

Proceso No 24110

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Javier Zapata Ortiz

Aprobado Acta No. 193

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil siete (2007).

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación debidamente interpuestos y sustentados por los defensores de los sentenciados ABDUL MUSTAFÁ IZA y OLGA GUTIÉRREZ MARENCO en contra del fallo de instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., el 27 de mayo de 2005.

H E C H O S :

Por denuncia del abogado Alvaro Hernán Páez Morales, quien actuaba como defensor de Roberto Buenaventura Rodríguez Gutiérrez en la Fiscalía 202 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá D.C., adscrita a la Unidad Primera de Administración Pública sindicado del delito de peculado por apropiación, dio a conocer que a comienzos del mes de julio de 2001 se encontró con el doctor Abdul Mustafá Iza –Agente del Ministerio Público destacado ante dicha fiscalía— quien le planteó un arreglo de la situación de su cliente en el asunto referido, a cambio de la entrega de 3 o 5 millones de pesos.

Posteriormente, se dirigieron al despacho de la citada fiscalía y en presencia de su titular OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO, el doctor MUSTAFÁ IZA le reiteró la proposición. A su turno, esta funcionaria le manifestó que “cualquier cosa, que lo que se me ofreciera”, además le hizo gestos de que el asunto se podía arreglar con dinero. A la salida del abogado de esa oficina, nuevamente se encontró en el pasillo con el doctor MUSTAFÁ IZA a quien le preguntó si era seria la propuesta hecha delante de la fiscal. Este nuevamente le dio a entender la seriedad del ofrecimiento diciéndole “Alvarito, pero y entonces que hacemos, a quien no le gusta la plata (...)”.

IDENTIDAD DE LOS PROCESADOS

1. ABDUL MUSTAFA IZA, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.666.960 de Cali (Valle), nacido en La Celia (Risaralda) el 4 de diciembre de 1961, casado, de profesión abogado y, para la fecha del acontecer, se desempeñaba como Personero Delegado ante la Fiscalía Seccional 202 delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, adscrita a la Unidad 1 de delitos contra la Administración Pública.

2. OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO, identificada con la cédula de ciudadanía número 21.068.035 de Usaquén (Bogotá D.C.), nacida en Barranquilla (Atlántico), el 8 de diciembre de 1951, residenciada en esta ciudad capital, separada, de profesión abogada y para la fecha de la conducta punible se desempeñaba como Fiscal Seccional 202 delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, adscrita a la Unidad 1 de delitos contra la Administración Pública.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En declaración rendida el 11 de octubre de 2001, el abogado Álvaro Hernán Páez Morales, informó que en un encuentro que sostuvo con el doctor ABDUL MUSTAFÁ IZA, lo invitó a su despacho para indagarle sobre lo que se le ofrecía, expresándole que iba a presentar un poder para defender a Roberto Buenaventura Rodríguez Gutiérrez, quien

había sido vinculado como coautor del delito de peculado por apropiación. El citado Agente del Ministerio Público, lo llevó a su oficina y luego a la de la Fiscal, allí comentó que había presentado un poder para asumir la defensa, ante lo cual ella le manifestó que el proceso era un poco complicado porque ya pesaba una condena contra los otros procesados y que a ella siempre le confirmaban todas sus resoluciones de acusación; entonces, intervino el Ministerio Público señalando que “No tranquilo doctor ALVARITO, las cosas se arreglan, en este mundo todo se arregla” agregando abiertamente “con tres o cinco millones arreglábamos”. Dice que MUSTAFÁ IZA se retiró un momento, pero siguieron hablando con la doctora y ella le decía “pues, si pero no importa que su cliente sea en grado de coautor porque la responsabilidad es compartida”. Señala que cuando advertía esa situación y se encontraban sentados frente a frente la funcionaria “agitaba sus manos en señal de dinero”. Agrega que no lo hizo de manera directa, pero todos sus gestos eran dicentes de tal situación.

Añade que salió de la oficina en la que no permaneció más de 10 minutos aproximadamente y, en el primer piso se encontró nuevamente con ABDUL MUSTAFÁ a quien le preguntó “Oiga doctor MUSTAFÁ, es serio que lo que Ud me está diciendo, que lo manifestó delante de la Fiscal, de que eso vale unos dos a cinco millones de pesos?”. Le respondió “Alvarito, pero y entonces que hacemos, a quien no le gusta la plata, y yo le manifesté ‘si es cierto doctor, yo de todas maneras voy a hablar con su jefa con la doctora GLORIA”, señala que a él le dio risa y lo tomó olímpicamente, pero de todas maneras le dijo “Estoy para colaborarle en ese proceso”.

Refiere que al día siguiente fue a la oficina de la doctora GLORIA, pero no pudo hablar con ella, la Secretaria le dijo que le mandara el mensaje y que le pasara por escrito la petición; empero, no lo presentó ni tampoco implementaron una vigilancia especial en ese sumario. Informa que después de lo ocurrido iba a la Unidad de Fiscalías tratando de no encontrarse con aquellos funcionarios; sin embargo, se topaba con MUSTAFÁ quien le

expresba “Quiubo doctor PÁEZ la doctora está esperando hermano”. Señala que en una oportunidad le dijo “ABDUL, no se meta en problemas conmigo Ud. No va a conseguir nada, ni de mi cliente, y yo lo conozco a Ud., cuando trabajamos en la Personería, que comentan, se escucha, que Ud., anda parando a los abogados, y él me dijo Es que la gente es envidiosa y a partir de ese momento nunca mas con ese señor”.

Añade que, habiendo transcurrido 15 días, el señor Roberto Rodríguez le manifestó por teléfono “Doctor PAEZ, lo que me comunicó de ese Ministerio Público, al abogado de uno de los otros implicados, lo abordó de frente y dijo que él le arreglaba la situación con dinero.” Finalmente, señala que el proceso lleva cerca de 7 años sin resolver la situación jurídica (fls. 1 ss. c.o. 1).

2. Con base en la copia de esta declaración la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 21 de febrero de 2002 abrió investigación (fl. 13 c.o. 1).

3. Ampliación de denuncia del doctor Álvaro Hernán Páez Morales (fls. 63 ss. c.o. 1), quien dice que la solicitud de dinero la hizo inicialmente el doctor MUSTAFÁ, en una forma como de broma y en el mismo sentido la repitió delante de la doctora GUTIÉRREZ MARENCO, pero ella estaba muy ocupada con otra persona que entró al despacho, charlando con ella. El se quedó hablando con este funcionario, pero sobre otros asuntos y le dijo que le iba a colaborar, que después lo llamaba o conversaban. No se demoró más de diez minutos. Luego, afuera, el procesado le reiteró que hablaran con su cliente pues veía la situación un poco complicada. Insiste en que tomó esto como una broma. No obstante se ratifica en que el Ministerio Público le manifestó que eso valía de “dos a cinco millones de pesos”. Refiere así mismo que su cliente le relató que este mismo funcionario, a otro de los abogados defensores, le insinuó el pago de un dinero para favorecerlo.

Sobre los ademanes que desplegó la doctora GUTIÉRREZ MARENCO dice que tal vez los

tomó hipotéticamente como si fuera una exigencia. Mas adelante indica que frente a la petición dineraria del doctor MUSTAFÁ, la fiscal no hizo ningún reproche y continuó con el diálogo que sostenían, manifestándole que la situación era muy compleja; enfatizaba el grado de participación deducido a su defendido y daba a entender que todas las personas allí eran responsables y que sus decisiones las confirmaba el superior.

Al comentarle la situación a su defendido, éste le expresó que él no iba a hacer nada respecto de las exigencias de los procesados, ya que no tenía plata siquiera para los honorarios. Por último, cataloga la petición del doctor MUSTAFÁ como deshonesto, ya que esta no es la forma de colaborar con la administración de justicia “a mi cliente que realmente no tuvo ninguna responsabilidad penal que aun se corrobora con la decisión tomada de la resolución de preclusión a favor de el”.

4. Declaración del Fiscal Gustavo Vega Aguirre (fl. 88 c.o.1), dice que se desempeñó como Fiscal 202 aproximadamente como un mes. Le parece que fue en octubre de 2001, período en el cual calificó el proceso contra algunos miembros de la Corporación Financiera de Cundinamarca radicado 174383, precluyendo la investigación a favor de todos los sindicados.

5. Declaración del Técnico Judicial II Miguel Ángel Ordóñez Lasso (fls. 94 ss. c.o.1), quien manifestó que trabajó en la Fiscalía 202 por el lapso de mas o menos un mes con el doctor Vega Aguirre. Desmiente que haya ayudado a proyectar el calificadorio dentro del asunto referenciado.

6. Declaración del Técnico Judicial II Diego Enrique Castro Morales (fls. 117 ss. c.o.1). Manifestó que se desempeñó en ese cargo en la Fiscalía 2002 hasta octubre 8 de 2001. Cree que entre la titular de ese despacho, doctora GUTIÉRREZ MARENCO y MUSTAFÁ IZA existía amistad por el trato de confianza que había entre ellos dos. Permanentemente se hacían chanzas y salían a almorzar de vez en cuando. Dice que proyectaba decisiones, pero

que algunas se las reservaba el titular del despacho, como por ejemplo la de la Corporación Financiera de Cundinamarca, entre otros. Su función no era la de atender público y tampoco lo hacía directamente a los sujetos procesales. No recuerda haber visto al doctor Páez Morales que ingresara al despacho.

7. Declaración de la Asistente Judicial II Brigitte Poveda (fl. 120 ss. c.o.1), persona que no aportó mayores datos de interés para este asunto.

