

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado Ponente

AEP 00006-2019

Radicación N° 52379

Aprobado Acta No. 006

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala decide la solicitud de preclusión a favor del doctor ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, ex fiscal delegado ante Tribunal Superior de Cúcuta, elevada por la Fiscalía 11ª Delegada ante esta Corporación, dentro de la indagación que le adelanta por los delitos de cohecho propio en concurso heterogéneo con prevaricato por acción.

HECHOS

Según indicó la Fiscalía 11ª Delegada ante esta corporación, la Fiscalía 40ª destacada ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos, seccional Cúcuta, adelantó la

investigación No. 4051 contra JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, por la presunta determinación del homicidio de JUAN ALEJANDRO PLAZAS LOMÓNACO, y autoría del punible de concierto para delinquir agravado, por sus nexos con los grupos paramilitares de Arauca.

En esa investigación, la defensa técnica de ACOSTA BERNAL, interpuso recursos de apelación contra las resoluciones de 11 de julio, 4 de agosto y 23 de octubre todas de 2008.

Que, a través del reparto amañado de las diligencias, la segunda instancia correspondió al doctor ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, para ese entonces fiscal 1º delegado ante el Tribunal de Cúcuta, Pamplona y Arauca, quien, a cambio de recibir la suma de \$ 400.000.000, decretaría la nulidad de la actuación aduciendo que ACOSTA BERNAL gozaba de fuero constitucional, y, como consecuencia de ello, cancelaría la orden de captura expedida en su contra dentro del proceso en comento, hecho materializado en resolución de 21 de enero de 2009.

AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.- La Fiscalía.

1.1. Atipicidad subjetiva con relación al delito de prevaricato por acción.

El fiscal 11° delegado ante esta Corporación, sostuvo, que de acuerdo con los elementos materiales probatorios recaudados, desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, el comportamiento del doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO se adecua al delito de prevaricato por acción, en tanto profirió una decisión objetivamente contraria a la ley, la providencia del 21 de enero de 2009, por medio de la cual decretó la nulidad de lo actuado.

Adujo, que la decisión es contraria al artículo 97 de la Ley 600 de 2000, ya que decretó la nulidad por falta de competencia para seguir conociendo la investigación seguida contra JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, fundada en que el indiciado ostentaba fuero constitucional, al haber ejecutado los hechos con el fin de acceder al cargo de gobernador del departamento de Arauca, transgrediendo lo ordenado por la Sala de Casación Penal en sentencia del 21 de enero de 2003, dentro del radicado No. 20316.

En su sentir, la decisión correcta hubiese sido disponer el envío del asunto al funcionario competente, el despacho del Fiscal General de la Nación, y no decretar la nulidad.

No obstante, la tipicidad de la conducta, el análisis de los elementos materiales probatorios y la evidencia física recaudados, demuestran su atipicidad subjetiva por falta de dolo.

En efecto, lo “*manifiestamente contrario a la ley*”, debe responder a un actuar caprichoso, malicioso o arbitrario, manifestado por el servidor público al proferir la decisión, y ser acompañada del querer y la voluntad orientados en esa dirección.

Sin embargo, encontró, que en el accionar del implicado no asoma maliciosa su intención de apartarse abiertamente de la ley cuando tomó la decisión del 21 de enero de 2009, sino el propósito de garantizar que el derecho fundamental a la libertad del implicado no se viera afectado por temas procedimentales, y decidir el recurso de apelación sometido a su consideración.

Añade, que si bien su determinación no fue compartida por el fiscal general de la nación, esa situación fue advertida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al abstenerse de conocer en segunda instancia de la condena proferida por el Juzgado 5° Penal del Circuito Especializado de Medellín contra ACOSTA BERNAL, disponiendo el envío del expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por competencia.

La Sala de Casación Penal, recuerda, el 30 de marzo de 2016, decretó la nulidad parcial de lo actuado y ordenó el envío del expediente al despacho del fiscal general de la nación por competencia, estimando que si bien JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL ya no ostentaba el cargo, realizó los acuerdos y las

[Handwritten signature]

conductas al margen de la ley con el propósito de acceder a la gobernación.

Considera, que las explicaciones del implicado evidenciaron la falta de intención de contradecir la ley. Su finalidad fue la de proteger el derecho a la libertad del procesado, razón por la cual se debe valorar su conducta alejada del capricho, la arbitrariedad o la malicia que actualiza la conducta prevaricadora.

Estima, que el indiciado consciente de la trascendencia y probable impacto de su determinación consultó con sus superiores, sugiriendo la conformación de un comité técnico jurídico para estudiar y analizar su viabilidad. Proceder ratificado por los doctores ÁNGELA DURÁN DE CUBILLOS, OMAR ZARABANDA, Coordinador de la Unidad de Fiscalías ante la Corte, DARÍO GARZÓN y LUIS EVELIO MORALES MARÍN.

Con fundamento en los argumentos anteriores, concluyó, que el ingrediente subjetivo no se probó, el cual no puede ser producto de suposiciones, sino de su demostración, pero como ello no aconteció, lo que corresponde es precluir la indagación por atipicidad subjetiva.

En cuanto al reparto, asevera, fue materia de investigación por la autoridad competente, quien concluyó que no existió un hecho típico que ameritara el adelantamiento de la acción penal. Con ello se descarta la ocurrencia de maniobras fraudulentas para amañar la asignación del asunto.

1.2. Inexistencia del hecho investigado en relación con el delito de cohecho.

Recuerda, que el anónimo arribado a la Fiscalía, y la información posteriormente ofrecida por los Directores Seccionales de Fiscalías y el Cuerpo Técnico de Investigación CTI de San José de Cúcuta y Norte de Santander, el 27 de enero de 2009, dan a conocer que el encartado recibió \$ 400.000.000 para tomar una decisión favorable a los intereses del exgobernador de Arauca, JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL.

Para aclarar este hecho, refiere, las indagaciones se centraron en constatar (i) si el indiciado incrementó su patrimonio entre los años 2008 y 2009, o cerca a esas fechas; y (ii) escuchar a personas que podrían tener conocimiento de estos hechos.

En desarrollo de las averiguaciones, la Fiscalía ordenó la realización de un estudio patrimonial y socio económico al encartado y a su núcleo familiar. El mismo concluyó que no se contaba con elementos suficientes para verificar la existencia de un probable incremento patrimonial.

Precisó, el delegado fiscal, que actualmente esta Sala adelanta juicio por enriquecimiento ilícito en contra del indiciado, en el que no se vislumbra que entre 2008 y 2009 hubiese aumentado sus arcas en sumas cercanas a los \$ 400.000.000, puesto que los estudios reflejan un aumento de

aproximadamente 29 millones de pesos para el 2008, y 24 millones para 2009.

Aseveró, la Fiscalía, que para la entrega del dinero, el posible contacto entre el exgobernador de Arauca y el encartado fue la señora FANNY MARTÍNEZ VILA, quien escuchada en entrevista, se mostró ajena a esos hechos.

Al entrevistar al abogado JOSÉ ADID VILLASMIL QUINTERO, referido como la persona que realizó el arreglo económico para manipular el reparto del expediente nro. 4051, se mostró extrañado sobre la ocurrencia de esos hechos y, precisó, no tener conocidos al interior de la Rama Judicial.

Además, el indiciado en su interrogatorio negó conocer al abogado VILLASMIL y a MARTÍNEZ VILA, como haber recibido dádivas para proferir la decisión motivo de investigación.

En consecuencia, ponderó como imposible atribuir a ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO la comisión de la conducta punible de cohecho, porque los elementos materiales probatorios recaudados no permiten su estructuración, por tanto, considera procedente solicitar la preclusión de la investigación por inexistencia de los hechos.

2. Apoderado de la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial.

Coadyuvó la solicitud preclusiva, insistiendo en que el planteamiento jurídico expuesto por el indiciado en la

resolución de 21 de enero de 2009, fue adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 30 de marzo de 2016, al definir que el sindicato ACOSTA BERNAL tenía fuero constitucional para ser investigado por el Fiscal General de la Nación.

