



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 00067-2019

Radicación N° 51196

Aprobado Acta No. 046

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala decide la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía 1ª Delegada ante esta Corporación, dentro de la indagación que adelanta en contra del Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, ÁLVARO VALDIVIESO REYES.

HECHOS

Según indicó la Fiscalía 1ª Delegada ante esta Sala, el 5 de abril de 2013, el Juzgado 21º Penal del Circuito Adjunto de Bogotá, profirió sentencia absolutoria a favor de, entre otros, LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, por la presunta comisión del

delito de hurto agravado, hechos denunciados por MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA, representante legal de Acociviles S.A., y reconocido como parte civil dentro de ese diligenciamiento.

Decisión que fue apelada por la aludida parte civil, correspondiendo su ponencia al Magistrado ÁLVARO VALDIVIESO REYES, quien mediante sentencia de 16 de septiembre de 2014, la revocó y condenó, entre otros, a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE.

El 18 de septiembre de 2014, en la sección 1, 2 y 3 del noticiero CM&, se dio a conocer a la opinión pública supuestos actos de corrupción cometidos por el Magistrado VALDIVIESO REYES, quien habría recibido una suma de dinero para emitir la decisión favorable a los intereses de MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA.

AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.- La Fiscalía.

Acudió a la causal 3ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, inexistencia del hecho investigado, para solicitar la preclusión de la indagación.

Como sustento de su petición, indicó que la calidad foral del indiciado se corrobora con el acta de posesión de 1º de agosto de 2006, como Magistrado del Tribunal Superior de

Bogotá, y la certificación expedida el 15 de agosto de 2015 por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia.

Argumentó, que esta indagación se inició a solicitud del indiciado, tras escuchar en la emisión del 18 de septiembre de 2014 del noticiero CM&, los señalamientos de LUIS ALFREDO BAENA.

Añadió, que unas grabaciones telefónicas de MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA, detallaron que entregó la suma de \$ 50'000.000 al abogado JULIO CÉSAR ORTIZ como parte del pago de \$ 200'000.000, para entregarla a un Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, quien se encargaría de pronunciarse a favor de RINCÓN GUEVARA y su empresa Acociviles.

Que las grabaciones telefónicas las efectuó GUSTAVO DAJER BARGÜIL, participante en las conversaciones, quien señaló a MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA como su interlocutor, especificando que a través de la oficina del abogado ORTIZ GUTIÉRREZ entregarían al Magistrado VALDIVIESO REYES la suma de \$ 50'000.000, de un total de \$ 200'000.000 para que fallara a su favor, sin tener conocimiento directo acerca de la entrega de la dádiva al indiciado.

Argumentó, que el 5 de abril de 2013, el Juzgado 21° Penal del Circuito Adjunto de Bogotá emitió sentencia absolutoria a favor de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, la cual fue apelada por el apoderado de MANUEL ARTURO RINCÓN

GUEVARA, cuyo conocimiento correspondió a una sala presidida por el Magistrado VALDIVIESO REYES.

El 16 de septiembre de 2014, el indiciado como ponente revocó la absolución a BAENA RIVIERE y lo condenó por la comisión del delito de hurto agravado, y al pago de los perjuicios irrogados a Acociviles de RINCÓN GUEVARA.

Para esclarecer la situación, aduce la Fiscalía, escuchó a GERMÁN EDUARDO PALACIOS ZUÑIGA, abogado externo de la oficina de JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ, quien se mostró ajeno a los hechos y a los interlocutores de las grabaciones telefónicas, negando haber actuado como intermediario en el ofrecimiento al indiciado de la suma de dinero.

Luego, acopió la entrevista de JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ, quien no obstante conocer al indiciado por ser coterráneos, negó su participación en los hechos, y desconoció los sucesos investigados.

Recordó, que MANUEL RINCON GUEVARA en su entrevista dijo que se trataba de una estrategia de BAENA RIVIERE, persona con quien lleva más de 14 años en conflicto por el hurto de unas acciones, y cada vez que se produce un fallo a su favor denuncia la compra de los funcionarios judiciales. Además, dijo ignorar cómo fueron obtenidas las grabaciones, y aunque aceptó conocer al abogado DAJER BARGÜIL, quien sabía de su precaria situación económica, no contaba con la suma de dinero presuntamente ofrecida al

indiciado. Aclaró, adicionalmente, que en el proceso lo apoderaba JAIME GRANADOS, que no ha tenido contacto con el indiciado, y que los abogados PALACIOS ZÚÑIGA y ORTIZ GUTIÉRREZ fueron los apoderados de su esposa en otro proceso.