8. Declaración del doctor Roberto Buenaventura Rodríguez Gutiérrez (fl. 130 c.o.1), contador de la Corporación Financiera de Cundinamarca. Confirma que el doctor Páez Morales le dijo que en la Fiscalía 202 estaban pidiendo de 3 a 5 millones de pesos por dictar una decisión favorable a sus intereses a lo que manifestó que no lo haría porque su situación procesal era tan clara, que incluso consideraba que su vinculación al proceso había sido un despropósito.

Expresa que conversó con los demás implicados sobre la petición de la Fiscal y el Ministerio Público. Tiene entendido que también el doctor Guevara fue abordado por estos funcionarios con la misma pretensión, sin que sepa más detalles; tampoco le consta que los demás procesados hayan sucumbido a la ilícita propuesta.

9. Declaración de Gustavo Guevara Aldana, Revisor Fiscal de la Corporación Financiera de Cundinamarca (fls. 141 ss.), quien explica que su abogado, Martín Carvajal le comentó que de esa fiscalía había muchos comentarios en torno a las moras procesales, con el objeto de pedir dinero para solucionarlos, razón por la que consideraron que lo mejor era comunicarse con el Coordinador y así lo hicieron, pero no entregó ninguna suma de dinero con el fin de resolver su caso. Cuando alguno de los otros sindicatos planteó esa posibilidad “inmediatamente me opuso a ello, porque no tenía sentido por nuestra ausencia de culpa”.

10. Declaración del Gerente Financiero de la Corporación Financiera de Cundinamarca, Luis

Fernando Trujillo Guio (fls. 146 ss. c.o. 1). Relata que hubo comentarios de los abogados Gustavo Guevara Aldana y Roberto Rodríguez, sobre supuestas exigencias de dinero, manifestando que alguien los había contactado para resolver el caso; pero ni siquiera consideró esa posibilidad por la certeza que tenía de su inocencia.

11. Declaración del abogado Martín Antonio Carvajal Duque (fls. 152 B c.o.1), defensor de Gustavo Guevara Aldana. Inicialmente relata la tardanza en la tramitación del proceso, razón por la que acudieron al Coordinador de la unidad de Fiscalías, quien les manifestó que tomaría cartas en el asunto. Agrega que, estando en la oficina del Secretario de la Fiscalía, se le informó que el Ministerio Público quería hablar con él. Se entrevistó con este funcionario quien, de manera discreta, le dijo que el concepto que tenía que emitir podía ser favorable a su cliente “situación que fue embarazosa y sorpresiva para mi y de cierta manera confirmó algunas versiones que nos habían sido informadas a mi cliente y a mi sobre el hecho de que a través del abogado del señor Roberto Buenaventura Rodríguez Gutiérrez se había contactado con ellos con el objeto de pedir algún dinero para que el proceso terminara favorablemente a favor de todos los implicados”. Agrega que en ese momento no le respondió al Ministerio Público, sólo le agradeció y salió de la unidad, dado que la conversación se generó en el pasillo a la salida de la Secretaría de la Fiscalía 202. Aclara que nunca tuvo la oportunidad de hablar con la doctora GUTIÉRREZ MARENCO porque era un poco hosca y generalmente no se encontraba en el despacho.

12. Diligencia de inspección judicial al proceso 174383 seguido en la Fiscalía Seccional 202 (fls. 160 ss.).

13. Declaración por certificación jurada del doctor Eduardo Florencio Gálvez Argote (fls. 175 ss. c.o.1), quien plasmó su ajenidad al trámite del proceso; no obstante, concretó que hubo mora en el mismo y se mantuvo subjúdice a los sindicatos sin justificación alguna. En líneas generales, tilda a la doctora GUTIÉRREZ MARENCO como una persona cumplidora

de su deber y de un comportamiento laboral correcto. Con el doctor MUSTAFÁ IZA, pese a que no era funcionario de la Fiscalía, tuvo algunos problemas con él debido al uso exagerado del teléfono, a sus continuas interrupciones con este aparato y la atención que brindaba al público, algo que no es normal, lo que le hizo sospechar de su comportamiento, razón por la que puso en conocimiento de la Personería este hecho.

Resalta que en contra de dicho procesado recibió un escrito anónimo en el cual un abogado ponía en conocimiento que el doctor MUSTAFÁ IZA, de la manera más descarada utilizaba los procesos que tenía a su cargo cobrando tarifas de varios millones de pesos para agilizarlos; esto lo hacía en colaboración con el doctor Manuel Caballero, otro funcionario de la Personería y con técnicos judiciales de la unidad.

14. Indagatoria de ABDUL MUSTAFÁ IZA (fls. 187 ss. c.o. 1), quien afirma que se encuentra vinculado a la Personería desde el 8 de septiembre de 1997 ingresó a la Personería Distrital, desempeñándose como Coordinador de la Delegada Penal II y Asesor de la Personería Distrital. Estuvo como Agente del Ministerio Público destacada en la Fiscalía 202 desde septiembre de 1999 hasta septiembre de 2001 y su oficina estaba ubicada en el mismo piso.

Sobre el proceso en cuestión no recuerda haber participado en su calidad de funcionario. Al doctor Páez Morales lo conoce por cuanto le correspondió reemplazarlo a finales de 1997 en la Unidad 7 delegada ante los Juzgados Penales Municipales, como Agente del Ministerio Público, pero desconoce que haya participado en asuntos sometidos a su conocimiento. Se comunicaban continuamente debido a que por su intermedio se hizo cargo de un proceso de su primo y su tío que cursaba en la Fiscalía 156 de la Unidad 6 de Delitos contra el patrimonio económico y los honorarios los consignaban a través de su cuenta en Davivienda. Asegura que jamás se comprometió con dicho profesional a tramitar algún asunto en la Fiscalía 202 a cambio de dinero y tampoco lo presentó a la titular del citado despacho. Por lo demás, dice desconocer el por qué de esas

afirmaciones.

En cuanto a la relación entre los dos, dice que al comienzo fue buena pero se deterioró, ya que comenzó a decir que el negocio de su tío y su primo estaba complicado y de pronto lo citaban a indagatoria a aquél. Incluso le dijo que presionara a la Fiscal 156 para que entregara rápido el carro. El día que se lo entregaron manifestó, delante de su tío, que casi se mete en un problema porque se había visto obligado a ofrecerle dinero a la funcionaria. El indagado expresa que lo increpó por ese comportamiento y no se volvieron a hablar. No recuerda las investigaciones que tenía a su cargo Páez Morales en esa unidad, salvo que el mismo le dijo que tenía varias y tampoco que le hubieran presentado al abogado Antonio Carvajal Duque.

15. Declaración del Secretario General de la Corporación Financiera de Cundinamarca, Fernando Augusto Ramírez Guerrero (fls. 217 ss.). Manifiesta que se enteró de las exigencias dinerarias que de manera directa había hecho la fiscal o el técnico judicial a los abogados de los otros tres implicados, así como de la intervención descarada del Agente del Ministerio Público. Incluso esto suscitó una reunión de los procesados quienes acordaron que cada uno individualmente tomaría la decisión que a bien tuviera. Por su parte, el declarante dice que vehementemente rechazó las insinuaciones contra la fiscal pues no creía que llegara a tal grado de corrupción. Incluso consideró que se trataba de una treta del abogado de Rodríguez Gutiérrez en vista de que el proceso estaba a punto de prescribir, razón por la que le recomendó que no se fuera a dejar presionar en este sentido.

16. Fotocopia del informe de transcripción de unas llamadas telefónicas entre Álvaro Páez con el doctor MUSTAFÀ y la doctora OLGA MARÍA GUTIÉRREZ (fls. 233 ss. c.o. 1 Fiscalía).

17. Indagatoria de la doctora OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO (fls. 291 ss.). En principio hizo un recuento del proceso a que se contraen estas diligencias, explicando

las vicisitudes del mismo y sus apreciaciones respecto del trámite que le imprimió y las decisiones adoptadas. Precisa que no recuerda quien actuó como ministerio público en este asunto, pero cree que fue el doctor Barroso o la doctora Myriam.

Precisa que, al doctor ABDUL MUSTAFÁ IZA, lo conoció en su calidad de Ministerio Público destacado ante su despacho. Su vínculo con él era laboral y no recuerda si actuó en el asunto antedicho. Su oficina quedaba en el mismo piso y compartían el mismo teléfono. Desmiente que tuviera una relación mas cercana con este delegado del ministerio público y menos que almorzara de vez en cuando con él, ya que generalmente pedía su comida para que el trabajo le rindiera.

No recuerda al doctor Álvaro Hernán Páez Morales, ya que dice no es su costumbre mantener tratos con abogados y menos si estos tienen procesos en su despacho. Refuta que haya hecho petición de dinero alguna a este profesional o que haya estado en su oficina y menos que se lo haya presentado el doctor MUSTAFÁ IZA. No obstante, mas adelante señala que de pronto habló telefónicamente y de manera breve con dicho profesional sobre un proceso que el tío del doctor MUSTAFÁ tenía en la Fiscalía 156. Le habían dicho que por qué no hablaban con ella para que intercediera sobre este asunto, a lo que se negó. Tampoco aceptó las imputaciones de Ramírez Guerrero, las que atribuyó a la animadversión que dicho sujeto sentía hacia el despacho y también desestimó la versión del abogado Martín Antonio Carvajal Duque en ese sentido. Señala además que su decisión en ese asunto era proferir resolución acusatoria en contra de estos sindicatos.

Explicó que la tardanza en resolver la situación jurídica en el proceso se debió a varias causas: tenía otros de connotación nacional a su cargo; duró dos años sin técnico judicial; al cúmulo de audiencias; y, a que tomó su período vacacional sin que nadie la reemplazara en ese lapso.