3. Representante del Ministerio Público.

Coadyuvó la pretensión de preclusión.

4. Indiciado ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO.

Coadyuvó la petición porque la Corte Suprema de Justicia años después le dio la razón.

5. Apoderado del indiciado.

Apoyó la solicitud, precisando que el delegado fiscal adelantó una investigación proba y su apoderado demostró ser garantista en extremo al procurar la libertad del sindicato ACOSTA BERNAL.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. De la competencia.

La Sala es competente para decidir sobre los hechos puestos a su consideración por la Fiscalía 11ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el

artículo 2° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificatorio de los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 6° del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

Así mismo, a la Fiscalía General de la Nación concierne formular la solicitud de preclusión con arreglo a la mencionada preceptiva, a los artículos 250-4 y 251-1, modificados por el artículo 3 del Acto Legislativo 06 de 2011 de la Carta Política, y al canon 331 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, el fuero de juzgamiento consagrado en el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política, es una garantía que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y se goza desde el momento en que se asume el cargo, *“es decir basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento.”*¹

En lo que respecta al doctor ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, se acreditó que laboró como fiscal delegado ante el Tribunal de Cúcuta desde el año 2001 al 2009.

En este caso, al constatarse que se retiró del cargo hace más de 9 años, es menester dar aplicación al parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, y prorrogar el fuero teniendo en cuenta que los hechos guardan relación con las funciones que como fiscal desempeñaba para el 21 de enero de 2009, como quiera que se le cuestiona la legalidad de una

¹ CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

decisión que profirió en un proceso asignado a su conocimiento y, supuestamente, recibir dinero ilícitamente para dictarla.

II. De la preclusión.

Al tenor de lo normado por los artículos 331 a 335 del estatuto procesal de 2004, la preclusión de la investigación puede ser declarada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal a instancia de la fiscalía, incluso antes de la formulación de la imputación, cuando encuentre acreditada una de las hipótesis contempladas en el canon 332.

Vale precisar que *“[E]l análisis y fundamentación presentados por el fiscal para lograr su cometido deben ser específicos y detallados, atendiendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir con **certeza** la necesidad de extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada por ausencia de mérito para continuar con la persecución penal.”*²

Ciertamente, la solicitud de preclusión de investigación comporta, para quien acude a ella, recolectar los elementos materiales probatorios y la evidencia física respectiva para probar la causal aducida, es decir, que se trate de una proposición jurídica completa a disposición de la judicatura para verificar la solidez de su estructuración.

² CSJ SCP, 25 de enero de 2017. Rad. 49196.

En ese sentido, “exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera **cierta** o, lo que es igual, que respecto de la misma **no exista duda** o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)”³

Atendiendo la petición del delegado fiscal, la Sala determinará el marco jurídico conceptual de las conductas punibles atribuidas, y culminará con el análisis correspondiente a las causales invocadas.

III. El cohecho propio

El artículo 405 del Código Penal, describe este punible de la siguiente manera:

“El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ...”

Cohecho significa arreglar, preparar, esto es, corromper, viciar con dádivas a un servidor público para que haga o deje de hacer algo contrario a la ley.

Arreglar representa, componer, ordenar, concertar. Ordenar es colocar algo o a alguien de acuerdo con un plan o de modo conveniente, encaminar y dirigir algo a un fin. Entre las acepciones de concertar están las de ordenar o arreglar las

³ CSJ SCP, 31 de enero de 2018, Rad. 51049.

Vive

partes de una cosa o varias cosas, acordar el precio de algo, pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio.

Con la entrega de dinero o la sola promesa se incita al servidor público a obrar ilícitamente, para que se comprometa con él a transgredir la independencia e imparcialidad con las que debe ejecutar sus atribuciones.

Se sanciona al servidor público deshonesto a través del cohecho propio y al corruptor particular o funcionario público por vía del cohecho por dar u ofrecer.

En síntesis, la configuración de este punible demanda la convergencia de los siguientes elementos:

Un sujeto activo calificado, por requerir que el supuesto de hecho sea ejecutado por un servidor público permanente o transitorio, el pasivo constituido por la administración pública y, finalmente, por el Estado como titular del bien jurídico tutelado, no obstante, también puede resultar perjudicada una persona natural.

En el momento de la dación o aceptación de la promesa, el sujeto agente ha de ostentar la condición de servidor público y tener facultad para decidir lo pedido o tener la posibilidad de hacerlo. La ilicitud se debe valorar en el instante de la entrega o la aceptación antes del retardo, omisión o ejecución del acto ilegal, sin requerir su ejecución para alcanzar el perfeccionamiento.

La gratificación debe tener el alcance de recompensa o estímulo como contraprestación por lo prometido a realizar, es intrascendente la cuantía y el pago o cumplimiento de lo ofrecido.

No cabe la tentativa porque el delito se perfecciona desde el momento en que el funcionario acepta la promesa remuneratoria.

Desde esta perspectiva ha señalado esta Corporación en relación con los elementos que integran este tipo penal⁴:

“En sentido estricto, el cohecho representa el acuerdo de compra y venta de un acto de autoridad que debe ser realizado gratuitamente. Se diferencia de la concusión en que ésta se caracteriza por el temor de la víctima a las atribuciones o a la investidura del agente, en tanto que en el cohecho es bilateral, requiere por lo mismo del ofrecimiento de un beneficio al servidor público o a un tercero y la aceptación de este a recibirlo o esperarlo. Descarta la concurrencia de engaño o violencia, se presenta un verdadero contrato ilícito, sin vicio de voluntad, en el que las partes son codelincuentes. Con el dinero o la sola promesa se provoca, excita, estimula, o incita al servidor público a obrar ilícitamente, quien se compromete con el cohechador a violar la independencia e imparcialidad, atributos anejos al ejercicio de sus atribuciones.”

IV. El prevaricato por acción

Fue definido en el artículo 413 del Código Penal, así:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de...”

⁴ CSJ SCP, 8-XI-011, Rad. No. 34287.

Vu

El supuesto de hecho exige un sujeto activo calificado, un servidor público que emita una *“resolución, dictamen o concepto”*, cuyo contenido sea *“manifiestamente contrario a la ley”*.

La imputación de esta conducta *“exige demostrar que el acto censurado, esto es, la resolución, dictamen o concepto fue dictado de manera caprichosa o arbitraria por el sujeto, quien desconoce de forma abierta y ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio o jurídico que regulan el caso.”*⁵

En ese sentido, *“no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna.”*⁶

No sólo se lleva a cabo un juicio de legalidad, sino que se debe constatar *“la inmediatez con la que se pueda detectar esa disonancia la que provoca la crítica, pues si dicho descubrimiento se retarda porque involucra una actividad intelectual de compleja estirpe, el componente que aquí se trata de explicar carecería de adecuación al respectivo evento.*

Es decir, si la detección se da apenas con breve y desapasionado examen, en otras palabras, sin recurrir ni siquiera a la media medida de los análisis que se utilizan en

⁵ CSJ SCP, 15 de agosto de 2018, Rad. 50620.

⁶ CSJ. SCP AP., 29 de julio de 2015, Rad. No. 44031.

Handwritten signature

diferente escenario para tratar de obtener un dato concluyente, la exigencia legal surgirá de manera irrefutable.”⁷

Para que la resolución, dictamen o concepto del servidor público se catalogue manifiestamente contrario a la ley, debe exponer su oposición al derecho positivo de manera clara y notoria que deriva del capricho, la arbitrariedad o el basto desconocimiento del marco normativo.