La transcripción de las grabaciones telefónicas, refiere la Fiscalía, arrojó como resultado la falta de identidad de los interlocutores, aunque hablan DAJER y RINCÓN. De su contenido se obtuvo que ORTIZ GUTIÉRREZ habló con el indiciado para exponerle el caso, infiriéndose únicamente amistad entre ellos.

Concluyó, que los elementos materiales de prueba evidencian que la suma de \$ 50'000.000 fue recibida por el abogado ORTIZ GUTIÉRREZ de manos de MANUEL RINCÓN GUEVARA, dinero que no se pudo establecer si llegó a su destinatario.

Puso de presente que los medios probatorios no comprobaron contacto alguno entre RINCÓN GUEVARA y el indiciado, de tal suerte que la concertación para emitir el pronunciamiento judicial deviene sólo de los comentarios de las conversaciones, al enunciar a los abogados PALACIOS ZÚÑIGA y ORTIZ GUTIÉRREZ, sin corroborar que ellos hubiesen hecho alguna propuesta ilegal en beneficio de RINCÓN GUEVARA.

Esclareció, que las entrevistas de DAJER BARGÜIL no demostraron la entrega de dinero al indiciado, y si bien el fallo recurrido acogió la postura de RINCÓN GUEVARA, no lo fue

por la venta de la función pública, tornando procedente la preclusión de esta indagación.

2. Apoderado de la víctima LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE.

Se opuso a la solicitud de preclusión por falta de investigación para lograr el esclarecimiento de los hechos. En este orden destaca que no fue cotejada la voz de MANUEL RINCÓN GUEVARA con las grabaciones telefónicas aportadas por GUSTAVO DAJER BARGÜIL, tendientes a constatar el ofrecimiento de dinero al indiciado.

No se investigó sobre las eventuales razones por las cuales RINCÓN GUEVARA pudo promover la entrega del dinero en procura de lograr revocar la decisión.

3. Representante del Ministerio Público.

Acompañó la pretensión de preclusión poniendo de presente que las grabaciones telefónicas impiden efectuar imputación al Magistrado VALDIVIESO REYES, puesto que los elementos materiales de prueba no mostraron que recibiera dádiva alguna, y la ausencia de responsabilidad surge evidente del acto de solicitar personalmente que fuese investigado por los hechos divulgados en los medios de comunicación.

Sin embargo, en su sentir, debe continuarse la investigación con respecto al receptor del dinero.

4. Indiciado ÁLVARO VALDIVIESO REYES.

Coadyuvó la petición, recalcando su total ajenidad en los sucesos investigados.

5. Apoderada del indiciado.

Apoyó la pretensión del ente acusador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. De la competencia.

La Sala es competente para decidir sobre la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía 1ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificatorio de los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 6º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo No. 001 de 2018.

Así mismo, a la Fiscalía General de la Nación concierne formular la solicitud de preclusión con arreglo a la mencionada preceptiva, a los artículos 250-5 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 5° 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 ÁLVARO VALDIVIESO REYES, se acreditó que labora como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá desde el 1° de agosto de 2006, y como actualmente desempeña ese cargo, es evidente que esta Sala es la competente para conocer de la solicitud de preclusión.

II. Cuestión preliminar.

Dado que la Fiscalía no citó y, por lo tanto, no participó en la audiencia de solicitud de preclusión el apoderado judicial de la Rama Judicial, como víctima por el delito por el que se procede, cohecho propio, la Sala entra a decidir si dicha omisión genera nulidad parcial o total de lo actuado.

Los artículos 36 de la Ley 190 de 1995 y 137 de la Ley 600 de 2000, imponen a los representantes legales de las entidades de derecho público que puedan resultar perjudicadas con ocasión de la comisión de un delito contra la administración pública, la obligación de constituirse en parte civil, so pena que

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

el responsable pueda ser investigado disciplinariamente por incumplimiento de esa carga procesal.

Normas aplicables por integración en el sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004, como quiera que los conceptos de víctima y perjudicado con la comisión de un delito están vigentes en ambos ordenamientos procedimentales penales, con independencia del mecanismo establecido en uno o en otro para hacer valer sus pretensiones².

En particular, la participación de las víctimas en el trámite de solicitud de preclusión deriva del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 que consagró como derecho de las víctimas *“a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto”,* así como *“a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar”*.