18. En providencia del 31 de julio de 2002 la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá D.C., decretó en contra de ABDUL MUSTAFÁ IZA y OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores del delito de concusión, sustituyéndola por detención domiciliaria y negándoles la libertad provisional, entre otras decisiones (fls. 96 ss. c. 2 Fiscalía).

19. Ampliación de declaración del doctor Gustavo Vega Aguirre (fl. 160 c. 2 Fiscalía). Afirma que tuvo un vínculo pasajero con la Corporación Financiera de Cundinamarca y que realmente no fue vinculado por contrato y explicó las razones que tuvo para precluir la investigación en el proceso que es motivo de estas diligencias, en el que además se hallaban comprometidos algunos miembros de dicha Corporación.

20. Declaración de Alfonso Hernández Roa (fl. 214 c. 2 Fiscalía), empleado de la Fiscalía 202. Dice que tramitó el proceso en contra de los miembros de la Corporación Financiera de Cundinamarca. Recuerda que sindicados y defensores se quejaban por la mora en el trámite del mismo, específicamente en definir la situación jurídica de los comprometidos, incluso utilizaron palabras fuertes.

Agrega que no observó ninguna anomalía en el comportamiento del doctor ABDUL MUSTAFÁ y, por el contrario, lo califica como una persona “incuestionable”. Sobre el trato de este y la Fiscal GUTIÉRREZ MARENCO, dice que era el estrictamente laboral.

21. Ampliación de denuncia del doctor ÁLVARO HERNAN PÁEZ MORALES (fls. 260 ss. c.2 Fiscalía). Dice que al doctor ABDUL lo conoció en la Fiscalía 202 y a raíz de este conocimiento, en el año 2001, le dijo que si no podía representar profesionalmente a un pariente que tenía un problema con un automotor, a lo que accedió por no existir impedimento. El asunto cursó en la Fiscalía 156 por los delitos de estafa, falsedad y receptación. Los honorarios los pagaba el tío de MUSTAFÁ IZA a través de este procesado ya que su mandante vivía en la ciudad de Cali. Relata que no hubo ningún tipo de

desavenencia a este respecto, únicamente que por unos días el aquí procesado trató de tomarlo del pelo con el dinero que el tío había consignado en la cuenta para pagarle los honorarios.

Sobre los hechos, indica que su denuncia la hizo a instancias del Director Seccional de Fiscalías. Este le manifestó que había recibido quejas de la Fiscal 202, a lo que el declarante respondió que el doctor Abdul en una conversación fuera de ese despacho “me trataba de insinuar o me insinuó, de que el proceso adolecía de vicios jurídicos, que estaba como complicada la situación de mi cliente, la situación jurídica de mi cliente, que la doctora, la Fiscal, se encontraba en una situación económica precaria, corroborado anteriormente a esa conversación por mi cliente, el doctor ROBERTO RODRÍGUEZ, quien me manifestó que ojo, que la señora Fiscal y el Ministerio Público, también a él le había hecho una insinuación económica, con base a esa insinuación, yo le dije tranquilo, yo se saber llevarlos, en ese momento, le contesté a ABDUL que de parte mía no daba un peso, me atenía a lo que el despacho, así fuera una resolución acusatoria, apelaba a los recursos que la ley confiere.”

Más adelante relata que “el doctor ABDUL, estando un día en el despacho de la fiscal, doctora GUTIÉRREZ, en alta voz, manifestó, doctor PAEZ, las cosas están como difíciles, pero si puede bajarse de cinco millones, pero si de pronto tres, yo no le paré bolas a eso, pensé que era una broma, y no le puse mucha atención, estando ya saliendo para la calle de la fiscalía 202, le dije, ABDUL como se atreve, no se si era una chanza o por hablar usted delante de la fiscal, no le manifesté nada porque, entonces me dijo, no ALVARO, eso es una broma, y yo le dije esas pendejadas no me gustan, así sea broma, no conviene manifestarlo (...)”

Y sobre el actuar de la doctora OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO, afirmó: “Hubo una insinuación de parte de ella, que el asunto estaba complicado, pero que con ciertas gesticulaciones de manos que daba a entender, pero en ningún momento, esa

gesticulación la hizo estando nosotros dos en el despacho, o sea, la fiscal y yo, cosa en la cual me la pintó complicada, a sabiendas que para mi concepto iba una preclusión, y cuando le manifesté la palabra preclusión, ella me manifestaba que todas las resoluciones de acusación las confirmaban los superiores.”

En cuanto a las conversaciones telefónicas con el procesado, dijo que cuando se hablaba allí de “tres paquetes” era referente a la petición de dinero dentro de la Fiscalía 202, ya que en una oportunidad y por el afán de que se resolviera prontamente la situación de los sindicados, se habló de la posibilidad de reunir dineros con este fin.

22. La siguiente es la síntesis de los fundamentos que tuvo la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., para proferir la acusación:

Se precisa que el doctor MUSTAFÁ IZA de manera directa y en presencia de la Fiscal 202 Dra. GUTIÉRREZ MARENCO, planteó el arreglo del proceso radicado en ese despacho bajo el número 17438 contra el señor Roberto Buenaventura Rodríguez Gutiérrez, al doctor Alvaro Páez Morales, delante de la titular de ese despacho. Y si bien es cierto la doctora GUTIÉRREZ MARENCO no le hizo exigencias directas, estuvo presente cuando el doctor MUSTAFÁ IZA le hizo la proposición a cambio de la entrega de cierta suma de dinero.

Aparte de esto, la Fiscal reiteraba en su presencia y la de MUSTAFÁ IZA que el caso era complejo, delicado y que realmente a ella ninguna decisión se la revocaban en segunda instancia; además, le hizo saber que “no importa que su cliente sea en grado de coautor porque la responsabilidad es compartida...es decir, que la situación de mi cliente era tan complicada que se podía arreglar, eso fue lo que capté”. Ya fuera de dicha oficina, nuevamente se encontró con el representante del Ministerio Público, quien reiteró la propuesta y en posteriores oportunidades le insistía en lo mismo.

No aceptó que el doctor Páez Morales hubiera sido presionado por el Director Seccional de Fiscalías y los Coordinadores de la Unidad a la que estaba adscrita la

Fiscal 202, por el contrario fue una medida autónoma, fundada en la situación anómala que le había propiciado el doctor MUSTAFÁ IZA con su solicitud de dinero a cambio de una decisión favorable a su protegido. A ello se suma la demora de la Fiscalía 202 en decidir la situación de los procesados, lo que refuerza el contenido de la denuncia.

También la Delegada ante el Tribunal, afirma que el doctor Páez Morales posteriormente trató de aclarar su versión inicial en el sentido de que lo dicho por MUSTAFÁ IZA lo tomó como una simple broma o como cuestión de charlatanería; pero eso no lleva a pensar que el denunciante no fue víctima de constreñimiento, pues de todas formas el declarante reitera el interés económico que tenía MUSTAFÁ IZA en ayudarlo, para que dictaran una resolución favorable a sus intereses.

En esta resolución también se cita lo afirmado por Roberto Buenaventura Rodríguez Gutiérrez en el sentido de que su abogado el doctor Páez Morales le comentó la pretensión de MUSTAFÁ IZA y GUTIÉRREZ MARENCO, frente a lo cual propició una reunión con los demás sindicatos en el asunto que se tramitaba en la Fiscalía 202 en contra de ellos y no estuvieron de acuerdo en entregar el dinero exigido por la Fiscal y el Agente del Ministerio Público. Sobre ello se agrega en la providencia que, en todo caso se hicieron reuniones para concretar aspectos atinentes con esta exigencia y la posibilidad de entregar por partes iguales el dinero que se pedía. De ahí que se concluya que no es cierto que la única prueba que vincula a los procesados es la versión del denunciante y que esta haya sido parcializada, imprecisa y contradictoria y no tenía ningún tipo de enemistad con los procesados.

Así mismo, se indica en la resolución acusatoria que, la situación jurídica que envolvía a los sindicatos dentro del proceso 174383 no tenía una complejidad tal que propiciara la mora en resolverla, razón por la que cobra relevancia el dicho del doctor Gustavo Guevara Aldana, Revisor Fiscal de la Corporación Financiera de Cundinamarca en el sentido de que esa tardanza tenía que ver con la perspectiva de pedir dinero para

solucionarla, como se lo comentó a él su defensor. Además, cita otros comentarios de oídas en ese mismo sentido, como el de Luis Fernando Trujillo Guio y el testimonio del abogado Martín Antonio Carvajal Duque, apoderado de Gustavo Guevara Aldana, a quien también el Ministerio Público le hizo la misma exigencia.

También cita la grabación de las conversaciones telefónicas en las que tanto la Fiscal como el Ministerio Público hablan con el denunciante sobre el proceso de marras, las cuales fueron ordenadas de manera legal y, aun cuando no hubo reconocimiento de voces, su contenido fue ratificado por los comprometidos; aparte, analiza cómo los diálogos coinciden con los hechos ilícitos conocidos.

23. La Fiscalía de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en resolución del 23 de diciembre de 2002, confirmó la acusación. Basó la decisión en que ciertamente no existe fundamento para creer que el doctor Páez Morales presentó su denuncia por presiones y constreñimiento de parte de funcionarios de la Fiscalía.

Sobre la posibilidad de que el denunciante haya morigerado la versión de los hechos, lo atribuye posiblemente a las amenazas de que ha venido siendo víctima, sin que ello prive de eficacia su testimonio, además que la versión inicial aparece corroborada mediante otras pruebas testimoniales, como las interceptaciones telefónicas, que si bien es cierto traen diálogos de otros asuntos, también tienen apartes que se relacionan con este proceso, lo que es corroborado por este testigo.