Sobre su contenido y alcance ha sostenido la Sala de Casación Penal:

“que la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o “de tal grado ostensible” que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse... que para hablar de prevaricato es necesario establecer cuándo los argumentos del servidor, dentro de un campo determinado, resultan aceptables, pues una interpretación loable frente a las singulares trazas que ofrece un caso puede permitir el rechazo del prevaricato... que si el comportamiento del funcionario no está acompañado de razones justificatorias, es decir, acordes con los hechos y con el precepto legal, si obedece a su mero capricho, el acto es manifiestamente contrario a la ley (ibídem); y que tal delito se configura si el servidor público profiere concepto, dictamen, resolución, auto o sentencia manifiestamente apartado de la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho sobre la voluntad de la disposición legal, lo que significa comparar el mandato legal contenido de la norma con lo hecho por el funcionario.”⁸

Esa verificación debe hacerse *ex ante*, ubicarse en el momento en que el servidor público adoptó la determinación censurada, con los elementos de juicio que para entonces contaba, aunado a que “no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia

⁷ CSJ SCP, 1º de agosto de 2018, Rad. 48908.

⁸ CSJ SCP, 27 Sept. 2002, Rad.17680, reiterada en Rad. 39400, 20 de agosto de 2014.

constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia.”⁹

V. Caso concreto

Se imputa al hoy ex fiscal ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, haber recibido, presuntamente, la suma de \$ 400.000.000 para decretar de manera ilegal, el 21 de enero de 2009, la nulidad de lo actuado por falta de competencia en el proceso No. 4051, seguido contra JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL por los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado y, consecuentemente, cancelar la orden de captura expedida en su contra para hacer efectiva la detención preventiva. Conducta a analizar frente a los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción.

Ante todo, debe precisar la Sala que la resolución contiene dos decisiones, la de declararse incompetente para conocer el proceso, y la de decretar la nulidad de lo actuado, revocando consecuentemente la orden de captura.

La primera de ellas, de acuerdo con la Fiscalía no viene siendo investigada, por considerarla ajustada a derecho, en razón a que para apartarse de la jurisprudencia reinante para ese momento, expuso los argumentos que consideró suficientes, sin que en ellos se observe capricho o arbitrariedad alguna, así no las comparta, por esa razón cuando se aluda a ella dentro de la decisión se le debe dar ese entendimiento.

⁹ CSJ SCP, 1° feb. 2012, rad. 34853 y 10 abr. 2013, rad. 39456.

En cuanto a la segunda, que es la investigada y objeto de esta determinación, con los elementos de prueba aportados, se acredita, hasta este momento, la tipicidad objetiva, pero no la demostración de la atipicidad subjetiva, alegada por la Fiscalía.

1.- Del cohecho propio.

Según la petición de preclusión, el indiciado ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO no recibió ni aceptó la promesa de recibir la suma de \$ 400.000.000 para proferir en segunda instancia la resolución de 21 de enero de 2009, anulando la actuación por falta de competencia y disponiendo, consecuentemente, cancelar la orden de captura que pesaba en contra de ACOSTA BERNAL, es decir, que el hecho no existió.

Solicitud que la Sala desde ya anuncia será denegada, en razón a que de la valoración conjunta de los elementos materiales de prueba no encuentra comprobada la causal invocada, ni ninguna otra.

En efecto, se patentizó la condición de fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Cúcuta que ostentaba el indiciado ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, para el 21 de enero de 2009.¹⁰

Además, que ante la Fiscalía 40ª Especializada de la Unidad Nacional contra los Derechos Humanos Seccional Cúcuta, se tramitaba el proceso seguido contra JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL y FERNEY ALVARADO

¹⁰ Elementos materiales probatorios Nos. 2, 3 y 4.
Página 17 de 44

Villasmil

PULGARÍN, por el homicidio de JUAN ALEJANDRO PLAZA LOMÓNACO y concierto para delinquir agravado¹¹.

Que el 23 de septiembre de 2008,¹² el señor RAFAEL CEDEÑO ACOSTA, actuando como representante legal de la Asociación Víctimas de Arauca, presentó escrito ante el despacho del fiscal general de la nación, denunciando los siguientes hechos:

“Para su conocimiento y fines legales pertinentes, nuestra Asociación creada únicamente para denunciar la corrupción y atacar la impunidad en cualquier esfera y donde esta se diere, se permite manifestarle:

1°. *Que tenemos conocimiento, que en el proceso penal que cursa en la Fiscalía 40 bajo radicado 4051, de la Unidad de Derechos Humanos con sede en la ciudad de Cúcuta, se buscó un abogado conocedor del medio, para que buscara un arreglo económico en segunda instancia, a fin de lograr mediante una nulidad, la cancelación de la orden de captura impartida contra el ex gobernador del departamento de Arauca, **JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL**. Sindicado de múltiples homicidios, entre ellos, el del doctor **ALEJANDRO PLAZAS LOMÓNACO**, delegado del registrador nacional el 10 de julio de 2.003, y por Concierto para Delinquir por conformación y dirección de grupos paramilitares de que tratan estas diligencias, y donde además, ya se dictó en su contra medida de aseguramiento por estos delitos, que no fue apelada.*

2°. *Que la búsqueda del abogado para tal fin concluyó, y la designación recayó en el señor “abogado” **JOSÉ ADIP VILLASMIL** quien se ha comprometido a acomodar el reparto para que este le corresponda, al fiscal ante el tribunal **ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO**, persona reconocida en el medio de la ciudad de Cúcuta, como corrupta y amigo personal de este abogado suplente.*

3°. *Que esta información que le estamos suministrando, se obtuvo de una conversación llevada a cabo entre el abogado **MARTÍN ULISES RUBIO SÁENZ** abogado principal de Julio Acosta, y **JULIO CÉSAR ACOSTA ACOSTA** hijo del sindicado referido, y actual Concejal de Bogotá por el Partido Cambio Radical, que se logró interceptar.*

¹¹ Elementos materiales probatorios Nos. 6 y 7.

¹² Elemento material probatorio No. 5.

4°. Que esta conversación fue confrontada por nosotros, con manifestaciones realizadas en tal sentido, por los señores **JOSÉ SANTOS RUIZ**, uno de quienes financian este hecho, **SIRENIA SARAY**, una de las que maneja la parte política, y **ÉDGAR RONDÓN**, conocido como "Pateliya" quien se encarga de traer y llevar mensajes, y buscar y acomodar testigos.

5°. Igualmente le informamos, que tenemos conocimiento que las otras investigaciones que se surten contra Julio Acosta Bernal en Arauca y Bogotá, por hechos similares, están buscando fiscales corruptos en las Fiscalías Especializadas de Cúcuta para acomodarlos, y lograr un acuerdo económico que favorezca sus intereses."

Igualmente, que el 12 de noviembre de 2008¹³ la agremiación identificada como Víctimas Asustadas, radicó denuncia ante el fiscal general de la nación narrando lo siguiente:

"Queremos denunciar ante su prestigioso despacho las irregularidades que se están presentando en el proceso 4051 de la Fiscalía 40 especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y derecho internacional, Humanitario Unidad de Apoyo Cúcuta donde se encuentra vinculado mediante medida de Aseguramiento el ex gobernador de Arauca, señor JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, identificado con C.C. 17.580.182, quien se encuentra PROFUGO de la justicia por el Asesinato del Registrador de Arauca Dr. JUAN ALEJANDRO PLAZAS LOMÓNACO.

Señor Fiscal General, es de conocimiento en la ciudad de Cúcuta, que este señor Acosta presenta la apelación a la decisión tomada por el Fiscal 40 y mediante su Hijo JULIO CÉSAR ACOSTA y sus abogados han contactado al fiscal en los Fiscales Delegados ante el Tribunal de Cúcuta ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO quien en pasadas decisiones a (sic) sido cuestionada su transparencia, es así como en el día de ayer los funcionarios de dichos despachos percibieron la angustia por parte de los abogados de Acosta Bernal por dicho reparto, que le correspondió en horas de la tarde a dicho fiscal.

El Fiscal HERNÁNDEZ CASTRO está comprometido por la suma de 400 millones de pesos, a tumbar la medida de aseguramiento decretando la NULIDAD del proceso por supuesta "violación al Debido proceso" del señor ACOSTA. Este fin de semana le serán entregados 200 millones al Fiscal HERNÁNDEZ CASTRO.