Además, el artículo 137 preceptúa que *“las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal”*.

Correlativamente, el canon 333 *ibídem* establece que en la audiencia en la que se solicita la preclusión de la investigación, luego de sustentada la pretensión, el juez de conocimiento *“conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del*

² CSJ SCP. Auto de 4 de marzo de 2015. Rad. 44629.

Ministerio Público y al defensor del imputado” para que se manifiesten sobre el pedido.

En lo atinente a las facultades de la víctima en el desarrollo de la audiencia de solicitud de preclusión, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Al igual que lo que sucede con la decisión de archivo de las diligencias, regulada en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, y examinada por la Corte en la sentencia C-1154 de 2005, precitada, la decisión de preclusión tiene incidencia directa sobre los derechos de las víctimas, en la medida en que afecta el esclarecimiento de la verdad y la obtención de justicia en el caso concreto.

En este caso, dado que cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad...”³ (Resaltado fuera del texto).

Con fundamento en lo precedente, ese fallo declaró la exequibilidad condicionada del artículo 333 precitado, “en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal”.

Con idéntico razonamiento, la Sala de Casación Penal ha ratificado el derecho que les asiste a las víctimas de concurrir a la audiencia en que se solicita la preclusión para exteriorizar su postura sobre el particular⁴, incluso de manera personal y directa; facultad que abarca la de recurrir la providencia que la

³ Sentencia C-209 de 2007.

⁴ CSJ AP, 13 de noviembre de 2013. Rad. 40.414.

resuelve sin necesidad de apoderado, con el consecuente deber de exponer las razones de su inconformidad⁵.

Tomando como fundamento los preceptos normativos citados y la jurisprudencia reseñada, se concluye que a la víctima del delito le asiste el derecho a pronunciarse sobre la solicitud de preclusión invocada por la Fiscalía o la defensa, según el caso, de aportar los medios de conocimiento que estime pertinentes para sustentar su postura, y a recurrir la decisión que se adopte en caso de que resulte desfavorable a sus intereses.

Para el ejercicio de esos derechos el perjudicado debe tener conocimiento de la solicitud de preclusión, que haya sido previamente citado a la audiencia en cumplimiento de las formalidades previstas en los artículos 171 y siguientes de la Ley 906 de 2004, esto es, que haya sido enterado oportunamente de su celebración.

Así las cosas, pretermitir la convocatoria de las víctimas al trámite de la solicitud de preclusión comporta el desconocimiento de los derechos que en tal condición les reconoce la legislación procesal vigente, circunstancia que podría configurar causal de invalidación de la actuación por violación a las garantías fundamentales en los términos del artículo 457 *ibídem*⁶.

⁵ CSJ AP, 21 de enero de 2015. Rad. 42.814.

⁶ CSJ SCP. Auto de 21 de octubre de 2015. Rad. 46767.

No obstante, la declaratoria de nulidad de la actuación como remedio extremo para rehacer la actuación ante una irregularidad insuperable implica la identificación de la trasgresión sustancial, el fundamento fáctico, los preceptos eventualmente conculcados, la razón de su quebranto y los límites temporales que puede abarcar su decreto⁷.

Aunque este instituto no se encuentra descrito expresamente en la Ley 906 de 2004, mas sí en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, los principios que la rigen han sido definidos por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte, y son aplicables en este caso:

*"...sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (**principio de taxatividad**); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (**principio de acreditación**); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (**principio de protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**principio de convalidación**); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (**principio de instrumentalidad**); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (**principio de trascendencia**) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (**principio de residualidad**)."*⁸ (Resaltado fuera del texto original.)

⁷ AP807-2014 y AP1644-2014.

⁸ CSJ AP4391-2015.

Bajo estos presupuestos, la Sala encuentra que la no citación de la Nación-Rama Judicial a la audiencia de preclusión no genera la nulidad de la actuación.

En efecto, la Sala reafirma el principio de que no toda irregularidad en la actuación comporta indefectiblemente su invalidez, la cual sólo sobreviene cuando el vicio afecta la estructura básica del proceso o vulnera los derechos y garantías fundamentales.

Sobre el principio de trascendencia la Sala de Casación Penal ha sostenido pacíficamente:

“que la afectación al debido proceso conlleva la invalidación de la actuación, siempre y cuando emerja la demostración irrefutable de que la irregularidad sustancial menoscaba la estructura formal y conceptual del esquema procesal en una cualquiera de sus fases, motivo por el cual quien la alegue debe identificar el acto irregular; determinar cómo afecta la integridad de la actuación o conculca las garantías procesales; por qué el daño es irreparable y, finalmente, indicar el momento a partir del cual se debe reponer la actuación.