De otra parte indica que no puede considerarse que a Páez Morales lo haya movido un oscuro interés por causar perjuicio a los sindicatos. Agrega que, los demás testimonios tenidos en cuenta por ser de oídas no pueden descalificarse, pues constituyen elementos complementarios de prueba que contribuyen a la credibilidad del relato inicial.

Por último, dice que aparecen claros algunos mecanismos a través de los cuales la doctora GUTIÉRREZ MARENCO buscaba un “arreglo” dentro del proceso seguido contra

miembros de la Corporación Financiera de Cundinamarca, como fueron sus manifestaciones sobre la gravedad del asunto.

24. Agotado el trámite de la causa, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., luego de celebrar la diligencia de audiencia pública, iniciada el 25 de marzo y finalizada el 23 de abril de 2003, profirió sentencia condenando a los procesados ABDUL MUSTAFÁ IZA y OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO a las penas principales de 60 meses de prisión, multa equivalente a 70 salarios mínimos legales mensuales y 55 meses de prisión y multa de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, respectivamente, e inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual término como coautores responsables del delito de concusión.

En la decisión se desestiman los argumentos de la defensa que pretenden desacreditar el testimonio de Páez Morales por varias razones: La organización administrativa de las Secretarías comunes no imposibilitaba que el denunciante se entrevistara con la doctora GUTIÉRREZ MARENCO, habida consideración de que entró a dicha Fiscalía acompañado por el procesado MUSTAFÁ IZA, quien por su calidad de Ministerio Público tenía vía libre para ingresar y salir. Por ende, el hecho de que algunos empleados afirmen que no dieron autorización no demerita su dicho, máxime si la función de estos empleados no está limitada exclusivamente a la de atender público. De otra parte, no obstante la doctora GUTIÉRREZ MARENCO niega cualquier contacto con dicho abogado, posteriormente termina admitiendo que se comunicó telefónicamente con él.

Aclara la providencia que las constancias procesales coinciden en que, el día que el doctor Páez Morales dice que sacó fotocopias del expediente y conversó con los procesados, efectivamente el asunto se encontraba al despacho y por ende es creíble su relato.

El Tribunal otorga toda credibilidad a las versiones de Páez Morales, por la relación que existía entre éste y el doctor MUSTAFÁ IZA y, a su turno, la facilidad que el precitado tenía para presentarlo ante la Fiscal GUTIÉRREZ MARENCO. No obstante en el fallo impugnado se acepta que en la segunda oportunidad en que declaró y quizás por algo de temor por las amenazas que venía recibiendo o quizás por querer aliviar la situación de su ex compañero, quien además le había servido de intermediario para conseguir que representara los intereses de un primo del acusado, introduce variantes a su primer relato; sin embargo, tales cambios no son tan drásticos ni tienen la aptitud de desvirtuar el relato.

Aclara que, no obstante en esta última oportunidad el denunciante dice que la proposición del doctor MUSTAFÁ IZA le pareció una broma y le restó importancia a la actitud de la Fiscal GUTIÉRREZ MARENCO, sigue reafirmandose en las acusaciones iniciales, indicando que el procesado le prometió colaboración en el asunto. Por ello, también el testigo particularizó que la Fiscal presentó el caso con singulares ribetes de complejidad, en aceptación de la propuesta lanzada por el Ministerio Público. Además, advierte el fallo, el doctor Páez Morales calificó como “un poco deshonesto” la exigencia de MUSTAFÁ para solucionar el caso de su cliente, por lo que en manera alguna puede decirse que tomó a la ligera la pretensión del procesado. Tanto así que le reprochó su actitud diciéndole “usted no va a obtener un solo peso..” e incluso se vio compelido a comentar el suceso a su mandante.

El hecho de que la Fiscal fuera una persona hosca y que poco trataba con los abogados, tampoco desvirtúa la denuncia, toda vez que el doctor Páez Morales no llegó solo a esa Fiscalía sino acompañado de MUSTAFÁ IZA quien aparte de representar el Ministerio Público, también tenía vínculos personales con la doctora GUTIÉRREZ MARENCO, situación que generó un clima de relativa confianza, bajo el cual se lanzó la propuesta delictiva. De ahí que se hablara de forma abierta, audible, aun cuando no en tono que se enteraran los demás despachos judiciales.

Advierte además que, no obstante la polisemia del lenguaje humano, lo importante es la percepción que tuvo el denunciante acerca de los movimientos gestuales de la doctora GUTIÉRREZ MARENCO, pues en verdad existen variadas formas de dar a entender lo que se quiere y en ese particular evento lo que percibió el testigo es la exigencia de dinero de la Fiscal.

A continuación relata cómo se dieron los antecedentes para que el doctor Páez Morales procediera a interponer la denuncia, descartando de plano que haya procedido de esta manera debido a la coacción ejercida por el Director Seccional de Fiscalías, los Coordinadores de la Unidad y el Fiscal 70 Anticorrupción. La intervención de estos funcionarios se debió a las quejas que había recibido por parte de otros abogados por la demora en resolver la situación jurídica de los procesados en el asunto. Dentro de este investigativo se logró establecer además los actos ilícitos en que estaban incurriendo los hoy procesados, pero de ninguna manera puede hablarse de constreñimiento. Tampoco se trató de una confabulación para quitarle los procesos porque no comulgaban con las decisiones adoptadas.

LAS IMPUGNACIONES

1. El defensor de la doctora OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO señala que se ha tergiversado el sentido material de la prueba toda vez que el denunciante nunca ha dicho que su protegida hubiera actuado en connivencia con el doctor MUSTAFÁ, hecho que habilidosamente el Fiscal lo dio por cierto y, en la audiencia pública, interrogó sobre una supuesta exigencia de dinero por parte de la sindicada cuando esto no se había mencionado, razón que llevó a la defensa a objetar la pregunta; es decir que se construyó la prueba con bases falsas. No empecé a ello, señala que el Tribunal cayó en el mismo trance y terminó por aceptarlo en la sentencia.

Tampoco considera ajustado a la verdad la versión que el doctor Páez Morales estuvo

en el despacho de la Fiscal acusada, situación que es desmentida por la manera como se establecían en la entidad las relaciones entre los abogados y el personal de la Fiscalía, a través de las Secretarías Comunes. Además, su protegida, no atendía a los abogados y el funcionario encargado de esta actividad señala que nunca vio entrar al doctor Páez a ese despacho.

Desmiente, así mismo, que la Fiscal le hubiera entregado el proceso al doctor Álvaro Hernán Páez Morales, ya que el cierre investigativo se hizo el 1 de julio y el poder fue presentando por este abogado el 4 del mismo mes, fecha en la que las diligencias se encontraban en Secretaría surtiéndose la notificación de esta providencia, amén de que no puede creerse que hiciera entrega de un expediente a una persona que acababa de conocer, aparte de que era voluminoso y frente al que había vigilancia de los otros sujetos procesales.

Sobre las grabaciones de los diálogos sostenidos entre el doctor Páez Morales y MUSTAFÁ IZA manifiesta la defensa que, ante todo, se refieren a un proceso que llevaba aquél abogado a un pariente de este procesado y, además, se trata de unas transcripciones mutiladas pues solo se aportaron el 2% de las mismas y se hacía necesario que se remitieran todas las conversaciones sostenidas entre estos dos personajes toda vez que constantemente se comunicaban pero para hablar de otro proceso que se llevaba en la Fiscalía 156.

En estas llamadas su protegida, la doctora GUTIÉRREZ MARENCO, únicamente interviene en una y de manera casual y el diálogo se relaciona con el favor que le había pedido el doctor MUSTAFÁ en la Fiscalía 156 donde cursaba el proceso contra familiares de éste. No obstante en la conversación, la Fiscal trata de zafarse pidiéndole a su interlocutor, el doctor Páez Morales, que hablara con el doctor MUSTAFÁ; sin embargo, el diálogo fue mal interpretado en la sentencia relacionándolo con el suceso aquí investigado.

Por esto resalta la importancia de que todas las conversaciones entre MUSTAFÁ y Páez hubieran sido enviadas para efectos de su valoración. Por el contrario, esta parte se obvió con lo cual quedó incompleto el análisis que debió hacerse sobre el motivo de los diálogos telefónicos.

En punto a la exigencia dineraria, dice el libelista que, contrariamente a lo sostenido, los otros defensores son enfáticos en afirmar que fue el mismo Páez quien les comentó lo sucedido y uno de ellos, el doctor Fernando Augusto Ramírez Guerrero rechazó de plano la posibilidad que la Fiscal hiciera tales exigencias, ya que él confiaba en su honestidad. Incluso expresó que eso era una argucia de su colega, por cuanto el proceso estaba a punto de prescribir; sin embargo, el Tribunal encontró en este dicho la confirmación de la versión del denunciante.

La defensa también niega que la procesada dolosamente se haya demorado en calificar el proceso, por varias razones: primero, porque tomó 75 días de vacaciones que le fueron concedidos; y, segundo, también influyó el hecho de que su asistente judicial luego de una grave enfermedad falleciera el 17 de febrero de 2000, quedando el despacho sin ese empleado por espacio de un año. Por último, deja ver que dicha oficina tramitaba procesos complejos y delicados que se sumaban a sus ocupaciones y compromisos académicos.

De otra parte, critica que la sentencia interprete una actitud gestual de su defendida al doctor Páez Morales como una petición implícita de dinero. Dice que ésto no es fácil de valorar por el observador y, por ende, da lugar a ambigüedades. Así, se pregunta cuáles son los gestos que propician la creencia transmitida por el denunciante, si se tiene en cuenta que su prohijada es una mujer bastante expresiva. Entiende, además, que muchas veces se gesticula por gesticular, sin que ello reporte un lenguaje específico.

