administra justicia y a quien no le importó afectar la credibilidad de los asociados en la administración pública y en las instituciones la que lleva a la Sala a concluir que la prevención especial y la reinserción social, solo se hacen posibles mediante la detención intramural.

"Así mismo, la gravedad, naturaleza y modalidades del reato imputado llevan a pronosticar que si pasó por encima de la ley penal, tenía el deber especial de acatarla y de dar ejemplo a los demás, no la seguirá respetando y que por ende, pondrá en peligro a la comunidad, al no estar en detención preventiva.

"Desde el punto de vista de la prevención general, la sociedad debe quedar notificada que la comisión de ciertos comportamientos, dada su particular gravedad, merecen ser tratados de manera drástica, no solo para fortalecer su confianza en la prevalencia del derecho, desarrollar su actitud de respeto al ordenamiento jurídico y satisfacer su conciencia jurídica, sino porque un tratamiento benigno le llevaría el mensaje de que no hay proporcionalidad entre la lesión del bien jurídico y sus consecuencias penales, esto es, que no hay justicia, con una sensación de apertura a la impunidad, lo que estimularía a otros a seguir el mal ejemplo, pues tendrían la expectativa de que de ser descubiertos serían tratados en forma benévola y con preferencia".

Con fundamento en todo lo que se viene de anotar en precedencia la Sala procederá a confirmar el fallo recurrido.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el fallo recurrido en lo que ha sido motivo de disenso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO

ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ

QUINTERO

ÁLVARO	ORLANDO	PÉREZ PINZÓN	MARINA
PULIDO		DE BARÓN	

Permiso

JORGE	LUIS	QUINTERO MILANÉS	YESID RAMÍREZ
BASTIDAS			

JULIO	ENRIQUE	SOCHA SALAMANCA	JAVIER ZAPATA ORTIZ
-------	---------	-----------------	---------------------

Impedido

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1 Folios 650 a 667 del c.o. 3

2 Artículo 351 del Decreto 2700 de 1991 y 301 de la Ley 600 de 2000

3 Cfr. Folio 68 y ss del c.anexo 7

4 Folios 113 y ss c.o.1

5 Folios 124 a 154 del c.anexo 2

6 Cfr. folios 170 a 174 del c.o. 1

7 Cfr. folios 185 a 194 del c.anexo 2

8 Cfr. La transliteración de las conversaciones interceptadas el 11 de abril de 2001, donde expresamente le dice a HERNANDEZ DE LA PAVA que le va a dar poder a MARTHA y que tiene el memorial y recibido de la Caja Agraria. Folio 169 del c.o. 1

9 Folio 111 c.o. 1

10 Radicación 18798, auto de 12 de febrero de 2002.

11 Cfr. c.o. 3, folio 826