Lo anterior en virtud del principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, según la cual no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que se hace indispensable demostrar cómo inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales.”⁹

De otro lado, es importante recordar que las partes e intervinientes en un proceso penal gozan de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, los que se manifiestan a través de la citación o convocatoria en debida forma, la aducción y oposición probatoria, o la interposición y motivación

⁹ CSJ SCP: AP378, 13 de febrero de 2018. Rad. 27919, reiterada en providencia de 21 de mayo de 2018. Rad. 52196.

de los recursos, tal como lo ha pregonado la Sala de Casación Penal¹⁰:

"Las partes y los intervinientes pueden ejecutar actos de contradicción a través de la crítica probatoria, la motivación de los recursos, etc. Pero, también, se controvierte con medios probatorios, los cuales tienen el específico fin de controvertir sus contenidos para determinar la eficacia, legalidad, mismidad o alcance del producto probatorio construido y con el que se debe resolver el problema jurídico que dio origen al proceso o también se puede cuestionar otro medio o un órgano de prueba."

Así entonces, es dable sostener que la simple enunciación de un supuesto vicio que diezme el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción no basta por sí solo para acudir al remedio extremo de la nulidad, si aún perdura la oportunidad para ejercerlos a través de algún acto procesal que no ha cumplido su finalidad.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

"[S]i en un momento determinado el procesado dejó de tener asistencia técnica, ello no significa que la actuación así cumplida devenga en ineficaz por ese solo motivo, ya que en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaración de nulidades, sólo si la irregularidad afecta de manera irreparable las garantías del sujeto procesal, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su criterio."

Tal posición encuentra arraigo en que si la irregularidad es oportunamente corregida, de manera que el abogado designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado o que se ha restablecido,

¹⁰ CSJ SCP. Auto de 20 de agosto de 2014. Rad. 43749.

*pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo.*¹¹

Aunque este aparte jurisprudencial hace relación a la carencia de defensa técnica, no existe óbice para acompañarla al caso concreto en la medida que, si bien fue pretermitida la vinculación de la Nación-Rama Judicial como víctima según lo imponen los artículos 36 de la Ley 190 de 1995 y 137 de la Ley 600 de 2000, pervive en ella la posibilidad de promover y sustentar los recursos legales contra la decisión resolutoria de la solicitud de preclusión, de perjudicar sus intereses, sin que, en consecuencia, se conculque el principio de contradicción, el que en estos términos resulta reestablecido a plenitud, siempre que se le cite a la audiencia en cuyo desarrollo se dará a conocer esta decisión.

Y, a la luz del mandato de residualidad de las nulidades, según el cual, estas solo proceden cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular, la Sala encuentra que en este caso, se reitera, subsiste para la Nación-Rama Judicial la posibilidad de interponer los recursos ordinarios contra esta decisión si no se aviene a sus intereses.

Así las cosas, la irregularidad advertida no tiene la potencialidad de lesionar el debido proceso por trasgresión del principio de contradicción de la Nación-Rama Judicial, además, existe otro remedio procesal menos drástico o extremo que la nulidad.

¹¹ CSJ SCP. Providencia de 30 de mayo de 2014. Rad. 22917, reiterada en Providencia de 18 de marzo de 2015. Rad. 42337.

III. De la preclusión.

Al tenor de lo normado por los artículos 331 a 335 del estatuto procesal citado, 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.”¹²

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.

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

¹² CSJ SCP. Auto de 25 de enero de 2017. Rad. 49196.

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)¹³

Atendiendo la petición del Delegado Fiscal, la Sala determinará el marco jurídico conceptual de la conducta punible atribuida, y culminará con el análisis correspondiente a la causal invocada.

IV. 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 ...”

La configuración de este punible demanda la convergencia de los siguientes elementos¹⁴:

Un sujeto activo calificado, por requerir que el supuesto de hecho sea ejecutado por un servidor público permanente o transitorio, y 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.

¹³ CSJ SCP, auto de 31 de enero de 2018. Rad. 51049.

¹⁴ CSJ SCP., Rad. No. 34282, de 10-V-011.

El objeto jurídico se relaciona con la necesidad de impedir que la administración pública y sus cargos sean el origen de los enriquecimientos indebidos, y usados como instrumentos de injusticia, mientras el material está integrado por el acto vendido cuya realización dependerá del pago, la oferta aceptada o el cumplimiento de lo ofrecido.