Concluye que la antijuridicidad de una conducta no depende de la valoración subjetiva

del presunto afectado, quien sin precisar las características del lenguaje corporal de la doctora OLGA MARÍA se limitó a decir que captó que le insinuaba que el caso se podía arreglar; no obstante, fue enfático en que ella jamás le exigió dinero, contrariando la tesis del Tribunal que en la providencia indica que la procesada elevaba las manos en señal de exigir dinero.

Por lo demás, reitera que el propio doctor Páez Morales indica que tomó la insinuación del doctor MUSTAFÁ IZA como una broma, pues se conocían desde hace mucho tiempo y él siempre actuaba de manera jocosa. Agrega también que no es de extrañar que los señalamientos a su defendida se hayan hecho para sustraerla del conocimiento del asunto, situación que nada de raro tiene. Pone de presente que, incluso, el calificadorio en el proceso en cuestión se profirió en apenas 15 días después de que se asignó otro fiscal. Este último funcionario atribuyó la rapidez en el actuar gracias a la colaboración que le había prestado su asistente judicial; no obstante dicho colaborador, en su declaración, desmintió que hubiera tenido que ver con dicha providencia.

Resalta el hecho de que el doctor Páez se demoró 3 meses en denunciar la conducta analizada, motivando su actitud en que fue compelido por los Coordinadores de la Fiscalía para hacerlo, cuando él la única queja que elevó fue la mora en la tramitación del asunto y por ello exigía una especie de veeduría del caso.

Aparte de ello, dice que el denunciante se contradice en sus versiones; tanto así que oficiosamente se ampliaron dejando sin piso la primera de ellas. Por ello, el Fiscal lo requirió para que aclarara esta contradicción; sin embargo, el Tribunal desestimó lo último bajo el supuesto de que el doctor Páez Morales intenta beneficiar a su antiguo compañero. Algo que no está probado.

Por último, se ocupa del tema de la prisión domiciliaria que le fue negada a la sentenciada. Al respecto dice que la peligrosidad en la que se enmarca la conducta de la doctora GUTIÉRREZ MARENCO debe cimentarse en una valoración racional en torno a sus relaciones familiares, laborales y sociales.

2. El defensor del doctor ABDUL MUSTAFÁ IZA, en la sustentación del recurso pide a la Sala la revocatoria del fallo de instancia y, en su lugar, la absolución de su prohijado. Sostiene que las versiones ofrecidas por el denunciante “constituyen en su conjunto un sartal de contradicciones y una demostración fehaciente del quebrantamiento evidente de las reglas de la experiencia y de los postulados de la lógica”, en las cuales no se puede fundar un supuesto mal obrar del sentenciado.

A continuación cita apartes de las tres intervenciones del doctor Páez Morales, reprochando las contradicciones e inconsistencias que encuentra en ellas. En la primera dice que fue presionado para dar la versión de la supuesta exigencia de dinero; en la segunda, ya sin la presión de los funcionarios de la Fiscalía quienes buscaban comprometer a toda costa a la Fiscal, refiere que todo fue una broma; y, finalmente, en su tercera salida reitera que se trataba de una broma, solo que él se disgustó frente a esa actitud del doctor MUSTAFÁ IZA.

Pero en esta última oportunidad, le parece curioso que hubiera contado su relación profesional con un tío de MUSTAFÁ IZA en un proceso que se adelantaba en la Fiscalía 156, situación que no se había puesto en conocimiento en las otras dos ocasiones. Tampoco que el pago de los honorarios se hizo a través de este sentenciado y que continuamente conversaban telefónicamente sobre dicho proceso.

Razona el censor que, si la conducta de MUSTAFÁ fue simplemente una broma, como en varias oportunidades lo dice el denunciante –ya que esta era su manera de

ser—, de tal situación no puede erigirse la existencia de medios ilícitos con contenido para influir en la voluntad del quejoso a hacer entrega de dineros con fines protervos.

Además, la versión de Páez Morales quebranta las reglas de la experiencia en la medida en que una petición ilícita de dinero no se hace a la vista pública, ni frente a los integrantes del cuerpo fiscal y demás presentes; menos en voz alta, para que todo el mundo se entere. Tampoco es corriente que haya ingresado al despacho de la Fiscal sin que la conociera, y sin ningún preámbulo entre a “negociar” el valor de las decisiones judiciales. A menos que la funcionaria fuese muy corrupta, lo que no es cierto dada la limpia hoja de vida que presenta al servicio de la administración de justicia.

También, rompe con los postulados de la lógica que si el doctor Páez Morales estaba “negociando” con la Fiscal 202 una preclusión a favor de un cliente del cual apenas acaba de recibir el poder, jamás vuelva al despacho judicial o lo haga y la funcionaria no lo reciba. Al estar en ese trance, los acercamientos y las comunicaciones debían tener la potencialidad de ser permanentes e ilimitados.

Por otra parte, critica que se tomen las transcripciones recortadas de unos diálogos telefónicos cruzadas entre MUSTAFÁ IZA y Páez Morales. Indica que estos apartes incompletos hacen referencia a la relación profesional que existía entre estos dos personajes y el familiar del procesado. En su parecer las grabaciones adolecen de deficiencias técnicas y probatorias, propiciadas por una forma de edición indebida, omitiéndose la mayoría de los diálogos sostenidos y únicamente se entregan segmentos que en criterio de la inteligencia oficial y su malicia interpretativa comprometen la conducta de su defendido.

También dice que el doctor MUSTAFÁ IZA, en ningún momento constriñó ni indujo a

dar o prometer a él o a la Fiscal 202 dinero, ni le exigió suma alguna al abogado Páez Morales. En su parecer el propio denunciante lo desmiente en sus declaraciones posteriores al señalar que todo se trató de una broma a la cual no le hizo ningún caso porque sabía que era costumbre de este personaje proceder de esa manera y por eso no le puso ninguna atención. Esta conducta no tiene trascendencia jurídica y, por lo tanto, pide se revoque la sentencia y se lo absuelva de los cargos endilgados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es competente para conocer de las apelaciones interpuestas en los procesos de conocimiento de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en primera instancia, de acuerdo a lo estipulado del numeral 3º del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, en consecuencia, decidirá el recurso de apelación interpuesto por los defensores de ABDUL MUSTAFÁ IZA y OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO, quienes fueron vinculados en su calidad de Agentes del Ministerio Público y Fiscal 202 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, respectivamente, habida cuenta que la competencia para el juzgamiento en primera instancia, corresponde al Tribunal Superior de Distrito Judicial, conforme a lo establecido en el numeral 2º del artículo 76 de la Ley 600 de 2000.

2. De igual modo y conforme al inciso 2º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, para proferir sentencia condenatoria es preciso que concurra prueba que conduzca a la certeza de la existencia de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, exigencias que comportan, desde luego, la eliminación de toda duda racional.

3. A ABDUL MUSTAFÁ IZA y OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO se los acusa del delito de concusión cometido cuando se desempeñaban como funcionario de la

Personería de Bogotá D. C., en calidad de Agente del Ministerio Público Delegado adscrito a la Fiscalía 202 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de esta capital y, a esta última, en su calidad de titular de ese despacho. En tal condición establecieron contactos con el abogado Álvaro Hernán Páez Morales, quien defendía al procesado Roberto Rodríguez Gutiérrez, con el fin de que les entregara una suma de entre 3 y 5 millones de pesos para favorecer los intereses de su prohijado, comportamiento que, a juicio del Tribunal, constituye delito de concusión.

El artículo 140 del Código Penal, modificado por el art. 21 de la ley 190 de 1995, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, aplicable por favorabilidad, describe el delito de concusión de la siguiente manera:

“El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de 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.”

De acuerdo con la anterior preceptiva, el delito de concusión establece clara y diferencialmente tres (3) conductas alternativas “constreñir, inducir o solicitar” bastando para su configuración, obviamente, a más de la calidad del sujeto activo que debe ser servidor público, que una cualquiera de ellas se exteriorice para predicar estructurado el tipo penal de concusión, atendiendo que el interés jurídico que se protege con la represión de este punible es la administración pública, la cual se afecta por el solo hecho de que el servidor estatal, prevalido de su condición, esto es, 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.

Es pertinente advertir que la condición de servidores públicos de ABDUL MUSTAFÁ IZA y

OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO se encuentra plenamente acreditada, toda vez que las constancias procesales hacen referencia que, el primero actuó en su condición de agente del Ministerio Público ante las Fiscalías 202, 203 y 209 Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá D.C. y, la segunda como, Fiscal 202 perteneciente a la Unidad 1 de delitos contra la Administración Pública y de Justicia.

4. El principal ataque de los defensores impugnantes se concentra en la versión ofrecida por el doctor Álvaro Páez Morales, quien aparece como denunciante en estas diligencias. A su testimonio se lo tilda de poco serio en razón a algunas contradicciones que los libelistas ven entre la denuncia inicial y sus posteriores ampliaciones. Así, resaltan que el propio Páez Morales indica en sus versiones postreras que tomó la insinuación del Representante del Ministerio Público como broma; se cuestiona que de verdad haya acudido en la fecha indicada a la Fiscalía, ya que no fue visto por los empleados de ese despacho; menos que recibió el proceso para fotocopiado, debido a que en ese momento se hallaba en Secretaría surtiendo las notificaciones correspondientes; que resulta contrario a las reglas de la experiencia que la petición ilícita de dinero se hiciera en voz alta corriendo el riesgo de que los demás se enteraran; demeritan la versión que los sentenciados hayan entrado a “negociar” con el denunciante, sin tener la suficiente confianza; que no resulta lógico que el abogado Páez Morales no haya vuelto a la Fiscalía o que la titular no lo hubiera recibido, si supuestamente estaban “negociando”; se critica la valoración del Tribunal sobre una supuesta actitud gestual de la doctora GUTIÉRREZ MARENCO a partir de la cual se dedujo su responsabilidad en el reato; igualmente se resta valor probatorio a las interceptaciones telefónicas y se da a entender que los hechos fueron motivados por querer apartar a la fiscal del conocimiento del asunto.