Este proceso sea (sic) fortalecido con las últimas declaraciones del extraditable MEJÍA MÚNERA quien a (sic) ratificado la culpabilidad del señor

¹³ Elemento material probatorio No. 13.

Acosta en un sin número de asesinatos en el departamento de Arauca. Y de los vínculos del exgobernador con las AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA Y con el BLOQUE VENCEDORES DE ARAUCA.

No permita señores de la Fiscalía que el manejo corrupto del Fiscal HERNÁNDEZ CASTRO deje en la impunidad a un sin número de víctimas de las atrocidades de este sujeto que está próximo a pagar por todos sus delitos cometidos ante la sociedad de Arauca y de Colombia, porque bajo la complicidad de las armas se alió junto con Paramilitares y Guerrilla para lograr una hegemonía en el llano colombiano para sembrar violencia y corrupción.”

Para comprobar la veracidad de estas imputaciones, el ente acusador intentó ubicar a RAFAEL CEDEÑO ACOSTA, quien suscribió el primer escrito¹⁴, con resultados infructuosos, y conjuntamente con el memorial firmado a nombre de Víctimas Asustadas los calificó de anónimos, sin ocuparse de verificar minuciosamente todos los hechos relevantes contenidos en ellos, los cuales le permitían adelantar una investigación profunda y acabada, que hoy facilitase establecer con certeza lo ocurrido en este caso.

El hecho de contar con un escrito anónimo no impide *per se* acometer la investigación, porque cuando ofrece información suficiente que permite orientarla, el funcionario judicial está obligado a adelantarla a fin de verificar los hechos denunciados como posiblemente delictivos.

Desde esa perspectiva, el artículo 69 de la Ley 906 de 2004 que reiteró el 29 de la Ley 600 de 2000, dispone que se inadmitirán las denuncias sin fundamento y las anónimas que no suministren pruebas o datos concretos que permitan encausar la investigación; por consiguiente, frente a los hechos claros y circunstanciados denunciados de manera similar por

¹⁴ Elemento material probatorio No. 5. Folio 15.

H

los dos escritos, la Fiscalía debió impulsar una investigación pronta y meticulosa para averiguar la verdad de lo ocurrido, con mayor razón si las conductas anunciadas como delictivas efectivamente ocurrieron pasados dos meses largos del último anónimo.

En efecto, como lo avisaban los escritos el proceso seguido contra ACOSTA BERNAL le fue asignado al indiciado mediante un trámite irregular, que generó el inicio de sendas investigaciones de índole penal y disciplinaria. Quien con la resolución cuestionada no solo se declaró incompetente sino que, sin estar facultado para ello, decretó la nulidad de lo actuado y revocó la orden de captura que pesaba contra ACOSTA BERNAL, mostrándose hasta ahora, manifiestamente contraria a la ley.

Hechos que, se reitera, habían sido puestos en conocimiento de las autoridades competentes a través de ese medio, como delictivos que ocurrirían por virtud del pago de una suma millonaria de dinero al investigado.

No obstante, la Fiscalía encaminó las averiguaciones a localizar los autores de los escritos, sin ocuparse, por ahora, de averiguar a profundidad la totalidad de los hechos y circunstancias relevantes denunciadas, por esa razón las pesquisas enseñan vacíos, deficiencias, dudas y vacilaciones que impiden aseverar que los hechos no ocurrieron, como lo pretende la fiscalía, por el contrario, los elementos materiales de prueba se inclinan a evidenciar la probable actuación ilícita del indiciado en este caso. Veamos:

No obra constancia de haber averiguado sobre la existencia y representación legal de la persona jurídica en cuyo nombre se presentó una de las denuncias, o si hacía parte de alguna agremiación no gubernamental o protectora de derechos humanos, a objeto de escuchar al autor del documento, y obtener mayor información y el aporte de elementos materiales de prueba que facilitara aún más las indagaciones.

Pese a que el escrito de la Asociación Víctimas de Arauca puntualizaba que a través de una llamada telefónica interceptada se estaba fraguando el acuerdo entre MARTÍN ULISES RUBIO SÁENZ, defensor de ACOSTA BERNAL, y JULIO CÉSAR ACOSTA, hijo de éste, para que el abogado JOSÉ ADID VILLASMIL, amigo del indiciado, acordara con él el pago de \$ 400.000.000 para que profiriera la resolución decretando la nulidad por falta de competencia, y revocara la orden de captura; la indagación no ha inquirido sobre la existencia de la llamada, si la interceptación se realizó, de ser así, qué autoridad la dispuso y dentro de qué actuación penal, con el propósito de contar con su contenido en esta actuación, sólo se contrajo a escuchar a los supuestos interlocutores, quienes obviamente no aceptaron su participación en los hechos.

No ha practicado una serie de diligencias que sin titubeo suministrarían información valiosa al esclarecimiento de los hechos, por vía de ejemplo, no ha escuchado a ACOSTA BERNAL sobre los acontecimientos, ni inspeccionado el expediente cursado en su contra para constatar la calidad de

[Handwritten signature]

apoderados principal y suplente de MARTÍN ULISES RUBIO SÁENZ y JOSÉ DAVID VILLASMIL, y buscar elementos materiales de prueba pertinentes.

Tampoco ha oído al abogado MARTÍN ULISES RUBIO SÁENZ en relación con la ocurrencia de la llamada y su contenido, la supuesta manipulación del reparto y el ofrecimiento de dádivas al ex Fiscal ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, para tramitar irregularmente la actuación.

No ha confirmado la relación de padre a hijo entre ACOSTA BERNAL y JULIO CÉSAR ACOSTA ACOSTA, a quien se atribuye, por intermedio del abogado suplente de su padre, acordar con el indiciado la compra y venta de la decisión, y si para el año 2009 se desempeñaba como concejal de Bogotá, como lo asevera uno de los anónimos. Ni lo ha escuchado para conocer su relato en punto a esa negociación.

En cuanto a la manipulación del reparto para asignar ilegalmente el expediente al indiciado, en particular, los elementos de prueba allegados por el delegado fiscal acreditan que ocurrió el 6 de noviembre de 2008, que fue manual y no automático como correspondía, y que el trámite fue realizado por el asistente de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta, JESÚS MARÍA RAMÍREZ BLANCO¹⁵.

Además, que la encargada de la asignación de procesos de segunda instancia era DORA CANO, quien justamente ese día llegó tarde al trabajo por la enfermedad de su hija, motivo por

¹⁵ Elemento material probatorio No. 20.

el cual fue reemplazada por RAMÍREZ BLANCO, persona que a través de la manipulación del sistema lo asignó manualmente al fiscal investigado, ya que para poder hacerlo de esa forma debía incluir los datos de la resolución por medio de la cual la directora seccional de fiscalías la autorizaba.

Pese a que el Juzgado 5 Penal del Circuito de Conocimiento de Descongestión de Cúcuta, el 11 de marzo de 2013, precluyó la investigación contra RAMÍREZ BLANCO por la imposibilidad de desvirtuar su presunción de inocencia, lo cierto es que hay muchas dudas sobre la forma como se hizo el reparto en esa ocasión, como lo informaban anticipadamente las denuncias anónimas, ya que se realizó con preso y el sindicado no estaba privado de la libertad por esa actuación, de forma manual y no automática como correspondía, resultando así direccionado al despacho de HERNÁNDEZ CASTRO, sobre lo cual se debe profundizar en la investigación.

En este momento se ignora cuál fue el verdadero trámite adelantado por RAMÍREZ BLANCO para hacer la asignación manual, ya que siendo necesaria la inclusión de los datos de la resolución que la autorizaba, no se encontró en el sistema ese tipo de información, y la prueba recaudada desecha el error en el que dijo incurrir al introducir esos datos.