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.

El acto ha de ser futuro, atendiendo a que el fin de la dádiva o la promesa es obtener del actor hacer u omitir algo, encerrando con ello el inicial pago o aceptación de la promesa y después el acto convenido.

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.

El agente debe tener la competencia para ejecutar el acto arbitrario bien sea por acción u omisión, o tener la posibilidad de realizarlo, por el organismo a que pertenece o el oficio que ejecuta.

El acto propio de la función es realizado por el agente atendiendo sus facultades específicas deferidas por la ley. La pretermisión implica tener la competencia pues solo se puede omitir o retardar los comportamientos que está compelido a cumplir en determinado plazo.

El convenio para realizar un acto contrario a los deberes oficiales, conlleva la violación de las atribuciones concedidas por la constitución o la ley.

El material tiene que ver con el precio o la promesa.

Promesa es el ofrecimiento de un estímulo por su actuación. Remunerar es retribuir, gratificar, recompensar, pagar o premiar no solo con dinero sino de otras maneras. El costo o la promesa pueden ser para el autor o para un tercero que en todo caso ha de ser indebido, no interesa para su perfección el monto o la calidad de lo cedido o prometido. Debe ser trascendente como para constituir causa eficiente de la conducta, basta el sólo acuerdo.

Recibirá o aceptará la dádiva o promesa de forma directa cuando en persona toma el dinero o la utilidad indebidos o admite o accede a la promesa, e indirecta de hacerlo por medio de un tercero.

La conducta es alternativa recibir dinero u otra utilidad, o aceptar promesa remuneratoria, con el propósito de retardar u omitir un acto propio del cargo, o ejecutar uno contrario a sus deberes.

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

V. Caso concreto

Se imputa al Magistrado ÁLVARO VALDIVIESO REYES haber recibido, presuntamente, a través del abogado JULIO CESAR ORTIZ GUTIÉRREZ, la suma de \$ 50'000.000 de un total de \$ 200'000.000, procedentes de MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA, para revocar la sentencia absolutoria emitida el 5 de abril de 2013 por el Juzgado 21° Penal del Circuito Adjunto de Bogotá en el proceso No. 2011-1745, adelantado contra LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ y MARTHA LILIANA GUEVARA; y condenar, al primero, por el delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía, es decir, haber recibido dinero con el fin de ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales.

Para la Fiscalía, el indiciado VALDIVIESO REYES no recibió ni aceptó la promesa de recibir la suma de \$ 50'000.000, del total de \$ 200'000.000, a cambio de proferir el fallo condenatorio en contra de BAENA RIVIERE, hipótesis sobre la cual afina la petición de preclusión.

Pretensión que la Sala desde ya anuncia será denegada, en razón a que la valoración conjunta de los elementos

materiales de prueba no arroja la demostración de la causal invocada, ni ninguna otra, por contraste persiste una serie de dudas y vacilaciones que no han sido despejadas, comoquiera que la investigación no se ha agotado y la búsqueda de elementos materiales de prueba e información que contribuiría al esclarecimiento de los hechos.

En efecto, hasta ahora está demostrada la condición de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá que ostenta el indiciado ÁLVARO VALDIVIESO REYES.¹⁵

Que el Juzgado 21° Penal del Circuito Adjunto de Bogotá, tramitó la causa No. 2011-1745 en contra de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ y MARTHA LILIANA GUEVARA, por el delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía, emitiendo sentencia absolutoria el 5 de abril de 2013 ¹⁶.

Que dicho pronunciamiento fue apelado por el apoderado judicial de la parte civil reconocida, MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA, y resuelto el 16 de septiembre de 2014 por la sala presidida por el Magistrado ÁLVARO VALDIVIESO REYES, disponiendo revocar integralmente la sentencia de primera instancia, y, en su lugar, condenar a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, al primero como determinador del delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía¹⁷.

¹⁵ Folios 240 y ss. Cuaderno anexos original No. 1.

¹⁶ Folios 58 y ss. Cuaderno *ibidem*.

¹⁷ Folios 145 y ss. Cuaderno anexos original No. 1.

Esta decisión fue cuestionada por la sección 1, 2 y 3 de la emisión del 18 de septiembre de 2014 del Noticiero CM&, de la siguiente manera:

"Buenas noches. Nuestros temas de hoy:

Denuncian soborno en el Tribunal Superior de Bogotá.