Efectivamente, el Tribunal efectuó su ejercicio argumentativo en la sentencia con fundamento en la declaración del doctor Álvaro Hernán Páez Morales, pues dentro del proceso es la única prueba directa que existe en contra

de MUSTAFÁ IZA y GUTIÉRREZ MARENCO apreciación que la Corte considera ajustada a la realidad procesal. En relación con el testimonio único ha sido criterio de la jurisprudencia que sobre él perfectamente puede fundarse la certidumbre de una sentencia en los términos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, pues lo fundamental es la credibilidad que transmita una vez sometido a las reglas de la sana crítica.

Íntimamente relacionado con lo anterior, el artículo 277 ibídem. señala que, “Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio”. Sobre la sana crítica, tiene dicho la Sala:

“...un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha de aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual esta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero, acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad

procesal, resultando intrascendente la sola afirmación de certeza o duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración.

Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo.

La sana crítica, que no es nada distinto en la explicación de su nominación y en busca de sus contenidos y fines, que el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma “sana”, esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y “crítica”, es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como “criterios de verdad”, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos.”¹

Bajo el tamiz de este criterio valorativo, se observa que los impugnantes han atacado, de manera principal, el testimonio vertido por el doctor Álvaro Hernán Páez Morales desde varias ópticas; también se han valido de algunas expresiones de este profesional para desestimar la seriedad de la denuncia y, como otros aspectos de la censura coinciden los atacantes, la Sala, por razones de método, se ocupara de cada uno de los temas propuestos.

Como ya se expresó, bajo este examen ha de valorarse el testimonio único del abogado Álvaro Páez Morales, habida consideración que fue a quien MUSTAFÁ IZA y GUTIÉRREZ MARENCO hicieron la solicitud concusionaria. Para empezar, dígase de manera genérica que no se observa que el testigo presente algún trastorno del pensamiento ni de la memoria. No solo porque no aparece elemento de juicio que así lo indique, sino también porque del estudio del proceso ninguna evidencia se tiene sobre ello.

Considera la Sala que, le asiste razón al Tribunal cuando estima que las supuestas inconsistencias encontradas en las diferentes versiones del doctor Páez Morales, no tienen

la entidad de enervar su denuncia. Para llegar a dicha conclusión, se deben estudiar múltiples aspectos que hacen relación con el sujeto cognoscente y su objeto de conocimiento. De primera mano, se tiene que el denunciante es un profesional del derecho, quien había laborado en la Personería y, por ende, no era un desconocedor del quehacer judicial, ya que estuvo relacionado con la administración de justicia como representante del Ministerio Público y, posteriormente, como litigante especializado en derecho penal (fl. 1 ss. c.o. 1 Fiscalía).

De tal suerte que, los sucesos puestos en conocimiento, no son presentados por alguien susceptible de engaños o de manipulaciones en la delicada tarea de relatar unos hechos con contenido delictual. Dicho de otra manera, era consciente de lo que conllevaba su decisión de contar lo realmente acaecido. Su experiencia y edad, tampoco persuaden a la judicatura que se trate de una persona con fines diferentes a los de dar a conocer un episodio que consideró lesivo, no solo a sus intereses y a los de su patrocinado, sino también a los de la justicia, como bien lo dijo en sus versiones.

Pero no todas estas características del testigo lo hacen refractario a situaciones interiores que a veces impiden relatar con claridad un determinado suceso o recordarlo de igual modo. Evidentemente, uno de los factores que inciden de manera notable en el aspecto del recuerdo es la contaminación de la memoria : “La memoria se contamina con errores de omisión y de deformación, por esto el testimonio se vuelve más inexacto cuando el individuo es objeto de presiones (...)”. Más adelante precisa este tratadista:

“D) El orgullo, el temor, la angustia y los estados pasionales, actúan deformando y reprimiendo nuestros recuerdos. NIETZSCHE decía: “Esto lo he hecho, dice mi memoria”. “Esto no puedo haberlo hecho, dice mi orgullo”. Finalmente cedió la memoria.

Una represión impuesta por la angustia y ejercida con una especial energía, actúa sobre

la personalidad, en sentido neurotizante. A estos contenidos psíquicos se les llama complejos. El olvido es una exigencia psicológica que afecta los datos no reactivados o no utilizados, mientras que la represión de los recuerdos constituye una forma de olvido contra lo desagradable, lo indeseable, lo conflictivo; no implica ninguna pérdida sino desplazamiento defensivo del material reprimido al inconsciente. Lo reprimido continúa actuando desde lo inconsciente.” (Subrayas fuera del texto)²

Con la ayuda de estos estudios, podemos comprender que la situación desagradable y conflictiva en que se encontraba el doctor Páez Morales incidió en su relato. Lo primero por cuanto la proposición concusionaria salió de boca de ABDUL MUSTAFÁ IZA, no solo un viejo conocido y colega a quien lo había reemplazado en el cargo en la Personería Distrital, institución que el propio denunciante había dejado algún tiempo atrás. También por el hecho de que él era el abogado de un primo de dicho procesado y por su intermedio había asumido su defensa y se hacían los pagos de los honorarios respectivos.

Tampoco deben echarse de menos las connotaciones que tiene una denuncia cualquiera en la que se señala a una persona determinada de ser infractor de la ley penal, implicaciones que claramente conocía Páez Morales en su condición de abogado en el campo penal; ex funcionario de la Personería y ciudadano de amplia experiencia en el medio, debido a los factores atrás precisados.

Finalmente, existe otro punto importante que puede generar la contaminación de la memoria por las circunstancias anotadas. Se trata del hecho de que, estaba en juego la suerte de su defendido Roberto Rodríguez Gutiérrez, de quien hasta ahora presentaba el poder ante la Fiscalía 202 como su defensor de confianza. Como se ve, eran múltiples los factores que necesariamente causaron en este sujeto desasosiego y conflicto interno generador del desplazamiento defensivo del material reprimido al inconsciente, como bien lo dice el tratadista citado.

Tampoco debe dejarse de lado el lapso transcurrido entre la denuncia, 11 de Octubre de 2001 (fl. 1 ss. c.o.1 Fiscalía); su primera ampliación, abril 2 de 2002 (fl. 63 ss. mismo cdno.); y, su posterior relato rendido el 18 de septiembre de 2002 (fl. 260 ss. c.o. 2 Fiscalía), período que seguramente hizo pensar sobre la situación de su anterior conocido y amigo lo que incide en el proceso de fijación y evocación –“Lo desagradable y lo doloroso se olvida más fácilmente que lo agradable y placentero, porque las vivencias desagradables sufren con el tiempo una deformación afectiva que les hace perder intensidad. No es lo mismo la percepción del dolor que el recuerdo del dolor”3—.

Frente a esto, resulta legítimo para la Corte la conclusión a que llega el Tribunal de que el denunciante en sus posteriores ampliaciones, trato de aliviar la situación de MUSTAFÁ IZA y, de paso, la de la Fiscal GUTIÉRREZ MARENCO; pero no como lo propone al unísono la defensa convirtiendo esta situación humana en epicentro de inconsistencias y supuestas contradicciones, sino como un mecanismo defensivo que buscaba protegerse de este episodio tan escabroso en la vida del doctor Páez Morales.

Tales factores, comprometedores del proceso intelectual del doctor Páez Morales, dieron lugar a que de su primera versión clara y decidida haya pasado a unas aseveraciones que aminoraban el actuar del doctor MUSTAFÁ IZA y, de paso, la de la Fiscal GUTIÉRREZ MARENCO. Tampoco es descartable que en este fenómeno hayan tenido que ver las “amenazas e intrigas” que en su escrito del 6 de septiembre de 2002, dice haber recibido por razón de este asunto (fl. 231 c.o. 2 Fiscalía). Lo cierto es que son múltiples los motivos internos que incidieron decididamente en las versiones anotadas.

Pero en las mismas declaraciones que la defensa observa como contradictorias, el propio Páez Morales se ocupa de aclarar la gravedad y seriedad que le merecieron. Mírese cómo, en su ampliación del 2 de abril de 2002 y luego de minimizar el actuar de la fiscal y el representante de la personería, a renglón seguido se le requiere para que explique por qué en principio relató que se le había hecho una

exigencia dineraria y luego, ya no se mostraba tan seguro. Al punto respondió:

“Si eso es cierto, porque según hablé con mi cliente le comenté lo sucedido y él me contestó que para ese caso me había nombrado como su apoderado, y que lo único que quería era que terminara el proceso lo más rápido posible, ya que llevaba mas de dos años en la fiscalía y no le habían resuelto la situación jurídica en que el se encontraba, él le comentó a los otros vinculados a la investigación, y uno de los abogados de estos personajes que reside en Girardot, y que no le se el nombre, días posteriores al suceso estuvo preguntado por el negocio de uno de los que estaban vinculados, tampoco recuerdo el nombre, y el señor Agente del Ministerio Público, doctor Mustaffa, le hizo también la insinuación o sugerencia de que podían llegar a un acuerdo y que él le colaboraba directamente, eso fue un comentario que me hizo mi cliente, dando a entender que no solo el doctor Mustaffá me hizo el planteamiento aludido líneas atrás sino que también a otro abogado se lo formuló.” (fls. 65 ss. c.o. 1 Fiscalía).