Así lo ratifican las entrevistas, cuyo resumen fue incluido en informe de investigador de campo de 23 de junio de 2009, rendidas por los entonces funcionarios adscritos a la oficina de asignaciones de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta, ARIANA DISLEYDI ROJAS VILLAMIZAR, JOSÉ MARÍA

RAMÍREZ BLANCO, JULIETA CANO BUENDÍA y CONSUELO VEGA QUIROGA; al sostener que para poder asignar manualmente cualquier proceso era imprescindible la autorización, mediante resolución, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta, en la que se determinaba a qué despacho debía adjudicarse.

Además, el asesor de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta, ALFREDO USCÁTEGUI DUARTE, al advenir en su entrevista que una vez se conoció del anónimo, acudió a la oficina de asignaciones a adelantar las primeras averiguaciones constatando el reparto amañado del proceso, el cual ratificó el ingeniero de la Dirección Nacional de Fiscalías, NELSON GUILLERMO CAMPOS CORREA, en la consulta escrita que aquél le elevó, aseverando que la asignación debió contar con la autorización de la Dirección Seccional de Fiscalías, sin que en este caso existiera, de lo cual él, el entrevistado, dio fe, por ser el encargado de proyectar ese tipo de actos administrativos.

Y, por el propio CAMPOS CORREA, confirmando que para realizar un reparto manual era insoslayable contar con la autorización expedida por la señalada dirección, en este caso, la de Cúcuta, debiendo escribirse en el sistema su número, la fecha y quién la firmó.

Adicionalmente, ARIANA DISLEYDI ROJAS, JULIETA CANO BUENDÍA y GUILLERMO CAMPOS CORREA, fueron contestes en desechar la posible existencia de un error en el reparto del expediente al introducir la información, planteada

por RAMÍREZ BLANCO, por ser imposible justamente debido a que para poder hacer la asignación manual el sistema exigía la información relativa a la resolución que la autorizaba.

Ante estas circunstancias, no se sugiere revivir la investigación contra RAMIREZ BLANCO, pero es preciso establecer si dicha investigación prosiguió con miras a identificar los presuntos responsables de esos hechos delictivos, y a corroborar los evidentes nexos con los punibles aquí averiguados, pues de haber ocurrido el acuerdo corrupto denunciado era forzosa la asignación arreglada del proceso al aforado.

De otro lado, aunque el ex fiscal ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO y el abogado JOSÉ ADID VILLASMIL negaron conocerse entre sí¹⁶, como lo advertían los anónimos, es menester recoger información de su común entorno laboral para acreditar o descartar sus nexos, interrogar a los funcionarios de la Fiscalía Seccional Cúcuta sobre el particular, interrogar a la asistente de la Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal de Cúcuta ZULEIMA CRUZ GAONA si conocía a VILLASMIL, si éste tenía acceso al despacho, de ser así, en qué condiciones, si había comunicación con el indiciado HERNÁNDEZ CASTRO, por ejemplo.

Tampoco se ha inquirido por los eventuales vínculos existentes entre el indiciado y la Fiscal FANNY MARTÍNEZ

¹⁶ Elementos materiales probatorios Nos. 3 y 25.

VILA¹⁷, en tanto, ésta última aceptó conocer a JULIO ACOSTA BERNAL para la fecha de los hechos de esta investigación.

Ninguna pesquisa se ha adelantado con el objetivo de ubicar a JOSÉ SANTOS RUIZ, SIRENIA SARAY y ÉDGAR RONDÓN, señalados, como financiador de los actos corruptos, el primero, de manejar la parte política, la segunda, de llevar mensajes y buscar acomodar testigos, el restante; personas que según las denuncias habían hecho manifestaciones relacionadas con la existencia del acuerdo ilícito para esa época; a fin de escucharlos y poder transitar y agotar esta línea investigativa, aun sin explorar.

La estructura dogmática del cohecho implica desenmarañar si existió el acuerdo de voluntades entre el servidor público y un tercero para omitir o retardar su función o ejecutar una contraria a sus deberes, cuya investigación no escapa, en muchas ocasiones al carácter indeterminado de la información incorporada a la noticia criminal, y que generalmente requieren de un programa investigativo más estructurado debido a la complejidad de las conductas y la participación, también frecuente, de un número plural de personas, el cual, para este momento, se echa de menos.

Para la Sala es incontrastable, se itera, que la causal de preclusión invocada no se encuentra demostrada porque la ponderación de los elementos materiales aportados deja una serie de dudas no despejadas en el comportamiento asumido por el indiciado, y de hechos no averiguados a través de una

¹⁷ Elemento material probatorio No. 24.

investigación más escrupulosa y perfeccionada que permitan el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido.

Es así, como los hechos que por ahora comprometen la responsabilidad del indiciado mantienen vigencia:

Las conductas anunciadas por los anónimos efectivamente ocurrieron en la forma allí descrita.

Así, el reparto del expediente, parece, se direccionó hacia su despacho de forma irregular, comportamiento que era necesario para cumplir con el supuesto acuerdo corrupto, las pruebas señalan que el abogado MARTÍN ULISES RUBIO SÁENZ era el apoderado principal de ACOSTA BERNAL, y que la orden de captura expedida en su contra efectivamente la revocó a través de la declaración de la nulidad de lo actuado, contrariando abiertamente la ley, decisión que adoptó el 21 de enero de 2009, no obstante tener conocimiento de las denuncias hechas con antelación.

Hechos no desvirtuados, como lo considera la Fiscalía, con el proceder asumido por el aforado pretendiendo escuchar la opinión de la jefe de la unidad de fiscalías a que pertenecía y provocando un comité o taller técnico jurídico en la Unidad de Fiscalías ante la Corte, antes de firmar la providencia; pues frente a la forma como hasta ahora se conocen ocurrieron los hechos, las consultas las elevó sobre la supuesta concurrencia del fuero constitucional para ser investigado, ACOSTA BERNAL, por el fiscal general de la nación, y no respecto a la posible irregularidad de decretar la invalidez de lo actuado

Y

afincado justamente en su incompetencia, que es el hecho por el cual demanda la preclusión; y porque puede corresponder a su estrategia defensiva diseñada desde ese entonces, ya que previo a dictar la resolución tenía conocimiento de las denuncias dando cuenta del supuesto acuerdo corrupto del que habría hecho parte, y evitar su responsabilidad.

En suma, como no está demostrada la causal invocada, la Sala negará la preclusión solicitada por la fiscalía, en lo que atañe a este delito.

2.- Del prevaricato por acción.

Con arreglo a la petición del fiscal 11° delegado ante esta Corporación, ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO no encaminó su voluntad a desconocer intencionalmente la ley al decretar, el 21 de enero de 2009, la nulidad de la actuación seguida contra JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, disponer remitir el diligenciamiento al fiscal general de la nación y cancelar la orden de captura librada en su contra; sin embargo, la Sala, tras sopesar en conjunto los elementos materiales de prueba, tampoco encuentra plenamente acreditada la atipicidad subjetiva, motivo por el cual denegará la petición de preclusión.

La Corte comparte el criterio de la fiscalía atinente a que la resolución es manifiestamente contraria a la ley, por decretar la nulidad sin estar facultado para ello, fundamentada en la ausencia de competencia porque el procesado debía ser investigado por el fiscal general de la nación. Veamos:

La argumentación fue la siguiente:

“Como primera medida en ningún aparte de la providencia la Fiscalía de Primera Instancia, aclara por qué el homicidio objeto de esta investigación no está relacionado con el cargo y las funciones que el sindicado JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, ejecutó como Gobernador de Arauca en el periodo 2004-2007, especialmente cuando al interior de la investigación, se dice que el homicidio fue originado en el hecho que para lograr obtener el cargo de elección popular como Gobernador de Arauca, el sindicado ACOSTA BERNAL, requería, según los testigos, la muerte del Registrador, para así evitar que el contendor de ACOSTA BERNAL obtuviera el triunfo en tales elecciones.

Si bien, cuando se ejecutó el homicidio, ACOSTA BERNAL no ostentaba el cargo de Gobernador, no puede decirse que, el delito no tenga relación con él mismo, pues de probarse que los testigos dicen la verdad, y que efectivamente la muerte del registrador fue necesaria para que ACOSTA BERNAL obtuviera el triunfo en las elecciones, no cabría entonces duda que el delito investigado está relacionado con el cargo desempeñado por el sindicado, pues se tendría como una verdad procesal, que de no haberse ejecutado el homicidio, probablemente ACOSTA BERNAL no hubiera obtenido el cargo de gobernador de Arauca para el periodo 2004-2007.”¹⁸

Más adelante agregó:

*“De manera entonces que ante el advenimiento de las primeras pruebas que mencionaban la participación de ACOSTA BERNAL, **el deber del funcionario instructor era enviar el expediente en el estado en que se encontraba ante el Despacho del señor Fiscal General de la Nación, para que por competencia tramitara la presente actuación,** por ende se entiende como nula toda la actuación que desplegó y ha venido desarrollando, especialmente los actos jurisdiccionales de apertura de investigación y resolución de situación jurídica que en este caso sólo podían ser proferido por el competente Constitucional, en este caso el señor Fiscal General de la Nación.*

***Sólo este funcionario, tenía la facultad para decidir si en realidad aún pervivía el fuero del funcionario y si era viable asumir el conocimiento del proceso, caso contrario, se activarían los mecanismos jurídicos para definir la competencia ur. gr., el conflicto de competencias.** Ni siquiera el fiscal especializado, estaba facultado para ordenar la práctica de pruebas, que en procesos que son de investigación del señor Fiscal General de la Nación, las pruebas las pueden practicar funcionarios de inferior nivel, pero mediante previa comisión.”¹⁹ (Resaltado por fuera del texto original.)*

¹⁸ Folio 25 resolución de 21 de enero de 2009.

¹⁹ Folios 27 y 28 resolución de 21 de enero de 2009.

No es verdad que para esa fecha el funcionario competente para asumir las diligencias por homicidio agravado en concurso heterogéneo con concierto para delinquir agravado fuera el fiscal general de la nación, sino la Fiscalía 40ª Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos, y en segunda instancia la Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal de Cúcuta, a cargo de HERNÁNDEZ CASTRO.

En efecto, para esa época el criterio de la Sala de Casación Penal, era que la prórroga del fuero constitucional operaba exclusivamente para los delitos propios pero no para los comunes, ya que en los primeros no existía ninguna duda sobre la relación exigida por el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, entre el delito y las funciones desempeñadas por el sujeto pasivo de la acción penal.

En consecuencia, el concierto para delinquir agravado por sus eventuales nexos con grupos paramilitares, por ser un delito común no generaba la extensión del fuero constitucional, como tampoco el homicidio que fue el valorado por el indiciado como relacionado con las atribuciones de gobernador, desempeñadas posteriormente por ACOSTA BERNAL, por la misma razón jurídica.

Esta tesis solo vino a ser variada por la Sala de Casación Penal en decisiones del 1º y 15 de septiembre de 2009 proferidas en los radicados números 31653 y 27032, considerando que en los delitos comunes también podía concurrir la prórroga del fuero constitucional (parágrafo del artículo 235 Superior), si al valorar las circunstancias

particulares de la ejecución de la conducta, la encontraba relacionada con las funciones desempeñadas por el procesado.

Adujo en esa ocasión la Corte:

"6. Conservación de competencia cuando el delito tiene relación con la función.

Como viene de verse, en el auto del 18 de abril de 2007, radicado 26.942, se exige para mantener el fuero a los congresistas después de haber cesado en el desempeño de sus labores, que se proceda por un delito de los denominados "propios", cuando lo cierto es que el parágrafo del artículo 235 de la Normativa fundamental establece que el fuero se mantendrá "para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas", sin aludir de manera alguna a la exigencia asumida antes por la Sala, que se convertiría por consiguiente en un requisito adicional a los previstos en la Constitución Política.

Ciertamente, respecto de "delitos propios" el fuero congresional se mantiene en cuanto se trate de conductas inherentes al ejercicio de la función pública que corresponde a senadores y representantes (artículos 150 y ss. de la Carta Política), pero a la par de ello se debe acudir al referido parágrafo del artículo 235 de la Constitución cuando no se trata específicamente de "delitos propios", sino de punibles "que tengan relación con las funciones desempeñadas" por los congresistas, siempre que de su contexto se advierta el vínculo con la función pública propia del Congreso.

La relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones.

Tal es el caso de los congresistas a quienes se les imputa la conducta de concierto para delinquir agravado por sus eventuales vínculos con miembros de las autodefensas cuando ya ocupaba una curul en el Congreso de la República, proceder que si bien no es propio de sus funciones, en cuanto reunirse con delincuentes para orquestar la comisión de delitos no es ni podrá ser inherente al ámbito funcional de dicha Corporación, sí pone de presente, de un lado, que posiblemente hacía parte de dicha organización criminal y, de otro, que de conformidad con la forma en que operaba la misma, se trataba presuntamente de un miembro calificado de la misma a quien correspondía aportar dentro de su ámbito funcional.

El anterior aserto cobra especial valía si se tiene en cuenta que de conformidad con las reglas de la experiencia, en una empresa delictiva cada quien

aporta aquello de lo que tiene. Así pues, el sicario contribuirá con la muerte material de personas; el experto en explosivos colocará y activará artefactos de acuerdo a los planes de la organización; los ideólogos y directores trazarán las directrices para conseguir los objetivos del grupo; los infiltrados en la fuerza pública y en la administración de justicia advertirán sobre futuros operativos y trámites o procurarán la impunidad de las conductas que lleguen a su conocimiento en los estrados judiciales.

A su vez, el papel de un congresista en las citadas organizaciones armadas al margen de la ley, cuyo objetivo era el de acceder al poder por medios no ortodoxos e ilegales ajenos a los canales democráticos, no podía ser diverso al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como senador de la república; entonces, ingenuo resulta pensar solamente en asistencias aleatorias a las reuniones, o en calidad de simple y llano espectador o bien porque los delinquentes lo consideraban "importante" para la sociedad.

En este sentido, no hay duda que el vínculo de congresistas con los miembros de las autodefensas unidas de Colombia, no contaba con pretensión diversa a la de aportar cada uno lo que le correspondía para trabajar conjuntamente en el propósito común. Unos a partir de sus destrezas, otros con su capacidad económica o delincuencial; algunos, desde el ejercicio de su condición de servidores públicos dada su representación del pueblo y dentro del ámbito de sus competencias regladas, específicamente su función legislativa. Y, esto último, en cuanto constituía propósito medular de los cabecillas de la organización infiltrar todas las instancias del Estado, según fue ampliamente divulgado en los medios de comunicación, circunstancia que excluye la posibilidad de tildar la conducta de los congresistas involucrados en las reuniones ilegales como meramente accidentales o aleatorias.

Y si en desarrollo de la concertación de voluntades para cometer delitos un congresista utiliza alguna de sus funciones públicas para sacar adelante los propósitos de la organización criminal, incurrirá en un concurso de conducta punibles toda vez que el delito de concierto para delinquir se configura de manera autónoma e independiente por el simple hecho de acordar la comisión de comportamientos ilícitos.

Debe reiterarse que el parágrafo del artículo 235 constitucional no establece que las conductas a través de las cuales se dota de competencia a la Corte sean realizadas "durante" el desempeño como congresista sino simplemente que "tengan relación con las funciones desempeñadas", de tal suerte que resulta factible que el comportamiento o iter criminal pueda iniciarse antes de acceder a la curul y consumarse o agotarse con posterioridad a la dejación del cargo, sin que por ello se pierda la condición de aforado para efectos penales.

Pero también ocurre que durante el desempeño del cargo, el aforado ejecuta conductas delictivas, no propias de la función, pero sí íntimamente ligadas con ella, como podría suceder, a título de ejemplo, con el congresista que bajo el pretexto de hacer proselitismo político, se reúne con jefes de grupos armados al margen de la ley, en aras de asegurar apoyo logístico que le permita conservar la

[Handwritten signature]

curul en las elecciones venideras, a cambio de prebendas tales como otorgar –de inmediato y dada la condición de senador o representante que para ese momento se ostenta- contratos a esos grupos.

Igualmente, puede suceder que un aspirante a una curul en el congreso reciba dineros para adelantar su campaña, con el compromiso de que una vez alcanzado el propósito se erigirá representante o emisario en el seno congresional de quienes favorecieron ilícitamente la elección.

En tal caso, la investidura y la tarea desarrollada en el Congreso por el aforado no resultan ajenas a ese hecho fundacional concreto o, en otras palabras, no se puede sostener que ese manejo proselitista previo no tiene relación con las funciones desempeñadas, cuando no se duda que las dichas funciones representan cumplimiento de lo pactado previamente.”

Así entonces, fue sólo a partir del 1º de septiembre de 2009, varios meses después de la decisión cuestionada (21-I-2009), que la Corte Suprema de Justicia determinó que el procesado que cometiera un delito común que tuviera relación con las funciones provocaba la prórroga del fuero constitucional para ser investigado por la Corte en los casos de los congresistas, o por la Fiscalía en los eventos de otros aforados; en consecuencia, los argumentos expuestos por el investigado, para esa época asomaban equivocados, dado que para el 21 de enero de 2009, los delitos por los cuales investigaba a ACOSTA BERNAL, homicidio agravado en concurso heterogéneo con concierto para delinquir agravado, no se consideraban relacionados con las funciones públicas en ningún caso.

En cuanto al homicidio, en particular, punible con base en el cual la providencia soportó la falta de competencia, los mismos argumentos anteriores evidencian que el imputado sí estaba facultado para conocer la 2ª instancia, no solo por tratarse de un punible común, sino además, porque cuando

[Handwritten signature]

éste tiene fines políticos, la Corte apoyada en el mismo cambio jurisprudencial, viene sosteniendo que guarda relación con las funciones desempeñadas.

Por contera, la Sala desecha el planteamiento esgrimido por el delegado fiscal, en cuanto a que el investigado acertó al asegurar que la competencia para conocer del proceso radicaba en el fiscal general de la nación, fundado en que posteriormente la Sala de Casación Penal al decretar la nulidad de la actuación le dio la razón, ya que si bien es cierto que ello ocurrió, también lo es que lo hizo desde la perspectiva del cambio de jurisprudencia del 1º de septiembre de 2009, y sin reparar que la resolución investigada había sido proferida casi 9 meses antes, el 21 de enero de ese mismo año.

Imprecisión que tácitamente enmendó en la misma providencia, al decretar la invalidez de lo actuado justamente a partir del 15 de septiembre de 2009, considerando como legal lo actuado con antelación, inclusive obviamente el pronunciamiento del fiscal general de la nación.

Efectivamente, la Sala de Casación Penal sostuvo en su argumentación, que la falta de competencia fue advertida por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal de Cúcuta al decretar la nulidad el 21 de enero de 2009, decisión que desestimó equivocadamente el fiscal general de la nación; sin embargo, encuentra esta Sala de Primera Instancia, que estas apreciaciones serían congruentes si la resolución investigada se hubiese dictado después del cambio de criterio, y no con casi

9 meses de anterioridad, de suerte que el aforado ni el fiscal general de la nación la podrían haber tenido en cuenta.

Basta mirar la fecha de las decisiones para llegar a esa conclusión, la resolución aquí valorada es de 21 de enero, la proferida por el jefe del ente acusador de 3 de febrero, y las providencias dictadas por la Sala de Casación Penal de 1º y 15 de septiembre, todas de 2009.

Ciertamente, por un lado, el artículo 97 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal aplicable a este caso, señala que en los conflictos de competencia *«las nulidades a que hubiere lugar solo podrán ser decretadas por el funcionario judicial en quien quede radicada la competencia»*.

Y, por otro, la Corte ha ratificado el tenor literal de dicho postulado en decisiones como la de 21 enero de 2003, dentro del radicado No. 20316, sosteniendo:

“De manera previa a su definición es preciso reiterar lo que de tiempo atrás viene siendo expresado por la Sala, sobre la posibilidad de declarar nulidades derivadas de la falta de competencia, decisión que de suyo implica que el funcionario judicial que tome una determinación de tal naturaleza debe tener competencia, es decir, la facultad para decidir un determinado asunto que solo la otorga la ley.

Es por ello que cuando el funcionario aduce la falta de competencia no puede pronunciarse en torno a la legalidad del trámite surtido, así lo dispone de manera expresa el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal al señalar entre los efectos de la colisión de competencia que “las nulidades a que hubiere a lugar solo podrán ser decretadas por el funcionario judicial en quien quede radicada la competencia”, ya que está reconociendo que carece de un presupuesto necesario para asumir su estudio”²⁰.

Es decir, que si se consideraba incompetente, la determinación de acuerdo a la aludida norma, era enviar el

²⁰ CSJ AP, 21 enero 2003, rad. 20316.

expediente a la autoridad judicial competente para que ésta, de aceptarla, decretara la nulidad si así lo consideraba en derecho.

La norma no admitía interpretación diferente, pues de suyo ratificaba el postulado del juez natural, quien debía ser el que adoptara las decisiones correspondientes.

Es indiscutible, entonces, la tipicidad objetiva de la conducta, ya que es opuesto asegurar la incompetencia y al mismo tiempo asumir el conocimiento, en procura, supuestamente, de salvaguardar la libertad de ACOSTA BERNAL sin estar privado de ella, anular lo actuado inclusive la definición de la situación jurídica, y ordenar la cancelación de las órdenes de captura libradas en su contra.

En lo concerniente a la atipicidad subjetiva pregonada por la Fiscalía, la Sala no la encuentra demostrada con los elementos materiales de prueba.

En efecto, el argumento relativo a que la competencia recaía en el despacho del fiscal general de la nación, como atrás se vio, es equivocado, porque en realidad correspondía a la Unidad de Derechos Humanos y la 2ª instancia al aforado, lo que de suyo degrada la tesis basilar de la Fiscalía consistente en que el fundamento del proveído fue avalado por la Corte, ya que como atrás se vio, ello devino por el desarrollo ulterior de la jurisprudencia y, por lo tanto, inaplicable para esa fecha.

Del interrogatorio del doctor HERNÁNDEZ CASTRO se extrae que se trata de un servidor público con amplia experiencia en la función judicial, circunstancia de la cual se colige el conocimiento de las disposiciones jurídicas que gobernaban su actividad funcional.

Además, se insiste, al parecer el reparto fue manipulado, y si ello puede comprobarse, como quiera que el cargo consiste en haber recibido dinero para decretar la nulidad, es posible inferir que conocía ese hecho ya que esa era la única forma de asegurar que el expediente llegara a sus manos para cumplir lo convenido.

Adicionalmente, se estableció que el expediente fue repartido con preso cuando ello no era cierto, pues estaba vigente la orden de captura, es decir, el procesado no estaba privado de la libertad.

De la misma manera, se confirmó que el doctor HERNÁNDEZ CASTRO disfrutó de vacaciones desde el 18 de noviembre al 12 de diciembre de 2008, y que por el impacto social generado por los escritos publicados en diversos medios de comunicación tenía conocimiento de los hechos denunciados, sin embargo de lo cual, adoptó la determinación como se avisaba iba a ocurrir contrariando abiertamente la ley, circunstancia que hasta este momento muestran su comportamiento como deliberado, desvirtuando la atipicidad subjetiva.

Estas circunstancias impiden, por ahora, descartar el dolo en el comportamiento atribuido al aforado.

Como si lo anterior no bastara, pervive una serie de hechos sin esclarecer que ameritan ahondar la investigación.

En ese orden, la Fiscalía no ha comprobado si fue designado reemplazo del indiciado durante sus vacaciones, en caso de ser así, por qué razones no asumió el conocimiento del proceso y decidió los recursos, sino que el trámite se impartió cuando reasumió sus quehaceres, motivado por los comentarios publicados en los medios de comunicación acerca de las irregularidades en su reparto y el sentido de la determinación, anunciados por los escritos anónimos con más de 3 meses de anticipación.

El hecho de haber propuesto la creación de un comité o mesa técnica jurídica para encontrar luces, antes de tomar la decisión, ratificado por la coordinadora de la unidad de fiscalías a que pertenecía, y por los doctores OMAR ZARABANDA²¹, DARIO GARZÓN y LUIS EVELIO MORALES MARÍN, coordinador, fiscal delegado y fiscal auxiliar de la Unidad de Fiscalías ante la Corte, en su orden;²² no bastan para dilucidar las dudas que existen sobre el actuar del doctor HERNÁNDEZ CASTRO, máxime que la facultad de crear esos grupos de trabajo al interior de la Fiscalía estaba en cabeza del Fiscal General de la Nación, como lo prevén los numerales 32º

²¹ Elemento material probatorio No. 15.

²² Elemento material probatorio No. 17.

[Handwritten signature]

y 33° del artículo 12 de la Ley 938 de 2004, estatuto orgánico de la entidad en comento, vigente para ese entonces:

“Artículo 11. Funciones. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

32. Crear Comisiones Especiales de Fiscales Delegados designando un coordinador, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, para lo cual podrá desplazar al funcionario del conocimiento. En este evento el coordinador de la comisión será quien actúe ante el juez de garantías y el juez de conocimiento.

33. Crear comités asesores y grupos de trabajo para el cumplimiento de la función de la entidad y los previstos en la ley.”

En ese sentido, se tornan coherentes y creíbles las manifestaciones de los citados entrevistados, en cuanto a la imposibilidad por mandato legal de establecer un comité donde se asumiera la postura jurídica con respecto a un caso específico, como era la pretensión del indiciado HERNÁNDEZ CASTRO.

Frente a estas circunstancias, la actitud asumida por el investigado antes de firmar la resolución no degrada de manera incontrovertible la presencia del dolo, pues persiste la posibilidad de que constituya un medio de defensa preconcebido para aducirlo en la investigación penal iniciada en su contra, ya que de haberse realizado el comité técnico el concepto no podía ser otro que la decisión era contraria a derecho, y en caso de separarse de él le quedaba la alternativa de aducir en su favor que se trataba de un tema jurídico complejo, controversial, difícil de escudriñar su sentido, y por esa vía alegar la no configuración del delito de prevaricato por acción.

Además, según la prueba allegada, HERNÁNDEZ CASTRO, en su condición de fiscal delegado ante el tribunal, no inquirió a sus superiores jerárquicos para clarificar si contaba con facultades para declarar la nulidad de la actuación y cancelar una orden de captura expedida en contra de ACOSTA BERNAL.

Tampoco son atendibles los argumentos expuestos por el investigado en su interrogatorio, al sostener²³:

“Cuando se toman decisiones como en el caso que nos ocupa debe haber una congruencia desde el inicio de la investigación con las decisiones que se toman y las pruebas recogidas hasta cuando se advierte el vicio, pues lo que se nulita son las actuaciones judiciales y no la (sic) pruebas que nunca pueden sufrir ese castigo. Ha sido consecuente la Corte Suprema de Justicia en esa enseñanza y precisamente en Sentencia de 23 de noviembre de 2016 – SP 16913-2016 con ponencia del Doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ declara la nulidad de una actuación, llama la atención y dice así: “Ante la falta de coherencia y probidad evidenciada respecto a cada (sic) uno de los Fiscales Delegados que se ocuparon de la actuación... no puede dejar la Corte de llamar la atención al órgano de persecución penal para que opte los mecanismo (sic) de instrucción y formación académico... y Declara la nulidad de la actuación a partir de la formulación de imputación para que la Fiscalía ajuste su actividad de acuerdo a los términos señalados por la ley y ordena la libertad inmediata del imputado.” En éste caso que se ha truído y con respecto a mi decisión no podía quedar una orden de captura afectada de nulidad a prosperidad del viento”

Por cuanto esta providencia se refiere a un proceso en donde la Corte, apoyada en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, casó oficiosamente la sentencia del *ad quem*, declarando la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de formulación de imputación, tras evidenciar anfibología en los cargos atribuidos por el organismo acusador, dejando sin

²³ Elemento material probatorio No. 3.

efecto alguno la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Situación distante a la determinación aquí criticada al aforado, quien no obstante aludir a la falta de competencia, adoptó una decisión que sólo era de resorte del funcionario competente, declarar la nulidad de la actuación y cancelar la orden de captura librada en contra del sindicado.

Frente a este panorama, es claro para la Corte que no se encuentra acreditada la atipicidad subjetiva aducida por la Fiscalía, razón por la cual denegará la solicitud de preclusión.

VI. Cuestión final

El artículo 334 de la Ley 906 de 2004 considera que la decisión que precluye una investigación *“cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos.”*

Igualmente, el artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, modificadorio del artículo 235 de la Constitución Política, estipuló como funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia *“Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.”*

[Handwritten signature]

Esta norma atribuyó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de *“la segunda instancia por medio de la apelación de [todo] tipo de sentencias y de decisiones interlocutorias proferidas por la Corte en los juicios de su competencia.”*²⁴

Además, al tenor del inciso 2º del artículo 176 de la codificación procedimental penal, *“[S]alvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones”*, entre las que se halla la que define la preclusión porque, según reiterada jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es de naturaleza interlocutoria²⁵, sin depender de su contenido.

En este orden de ideas, contra esta determinación procede tanto el recurso de reposición como el de apelación.

Por lo expuesto, La Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR LA PRECLUSIÓN de la investigación que por los delitos de cohecho propio, en concurso heterogéneo con prevaricato por acción, adelanta la Fiscalía 11ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, contra ÓSCAR HERNÁNDEZ CASTRO.

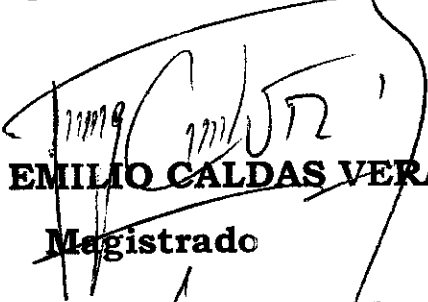
²⁴ CSJ SEPI, 5 de septiembre de 2018. Rad. 51532.

²⁵ CSJ SCP, 21 May. 2014, rad. 43764; 27 Feb. 2013, rad. 40736; 16 Abr. 2008, rad. 29540; 21 ene. 2015, rad. 42814.

SEGUNDO.- NOTIFICAR en estrados esta decisión, **y ADVERTIR** que contra ella proceden los recursos de ley.

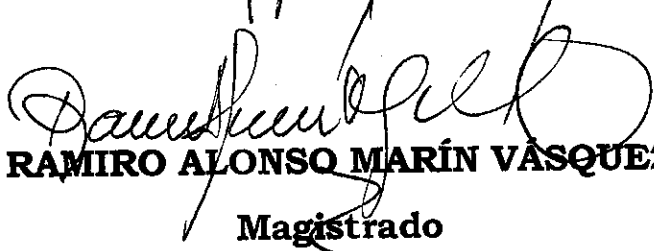
TERCERO.- DEVOLVER la actuación a la Fiscalía 11ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, junto con sus anexos, para que prosiga con la investigación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



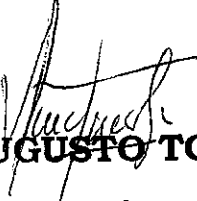
JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado



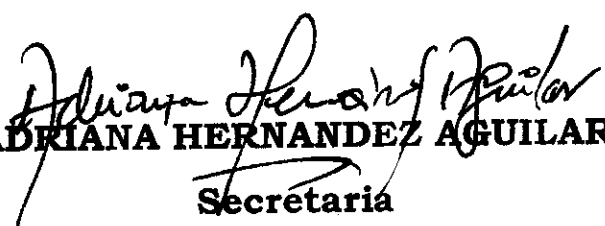
RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado



ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR

Secretaria