Estos son nuestros temas de hoy. 1. Un empresario colombiano, el señor LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, divulgó una escandalosa grabación en la que se registra un diálogo entre un abogado y el señor MANUEL RINCÓN, quien era socio de la compañía de televisión por cable SUPERVIEW, adquirida por TELMEX en el año 2007.

La historia comienza cuando el inversionista BAENA gira 217 millones de pesos a SUPERVIEW para capitalizarla, BAENA descubre que el señor RINCÓN, en una asamblea presentó el aporte que él hizo como propio. Ante semejante actitud, BAENA reclama e insólitamente, RINCÓN lo acusa de hurto porque sostiene que el aporte lo hizo él y no BAENA.

'Vamos a hacer una cosa que me tiene muy preocupado. Yo me moví este fin de semana, viernes y sábado. Yo no quiero que la caguemos acá, porque... no la podemos cagar'

Así resulta BAENA compareciendo a un juicio en que obviamente es absuelto, tanto por la Fiscalía como por el Juez. RINCÓN apela ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Y aquí la bomba, la conversación que ustedes escucharán enseguida, y que ha sido revelada por el señor BAENA ocurre entre un abogado y el señor RINCÓN:

'(1) Si ya usted le entregó una plata

(2) Sí, allá la entregué

(...)

(1) Pero Ortiz le dijo que le iba a entregar esa plata a Valdivieso'

Según la grabación, RINCÓN le cuenta al abogado que le entregó 50 millones de pesos como primera cuota de 200 millones al señor ORTIZ para que se los entregue a un magistrado, para que el tribunal falle a favor de RINCÓN y en contra de BAENA.¹⁸

¹⁸ Folios 225 y ss. Cuaderno anexo Original No. 1
Página 22 de 30

La noticia dio a conocer la presunta compraventa de la administración de justicia, en la que aparecía como vendedor de la función pública el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá ÁLVARO VALDIVIESO REYES, quien a cambio de una suma de dinero se habría comprometido a revocar la sentencia absolutoria, para en su lugar condenar legalmente a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE.

Si bien es cierto que el ente acusador concluyó en su intervención que esa situación fáctica no ocurrió, apoyado en las entrevistas rendidas por los abogados GERMÁN EDUARDO PALACIOS ZÚÑIGA y JULIO CESAR ORTIZ GUTIÉRREZ, quienes desechan la concurrencia de la negociación y ponen en duda la veracidad de la conversación interceptada, éstas no tienen la fuerza demostrativa suficiente para enervar la prueba de cargo que concurre, máxime que son dos personas interesadas en el resultado de la investigación, por ser mencionadas como involucradas en los hechos.

Ciertamente, el abogado GUSTAVO DAJER BARGÜIL¹⁹, en la denuncia y la entrevista que rindió dentro de la actuación, señala como participantes de los hechos imputados al investigado, entre otros, a los abogados, JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ, GERMÁN EDUARDO PALACIOS ZÚÑIGA, JAIME GRANADOS, a una mujer identificada como LUZ ÁNGELA o FLOR ALBA y a ALITA, en concreto, en el acuerdo ilícito a que habrían llegado MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA y el doctor VALDIVIESO REYES.

¹⁹ CD. Entrevista de 19 de junio de 2015.

La grabación de la conversación al parecer sostenida por el aludido DAJER BARGÜIL y RINCÓN GUEVARA, corrobora la posible compra de la decisión por éste último, con la intermediación del abogado ORTÍZ GUTIÉRREZ. Así se escucha en la grabación de 4 de marzo de 2014²⁰:

"(1) Pero **Ortiz** le dijo que le iba a entregar esa plata a **Valdivieso**?

(2) Sí

(1) Sí?

(2) Sí, si claro... pues yo...

(1) Bueno, es que ya es, ya es su plata, si entiende?

(2) No, a mí no me, a mí no me interesa lo que pasa es que yo, a mí me fueron a buscar allá, yo dije que yo lo llamaba a usted, pues yo sabía que usted, la única manera que yo pudiera era que usted fuera personalmente, pero yo de resto no confío en absolutamente en nadie, usted lo sabe más que nadie

(1) Entonces ya le entregaron cincuenta millones, cuándo?

(2) Cincuenta millones a **Ortiz** y se lo entregaron en la casa, mejor dicho yo hice que lo entregaran en la casa porque... para que quedara constancia, o sea no fue para nada más, pero yo, ya de ahí, a saber que el tipo se iba a... otro ya asignado y no se lo entregué a Palacio, yo se lo hubiera entregado a Palacio como quien dice... y, y... chao, no..."