Como se ve en esta parte de la ampliación del doctor Páez Morales, también descarta el que hubiera tomado como broma o charlatanería la petición de MUSTAFÁ IZA, toda vez que transmitió el pedimento a su defendido y entre los dos discutieron esa posibilidad, que el señor Roberto Rodríguez rechazó de plano. Esta situación se tomó con tanta seriedad que fue transmitida a los demás coprocesados de la Corporación Autónoma de Cundinamarca y dio pie a una reunión con sus defensores a fin de tratar el delicado tema y, a juzgar por el material probatorio allegado, esta posibilidad fue tema de álgido debate entre ellos.

Además, estos fueron factores que incidieron en la decisión de dar oportunamente la noticia del hecho a las autoridades correspondientes y no como lo piensa un sector de la defensa, que hubo una especie de confabulación de parte de los Coordinadores de la Unidad para que dicho profesional la hiciera y separar a la Fiscal GUTIÉRREZ MARENCO del conocimiento del asunto.

Ahora, que el proceso se hubiera calificado en un término relativamente rápido por el Fiscal que reemplazó a la procesada, debe mirarse desde otra óptica, pues precisamente una de las quejas era lo demorado del trámite, razón por la que el nuevo funcionario asignado tuvo que corregir esta situación; esto suponía no continuar en el estado de mora sino actuar prontamente.

Piénsese de otra parte, que ningún resentimiento, enemistad o cualquier otro sentimiento abyecto tenía el abogado Páez Morales para inventar una situación tan delicada como la transmitida por él a la administración de justicia. Por el contrario, hacerlo, podía afectar su gestión profesional en relación al proceso que llevaba al primo de MUSTAFÁ IZA, como también en lo atinente al que tramitaba en la Fiscalía 202 como defensor de Roberto Rodríguez Gutiérrez; ello sin dejar a salvo las consecuencias incluso penales que podría tener el realizar falsos señalamientos.

Por otra parte existe pluralidad de acopio probatorio que debe analizarse con fundamento en lo que enseña la experiencia, como elemento integrador de lo que se denomina la sana crítica, cuyos lineamientos generales fueron traídos en párrafos anteriores. Sobre lo que debe entenderse como experiencia, ha dicho la Corte en pasada ocasión:

“Sobre esta concreta materia, debe partirse de qué se entiende por experiencia. Respecto a este tópico, la Corte tiene dicho:

“La experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.

Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su

origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.

Así, las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquéllas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de lo que aprehende, y de la ontología, porque lo pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido.

Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta conlleva a generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto socio histórico específico.

En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B.”⁴

Bajo esta óptica, resulta atendible la primera versión del denunciante en la que expresa la manera como fue abordado por el doctor MUSTAFÁ IZA a efectos de solicitar una suma de dinero que oscilaba entre tres y cinco millones de pesos, a fin de proferir una decisión que favoreciera a su defendido, el señor Roberto Rodríguez Gutiérrez. Aunque no es corriente que las proposiciones se hagan en los mismos despachos judiciales,

tampoco es una situación que se salga de lo común.

Por eso, no es raro que la garra de la corrupción campee libremente en los pasillos, arropada por el anonimato que le da este flujo incesante que, si bien es cierto es menor al interior de los Despachos, en todo caso es suficiente para cubrir estados al margen de la ley cuando estos se presentan. Es en estas condiciones generales en las cuales el sentenciado MUSTAFÁ IZA abordó al doctor Páez Morales a fin de transmitirle su proposición concusionaria, prevalido de que las circunstancias anotadas que habrían de evidenciar su actitud.

Esta forma de actuar de este procesado no era nueva. Ya el doctor Martín Antonio Carvajal Duque (fls. 152 B ss. c.o.1), defensor de Gustavo Guevara Aldana, afirmó que en una ocasión, fue requerido por el Ministerio Público a instancias del Secretario de la Fiscalía, acudiendo a la entrevista. Su interlocutor le manifestó que podía emitir un concepto favorable a los intereses de su protegido, situación que le pareció embarazosa, pero le confirmó los rumores de que este funcionario estaba pidiendo plata para favorecerlos en el proceso.

Esto se reafirma con la versión del doctor Eduardo Gálvez Argote Coordinador de la Unidad Primera de Delitos contra la Administración Pública y Justicia, quien a uno de los interrogantes propuestos, señaló “En lo atinente al Dr. ABDUL MUSTAFÁ IZA, los distingue porque trabaja como Representante del Ministerio Público, siendo funcionario de la prisionería, en la Unidad de fiscalías citada precedentemente, no teniendo ninguna ingerencia en su trabajo, pues únicamente ocupa una oficina en las instalaciones de la Unidad, su comportamiento laboral me preocupaba por cuanto atendía reiterativamente público en su oficina y utilizaba en forma exagerada el teléfono, y tal como lo reseña en igual diligencia a la que estoy rindiendo hoy, me llegó cuando me desempeñaba como Jefe de esa Unidad, un anónimo en que se aducía que estaba solicitando dinero para colaborar a abogados en el logro de decisiones favorables de lo

cual lo puse en conocimiento de la Dra. CLARA BERNARDA CIFUENTES, cuando se desempeñaba como Directora Seccional de Fiscalías y creo que en la actualidad de esa situación o mejor de la investigación respectiva conoce la Dra. CONSUELO SALVATIERRA.” (fls. 175 ss. c.o.1).

De ahí se sigue cómo estas circunstancias que imperan al interior de los despachos judiciales y, con mayor rigor en las fiscalías, hicieron fácil el acceso del doctor Páez Morales al interior de la Fiscalía 202; por supuesto, gracias al acompañamiento del procesado MUSTAFÁ IZA quien se encontraba destacado ante esa unidad como representante de la Personería. Por estas razones, como bien lo anota el Tribunal, no es extraño que su entrada a esta oficina haya pasado desapercibida para los empleados que prestaban su servicio en ella.

Ahora bien, por los motivos analizados en el testimonio de Páez Morales no resulta creíble que este abogado haya tomado la solicitud de MUSTAFÁ IZA como una broma o charlatanería sino, como ya se dijo, fue una manera de minimizar las consecuencias de la denuncia y de paso aminorar sus señalamientos que necesariamente implicaron penalmente a su viejo conocido y amigo.

Una vez producido el ingreso al Despacho de la Fiscalía 202 ya hay un clima de confianza entre el doctor Páez Morales y la Fiscal GUTIÉRREZ MARENCO, prevalida de la situación al ver el ingreso del defensor, acompañado del doctor MUSTAFÁ IZÁ, quien lo presentó. Por ello, dicha funcionaria entra a desarrollar su rol dentro del hecho. Es así que comienza a explicarle al abogado que el asunto estaba complicado, que sobre los otros sentenciados pesaba una sentencia condenatoria y que sus decisiones siempre eran confirmadas por el superior.

Valga decir que, la procesada comienza a tratar de someter la voluntad de la víctima; induciendo ese metus o miedo por su condición de servidora pública a cuyo cargo se

encontraba la suerte del señor Rodríguez Gutiérrez, afianzando así la solicitud ilícita que en principio hizo el Ministerio Público. Por supuesto que todo este proceso se realizó de manera sutil pero con tintes de efectividad. La puntada final la da la Fiscal GUTIÉRREZ MARENCO, al hacer un gesto de que la situación se arreglaba con dinero.

Mucho se ha dicho sobre este gesto de la Fiscal en actitud de pedir dinero. En boca de la defensa, esto no es fácil de valorar por parte del observador y por ende da lugar a ambigüedades. Una de las formas de comunicación del ser humano es a través de los gestos; algunos de ellos son unívocos, como los del rostro en actitud de dolor, alegría, tristeza; pero, efectivamente, hay otros que no son fáciles de valorar, como los movimientos que se hacen con las manos o los brazos. En tal medida, cobra especial valor la interpretación que el observador da a estos últimos. Para el caso presente, si bien no existe un lenguaje específico a través del movimiento de las manos que indique la acción de solicitar dinero, también lo es que es el observador quien de acuerdo a las circunstancias lo valora.

En el caso presente ya se vio la calidad del testigo Álvaro Páez, quien aparte de ser un profesional del derecho, también es persona experimentada en estas lides, toda vez que laboró como personero delegado y abogado litigante. Luego entonces, no puede criticarse su visión acerca del gesto de la doctora GUTIÉRREZ MARENCO. Además que la actitud de pedir dinero es bastante dicente, no necesita de mayores explicaciones y sobra un análisis profundo para establecer cuándo se hace una exigencia de ese tipo. Incluso es entendida por cualquier persona, sin importar su condición profesional, laboral o cualquier otra.

Por eso, no necesariamente se trata de que la propuesta ilícita se haya hecho en voz alta, como lo señala la defensa. Lo que extraña es que se hizo abierta y normalmente, aprovechando las condiciones que ofrecen las Unidades de Fiscalía y de las cuales ya se ocupó la Sala, pues si se hiciera de manera subrepticia con la posibilidad de ser visto por

quienes acuden a esas oficinas, se despertaría sospechas en los posibles observadores. Lo que obviamente repugna es que, aparte de todo, esta actividad al margen de la ley se ejerza directamente en los estrados judiciales.

Ahora, también se ha criticado que el denunciante no ha sido transparente respecto del relato sobre la actitud de la doctora GUTIÉRREZ MARENCO. Esta Sala ya analizó la idoneidad del testimonio y las posibles causas que motivaron el cambio de actitud del doctor Páez Morales, pero queda claro el proceder de esta funcionaria en el desarrollo del suceso. Ello lo reafirma Páez Morales en su ampliación de denuncia donde se le pregunta por la actuación de dicha funcionaria y responde en los siguientes términos:

“Pienso que si porque tales deducciones se desprenden de la forma como me conversó el doctor Mustafá y como la doctora, sin ningún reproche al planteamiento que hizo, continuó con el diálogo que sosteníamos, diciéndome que era muy compleja la situación y de ahí que enfatizaba en el grado de participación deducido, dando a entender de que todas las personas sindicadas ahí eran responsables. Y además ella me pone de presente que todas las decisiones que toma al respecto se las confirma el superior.” (fl. 68 c. fiscalía 1).

Así mismo, en el proceso se cuenta con la transcripción de las llamadas telefónicas sostenidas entre los procesados y el denunciante (fls. 232 ss. c.o. 1 Fiscalía). En el desarrollo de las mismas se puede ver cómo el abogado Páez Morales le comenta a MUSTAFÁ IZA sobre el hecho de que no se logró recoger los “tres paquetes” que había sido acordado. En su versión, el denunciante afirma que cuando se refieren a los tres paquetes es a tres millones de pesos (fl. 260 c.2. Fiscalía). Esta suma era la que el procesado había solicitado para dictar una decisión a favor del representado de Páez Morales en el proceso radicado en la Fiscalía 202. Ante la desilusión por no poder cumplir con la exigencia, finalmente este abogado le expresa a MUSTAFÁ IZA: “dígame a la Doctora, que qué pena” (fl. 236) y más adelante le reitera: “Que pena con la

doctora.—. dígame que no fue falta de voluntad mía (...).”.

En la segunda de las llamadas transcritas, quien responde al doctor Páez Morales es la propia OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO, quien en forma cordial y con cierta familiaridad le comenta a su interlocutor luego de identificarse: “sí como te ha ido, no te conocí la voz”. Ante la suspicacia del doctor Páez Morales de si pueden hablar, le contesta la Fiscal: “No, porque es, que de todas maneras yo estoy aquí en la oficina no.” Ante lo cual Páez Morales responde: “Ah, porque no me echa una llamadita de teléfono esta noche.—. Ahí al que le di”. La funcionaria le responde: “y porqué, tú no hablas con él, porque es que yo le dije a él, cualquier cosa, tienes que hablar con el”.

Varias conclusiones pueden sacarse de esta corta conversación. Ante todo que existía un grado de confianza y, por supuesto, de conocimiento entre la Fiscal y el denunciante; valga decir que no es como se quiere hacer ver en el proceso que no eran personas conocidas. Lo segundo, temían que el asunto a tratar fuera escuchado por terceros a través de la línea telefónica, por eso toman precauciones para no seguir hablando. También que, quien se entendía directamente sobre lo tratado era MUSTAFÁ IZA.

Valga anotar que en esta conversación no se alude en ningún momento al proceso que el doctor Páez Morales tramitaba ante la Fiscalía 156, como defensor de un primo de MUSTAFÁ IZA, por lo que no es cierto, como lo dice la Fiscal en su indagatoria que, en esta charla, se le pidió que intercediera ante esa Fiscalía para agilizar la entrega de un vehículo ni siquiera se toca el tema.

Estas conversaciones telefónicas son dicientes por sí mismas, por ende no puede la Sala compartir el argumento de la defensa en el sentido de que fueron distorsionadas y que solo se presentaron una mínima parte de las grabaciones al acomodo de la investigación. Al respecto debe decirse que, lo importante para el investigativo es la capacidad demostrativa de estos medios de prueba y no su cantidad. Además, como bien

lo dijo el Tribunal, no tiene sentido que se traigan absolutamente todos los diálogos que en su mayoría son irrelevantes.

Es claro, entonces, que las reflexiones hechas por los defensores de los procesados en el escrito que respalda el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, son el producto de su personal apreciación de las pruebas recaudadas, sin que ellas tengan la virtualidad de desestimar los argumentos expuestos por el Tribunal, pues no se ofrecen argumentos que desvertebren la estructura de la acusación.

Todo lo anterior se conjuga para señalar de modo inequívoco la intervención de los procesados ABDUL MUSTAFÁ IZA y OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO en el delito de concusión por el que se les acusa, lo que conduce al sostenimiento de la sentencia recurrida.

5. En lo que atañe con la solicitud de prisión domiciliaria elevada por el defensor de la sentenciada OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO, considera la Sala que no se reúnen los presupuestos previstos en el artículo 38 del Código Penal, para mantenerla, habida consideración de que, como lo ha sostenido la Sala⁵ el artículo 38 del Código Penal, exige para la viabilidad de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, entre otros presupuestos, “Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. Sin embargo, en el presente caso, no podría hablarse fundada y motivadamente que la sociedad se encuentre a salvo de la comisión de nuevos delitos por parte de la procesada, siendo inminente la “protección de la comunidad”, teniendo en cuenta la escasa confiabilidad que ofrece el desempeño personal, laboral y social de OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO deriva de la displicencia con la que con evidente abuso del cargo de Fiscal 202, asumió la axiología de los principios y derechos del servicio público, no

puede pronosticarse que en libertad o en su domicilio no volverá a delinquir.

La Sala al abordar el estudio sobre la procedencia de la sustitución de la detención preventiva por domiciliaria⁶, señaló:

“Por su parte el artículo 38 del Código Penal exige para reconocer la prisión domiciliaria, como elemento subjetivo, que el funcionario judicial al valorar el desempeño personal, laboral, familiar y social del procesado deduzca seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Es decir, son dos los tópicos que se contraponen, la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado al proceso y a la ejecución de la pena, o proteger a la comunidad, como objetivos de la detención preventiva; y la convicción de que el procesado comparecerá al trámite y que no pondrá en riesgo a la comunidad, para otorgar la domiciliaria. En consecuencia, sólo en estos dos casos no operará la sustitución por excluirse sus presupuestos, y será aplicable la jurisprudencia inicial.” 7

Más recientemente esta Sala y contrariando el pensamiento de la defensa, ha ahondado en el tema de la gravedad de la conducta, como fundamento legítimo para negar la prisión domiciliaria. En este pronunciamiento se ha concretado que:

“Mas, por el monto de la pena finalmente impuesta, el sindicado podría acceder al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues en concreto no superaría los tres años de prisión (artículo 63 del código penal).

Sin embargo, la gravedad de la conducta indica que la ejecución de la pena es necesaria. En efecto, el desvalor de acto y su lesividad no sugieren una simple inobservancia de los valores que los servidores públicos están en el deber de acatar al

desempeñar la función pública. Al contrario, lo que se destaca es la ruptura con esos fines, dirigidos, en este caso, a realizar materialmente el concepto de vivienda digna (artículo 51 de la Carta Política), como expresión de una política que se inscribe en el propósito no menos importante de generar condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 13 ibidem).

(...)

Ahora, lo dicho no se constituye en un análisis de la conducta desde la perspectiva ética, como no puede ser, sino que muestra su desvalor y su capacidad para interferir nocivamente el bien jurídico, entendido como un proceso de interacción social y material que preexiste a la norma y que esta valora, recoge y protege. En ese marco, es indiscutible que con la apropiación de bienes del Estado se impidió la materialización de la inversión social, que es tan importante que de acuerdo con el artículo 350 de la carta Política, tiene prioridad sobre cualquier otra.

La gravedad de la conducta es superlativa, traduce un mayor grado de injusto y hace necesaria la ejecución de la pena como respuesta proporcional a la agresión, de modo que la suspensión condicional de la pena es inviable.

También porque los antecedentes sociales del sindicado lo impiden. En efecto, se suele pensar que solo a la llamada delincuencia común se le puede censurar sus antecedentes sociales para impedirles la concesión de beneficios punitivos, mas no a quienes ocupan una posición distinguida en sociedad. Esa visión, por supuesto, corresponde a un claro proceso de “selección positiva” de los eventuales infractores de la ley penal.

Mas los antecedentes sociales del alcalde, que se traducen en su preparación académica, condiciones económicas y destacada posición política no permiten esta clase de privilegios, pues reflejan mejores opciones de elección a la hora de ejecutar la

conducta, que indican que si de esas condiciones se abusó, el peligro para la comunidad es latente.”⁸

Si bien es cierto la sentencia atrás citada no se fundamenta en iguales supuestos de hecho, los presupuestos de derecho que impiden la concesión de la prisión domiciliaria tienen igual fundamento teleológico. Bástenos reseñar la importancia que merece el bien jurídico de la administración pública, quebrantado abiertamente con la conducta lesiva de la sentenciada y su posición distinguida, por antonomasia.

Por lo anterior, se confirmará el numeral tercero de la providencia impugnada, por no reunirse los requisitos previstos en el artículo 38 del Código Penal para la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la de prisión.

Atendidas las razones expuestas, 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

Unico: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., el 27 de mayo de 2005, que condenó a los procesados ABDUL MUSTAFÁ IZA y OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO a la pena principal de 60 y 55 meses de prisión, multa equivalente a 70 y 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, respectivamente y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal y le negó la prisión domiciliaria a esta última sentenciada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

ALFREDO GOMEZ QUINTERO

Cita medica

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
LEMON

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
SOCHA SALAMANCA

JULIO

ENRIQUE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 4 de septiembre de 2002, radicación N° 15.884. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote

2 Solórzano Niño, Roberto; Psiquiatría clínica y forense, segunda edición, 1994, pgs. 156 s.

3 Obr. Cit. págs. 155 s.

4 Sentencia del 21 de noviembre de 2002, radicación N° 16.472.

5 Corte Suprema de Justicia Auto, rad. 21215, noviembre 19 de 2003 .

6 Corte Suprema de Justicia. Auto octubre 2 de 2003. Auto, noviembre 12 de 2003.

7 Corte Suprema de Justicia. Auto julio 16 de 2002

8 Sentencia de Casación del 9 de febrero de 2006, Rad. 21.620