"(1) **Ortiz**

(2) **Ortiz**... y el otro marica, cómo es? El negrito **Palacio**

(1) Ah sí, pero el que maneja el tema eso es **Ortiz**, **palacio** no maneja nada, el que maneja eso es **Ortiz**, **Palacio** en eso no tiene nada que ver, es que, lo que yo te dije, eee, **Ortiz** y los otros son amigos, **Palacio** lo conoce porque, pues es del grupo

(2) Pero... si quiere, o sea

(1) **Ortiz** es el amigo del compañero, el amigo, amigo de **Valdivieso Reyes**, o sea

(2) Es **Valdivieso Reyes**, es que hay otro **Valdivieso** allá?

(1) No, éste es **Álvaro Valdivieso Reyes**, éste es del Socorro, este es Santandereano."

Ahora, según la conversación, los 150 millones de pesos restantes se pagarían cuando se diera el resultado, el cual

²⁰ Folios 26 y ss. Cuaderno anexos original No. 1.

efectivamente se produjo, ya que la sentencia fue revocada y el denunciante BAENA condenado.

De otro lado, la investigación no se ha ocupado de establecer si las personas mencionadas tuvieron realmente conocimiento de los hechos, si existió la entrega de dinero con el fin de lograr la expedición del fallo condenatorio, y si ciertamente en el pacto intervino consciente y voluntariamente el funcionario judicial investigado.

La Sala no encuentra que haya sido motivo de averiguación la eventual intervención de LUZ ÁNGELA o FLOR ALBA en la negociación, de quien se conoce fue Magistrada y se encuentra en Medellín, de ALITA o LALITA, y del abogado JAIME GRANADOS, ya que en las conversaciones grabadas DAJER BARGÜIL y RINCÓN GUEVARA, aseguran que los vínculos sociales entre ellos garantizarían la anuencia del indiciado en la negociación.

Pese a que MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA²¹, negó haber ofrecido dinero al indiciado, soportando en las dificultades económicas derivadas del cumplimiento de una condena de prisión intramural por el delito de estafa, esta aseveración es debilitada por las afirmaciones que hizo en la grabación, en cuyo desarrollo presume tener una mina, desempeñarse como comerciante, y sostener la probable negociación con DAJER BARGÜIL para obtener el resultado procesal ilegal investigado, circunstancias corroboradas en sus

²¹ CD. Entrevista MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA. Cuaderno anexos Original No. 2.

entrevistas por los abogados GERMÁN EDUARDO PALACIOS ZÚNIGA²² y JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ²³.

Falta averiguar qué tipo de relación existía entre JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ y el indiciado, si estas se contraían solo a su paisanaje, o si se frecuentaban, o habían visitas en el trabajo o en sus residencias.

No se ha dilucidado el papel que desempeñó GUSTAVO DAJER BARGÜIL en el supuesto acuerdo ilícito, si se repara en que al inicio se mostró solidario con RINCÓN GUEVARA, e, incluso, ofreció hacer esa gestión a cambio de un porcentaje si el abogado ORTIZ GUTIÉRREZ no colmaba sus expectativas, pero intempestivamente cambió de parecer entregando las grabaciones por intermedio de JUAN CARLOS SALAZAR²⁴, a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE.

Falta examinar los pormenores del reparto del expediente al investigado, pues éste se hizo por conocimiento previo, sin embargo, no se ha indagado cuál fue el motivo de la primera alzada, y si tiene relación con otro acuerdo previo, también ilegal entre las mismas partes, que ya habría ocasionado la entrega de una suma de dinero que el indiciado habría devuelto por no haber podido cumplir lo convenido, del cual da cuenta la misma conversación, o si tuvo conexión con otro asunto.

En ese orden, la grabación transmite a la Sala, que al parecer quien es RINCÓN GUEVARA, menciona que en el

²² Folios 168 y ss. Cuaderno anexos Original No. 2.

²³ Folios 172 y ss. Cuaderno anexos Original No.2.

²⁴ CD. Entrevista de 19 de junio de 2015.

pasado ya se había hecho un acuerdo ilegal con el indiciado y que ante la imposibilidad de cumplir lo pactado devolvió el dinero que había recibido y también se sabe que de dicho proceso ya había conocido la Sala a la que le fue asignado su conocimiento previo el 23 de mayo de 2012.

No se ha interrogado a cada uno de los sujetos procesales dentro de esa actuación, en especial a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, a sus apoderados y a los funcionarios judiciales que hicieron Sala con el investigado, para conocer su posición en relación con los hechos.

Se ignora si el proceso subió a la Corte en casación, y de ser así, cuál fue la decisión adoptada o si está en espera de ser resuelta.

No se ha verificado si el Magistrado VALDIVIESO REYES, para la época de los hechos o previo a la conversación, presentó alguna incapacidad, pues según la grabación de 27 de febrero de 2014, RINCÓN GUEVARA dice a DAJER BARGÜIL que ni ORTIZ GUTIÉRREZ ni PALACIOS habían podido hablar con él porque se encontraba enfermo.

Tampoco se ha escuchado al personal del despacho del indiciado para la época de los hechos, sobre el conocimiento que puedan tener sobre ellos, además, para que refieran qué personas lo frecuentaban, si ORTÍZ era su amigo y lo visitaba, o el propio RAMOS GUEVARA, precisen las funciones que cumplían, a cargo de quien se encontraba el estudio del

expediente No. 2011-1745, y si se enteraron de hechos anormales en relación con el trámite dicho expediente.

Incluso, si obran reportes de ingreso al Tribunal Superior de Bogotá de JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ, GUSTAVO DAJER BARGÜIL y MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA, previo y durante el periodo en que el proceso arribó a esa Corporación, para determinar su causa y el destino.

Se echa de menos el cotejo técnico de voces en el que se comprueba que quienes hablan en la conversación grabada son el denunciante DAJER BARGÜIL y RINCÓN GUEVARA.

No se ha oído el relato del abogado JUAN CARLOS SALAZAR TORRES, quien participó activamente en la entrega del dinero enviado por BAENA para capitalizar la empresa SUPERVIEW.

Frente a este panorama es claro para la Sala que la causal de preclusión invocada no se encuentra demostrada, que los elementos materiales de prueba dejan una serie de dudas por despejar a través de una investigación más estructurada y completa, pues como se ha destacado falta la práctica de múltiples pruebas que pueden arrojar claridad sobre lo ocurrido; razón suficiente para denegar la solicitud en ese sentido elevada por la Fiscalía.

Contra esta decisión proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación.

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

RESUELVE

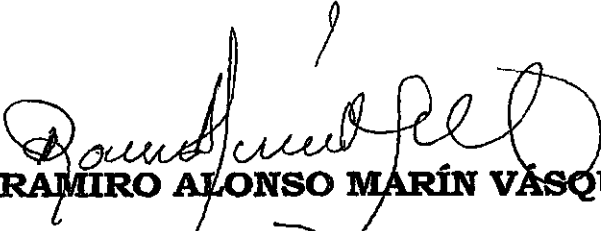
PRIMERO.- NEGAR LA PRECLUSIÓN de la investigación que por el delito de cohecho propio que adelanta la Fiscalía 1ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia contra ÁLVARO VALDIVIESO REYES.

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

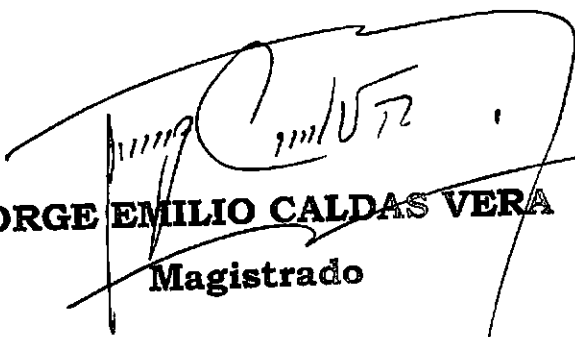
Para el efecto, se citará personalmente a la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial, para que intervenga como víctima en la próxima audiencia en la que se dará a conocer esta decisión.

TERCERO.- DEVOLVER la actuación a la Fiscalía 1ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, para lo de su cargo, una vez cobre firmeza esta determinación.

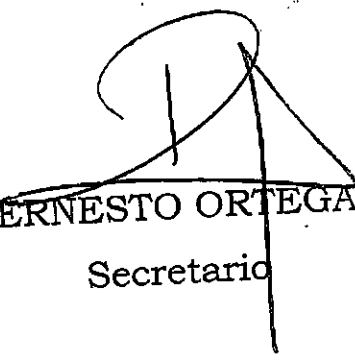
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario