El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 5 de junio de 2018

Proceso:                 Penal - Revoca y condena

Radicación Nro. : 66001 60 00 58 2007 03445 03

Procesado: RUBÉN DARÍO MONSALVE LONDOÑO

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: CONCUSIÓN / VALORACIÓN PROBATORIA / PRUEBA DE REFERENCIA / PRUEBA DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA / CREDIBILIDAD VERSIÓN DE LA VÍCTIMA / PRINCIPIO PRO LIBERTATE / NO SE ORDENA CAPTURA INMEDIATA / REVOCA FALLO ABSOLUTORIO / CONDENA /** De lo expuesto anteriormente se deduce que el señalamiento que hizo la señora María Anactalia García en contra del procesado, que fue consistente y uniforme en su denuncia, su entrevista y su declaración durante el juicio, fue verificado con prueba circundante como: i) la entrevista que rindió su esposo Ramón Antonio Muñoz Gil sobre las circunstancias en que se produjo la exigencia económica que le atribuyó al acusado RDML, conferencia que fue admitida como prueba de referencia para el juicio; y ii) las manifestaciones que hizo la investigadora Amparo Olarte de Valencia sobre lo que dijo la señora García cuando se practicó la diligencia de reconocimiento fotográfico del procesado, evidencias que deben considerarse como prueba de corroboración periférica sobre los hechos atribuidos al acusado por la denunciante, frente a la que esta Colegiatura hizo referencia en una providencia dictada el 6 de agosto de 2013, dentro del proceso adelantado contra Carlos Gabriel González Escudero por el delito de “actos sexuales con menor de 14 años”, M.P. Dr. Jorge Arturo Castaño Duque…

(…)

Por su parte debe tenerse en cuenta que ante el claro señalamiento que hizo la denunciante contra el señor RDML, a quien pudo identificar por el nombre que estaba consignado en su carnet de la FGN y del cual tomó los datos de los primeros cinco números de su cédula, a quien señaló sin ambages en una diligencia de reconocimiento fotográfico y posteriormente en su declaración en el juicio, entregando una versión coherente con lo dicho en su denuncia y la entrevista que rindió, manifestaciones que fueron confirmadas con prueba colateral como la entrevista de su esposo Ramón Antonio Muñoz Gil que fue admitida como prueba de referencia por causa de su asesinato, aunada a lo dicho por la investigadora Amparo Olarte de Valencia, la Sala no otorga valor probatorio a lo manifestado por Juan David Moreno Castaño y Julián Marín Carmona en las entrevistas que ingresaron al juicio con el investigador privado Néstor Tabares Vallejo en el sentido de que RDML (cuya foto les fue exhibida) nunca se hizo presente en el negocio de la señora García y que la denunciante había inventado la historia de la exigencia económica que atribuyó a RDML, con el único propósito de buscar su salida del país luego del homicidio de sus hermanos.

(…)

A su vez y como la decisión de segunda instancia se fundamenta esencialmente en la valoración que se hace de las manifestaciones que hizo la señora Anactalia García tanto en su denuncia, su entrevista y la declaración que rindió en el proceso donde siempre señaló al procesado RDML como la persona que le hizo la exigencia ilegal, en cuantía de $800.000.000 para los fines ya expuestos, se cita igualmente lo manifestado en la decisión antes referida sobre las condiciones de valoración de la prueba en el delito de concusión, así:

*“(...)*

 *“...el delito en cuestión, la mayor de las veces, se presenta en un entorno íntimo o privado entre el servidor público y la persona constreñida a darle dinero o cualquier otra utilidad indebidas, suceso que dificulta su demostración, dado que, ante la ausencia de elementos objetivos de confrontación, el debate se centra en la credibilidad de las versiones que ofrezcan denunciante y denunciado.*

*Así, a pesar que la conducta concusionaria suele cometerse en ausencia de testigos, ello no impide que la víctima pueda brindar un relato preciso, claro y, en términos generales, coherente, que al no comportar contradicciones internas en sus expresiones, ni externas en relación a otros medios de convicción, pueda llevar al conocimiento del juez, en grado de certeza, de los hechos y circunstancias materia del juicio y la responsabilidad penal del acusado.*”(Subrayas ex texto)

En ese sentido es necesario reiterar como se ha expuesto a lo largo de este fallo, que el testimonio de la víctima encuentra respaldo en prueba de corroboración periférica, como la entrevista que rindió su difunto esposo Ramón Antonio Muñoz Gil y lo manifestado por la investigadora Amparo Olarte de Valencia (ver apartados 6.11 a 6.14), lo cual conduce esta Colegiatura a considerar que en el caso sub examen se reunían los requisitos del artículo 381 del CPP, para dictar una sentencia condenatoria en contra del procesado RDML, como responsable del delito de concusión por el cual se le formuló acusación, por lo cual se revocará el fallo absolutorio de primer grado.

(…)

En ese orden de ideas como en el precedente citado se reafirma el carácter excepcional de la privación de la libertad, debe evaluarse una circunstancia puntual como la comparecencia del señor RDM al proceso según las actas de las audiencias de formulación de acusación en sus diversas sesiones , la audiencia preparatoria , las sesiones del juicio oral , por lo cual siguiendo los términos de la sentencia C-342 de 2017, al evaluar: ”...todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate”, se considera que en el presente caso no resulta indispensable la privación de la libertad del incriminado, que tiene carácter excepcional según el precedente mencionado, por lo cual su eventual detención a efectos de que descuente la pena impuesta, solo se hará efectiva, de cobrar ejecutoria la presente decisión.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 471 del primero (1º) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, cinco (5) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 2:04 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación** | **66001 60 00 58 2007 03445 03** |
| **Procesado** | **Rubén Darío Monsalve Londoño** |
| **Delito** | **Concusión** |
| **Juzgado de conocimiento** | **Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira** |
| **Asunto** | **Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia** |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto la delegada de la FGN, contra la sentencia dictada el 29 de octubre de 2009 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 El contexto fáctico del escrito de acusación1 es el siguiente:

*“El 22 de noviembre de 2007, hasta el establecimiento ALMACÉN LOS TOROS ubicado en la carrera 10 con 18 esquina de esta ciudad, llegaron dos individuos identificados con su carné como empleados de la Fiscalía General de la Nación, preguntando por MARÍA ANACTALIA GARCÍA RUBIANO, identificándose uno de ellos como RUBÉN DARÍO MONSALVE LONDOÑO.*

*Así lo denunció ante la Fiscalía delegada ante el GAULA de esta ciudad, quien además recordó que los primeros números de la cédula del servidor público eran 10.010, de su contextura es gruesa, su piel morena, de más o menos 1.90 de estatura, quien le manifestó que era amigo de su hermano JORGE, asesinado 16 días antes, y que iba para ver si ella podía pagarle diez (10) letras de SESENTA MILLONES DE PESOS CADA UNA (SEIS CIENTOS* (sic) *MILLONES DE PESOS) y pagarés por valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (PARA UN TOTAL DE OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS), refiriéndose que era un simple mandadero, que ese dinero JORGE, el hermano de la denunciante, lo había prometido en vida, y se lo adeudaba a un fiscal de Bogotá, que él únicamente estaba haciendo el cobro, que tenía mujer e hijos, que lo entendiera, ella no reconoció las firmas exhibidas como de su hermano, pero RUBEN fue reiterativo en que necesitaba pronto una respuesta para dejarla tranquila, quedando de verse el lunes siguiente, con la promesa de MARIA ANACTALIA que la policía no lo estaría esperando.*

*RUBEN DARIO fue reiterativo con ella en que no tenía nada que ver ahí, que únicamente era un mandadero, que solamente la visitaba como intermediario de un Fiscal de Bogotá.*

*MARÍA ANACTALIA le respondió que no tenía dinero para cubrir esas exigencias monetarias, pero RUBEN le mostró los informes que tenía en su poder respecto de las propiedades dejadas por JORGE GARCÍA RUBIANO y los nombres y asignaciones a testaferros entre los que se relacionan a la señora ANACTALIA y los hijos menores de esta, con los correspondientes bienes que les fueron asignados.*

*Refirió la denunciante que lo único que sabe de negocios de su hermano con la Fiscalía General de la Nación, fue que le solicitaron que con documentos justificara la tenencia de los bienes que poseía.*

*Termina diciendo que su hermano JORGE al que se está refiriendo, fue muerto violentamente el 6 de noviembre de 2007 en la ciudad de Medellín. (16 días antes de la visita de Rubén a su lugar de trabajo)”.*

2.2 La audiencia de imputación se realizó el 10 de junio de 2008 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías, acto en el cual la delegada del ente acusador le imputó al señor MONSALVE LONDOÑO la conducta punible de concusión prevista en el artículo 404 del CP. El procesado no aceptó dicho cargo.

2.3. El impulso de la etapa del juicio le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira.[[1]](#footnote-1) La audiencia de formulación de acusación se adelantó durante los días 25 de julio (folio 16); 1º (folio 18) y 14 de agosto (folio 33); 29 de octubre (folio 64) y 6 de noviembre de 2008 (Folio 65); la audiencia preparatoria se realizó en sesión del 11 de julio de 2008 (folio 71 así se anuncia en el acta pero cronológicamente la fecha corresponde al 3 de diciembre de 2008). El juicio oral se desarrolló durante los días 14 de abril (folio 166) y 7 de octubre de 2009 (folio 307); la sentencia se emitió el 29 de octubre de 2009 (folios 308-316) y frente a ella, la delegada de la FGN presentó recurso de apelación.

**3. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO**

Se trata de RUBEN DARÍO MONSALVE LONDOÑO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.010.229, nacido el 9 de diciembre de 1978 en Pereira, Risaralda, es hijo de Libia del Socorro y Rubén Darío, para la época de los hechos laboraba al servicio de la Fiscalía General de la Nación en la seccional Risaralda.

**4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA**

Los fundamentos del fallo de primera instancia se pueden sintetizar así:

* La conducta punible de concusión se encuentra consagrada en el artículo 404 del C.P., y está integrada por tres verbos rectores como son constreñir, inducir o solicitar. Para la realización de dicho acto se requiere al menos la realización de uno de ellos.
* En el delito de concusión, el autor actúa en un plano de superioridad derivado de su cargo o funciones públicas respecto de la víctima, quien actúa por el temor derivado del constreñimiento que infunde el funcionario en razón de su investidura oficial, fuerza o por la inducción de entregar una dádiva o prestación que no debe.
* De acuerdo con jurisprudencia de la SP de la CSJ los requisitos que estructuran este hecho punible son: i) calidad de servidor público del sujeto activo del delito; ii) abuso del cargo o de las funciones; iii) empleo de actos de constreñimiento inducción o solicitud; iv) entrega o promesas indebidas de dinero o de otra utilidad hechas al funcionario o a un tercero; v) relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar, o la entrega del dinero o utilidad indebidos.[[2]](#footnote-2)
* Esa misma Corporación expuso que para la estructuración de la figura de concusión, no basta la simple calidad de servidor público, sino que es necesario también el abuso que puede referirse tanto al cargo como a la función, explicando que se abusa de la función cuando se desbordan o restringen indebidamente sus límites o se utilizan con fines protervos, y se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que este pueda tener en una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o a ejecutar por razón de sus funciones, siendo indispensable que en el momento de la comisión del hecho el sujeto activo haga sobresalir ilícitamente la calidad pública de la que está investido.[[3]](#footnote-3)
* Con las pruebas admitidas y controvertidas en la audiencia de juicio oral se demostró que RDML laboraba como empleado de la Fiscalía General de la Nación, según la resolución No. 2068 del 30 de octubre de 2000, en el cargo de auxiliar administrativo III, con lo cual se encuentra acreditada su calidad de servidor público para la época de los hechos; aspecto sobre el cual no hay controversia.
* Es sabido que los servidores públicos no deben realizar conductas que impliquen abuso de la investidura que ostentan y menos de sus funciones, ya que cualquier desvío de poder por extralimitación afecta directamente la entidad a la que representa mancillando su imagen con consecuencias graves para su credibilidad y prestigio; entonces, corresponde determinar si el acusado incurrió en abuso de la función pública y afectó el nombre de la entidad con su proceder.
* La señora María Anactalia García Rubiano dijo durante el juicio oral que el procesado RDML llegó a la agroveterinaria Los Toros y le dijo “*…no voy en nombre de la Fiscalía, sino de una amistad de Jorge, me mostró unos documentos de testaferrato, los cuales aparecen después en el proceso de extinción de dominio”.* Igualmente le manifestó que tenía diez letras y dos pagares de $60.000.000 c/u para un total de $800.000.000 que su fallecido hermano Jorge le debía pagar a un Fiscal de Bogotá para hacer perder o desaparecer un proceso de extinción de dominio. El señor Monsalve expuso que él era un simple “mandadero” y que ni él ni la persona que lo acompañaba tenían algo que ver en eso. Además le exigió una respuesta inmediata, pero como no se la entregó, la siguió llamando y le advirtió que se iba a quedar sin nada, tal como ocurrió un año después cuando se inició la acción de extinción de dominio, proceso del cual el acusado tenía documentos mucho antes de que fueran notificados de su existencia.
* La prueba de cargo proviene de quien presenció el hecho y se trata de una testigo única con la cual podría cimentarse una sentencia condenatoria, pues los testimonios se pesan y no se suman, ya que lo que importa es la credibilidad que pueda irradiar una vez sometido a las reglas de la sana crítica.
* Resulta probable el testimonio de la señora María Anactalia García Rubiano en cuanto a la señalización del acusado como la misma persona que estuvo en el establecimiento Los Toros, reclamando la deuda que presuntamente su hermano Jorge le debía pagar a un Fiscal de Bogotá con el fin de desaparecer el proceso de extinción de dominio. Infortunadamente la FGN se conformó con ese dicho y con base en él sustentó la acusación en contra de RDML, sin auscultar los pormenores del asunto.
* La delegada de la FGN afirmó en los alegatos de conclusión que los documentos que le exhibió el acusado a la denunciante sirvieron de soporte al proceso de extinción de dominio, pero no allegó al juicio ninguna prueba en ese sentido y tuvo que referirse a una constancia que aportó la defensa sobre la existencia del proceso, quedando su dicho en una mera hipótesis. Por lo tanto brillan por su ausencia las pruebas que den cuenta del tipo de actividades que desarrollaba Jorge García Rubiano, la relación concreta de sus bienes, la cuantía de los mismos, si existía algún proceso en su contra, de que tipo y en que Juzgado.
* La señora García Rubiano refirió que el dinero exigido estaba destinado para un Fiscal de Bogotá y tenía como fin hacer “desaparecer” un proceso de extinción de dominio. Pese a lo anterior no se realizó ningún programa metodológico orientado a comprobar esa afirmación, ni se anexaron documentos de tal proceso, lo cual se pudo haber hecho fácilmente a través de la Unidad Nacional de Extinción de Dominio, con el fin de que se allegaran los documentos respectivos y se le preguntara a la denunciante si se trataba de los mismos que supuestamente tenía el acusado de ese proceso, así como establecer la relación que tenía el incriminado con los empleados del juzgado que tramitaba la extinción de dominio. Sin esas pruebas se echa de menos la relación de causalidad entre el acto del servidor público y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos.
* Para la época de los hechos el acusado RDML era auxiliar administrativo III de la Fiscalía de Pereira y no se demostró la existencia de algún vínculo que tuviera con la Fiscalía de Lavado de Activos de la ciudad de Bogotá de dónde provino supuestamente la aludida exigencia de dinero. Tampoco se evidenciaron las relaciones de amistad o el amplio conocimiento que pudiera tener RDML sobre la familia García Rubiano y menos sobre el señor Jorge que fue la persona que presuntamente le había prometido dinero al Fiscal de Bogotá.
* Con la constancia expedida por la Fiscalía Tercera Especializada de Bogotá que fue allegada por la defensa, se mostró que realmente existía una acción de extinción de dominio sobre los bienes de los hermanos Fredy García Rubiano, Jorge Alberto García Rubiano y sus núcleos familiares. A consecuencia de ello se ordenó la suspensión del poder dispositivo, el embargo y secuestro de varios bienes, entre ellos unos vehículos que estaban en cabeza de la denunciante.
* Sin embargo, dicho trámite se inició el 28 de noviembre de 2008 y los hechos sucedieron en el año 2007, lo que lleva a preguntarse a cual proceso se refería la denunciante, o si existía otro con antelación, sobre lo cual nada se estableció.
* La señora Anactalia García aseguró que el día de los hechos la visitaron dos empleados de la FGN. Sin embargo el ente acusador no hizo indagaciones para establecer quién era el acompañante de RDML; no se precisaron sus características físicas ni se hizo un retrato hablado o un reconocimiento para tal fin. Pese a ello quien representaba a la FGN se aventuró a decir en los alegatos de conclusión, que muy probablemente uno de los testigos de la defensa, era quien había acompañado en esa ocasión al acusado, indicando que “…*era una posibilidad que no podía descartarse por la Fiscalía todavía…”,* argumento que se quedó en un mero enunciado porque en la investigación del caso y en el juicio oral no se practicaron pruebas para establecer esa situación.
* La FGN no hizo una exhaustiva investigación sobre los hechos y por ello el testimonio de la señora María Anactalia Garcia Rubiano se quedó en un mero enunciado sin saberse a ciencia cierta lo que ocurrió en torno a ese misterioso asunto. En consecuencia, por sustracción de materia no se hace análisis de las pruebas de la defensa que tenían como fin demostrar la inocencia del acusado.
* El artículo 7 del C.P.P. consagra el principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* que indica que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no quede en firme la resolución judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. Por ello le correspondía al órgano de persecución penal la carga de la prueba, y como en la audiencia de juicio oral no se obtuvo el conocimiento de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda, se impone su absolución.

**5. SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS**

**5.1 DELEGADA FGN (Recurrente)**

* Luego de hacer un recuento sobre el contexto fáctico del caso, consideró que el ente acusador había cumplido con todos los compromisos adquiridos con el juzgado de instancia, ya que los hechos denunciados fueron demostrados de manera amplia en la audiencia de juicio oral.
* En este caso se absolvió al procesado mediante una sentencia confusa, basada en la aplicación del principio del *in dubio pro reo,* ya que no se puede entender cuál fue el motivo verdadero por el cual la juez primera instancia decidió absolver a RDML, pues la conclusión del juicio oral fue que estaba probada la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado, y las dudas a que se refirió la juez de conocimiento no versaban sobre esos tópicos, sino sobre otros aspectos tales como la amistad del acusado con el señor Jorge García Rubiano y de este con el Fiscal que lo investigaba en el proceso de extinción de dominio, o si el señor García Rubiano de verdad estaba siendo investigado por esa dependencia de la Fiscalía y si le había prometido alguna suma de dinero a un funcionario judicial de Bogotá, a cambio de que se extraviaran las pruebas que lo comprometieran con el delito de narcotráfico.
* Según la *A quo* esas situaciones no fueron objeto de investigación por parte de la FGN, pero ninguna de ellas hace parte de la esencia de la conducta punible de concusión, ni de la teoría del caso del ente acusador, ni estaban dirigidas a eximir de responsabilidad al acusado, pues así la suma de dinero exigida fuera poca o mucha, o si el señor García Rubiano estuviera siendo investigado en trámites de extinción de dominio, lo solicitado por el procesado era una utilidad indebida.
* En este caso la sentencia absolutoria no se basó en la falta de credibilidad de la única testigo de los hechos, que fue la señora María Anactalia García Rubiano, para lo cual se debe tener en cuenta que solamente se contó con su testimonio porque su esposo Ramón Antonio Muñoz Gil fue asesinado días antes de la audiencia de juicio oral, por lo cual su entrevista relacionada con los hechos investigados, se introdujo como prueba de referencia.
* Además uno de los testigos ofrecidos por la FGN que estaba vinculado al Programa de Protección de Testigos, llegó hasta el despacho de la Juez de conocimiento, momentos antes del juicio oral, pero esa funcionaria de forma inconsulta aceptó que no declarara y autorizó que se retirara de la audiencia, por lo que no pudo ser interrogado ni contrainterrogado.
* La juez de instancia le otorgó credibilidad a los dichos de la denunciante afirmando que la credibilidad de un testigo no se suma, sino que se pesa, y ello no puede ser de otra forma, pues como se observa en el registro de la audiencia, la señora García Rubiano siempre se mostró segura de sus afirmaciones, al señalar al acusado como la misma persona que le realizó la exigencia económica en la agroveterinaria “Los Toros”.
* Se demostró que la víctima no conocía a RDML antes de los hechos, y que lo atendió personalmente porque este se identificó como funcionario de la Fiscalía, con un carné de esa entidad, del que extrajo los cinco primeros números de la cédula y su nombre que escribió en un papel, que fue lo que le permitió recordar y aportar la identidad del acusado al momento de formular la denuncia 4 días después, es decir, el 26 de noviembre de 2007, como lo narró quien se encargó de recibirla.
* La denunciante fue sincera con la fiscalía y con el Juzgado y por eso afirmo que no se fijó en las características del acompañante de RDML, por lo cual no es cierto que la FGN no se hubiera ocupado de establecer ese aspecto. Lo que ocurrió es que la denunciante dijo que no recordaba las facciones de esa persona, y que no estaba en capacidad de hacer un retrato hablado suyo o un reconocimiento fotográfico y de ahí se infiere que sus dichos no tienen una intención maliciosa, sino que se limitó a narrar lo que realmente ocurrió.
* La juez de primer grado no analizó la teoría del caso de la defensa, ni los dichos de los testigos que esta trajo al juicio, afirmando que la pobreza de la prueba de la Fiscalía, daba lugar a que por sustracción de materia no fuera necesario su examen.
* Si la FGN tiene la carga de la prueba en el juicio oral, la duda debe ser razonable ya que se trata de un proceso de partes y una justicia rogada, en donde se miden los argumentos ante un juez imparcial y en este caso la juez de conocimiento no se refirió a los cuestionables testimonios de los compañeros de trabajo de RDML que declararon bajo juramento sin dubitación que ese 22 de noviembre de 2007, dos años antes de su declaración, en un día como cualquier otro recordaban que estaban en el Palacio de Justicia acompañando al acusado y hablando de fútbol, que se lo encontraron a la entrada de ese edificio y estuvieron con él hasta la entrada de la secretaria común. Estas declaraciones en su momento fueron consideradas por la Fiscalía como altamente sospechosas y débiles como coartada para crear la duda pretendida, a lo que se suma que la juez de instancia estaba en deber de analizar esos testimonios y otorgarle o no credibilidad conforme a la libre valoración de ellos según los precedentes de la SP de la CSJ ..
* No existe duda en cuanto a que el hecho realmente ocurrió, así como tampoco respecto de que con su comportamiento el señor RDML transgredió el derecho penal, con una conducta que se puede subsumir en el tipo de concusión. En el juicio se demostró el elemento de culpabilidad que se exige para declarar responsable al procesado, ya que los argumentos de la FGN tuvieron como fundamento los pronunciamientos de la SP de la CSJ, que ha decantado los elementos idóneos y constitutivos de esa conducta, que se presenta no solo con el abuso de la función, sino también de la investidura o cargo, lo que sucede cuando el funcionario público ejecuta determinado acto así no corresponda a su competencia.[[4]](#footnote-4)
* El deber de respetar la calidad de servidor público, no solo recae en quien tenga el deber de ejecutar determinados actos, sino todos aquellos que por su investidura y sus nexos con cualquier rama del poder público puedan comprometer el bien jurídico de la administración pública (lesión o puesta en peligro) en alguna forma, al ejercer sus funciones cualquiera que estas sean, por lo cual si para la época de los hechos el procesado ostentaba esa condición y realizaba funciones de citaduría en la FGN, estaba en capacidad de vulnerar el bien jurídico protegido que es la administración pública.
* Se probó que el acusado portando un carne de la FGN fue donde la hermana de unos hombres que habían sido asesinados recientemente y solicitó ser atendido, aduciendo su calidad de funcionario de esa entidad, tal como lo aseguró la denunciante cuando dijo que quienes preguntaron por ella iban de parte del ente acusador, y al formularle solicitudes ilícitas se materializó la conducta punible investigada, pues de ninguna manera se le podía exigirle a la señora María Anactalia García Rubiano que conociera las funciones, alcance y/o importancia del cargo de asistente administrativo III, ni tampoco que no sintiera temor ante el acusado, ya que un ciudadano común y corriente cuando ve un carné de la Fiscalía, considera que esa persona ejerce autoridad, sea el cargo que sea.
* La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que no se requiere de actos violentos para que se materialice el delito de concusión, pues existen tres verbos rectores como son constreñir, inducir o solicitar, bastando una sola de esas conductas para que se afecte la administración pública que se lesiona o se pone en riesgo cuando un servidor estatal prevalido de su condición constriñe, induce o solicita cualquier dinero o utilidad indebida. Con este comportamiento se genera desconcierto en los ciudadanos, por la actuación indebida de quien se espera se comporte conforme a los principios de la administración pública.
* Lo que menos interesa en este asunto es si la presunta deuda contraída por Jorge García Rubiano era lícita o ilícita, si el Fiscal de Bogotá existía o no, o si solamente se trató de una maniobra que uso RDML para hacer la solicitud ilícita, pues no estaba dentro de sus funciones hacer ese tipo de exigencias, hecho que no solo es mal visto sino que traspasa los límites de su investidura como servidor público, máxime cuando utilizó como medio de coerción el documento que lo identificaba como servidor público. Además nunca de desvirtuó que el acusado en su condición de servidor público con carné en mano acudió a donde la señora García Rubiano, para exigirle que cancelara ochocientos millones de pesos ($800.000.000) en virtud de una deuda que su hermano Jorge había adquirido con un fiscal de Bogotá, y que cuando ésta le dijo que no tenía ese dinero, el procesado le enseñó documentos en donde ella y sus hijos aparecían como testaferros del mismo Jorge García Rubiano, sobre unos taxis.
* No era procedente la absolución del procesado, pues quedó probado que se aprovechó del duelo de la denunciante cuando hizo la exigencia dineraria, a nombre de un fiscal de Bogotá, de quien se desconoce su existencia, e incluso le hizo la advertencia de que cuando regresara por el dinero no debía estar esperándolo la autoridad, de donde surge el conocimiento del procesado de que su conducta era ilícita y demuestra el dolo con que actuó como elemento estructurante del tipo penal.
* Ante el incumplimiento de sus deberes como servidor público conforme a los hechos narrados, solicita la revocatoria de la decisión recurrida, para que en su lugar se condene al procesado como responsable del delito de concusión, al reunirse en su caso los requisitos establecidos en el artículo 381 del C.P.P.

**5.2 DEFENSOR DEL PROCESADO (NO RECURRENTE)**

* La sentencia impugnada debe ser confirmada ya que la juez de conocimiento consideró que la FGN no había demostrado un requisito estructural del hecho punible de concusión, como es el nexo de causalidad entre la actuación del funcionario y la promesa de dar o entregar dinero o utilidad indebidos, tal como se ha exigido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.[[5]](#footnote-5)
* Al advertir la ausencia de esa relación causal, la juez de primer grado decidió no pronunciarse sobre las pruebas de la defensa y esa ausencia de valoración probatoria se encuentra ligada al testimonio de la señora María Anactalia García Rubiano, quien expuso cantidad de citas, detalles y fechas, además dio cuenta de una posible solicitud de dinero con base en unos títulos valores y a cambio de que se desapareciera un proceso de extinción de dominio que se le estaba adelantando, aduciendo que eso ocurrió en noviembre de 2007, pues la denuncia se presentó el día 26 de ese mes y año.
* Un solo testimonio, acorde con su credibilidad puede ser suficiente para proferir una sentencia condenatoria, siempre y cuando sus dichos son verificados oportunamente, lo que no ocurrió en este caso como se dijo en el fallo recurrido, donde se criticó la labor de la FGN, ya que las manifestaciones de la única testigo de cargos no fueron corroborados, fuera de que la denunciante dijo que sufría de dislexia razón por la que confundía fechas, situaciones y detalles, lo que hace que su declaración deba recibirse con beneficio de inventario según la literatura médica. Además, la testigo erró en datos básicos como el nombre y apellidos de uno de sus empleados en la agroveterinaria “Los Toros”, tenía anotaciones por investigaciones penales en su contra y estaba vinculada a acciones de extinción de dominio.
* Si la denunciante dijo que el supuesto cobro del dinero que le hizo el procesado fue para “desaparecer” un proceso de extinción de dominio, lo mínimo que podía hacer la FGN era verificar si efectivamente cursaba un proceso de ese tipo en contra del señor Jorge García y esa fue la crítica que se hizo en la sentencia de primera instancia sobre las omisiones probatorias del ente acusador, pues con los mismos elementos de prueba iniciales con los que se solicitó una medida de aseguramiento contra el acusado que no fue concedida, también se intenta soportar la petición de condena que hace el ente acusador.
* Como la señora García Rubiano dijo que el dinero que le fue exigido era para un Fiscal de Bogotá, la FGN debió investigar sobre los Fiscales de extinción de dominio de esa ciudad; si ellos o los empleados de esos despachos conocían o tenían alguna relación con RDML, y a partir de esa verificación poder sostener que éste tenía en su poder documentos propios de un proceso de esa naturaleza. Esa era una obligación constitucional del ente acusador, pues al establecer este aspecto, se establecía el nexo de causalidad entre lo que presuntamente estaba haciendo el acusado, y el decurso del proceso en la ciudad de Bogotá.
* A pesar de que la denunciante declaró que el hombre que la visitó en su oficina se había presentado como un amigo de su hermano Jorge, la FGN no hizo ningún intento para verificar si en realidad RDML tuvo algún vínculo de amistad con el citado Jorge, o con la familia García Rubiano.
* La señora María Anactalia dijo que el pago de las letras de cambio que presuntamente exigió el procesado, se debían a la posibilidad de desaparecer un proceso de extinción de dominio. Esa exigencia la ubicó la denunciante en el mes de noviembre de 2007, pero se probó en la audiencia de juicio oral que el proceso de extinción de dominio que se adelantó a Jorge García Rubiano y a su familia se inició en el mes de noviembre de 2008, sin que exista lógica en ello y sin que se hubiera probado que se trataba del mismo proceso de extinción, ya que el ente acusador no demostró esa circunstancia.
* La presunta víctima dijo que RDML estuvo sentado en la oficina de su agroveterinaria entre 40 minutos o una hora, tiempo durante el cual su acompañante estuvo en ese establecimiento de comercio, pero la FGN no realizó ninguna labor tendiente a identificar a esa otra persona, o una diligencia de reconocimiento fotográfico o un retrato hablado, por lo cual le asiste razón a la juez de primer grado sobre la apatía del ente acusador para recoger elementos de prueba suficientes que pudieran soportar un fallo de condena.
* La decisión de primer nivel se basa en los principios de presunción de inocencia y de aplicación *del in dubio pro reo*. Además se debe tener en cuenta que la Fiscal que adelantó el juicio y la apelación, había promovido una colisión de competencia ya que consideraba que en este asunto no se configuraba el delito de concusión, sino uno de extorsión, lo cual fue resuelto por la Dirección Seccional de Fiscalías, determinando que se debía continuar el proceso por el delito de concusión, lo que pudo haber afectado el criterio y la autonomía de la fiscal delegada.

* Si la Juez de primer grado hubiera valorado las pruebas presentadas por la defensa, específicamente los testimonios de Abelardo Campos y Mauricio Pena, cuyas manifestaciones no fueron tachadas de falsas ni desacreditadas, quienes ubicaron al procesado en un lugar distinto a la oficina de la denunciante, en la fecha y hora de los hechos, la absolución de RDML se impondría pero no por aplicación del principio de in dubio pro reo, sino porque se demostró que el señor RDML no cometió el delito por el que fue acusado, razón por la cual considera que la sentencia absolutoria sea confirmada.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**6.1 Competencia**

Esta Corporación tiene competencia para conocer del recurso propuesto contra la sentencia de primera instancia, donde se absolvió al señor Rubén Darío Monsalve Londoño, por la conducta punible de concusión.

**6.2 Consideración inicial**

En atención al contexto fáctico del escrito de acusación, y la prueba documental allegada al proceso, se advierte que de acuerdo al artículo 20 del CP el procesado por su condición de empleado de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Asistente Administrativo III, tenía la calidad de servidor público para la época de los hechos que ocurrieron en el mes de noviembre de 2007, por lo cual y en aplicación del principio de “*tempus regim actum*” el término de prescripción de la acción penal frente al delito de concusión por los que fue acusado RDML se incrementa en una tercera parte, con base en lo dispuesto en la redacción original del inciso 6º del artículo 83 del CP, término que fue aumentado a la mitad por una norma posterior como el artículo 14 de la ley 1474 de 2011.

Sobre este punto se debe tener en cuenta lo expuesto por la SP de la CSJ en sentencia del 21 de octubre de 2013 M.P Eugenio Fernández Carlier, en la cual se dijo lo siguiente:

*“(…)*

*“… Adicionalmente, la Corte Constitucional, cuando en el fallo C-345 de 1995 declaró exequible el artículo 82 del Código Penal anterior (que en lo fundamental se reprodujo en el artículo 83 del actual estatuto sustantivo), manifestó que en los delitos atribuidos a los servidores públicos no sólo se justifica un mayor grado de reproche en la fijación de la pena, sino que ésta se debe reflejar de manera automática en el correlativo incremento del lapso prescriptivo, al igual que otros factores, como las dificultades de orden procesal y el fin de evitar la impunidad. Según el máximo tribunal en materia de control constitucional:*

*“[L]a mayor punibilidad a la que se enfrentan los servidores públicos infractores de la ley penal conlleva automáticamente el aumento del término de prescripción de la acción penal. […]*

*”El periodo de tiempo dispuesto por la ley para que opere la prescripción depende, como ya se ha dicho, además del hecho punible o de sus efectos sociales, de la intención de no dejar impunes ciertos delitos o de la dificultad probatoria para su demostración. Precisamente, la finalidad de impedir la impunidad de los delitos cometidos por servidores públicos llevó al legislador penal de 1980 a aumentar en una tercera parte el término de la prescripción de las acciones penales respectivas.*

*”En efecto, el Código Penal de 1936, si bien incluía la prescripción del delito como una causal de extinción de la punibilidad, no contemplaba ninguna disposición especial en relación con los servidores públicos. Sólo hasta 1976 se planteó por primera vez la posibilidad de aumentar el término de prescripción cuando el sujeto activo del delito fuera una persona encargada de cumplir una función pública. En esa ocasión, se dijo:*

*“Atendiendo a las dificultades de descubrir e investigar los delitos cometidos por los empleados oficiales, quienes en no pocas veces se aprovechan de su posición para obstruir la acción de la justicia, se amplía el término de prescripción para los delitos cometidos por ellos en ejercicio de sus funciones”*

*”Se trata, pues, de una solución práctica ante la dificultad de obtener pruebas de la existencia y autoría del hecho punible, debido a la posición privilegiada del sujeto activo, para quien es relativamente fácil ocultar la ejecución del delito y los elementos que podrían conducir a imputarle la comisión del mismo.*

*”Lo anteriormente expuesto ilustra la relación existente entre la pena y la prescripción: si bien la segunda es directamente proporcional a la primera, en la medida en que una variación en el monto de la pena repercute en la misma proporción en el término de prescripción, la regulación de esta última es independiente de la punibilidad, ya que obedece a otras finalidades”.*

6.3 En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta Sala se ocupará de los temas sobre los cuales se recurrió el fallo de primer grado, que vienen a ser la existencia de prueba sobre el acto de concusión por el que fue acusado el procesado y su responsabilidad por esa conducta punible.

6.4 El artículo 381 del C.P.P. establece que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. Desde esa perspectiva normativa, se hace necesario determinar si en el asunto sub-examine se practicaron pruebas que demostraran que el comportamiento por el cual fue acusado el señor Rubén Darío Monsalve Londoño (en lo sucesivo RDML) se podía subsumir en la conducta punible de concusión que describe el artículo 404 del C.P. así:

*“Concusión:” El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta ( 180) meses, multa de 66.66 a ciento cincuenta ( 150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta ( 80) a ciento cuarenta y cuatro ( 144 ) meses”.*

6.5 Según los términos del escrito de acusación el contexto fáctico del caso es el siguiente: i) el 22 de noviembre de 2007, llegaron al almacén “Los Toros”, ubicado en la carrera 10 con 18 esquina de esta ciudad, dos personas que portaban carnés de la FGN y preguntaron por la señora María Anactalia García Rubiano; ii) uno de ellos fue identificado como RDML; ii) la señora García Rubiano formuló la respectiva denuncia ante el grupo GAULA de esta ciudad; iii) la denunciante expuso que los primeros números de la cédula del señor RDML eran “10.010”, e indicó que se trataba de una persona de contextura gruesa, piel morena, y de más o menos 1.90 de estatura; iv) esa persona le manifestó a la señora Anactalia que era amigo de su hermano Jorge García Rubiano quien había sido asesinado 16 días antes de la visita del acusado a su lugar de trabajo, y que había ido a su negocio para solicitarle que ella le pagara diez (10) letras de cambio por valor de sesenta (60) millones de pesos c/u, y unos pagarés por la suma de doscientos (200) millones de pesos, para un total de ochocientos (800) millones de pesos; v) el acusado le dijo que era “un simple mandadero” que ese dinero se lo adeudaba su hermano Jorge García Rubiano (Q.E.P.D.) a un fiscal de Bogotá y que él solamente estaba haciendo el cobro, como intermediario del citado fiscal; vi) la señora García no reconoció las firmas exhibidas como de su hermano; vii) RDML fue reiterativo en que necesitaba una respuesta pronta para dejarla tranquila; viii) María Anactalia García le dijo que no tenía dinero para cubrir esas exigencias monetarias, pero el procesado RDML le mostró los informes que tenía en su poder respecto de las propiedades dejadas por su hermano Jorge García Rubiano y los nombres y asignaciones a testaferros entre los que se relacionaban a la señora Garcia Rubiano y sus hijos menores, con los correspondientes bienes que les pertenecían; ix) la denunciante expuso que lo único que sabía sobre situaciones de su hermano con la FGN, fue que le solicitaron documentos para justificar la tenencia de los bienes que poseía; x) estaba demostrada la calidad de servidor público del señor RDML en labores de citador de la FGN, quien se identificó como funcionario de esa institución al momento de hacerle ese cobro ilegal a la señora García Rubiano, prevalido de esa condición, por lo cual se formuló acusación en su contra por la conducta punible de concusión.

6.6 En este caso la juez de primer grado profirió una sentencia absolutoria en favor del procesado RDML, que en lo esencial se sustentó en las siguientes consideraciones:

* En el proceso se demostró que el procesado RDML laboraba como empleado de la FGN, según la resolución No. 2068 del 30 de octubre de 2000, en el cargo de auxiliar administrativo III, con lo cual estaba comprobada su calidad de servidor público para la época de los hechos, hecho sobre el cual no se presentaba controversia.
* Se contaba con las manifestaciones efectuadas durante el juicio oral por la señora María Anactalia García Rubiano, en torno a la exigencia económica que le hizo el acusado sobre el pago de la suma de $800.000.000 a un fiscal no identificado de Bogotá, dinero que le adeudaba su fallecido hermano Jorge García Rubiano, frente a lo cual RDML precisó que actuaba como un simple “mandadero” y que tenía como fin extraviar o desaparecer un proceso de extinción de dominio, para lo cual la conminó a hacer ese pago aduciendo que si no lo hacía se iba a quedar sin nada, lo que según la denunciante ocurrió un año después cuando se inició la acción de extinción antes mencionada, sobre la cual el procesado tenía documentación mucho antes de que se iniciara ese procedimiento legal.
* Ya en lo concerniente a la responsabilidad del procesado la juez de primer grado hizo las siguientes consideraciones: i) resultaba probable el testimonio de la señora María Anactalia García Rubiano en cuanto al señalamiento que le hizo al acusado como la persona que estuvo en su negocio, para hacerle esa exigencia económica; ii) sin embargo la delegada de la FGN no sustentó ese testimonio con prueba complementaria sobre la existencia de la mencionada acción de extinción de dominio y solamente se conoció una constancia que aportó la defensa sobre la existencia de esa actuación, quedando su dicho en el campo de una mera hipótesis; iii) no se aportó ninguna prueba sobre las actividades que adelantaba el señor Jorge García Rubiano, la relación concreta de sus bienes, la cuantía de los mismos, si existía algún proceso en su contra, de que tipo y en que Juzgado; iv) tampoco se hizo ninguna indagación ante la Unidad Nacional de Extinción de Dominio, tendiente a establecer que si se tramitaba ese diligenciamiento, para anexar la documentación correspondiente, lo cual permitiría haber indagado a la señora García sobre si se trataba de los mismos documentos que presuntamente le exhibió el procesado, ni se probó que este tuviera alguna relación con el despacho que llevaba el trámite de la extinción de dominio, como la Fiscalía de Lavado de Activos de la ciudad de Bogotá de donde provino supuestamente la aludida exigencia de dinero; v) no se evidenciaron las relaciones de amistad o el amplio conocimiento que pudiera tener RDML sobre la familia García Rubiano y menos si Jorge García Rubiano, hermano de la denunciante, fue la persona que presuntamente le había prometido dinero al Fiscal de Bogotá; vi) con una constancia expedida por la Fiscalía 3ª Especializada de Bogotá se comprobó que existía una acción de extinción de dominio sobre los bienes de los hermanos Fredy García Rubiano, Jorge Alberto García Rubiano y sus núcleos familiares, dentro de la cual se decretaron unas medidas cautelares, afectando entre otros unos bienes que estaban a nombre de la denunciante, pero ese trámite se inició el 28 de noviembre de 2008 y los hechos por los que se acusó a RDML sucedieron en el año 2007, por lo cual no existió claridad sobre el proceso al que se refirió la denunciante; vii) hubo falencias de la FGN sobre la identificación de la persona que presuntamente acompañaba al procesado, cuando se hizo la exigencia económica a la cual aludió la denunciante; viii) ante la debilidad de la prueba presentada por el ente acusador contra el procesado, el testimonio de la señora María Anactalia Garcia Rubiano se quedó en un mero enunciado, que no permitía realmente conocer lo sucedido, por lo cual, “por sustracción de materia”, no resultaba necesario analizar las pruebas presentadas por la defensa del señor RDML, a efectos de demostrar la inocencia del acusado; y vii) las situaciones enunciadas llevaban a proferir una sentencia absolutoria al existir dudas sobre la responsabilidad del procesado, en aplicación del principio del *in dubio pro reo* establecido en el artículo 7º del CPP.

6.7 Por su parte la delegada de la FGN apeló la decisión de primer grado considerando que existían pruebas suficientes sobre la existencia de la conducta punible de concusión y la responsabilidad del procesado, con base en las razones referidas en el apartado 5.1 de esta providencia y el defensor del acusado pidió la confirmación del fallo recurrido, con base en la argumentación referida en el ítem 5.2 de esta decisión.

**6.8 Solución al problema jurídico propuesto**

En atención a los principios de necesidad de prueba que se desprenden de los artículos 372 y 381 del CPP, se hacen las siguientes consideraciones:

6.8.1 Inicialmente hay que manifestar que al procederse por una conducta punible de concusión que tiene un sujeto calificado, queda claro que la condición de servidor público que tenía el señor RDML para la fecha de los hechos fue debidamente acreditada con la documentación que ingresó al juicio con el señor Jorge Jhon Álvarez Bermúdez, quien se desempeñaba para ese entonces como funcionario de la FGN, dentro de la cual se encuentra la resolución No. 0-0268 de 30 de octubre de 2000, en la cual se nombró en provisionalidad al acusado en el cargo de “Auxiliar Administrativo III” de la Dirección Seccional de Fiscalías de Pereira, del cual tomó posesión el 4 de diciembre de 2000, hecho que no fue controvertido por las partes durante el juicio.

Frente a lo anterior cabe anotar que en decisión del 2 de marzo de 2009, esta Sala confirmó la decisión el juez de primer grado de no excluir los informes presentados por el testigo antes mencionado, como la entrega de un carnet que acreditaba a RDML como funcionario de la FGN, en el cargo de “Auxiliar Administrativo III”, que se relacionaban en parte con la información que también fue ingresada con el investigador Jorge Antonio Riaño sobre la calidad de servidor público del procesado.

6.8.2 Debe agregarse que posteriormente se suscitó otra discusión durante el juicio, relacionada con la admisión de evidencia No. 2 de la FGN consistente en un informe suscrito por el investigador Jorge Antonio Riaño, al cual se anexaron como la hoja de vida del señor RDML que incluían los documentos relativos a su nombramiento y posesión, una solicitud enviada a COMCEL sobre información del abonado telefónico 3148399557; documentos sobre interceptaciones telefónicas de esa línea y otras evidencias, para lo cual se adujo que se habían obtenido mediante una consulta en base de datos sin autorización previa de un juez de control de garantías, decisión que fue apelada por la defensa del señor RDML.

Sin embargo, en decisión del 14 de septiembre de 2009, esta Sala consideró que ciertos documentos del señor RDML como: *“...su fotografía, la resolución de nombramiento, el acta de posesión...”*, entre otros no se podían incluir entre aquellos que demandaban la práctica de una audiencia de control posterior de esa actividad investigativa, ni hacían parte de una base de datos reservada por motivos de interés general o de seguridad nacional, por lo cual se confirmó la decisión de primera instancia. Por su parte con el mismo investigador se introdujeron en el juicio los documentos referidos.

En tal virtud queda claro que en este caso se demostró debidamente la condición de servidor público del procesado en los términos del artículo 20 del C.P., lo que resulta determinante ya que el artículo 404 del C.P. alude a esa condición, al referirse al sujeto activo calificado que tiene el tipo de concusión.

6.9 Ya en lo que atañe a la existencia de la conducta investigada y la responsabilidad del procesado, hay que manifestar que para demostrar estos extremos del proceso penal, la FGN presentó como principal testigo de cargos a la señora María Anactalia García Rubiano, de cuya extensa declaración durante el juicio se extrae lo siguiente: i) el día de los hechos el procesado RDML, fue al almacén “Los Toros” de propiedad de su familia y le preguntó a un empleado llamado Julián por ella; ii) Julián le dijo que la necesitaba “un señor de la Fiscalía”; iii) el señor RDML permaneció en su oficina entre 45 minutos y una hora y le dijo que no iba en nombre de la FGN sino en razón de la amistad que había tenido con su hermano Jorge Humberto García Rubiano, quien ya había sido asesinado para esa fecha; iv) esa persona le mostró unos documentos que eran de “testaferrato”, donde se incluían sus hijos, sus padres y sus hermanos fallecidos y unos certificados donde ella aparecía como propietaria de diez (10) taxis; v) esos documentos eran exactos a los que le entregaron el 1 de diciembre del año siguiente, cuando se iniciaron las acciones de extinción de dominio en su contra; vi) RDML le dijo que su hermano Jorge había firmado 10 letras por valor de $60.000.000, y le exhibió algunas en las que no reconoció la firma de su hermano, y dos pagarés con valor unitario de $100.000.00, fuera de la fotocopia de la cédula de Jorge Alberto, su firma y una huella; vii) en total le dijo que tenía que pagarle $800.000.000 a un fiscal de Bogotá para dejar perdido o extraviado ese trámite de extinción de dominio; viii) el acusado le dijo que le iba a dar el teléfono de ese Fiscal de la capital, pero no quiso conocer ese número ya que consideró que detrás de ese abonado podría venir otra persona a extorsionarla; ix) RDML le manifestó “que de esa oficina tenía que salir con una respuesta” pero que él era un simple “mandadero”, que no tenía nada que ver con eso al igual que la persona que lo acompañaba quien se quedó afuera de la oficina y que el dinero era “para su jefe en Bogotá” que era un fiscal , sin mencionarle su nombre; x) se sintió extorsionada porque hacía poco tiempo que había enterrado a sus hermanos; xi) tomó la escarapela del señor RDML que tenía su fotografía y apuntó su nombre (Rubén Darío Monsalve), su cédula, y escribió los cinco primeros números de su documento de identidad que eran “10.010”, que fueron los datos que le entregó a su esposo y los miembros del grupo “Gaula”; xi) en ese momento el acusado le dijo que con esa información lo podía destruir, ya que él tenía familia y un trabajo; xii) desde ese día y por el temor que sintió, no volvió a su negocio, pero RDML estuvo haciendo llamadas que fueron atendidas por Carlos Buitrago quien era el administrador del almacén; xiii) RDML le dejó un mensaje según el cual dentro de un año “me iría a ver sin nada”, lo cual resultó ser cierto ya que al año se iniciaron los trámites de extinción de dominio, sobre los cuales tenía datos el procesado; xiv) el detalle más significativo de la boca del procesado es que era “carnosa”; xv) sintió temor por las represalias que podría tomar el procesado en su contra, porque había quedado sola con su madre y sus hijos, por lo cual el día en que formuló la denuncia y al no saber quién andaba detrás de la exigencia económica, salió de la ciudad con su grupo familiar, permaneciendo un año en Bogotá, agregando que sabía que RDML no estaba solo en ese chantaje; xvi) reconoció el documento correspondiente a la denuncia que presentó el 26 de noviembre de 2007 sobre los hechos referidos; xvii) intervino en una diligencia de reconocimiento fotográfico donde señaló al procesado de inmediato y sin ninguna duda, ya que lo tuvo muy cerca en su oficina, reiterando que había intervenido en esa diligencia y que era la misma persona a la que hizo alusión en su denuncia, de la cual hizo una descripción previa a la investigadora Amparo Olarte, a quien le dijo que se trataba de un hombre de contextura gruesa, de cabello rapado o muy corto, con ojos “hinchados” o “rasgados” y “boca carnosa”; xviii) reconoció en medio de su declaración en el juicio al señor RDML como la persona a la cual se estaba refiriendo en su declaración; ixx) por temor por su vida y la de sus hijos se negó a participar en un operativo que le sugirieron en el grupo GAULA para entregarle el dinero al señor RDML; xx) aclaró que sufría de dislexia, explicando que no es que no recordara el nombre de las personas, sino que lo escribía para poderlo rememorar, como ocurrió con el nombre del procesado cuando ese fue a visitarla, al igual que los primeros cinco números de su cédula, datos que tomó de su carnet de la FGN, aunque la hoja en que lo apuntó se extravió posteriormente y que ese fue el momento en que RDML le dijo que con ese documento “lo podía destruir”; y xxi ) reiteró que RDML fue la persona que estuvo en el negocio Agro veterinaria "Los Toros", donde le hizo la citada exigencia económica, que le provocó tal grado de intimidación que decidió abandonar la ciudad con su familia, luego de formular la denuncia por esos hechos.

6.10 Como se observa, en este caso se cuenta entonces con la declaración entregada por la señora María Anactalia García Rubiano, quien según el artículo 402 del CPP, debe tenerse como testigo directo de los hechos denunciados y de la responsabilidad del procesado.

6.11 Además se aportó prueba circundante que sobre lo manifestado por la citada testigo, ya que la FGN llevó al juicio a la investigadora del CTI Amparo Olarte de Valencia, con quien se introdujo la evidencia No. 3 de la FGN, contenida en el informe de formato de investigador de campo del 12 de marzo de 2008.

La mencionada investigadora expuso lo siguiente sobre las indagaciones que le correspondió adelantar: i) luego de unas labores iniciales donde no pudo ubicar a la denunciante, recibió una llamada del esposo de la ofendida, señor Ramón Antonio Muñoz Gil, quien le dijo que la señora María Anactalia quería hablar con ella para efectos de la investigación que se estaba adelantando; ii) después de contactar a esa dama se pudieron realizar los actos de investigación que estaban programados anteriormente, como fue la diligencia de reconocimiento fotográfico en que participó la citada señora quien igualmente rindió una entrevista sobre los hechos; iii) durante el acto de reconocimiento celebrado el 9 de marzo de 2008, la señora Anactalia inmediatamente manifestó reconocer al acusado, y dijo que su rostro no se le iba a olvidar nunca, indicando que distinguía a esa persona que correspondía al procesado RDML (foto numero 4), por la cara gorda, tener entradas en la frente, estar rapado y poseer ojos rasgados.

La misma funcionaria hizo referencia a otras actividades que desarrolló así:

- Le recibió una entrevista al señor Ramón Antonio Muñoz Gil, esposo de María Anactalia García Rubiano (quien fue asesinado el 21 de julio de 2009 en esta ciudad), situación que fue demostrada con prueba sobreviniente allegada dentro del juicio. Según esa conferencia del 3 de junio de 2008 a la cual le dio lectura la investigadora Olarte Valencia el señor Muñoz Gil expuso lo siguiente en lo sustancial: i) a los pocos días de que se presentara el homicidio de sus cuñados Jorge y Fredy García Rubiano, lo que ocurrió a mediados del mes de noviembre del año 2007, su esposa María Anactalia lo llamó para contarle que los estaban extorsionando, ya que a la oficina de la 18 con 10 había ido un señor alto, corpulento, que se había identificado como empleado de la F.G.N; ii) esa persona dijo que venía en representación de su jefe que estaba en Bogotá y le exigió la entrega de ocho (8) taxis, o la suma de $800.000.000.oo, ya que tenía unos pagarés y unas letras, que supuestamente Jorge García Rubiano le había firmado, y que la señora María Anactalia tenía a su nombre diez (10) taxis que podían ser entregados en pago de esa deuda; iii) el mismo individuo le dijo que había sido muy amigo de Jorge García y que su interés principal era cobrar la obligación contraída con su jefe y segundo que la FGN no les fuera a expropiar los bienes que tenían, ya que estaban en una lista de testaferros del señor Jorge y además sabía dónde estudiaban sus hijos; iv) su esposa se mostró muy atemorizada y no le permitió hablar con la persona que le hizo esa exigencia; v) ante la amenaza recibida colocaron la denuncia ante el grupo GAULA y luego por temor se tuvo que ir de la ciudad con su grupo familiar, incluyendo a su esposa sus hijos su suegra y su cuñada, lo cual los obligó a manejar sus negocios a control remoto y a considerar la posibilidad de pedir protección a algún estado europeo; vi) no recibieron mayor colaboración de la FGN, y sufrieron graves perjuicios morales y materiales, ya que incluso tuvieron que dejar abandonado su almacén en el centro de la ciudad.

- Debe tenerse en cuenta que la entrevista que rindió el señor Muñoz Gil (Q.E.P.D.) fue admitida como prueba de referencia de la FGN, y que la investigadora Olarte al ser contrainterrogada precisó en su declaración lo siguiente: i) que el señor Ramón Antonio Muñoz Gil manifestó en su declaración que la primera exigencia que hicieron fue sobre ocho (8) taxis; y ii) que a raíz de la solicitud que les hicieron dijo que había estado a punto de dirigirse a consulados europeos para pedir protección, pero que no lo hizo porque sabía que tenían que irse del país y que su suegra y su cuñada quedaban muy solas, por lo cual seguían viviendo todo ese drama.

6.12 En ese sentido se considera que la prueba de referencia antes mencionada corrobora lo expuesto en la denuncia que formuló la señora María Anactalia García el 26 de noviembre de 2007, que fue introducida con esta testigo al juicio donde expuso que el 22 de noviembre de 2007 a eso de las 9.00 horas se hizo presente en su negocio “Almacén Los Toros”, el procesado RDML, quien se identificó como funcionario de la FGN, cuyos cinco primeros números de su cédula eran “10.010”, persona de contextura gruesa y más bien moreno, quien le hizo la exigencia económica en cuantía de $800.000.000, aduciendo la existencia de una presunta deuda contraída con un fiscal de Bogotá por su hermano Jorge Alberto, quien había sido asesinado el 6 de noviembre de 2007, para lo cual el procesado RDML le exhibió unos títulos que según pudo observar no tenían la firma de su prójimo.

6.13 Igualmente la entrevista del señor Ramón Antonio Muñoz Giraldo que fue el ultimado esposo de la señora García, confirma lo manifestado por su viuda inicialmente en la entrevista que rindió el 9 de septiembre de 2008 ante la misma investigadora Olga Lucía Olarte, donde expuso que luego del homicidio de sus hermanos Jorge Alberto y Freddy que se presentó en la misma fecha, el señor RDML se hizo presente en su oficina de la calle 18 con carrera 10 de esta ciudad, para hacerle la exigencia económica en mención en cuantía de $800.000.000, no solo para cubrir la supuesta obligación de su hermano sino para desviar o desaparecer unas investigaciones que se adelantaban contra sus padres, sus hijos y ella por ser testaferros de Jorge Alberto García, previniéndola que de no atender a esas exigencias se quedaría sin nada.

6.14 De lo expuesto anteriormente se deduce que el señalamiento que hizo la señora María Anactalia García en contra del procesado, que fue consistente y uniforme en su denuncia, su entrevista y su declaración durante el juicio, fue verificado con prueba circundante como: i) la entrevista que rindió su esposo Ramón Antonio Muñoz Gil sobre las circunstancias en que se produjo la exigencia económica que le atribuyó al acusado RDML, conferencia que fue admitida como prueba de referencia para el juicio; y ii) las manifestaciones que hizo la investigadora Amparo Olarte de Valencia sobre lo que dijo la señora García cuando se practicó la diligencia de reconocimiento fotográfico del procesado, evidencias que deben considerarse como prueba de corroboración periférica sobre los hechos atribuidos al acusado por la denunciante, frente a la que esta Colegiatura hizo referencia en una providencia dictada el 6 de agosto de 2013, dentro del proceso adelantado contra Carlos Gabriel González Escudero por el delito de “actos sexuales con menor de 14 años”, M.P. Dr. Jorge Arturo Castaño Duque, donde se manifestó lo siguiente:

*“(…)*

*En criterio de la sala mayoritaria en el plenario sí se cuenta con otros medios de persuasión que valorados en conjunto con la prueba de referencia incorporada, son suficientes para estructurar y fundamentar una sentencia adversa a los intereses del acusado, toda vez que demuestran mbcoás allá de toda duda la ocurrencia del delito y la responsabilidad de éste en el mismo.*

*Para sustentar tal aserto, es necesario acoger lo establecido en los precedentes del órgano de cierre en materia penal con respecto a lo que se ha dado en llamar “prueba de corroboración periférica”, y, muy particularmente, el giro interpretativo que ha tenido la jurisprudencia nacional en torno al valor de las pruebas periciales en las conductas sexuales cometidas contra menores de edad.*

*En torno a lo primero –prueba de corroboración periférica- la Alta Corporación expresó en reciente pronunciamiento:*

*“[…] Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar una corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado.*

*En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, los hechos y circunstancias de interés “para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”, entre ellos, los indicios, el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.*

*[…]*

*Aclarado lo anterior, se advierte que el juzgador basó su fallo de condena no solo en prueba de referencia (la entrevista que rindió el señor Manuel Antonio Buitrago), sino que la misma fue confirmada con otro medios de convicción (corroboración periférica), como lo fueron los indicios construidos a partir del dicho de los policiales que participaron en la captura de los procesados, en razón de las voces de auxilio de la ciudadanía que se hallaba en el lugar en donde fue ultimada la víctima (testigo de referencia) y de lo que ellos percibieron directamente (testigos directos), en torno a que los procesados mientras corrían se iban cambiando la ropa.[…]*

*De conformidad con ese precedente, es claro que la premisa planteada por la defensora en cuanto a que el contenido de la prueba de referencia debe confirmarse con una prueba directa, no es cierto, ya que por el contrario éste puede corroborarse “por cualquier medio” en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema, incluso, mediante indicios...”*

6.15 En consecuencia queda claro que no resulta consistente el principal argumento de la juez de primer grado para sustentar su fallo absolutorio, según el cual no existían otras pruebas que ratificaran las acusaciones lanzadas por la señora María Anactalia García contra el acusado en razón de la exigencia económica que este le hizo prevalido de su condición de funcionario de la FGN, que no solo estaba dirigida al cobro de unas presuntas obligaciones contraídas por su hermano Jorge Alberto con “el jefe” del señor RDML que era un enigmático “fiscal de Bogotá”, sino a hacer desaparecer o desviar unas investigaciones que se adelantaban contra la denunciante y otros miembros de su familia por servir de testaferros de su hermano Jorge Alberto García, que de no ser extraviadas o suspendidas iban a culminar en un proceso de extinción de dominio, donde sería despojada de sus bienes.

En ese sentido resulta explicable que por razón de la amistad que dijo tener el señor RDML con Jorge Alberto García Rubiano o por otras circunstancias derivadas de su cargo en la FGN, el acusado se hubiera enterado de investigaciones que se estuvieran adelantando contra esa persona que aún no hubieran sido formalizadas, máxime si se tiene en cuenta que en el escrito de acusación se expuso que el procesado le había mostrado a la señora Anactalia García informes sobre propiedades que tenía su hermano Jorge Alberto, donde se mencionaban como testaferros de este a su esposa y sus hijos, lo cual fue confirmado por la citada dama en su declaración en el juicio oral, donde dijo que el incriminado le había pedido el dinero no solo para atender el pago de las obligaciones referidas, sino para “desaparecer” un acción de extinción de dominio que se iba a promover en su contra sobre bienes que eran de su hermano, información que pudo haber obtenido el acusado por razón de su cargo y que en todo caso resultó confirmada con el inicio de ese trámite al año siguiente como lo dijo la señora García, lo que explica la conminación que le hizo el procesado en el sentido de que en un año “la iba a ver sin nada”, debiendo agregarse que igualmente se obtuvo evidencia en el sentido de que en contra del otro hermano de la señora Anactalia, llamado Fredy, quien había pagado una condena de 15 años de prisión por narcotráfico en Francia (también asesinado), cursaba una investigación por la conducta punible de lavado de activos que se había iniciado con base en las copias que fueron compulsadas por la Fiscalía 16 para que se investigara el presunto incremento patrimonial que este señor obtuvo con una empresa de taxis en esta ciudad, situación que igualmente pudo haber influido en la exigencia ilegal que se le hizo a la señora García en razón de esas circunstancias propias de un integrante de su entorno familiar, pese a que no se hubiera comprobado que el acusado prestaba sus servicios en ese despacho judicial, o que para esa fecha se adelantara alguna investigación contra la denunciante.

6.16 Ahora bien, en atención a las pruebas presentadas por la defensa, hay que hacer las siguientes manifestaciones:

* Del testimonio entregado por el señor Abelardo Ocampo, quien dijo desempeñarse como funcionario de la FGN en la parte administrativa, con funciones de policía judicial, adscrito a la Fiscalía 5ª de Vida, se desprende la siguiente información relevante: i) conoció a RDML hacía cerca de 7 años por ser compañeros de trabajo; ii) para el mes de noviembre del año 2007, RDML trabajaba en la Secretaría de las Fiscalías Locales de Pereira; iii) no tuvo conocimiento sobre los hechos ocurridos el 22 de noviembre de 2007 en horas de la mañana en esta ciudad; iii) con relación al procesado, le comentaron que RDML había ido a cobrar un dinero correspondiente a unas letras de cambio; iv) con antelación a esa fecha había estado con sus compañeros Mauricio Pena, Alejandro Arango, Alonso López y el señor RDML viendo un partido entre las selecciones de Colombia y de Argentina, donde se hizo una apuesta de $20.000 sobre el resultado de ese encuentro; v) el jueves por la mañana (se supone que se refiere al día de los hechos investigados), llegó a su oficina antes de las 8.00 horas y luego se dirigió hacia la Fiscalía 5ª; y vi ) en ese momento se encontró con su compañero Mauricio Pena, quien le dijo que “iba a cobrarle la apuesta al gordo”, o sea a RDML por lo cual decidió acompañarlo, indicando que fueron a su oficina, y hablaran con él entre 30 o 40 minutos y que este no había pagado el valor de “la polla”.
* Por su parte el testigo Mauricio Pena Jaramillo, manifestó en lo esencial lo siguiente: i) para el mes de noviembre de año 2007, se desempeñaba como empleado de la FGN y prestaba sus servicios en la Sala de Atención al Usuario; ii) conocía a RDML hacía 4 años, desde que ingresó a laborar a la FGN; iii) RDML lo enteró sobre la investigación que se estaba adelantando en su contra por concusión; iv) cuando habló con RDML sobre esa situación recordaron que dos días antes de la fecha de los hechos que se le atribuían habían jugado las selecciones de Colombia y de Argentina, por la eliminatoria al mundial de fútbol y que había apostado con RDML $20.000 a que Colombia vencía en ese partido; iv) al día siguiente fue con al Palacio de Justicia entre las 9.00 horas y las 9.30 horas a cobrarle a su amigo el valor de la apuesta, lugar donde se encontró con su compañero Abelardo Cano quien lo acompañó para el efecto, hasta la Secretaría de la Unidad de Fiscalías en el basamento, donde permanecieron unos 10 o 15 minutos; y v) según su declaración y lo que le contó RDML, para la fecha en que se decía que se había presentado la conducta que le atribuyeron, había estado en la oficina de RDML, hablando con él por causa del cobro de la mencionada apuesta.

6.16.1 Sin embargo para la Sala, estos testigos difieren en tres aspectos esenciales ya que: i) el señor Cano afirmó que habían ido a la oficina de RDML luego de las 8 de la mañana a cobrarle la apuesta en mención, mientras que el testigo Pena dijo que el encuentro se dio entre las 9.00 y 9.30 horas; ii) Cano señaló que la reunión duró 30 o 40 minutos y Pena expuso que habían conversado 10 o 15 minutos; y iii) Cano dio a entender que el partido de fútbol se había jugado el día anterior y Pena dijo que habían sido dos días antes de 22 de noviembre de 2007.

Lo anterior puede llevar a considerar que pese a estas imprecisiones que pueden ser explicadas por el paso del tiempo, si se toma en cuenta lo dicho por el funcionario Abelardo Cano sobre la hora en que fueron a la oficina de RDML a cobrar el monto de la citada apuesta, que fue luego de las 8.00 horas (aunque en su entrevista mencionó que eso ocurrió “más o menos a la misma hora en que señalan que el señor Monsalve estaba hablando con esa señora”), lo que queda claro que esa manifestación no desvirtúa lo expuesto por la señora Anactalia García en su denuncia, según la cual, el acusado se hizo presente en su negocio el 22 de septiembre de 2007 a las 9.00 horas, para hacerle la exigencia de los $800.000.000 en los términos ya referidos, por lo cual los testimonios citados no poseen fuerza suasoria suficiente, como para desvirtuar la presencia del acusado en el almacén de la señora García a la hora que esta mencionó en su denuncia.

6.17 Por su parte debe tenerse en cuenta que ante el claro señalamiento que hizo la denunciante contra el señor RDML, a quien pudo identificar por el nombre que estaba consignado en su carnet de la FGN y del cual tomó los datos de los primeros cinco números de su cédula, a quien señaló sin ambages en una diligencia de reconocimiento fotográfico y posteriormente en su declaración en el juicio, entregando una versión coherente con lo dicho en su denuncia y la entrevista que rindió, manifestaciones que fueron confirmadas con prueba colateral como la entrevista de su esposo Ramón Antonio Muñoz Gil que fue admitida como prueba de referencia por causa de su asesinato, aunada a lo dicho por la investigadora Amparo Olarte de Valencia, la Sala no otorga valor probatorio a lo manifestado por Juan David Moreno Castaño y Julián Marín Carmona en las entrevistas que ingresaron al juicio con el investigador privado Néstor Tabares Vallejo en el sentido de que RDML (cuya foto les fue exhibida) nunca se hizo presente en el negocio de la señora García y que la denunciante había inventado la historia de la exigencia económica que atribuyó a RDML, con el único propósito de buscar su salida del país luego del homicidio de sus hermanos.

6.18 Adicionalmente hay que manifestar que los reparos que formuló el investigador Tabares Cardona sobre la manera como fue confeccionado el álbum con base en el cual la señora García hizo el reconocimiento fotográfico del procesado, en cuanto al no cumplimiento de las exigencias de artículo 252 del CPP, por no existir similitud en los rasgos de las fotos usadas para esa diligencia ni en la vestimenta, vendrían a tener relevancia en el caso de que la señora María Anactalia García solamente hubiera hecho el señalamiento contra el acusado durante ese acto de *investigación, lo que no ocurrió en el caso sub examen*, ya que la denunciante igualmente identificó al procesado en medio de su declaración en el juicio, manifestación a la cual se le otorga credibilidad, máxime si afirmó que el día de los hechos conversó con el señor RDML por cerca de 45 minutos, lo que le permitió observarlo detenidamente y señalarlo de inmediato en la diligencia de reconocimiento mediante fotografías, como lo dijo la investigadora Amparo Olarte de Valencia, señalamiento que la testigo García repitió durante el juicio, sin ningún tipo de dubitaciones, lo cual confirma que el señor RDM si fue la persona que realizó las conductas de concusión por las que fue acusado.

6.19 Igualmente se debe manifestar que la defensa presentó otras pruebas documentales así: i) registros del sistema SPOA que reposaban en la base de datos de la FGN contra la denunciante, por violación del artículo 376 del CP; ii) una constancia expedida por la Fiscalía 9 de la Unidad de Patrimonio del 27 de noviembre de 2008, donde se indica que a María Anactalia García Rubiano y Ramón Antonio Muñoz Gil se les adelantaba una investigación por la conducta de Falsedad en Documento Privado, por denuncia formulada por Leonor Mariela Silva; y ii) un oficio del 6 de abril de 2009 remitido por el Fiscal 2 Especializado, Fiscal de apoyo de la Unidad de Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, de la Fiscalía Tercera Especializada, radicado con el número 5398, sobre inicio de una acción de extinción de dominio sobre bienes del señor Walter Rubiano y de los hermanos Jorge Alberto y Fredy Rubiano, donde se certifica que la señora María Anactalia no aparece vinculada a ninguna investigación, pero que se ordenaron medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo y secuestro de bienes entre ellos unos vehículos que estaban a nombre de la citada dama

Sobre estas evidencias debe decirse de una parte, que se introdujeron indebidamente al juicio al no existir testigo de acreditación y que además no reunían el requisito de pertinencia la prueba, ya que no estaban dirigidas en lo esencial a controvertir los fundamentos de la acusación sino a establecer posibles actividades delictivas de la señora García, por lo cual no guardaban relación con el *thema probandum*, que en este caso era el acto de concusión atribuido al procesado RDML.

6.20 En conclusión y como consecuencia del análisis de la prueba practicada en el proceso, la Sala concluye que en este caso hay que ubicarse dentro del contexto de la apremiante situación vivida por la señora García y su familia, ya que se aportó evidencia sobre el homicidio de su hermano Jorge Alberto García Rubiano, que se presentó el 6 de noviembre de 2007 y sobre la muerte violenta de su otro hermano llamado Fredy García Rubiano que ocurrió en la misma fecha, lo que lleva a entender que una exigencia como la que le hizo el procesado, que fue formulada días después de que se cometieran esos asesinatos, tuvo que ejercer una notoria influencia en el ánimo de la señora Anactalia García y en el de su esposo Ramón Elías Muñoz Gil (quien fue ultimado meses más tarde), hasta el punto de que al recibir esa conminación ilegal que les formuló el acusado quien se identificó como funcionario de la Fiscalía General de la Nación, procedieron de inmediato a denunciar el hecho y a abandonar esta ciudad y sus negocios por más de un año, en la creencia fundada de que sus vidas corrían peligro si no accedían a los requerimientos que le hizo el señor RDML, según la versión no desvirtuada de la señora García que fue corroborada con la prueba circundante antes mencionada, lo que permite establecer la relación causal entre la conducta del acusado que constituyó un ejercicio indebido del *metus potestatis*, derivado de su calidad de miembro de la FGN, (tal como se presentó con sus documentos ante la persona que fue víctima del constreñimiento) , para que entregara los $800.000.000 que le fueron solicitados.

6.20.1 Sobre el tema hay que manifestar que la única explicación posible para que la señora García hubiera involucrado en los hechos al acusado RDML, es que el acusado fue la persona que se hizo presente en su oficina para hacerle esa solicitud en cuantía de $800.000.000, haciendo valer su condición de funcionario del ente acusador, condición que fue debidamente demostrada en el proceso, frente a lo cual cabe manifestar que los dichos de la denunciante adquieren mayor credibilidad al haber manifestado que no solamente apuntó el nombre de la persona que le hizo el pedido del dinero o sea RDML, sino los cinco primeros números de su cédula (10.010) que coinciden con los del documento de identidad del procesado (10.010.229), como consta en diversos documentos ingresados al juicio como la copia de su cédula de ciudadanía y las resoluciones de nombramiento y el acta de posesión del acusado

6.21. En ese orden de ideas hay que manifestar que la actuación atribuida al procesado corresponde a un evento de autoría frente a la descripción de la conducta contenida en el artículo 404 del C.P. , ya que abusando de su cargo como Asistente Administrativo II de la FGN, calidad que como se expuso fue debidamente acreditada en el proceso, constriñó a la señora Anactalia García para que le hiciera entrega de la suma de dinero mencionada, no solo para atender el pago de las presuntas deudas contraídas por su hermano Jorge Alberto que había sido asesinado recientemente, sino que se detuviera o desapareciera la referida acción de extinción de dominio, frente a lo cual se cita lo expuesto en CSJ SP del 2 de septiembre de 2009, radicado 29221, donde se dijo lo siguiente:

“(...)

*“·...De acuerdo con los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000, es dable identificar las siguientes formas de intervención en el delito:*

*(i).- Autor.-*

*“Es quien realice la conducta punible por sí mismo (...). Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.*

*Roxin al respecto dice:*

*Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en el que coinciden incuestionablemente la “concepción natural de la vida” y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera* *más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.*

*La obviedad de esta idea se basa no sólo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede indagar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley. Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas describe también al autor. Solo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción (…)”*

6.20.2 Con base en las razones enunciadas se concluye que en este caso la FGN logró demostrar que la conducta del señor RDML se adecuaba al tipo de concusión que describe el artículo 404 del C.P. ya que abusando de su condición de servidor público adscrito a la FGN, que fue debidamente demostrada con la prueba documental allegada al juicio, efectuó actos de constreñimiento contra la señora María Anactalia García Rubiano, que estaban dirigidos a obtener un provecho o utilidad indebida, conforme al contexto fáctico del escrito de acusación.

6.20.3 Para ahondar en razones se hace referencia a lo manifestado en CSJ SP del 1 de junio de 2017, radicado 46165, donde se hizo un estudio a fondo de la conducta punible de concusión y se manifestó lo siguiente en sus apartes más relevantes:

(...)

*Del análisis dogmático y el trato jurisprudencial, que la Corte ha efectuado con relación a este tipo penal, se recuerda (CSJ SP14623–2014, 27 oct. 2014, rad. 34282):*

*2.3.1. El diseño del tipo delictivo exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) Sujeto activo calificado, el servidor público; b) el abuso del cargo o de las atribuciones; c) la ejecución de cualquiera de los verbos: constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas; y d) relación de causalidad entre el acto del servidor público y la promesa de dar o entregar el dinero o la utilidad indebidos.*

*a. El sujeto activo debe ser un servidor público que abuse del cargo o de sus funciones. Se da cuando al margen de los mandatos constitucionales y legales concernientes a la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública, constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer una cosa.*

*La arbitrariedad puede referirse solamente al cargo del que está investido, caso en el cual es usual su manifestación a través de conductas por fuera de la competencia funcional del agente[[6]](#footnote-6), posición aceptada por la jurisprudencia atendiendo la incontrovertible ofensa sufrida por la administración pública. En suma, es susceptible de realización por los servidores públicos que en razón a su investidura o a la conexión con las ramas del poder público, pueden comprometer la función de alguna forma[[7]](#footnote-7).*

*Cualquiera que sea la modalidad ejecutada por el autor, es indispensable la concurrencia del elemento subjetivo predicable de la víctima, el “metus publicae potestatis” que lleva a la víctima a rendirse a las pretensiones del agente. Se ve obligada a pagar o prometer el dinero o la utilidad indebidos por el temor del poder público.*

*Si el medio utilizado no es idóneo por cuanto la víctima no comprende fácilmente que no posee otra alternativa diferente a ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios nacidos de su negativa, el delito no alcanza su configuración[[8]](#footnote-8).*

*La condición de servidor público ha de existir al instante del cumplimiento de la conducta. Es imposible atropellar una calidad de la cual se carece, puede estar temporalmente alejado de ella por virtud de licencia, vacaciones, permiso, etc.*

*b. Constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas una presión sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas. Puede revelarse a través de palabras, actitudes o posturas, la ley no exige una forma precisa de hacerlo.*

*Inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a alguien a que efectúe determinada acción y solicitar es pretender, pedir o procurar obtener alguna cosa.[[9]](#footnote-9)*

*Desde esa perspectiva, la Corte viene divulgando que el constreñimiento se configura con el uso de medios coactivos que subyuguen el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas abiertas mediante un acto de poder. En la inducción, el resultado se obtiene por medio de un exceso de autoridad que va oculto, en forma sutil, en el abuso de las funciones o del cargo, el sujeto pasivo se siente intimidado, cohibido porque si no hace u omite lo pedido, puede resultar perjudicado en sus derechos por el agente.*

*Ello no solo teniendo en consideración el contenido y alcance de los verbos rectores, sino además con arreglo al bien jurídico tutelado, la administración pública, la cual se ve vulnerada con el acto de constreñir, inducir o solicitar, por resultar resquebrajada su estructura y organización, generando en la colectividad sensación de deslealtad, improbidad y deshonestidad[[10]](#footnote-10).*

*Para su consumación basta con la exigencia, no requiere que el desembolso se cause, o se entregue el objeto o la dádiva, por tratarse de un punible de conducta o mera actividad. Basta con la manifestación del acto de constreñir, inducir o solicitar dinero u otra utilidad indebida, independiente de que el sujeto pasivo esté en posibilidad de cumplirla, ha reiterado la Corte recientemente[[11]](#footnote-11).*

*c. El elemento material de la concusión esta (sic) representado por la promesa o la entrega de dinero o cualquier otra utilidad. Como es un delito de conducta alternativa se consuma con la ejecución de cualquiera de estas dos modalidades.*

*Por promesa se concibe el ofrecimiento de un beneficio futuro. El dinero o la utilidad deben ser indebidos, esto es, no deberse a ningún título.*

*No interesa la forma como se haga y si constituye por si misma un negocio ilícito, pues este examen solo importaría en el ámbito civil y no en el campo penal.[[12]](#footnote-12)*

*Tanto la promesa como la entrega de dinero pueden tener como destinatario al propio funcionario o a un tercero, particular o servidor público.*

*Igualmente se ha advertido por la jurisprudencia de esta Sala que para cometer el delito de concusión es presupuesto indispensable que pueda deducirse, además de los elementos referidos, el abuso del cargo o de sus funciones. A este respecto, se ha dicho (CSJ SP, 3 jun 2009, rad. 29769):*

*Como lo viene enseñando la jurisprudencia de la Sala, se abusa del cargo o de la función pública cuando el servidor, al margen de las normas constitucionales y legales a las cuales debe obediencia, es decir aquellas que organizan y diseñan estructural y funcionalmente la administración pública, constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer alguna cosa. El delito se consuma simplemente al ejecutarse cualesquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que la dádiva o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor.*

*Tal conclusión se desprende no sólo del alcance y significación de los verbos rectores empleados por el legislador, sino igualmente del hecho que la administración pública, que es el bien jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, derrumbándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados[[13]](#footnote-13). (Destaca la Sala).* [Subrayado original del texto]”

Como en el presente caso se atribuye al acusado la solicitud indebida de dinero, también es preciso recordar lo expuesto por la Sala acerca de esta específica modalidad de la conducta (CSJ SP, 7 nov. 2012, rad. 39395):

*“Ahora bien, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la conducta ilícita que se le reprocha a la procesada por “solicitar” dinero indebido, debe exhibir para que tenga relevancia penal, las siguientes características: en primer lugar, que la petición la haga un servidor público; en segundo lugar, que ésta sea idónea e inequívocamente dirigida a obtener un provecho o utilidad indebidos, ya para un tercero, ora en beneficio del servidor que hace la ilícita solicitud; y, en tercer aspecto, que el servidor público, al hacerla, abuse del cargo o de sus funciones”.[[14]](#footnote-14)*

*En torno al verbo solicitar, que hace parte de la descripción típica del comportamiento, la Corte ha precisado:*

*“(La solicitud) puede ir acompañada de fuerza física o moral (constreñimiento) o simplemente mueva la voluntad del destinatario por engaño o justo temor, este último en todo caso no generado por violencia o amenazas (inducción).”[[15]](#footnote-15)*

*En otra oportunidad indicó:*

*“Dicha solicitud debe ser inequívoca, pues no toda expresión o comportamiento del funcionario pueden ser tomados como delictuosos. No debe quedar duda, por decirlo de otra forma, acerca de la pretensión del funcionario de poner en venta su propia función o cargo mediante el ofrecimiento directo, y sin necesidad de acudir al ardid o a las amenazas.*

*Es importante señalar finalmente que, en tratándose de una cualquiera de dichas formas de exteriorizar la exigencia, debe permanecer subyacente el denominado metus publicae potestatis como elemento subjetivo predicable de la víctima. De modo que, si la investidura carece de la capacidad de persuadirla, en el sentido de no llegar a comprender fácilmente que no tiene otra alternativa que ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios derivados de su negativa, la conducta no alcanza configuración”[[16]](#footnote-16)* [negrilla original del texto]

6.20.4 A su vez y como la decisión de segunda instancia se fundamenta esencialmente en la valoración que se hace de las manifestaciones que hizo la señora Anactalia García tanto en su denuncia, su entrevista y la declaración que rindió en el proceso donde siempre señaló al procesado RDML como la persona que le hizo la exigencia ilegal, en cuantía de $800.000.000 para los fines ya expuestos, se cita igualmente lo manifestado en la decisión antes referida sobre las condiciones de valoración de la prueba en el delito de concusión, así:

“(...)

 *“...el delito en cuestión, la mayor de las veces, se presenta en un entorno íntimo o privado entre el servidor público y la persona constreñida a darle dinero o cualquier otra utilidad indebidas, suceso que dificulta su demostración, dado que, ante la ausencia de elementos objetivos de confrontación, el debate se centra en la credibilidad de las versiones que ofrezcan denunciante y denunciado.*

*Así, a pesar que la conducta concusionaria suele cometerse en ausencia de testigos, ello no impide que la víctima pueda brindar un relato preciso, claro y, en términos generales, coherente, que al no comportar contradicciones internas en sus expresiones, ni externas en relación a otros medios de convicción, pueda llevar al conocimiento del juez, en grado de certeza, de los hechos y circunstancias materia del juicio y la responsabilidad penal del acusado.*”(Subrayas ex texto)

En ese sentido es necesario reiterar como se ha expuesto a lo largo de este fallo, que el testimonio de la víctima encuentra respaldo en prueba de corroboración periférica, como la entrevista que rindió su difunto esposo Ramón Antonio Muñoz Gil y lo manifestado por la investigadora Amparo Olarte de Valencia (ver apartados 6.11 a 6.14), lo cual conduce esta Colegiatura a considerar que en el caso *sub examen* se reunían los requisitos del artículo 381 del CPP, para dictar una sentencia condenatoria en contra del procesado RDML, como responsable del delito de concusión por el cual se le formuló acusación, por lo cual se revocará el fallo absolutorio de primer grado.

**7. DOSIFICACIÓN DE LA PENA**

Para dosificar la pena a imponer al procesado se atenderá lo dispuesto por los artículos 60 y 61 del Código Penal, que señalan los parámetros que se deben tener en cuenta para la determinación de los mínimos y los máximos punitivos y los fundamentos para individualizar la pena.

6.21.1 En atención a la conducta que se atribuye al señor Rubén Darío Monsalve Londoño se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 404 del CP, que establece una pena de 96 a 180 meses de prisión y multa de 66.66 a 150 SMLMV. Frente a este delito el ámbito punitivo de movilidad es de 84 meses, que al dividirlo en cuartos corresponde a 21 meses. En consecuencia, los cuartos de pena de prisión se fijan así:

PRIMER CUARTO: De 96 a 117 meses de prisión

CUARTOS MEDIOS: De 117 meses y 1 día a 159 meses de prisión

CUARTO MÁXIMO: De 159 meses y 1 día a 180 meses de prisión.

Los cuartos de la pena de multa quedan así

PRIMER CUARTO: De 66.66 a 87,495 SMLMV

CUARTOS MEDIOS: De 87.495 a 129,165 SMLMV

CUATO MÁXIMO: De 129,165 a 150 SMLMV

Al no concurrir ninguna causal de mayor punibilidad, se partirá del límite inferior del primer cuarto de pena es decir de 96 meses de prisión y multa de 66.66 SMLMV siguiendo los lineamientos del inciso 2º del artículo 61 del CP.

Igualmente se condenará al procesado a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por lapso igual al de la pena principal.

7**.2 DEL SUBROGADO PENAL Y OTRAS DECISIONES.**

El artículo 63 del Código Penal (en su redacción vigente para fecha de los sucesos) indicaba que la ejecución de la pena privativa de la libertad podía ser suspendida, siempre que concurrieran dos requisitos a saber: i) uno de orden objetivo relacionado con las pena de prisión que no debía superar los 36 meses; y ii) una exigencia subjetiva que tenía que ver con el análisis efectuado por el fallador sobre las condiciones sociales y familiares del sentenciado, así como de la modalidad y gravedad de la conducta, cuando sean estos indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

Estos requisitos resultan ser concurrentes y como en este asunto la pena impuesta superó los 4 años de prisión, que es el nuevo límite objetivo fijado en el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 63 del C.P., se concluye que no es posible reconocer ese beneficio al sentenciado.

En lo que atañe a la concesión de la prisión domiciliaria y con base el texto del artículo 38 del CP para la fecha de los hechos, hay que manifestar que aunque la redacción actual de esa norma es más favorable ya que el artículo 38 B de CP, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, en la medida en que se estableció como uno de sus requisitos: *“1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos” ,* igualmente se debe tener en cuenta que el artículo 68 A, con sus adiciones y modificaciones (Ley 1142 de 2007, artículo 32, Ley 1453 de 2011, artículo 28, Ley 1474 de 2011, artículo 13, Ley 1709 de 2014 artículo 32 y Ley 1733 de 2016), establece que no se concederán beneficios ni subrogados penales a: *“quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la administración pública”,* por lo cual no sería procedente aplicar *una lex tertia* en favor del procesado usando lo favorable en el factor objetivo relacionado con el mínimo del *plus* punitivo previsto para la conducta punible por la que es sentenciado y la redacción original del artículo 38 del CP, que no contemplaba la restricción mencionada derivada del artículo 68 A del CP, en razón de la naturaleza del delito investigado y el bien jurídico objeto de tutela legal. Sin embargo no se dispondrá la captura inmediata del procesado por las razones que se explicarán a continuación.

**8. SOBRE LA LIBERTAD DEL PROCESADO.**

Como consecuencia de la revocatoria de la sentencia absolutoria de primera instancia, es necesario hacer las siguientes precisiones, relacionadas con la aplicación del artículo 450 del CPP:

8.1 La norma en mención dispone lo siguiente:

“*Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez puede disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*

*Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”*

8.2 En atención al contenido de esa norma, la Sala debe hacer referencia a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-342 del 24 de mayo de 2017, donde se hizo control abstracto de la norma antes citada y se dijo lo siguiente:

“(...) .

*11.1. La Corte resolvió la demanda formulada por un ciudadano en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que contiene el Código de Procedimiento Penal, el cual dispone que el juez al momento de dar el sentido del fallo, podrá ordenar la detención del procesado si esta resulta necesaria. El accionante señaló que tales enunciados vulneran el derecho a la libertad personal y algunas de las garantías del debido proceso, como el acceso a la segunda instancia mediante recurso judicial efectivo y la presunción de inocencia. La Sala consideró que es necesario efectuar la integración normativa con la totalidad del artículo demandado, pues de no hacerlo, la eventual declaratoria de inexequiblidad de las expresiones implicaría que los apartes que no fueron acusados perderían la posibilidad de producir efectos jurídicos.*

*11.2. Como primer asunto la Sala se refirió al amplio espacio de configuración del legislador para regular los procedimientos judiciales, así como los límites del mismo. Señaló que se funda en lo dispuesto por los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, que consagran la cláusula general de competencia del Congreso de la República, que le permite regular los procedimientos judiciales y administrativos. Adicionalmente la Sala identificó cuatro límites de esa facultad configurativa, precisados entre otras, en la Sentencia C-319 de 2013, siendo estos[[17]](#footnote-17): (i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. La norma demandada respeta dichos límites.*

*11.3. En segundo término, la Corte verificó los derechos que el demandante señaló como violados. Respecto de la libertad personal, la Corporación señaló que se trata de un principio y derecho fundamental, que para su protección cuenta con las garantías de la reserva legal y la reserva judicial, precisando que las medidas privativas de la libertad son de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. En lo que tuvo que ver con el debido proceso, se afirmó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana[[18]](#footnote-18) y de la Corte Constitucional[[19]](#footnote-19), el derecho al recurso judicial efectivo supone la existencia de mecanismos procesales accesibles y eficaces que permitan el control y la revisión de las decisiones judiciales, cuando los afectados consideren vulnerados sus derechos. Finalmente y en relación con la presunción de inocencia, la Sala determinó desde su jurisprudencia[[20]](#footnote-20), que se trata de un principio constitucional, un derecho fundamental y una de las garantías del debido proceso, de acuerdo con la cual, la persona sometida a proceso penal deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario, a través de un proceso en el que se le haya declarado judicialmente responsable mediante sentencia ejecutoriada.*

*11.4. Finalmente se procedió a la solución del caso, para lo cual la Corporación afirmó que la interpretación hecha por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el fallo condenatorio consiste en un acto jurídicamente complejo dentro del sistema acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, es constitucionalmente consistente, en el sentido de integrar como una unidad conceptual el anuncio del sentido del fallo y el texto de la sentencia condenatoria que se emitirá después, lo que no excede los límites del amplio espacio de configuración del legislador para el establecimiento de los procedimientos judiciales.*

*11.5. En lo que tuvo que ver con el cargo de violación del derecho a la libertad personal, la Sala encontró que la orden de privación de la libertad establecida por el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal respeta las garantías de la reserva judicial, la reserva legal y el carácter excepcional de las medidas privativas de la libertad, pues se trata de una medida que únicamente ocurre en el primer momento del acto jurídicamente complejo en que consiste la sentencia condenatoria. Para el efecto se precisó, que respecto de la necesidad de la detención, el inciso segundo del artículo 450 demandado debe asumirse en relación con los artículos 54 y 63 del Código Penal, que establecen los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, y no con los criterios que deben ser considerados al decretar la medida de aseguramiento.*

*Igualmente consideró la Sala que esa orden de detención tampoco viola las garantías del debido proceso, pues el afectado cuenta con medios de control adecuados, como son la declaratoria de nulidad del sentido del fallo y de la orden de detención, y el recurso de apelación sobre la sentencia, en virtud del cual podrán ser impugnadas tanto la privación de la libertad, como la declaratoria de responsabilidad penal. Dentro de esta misma perspectiva se concluyó también, que la norma demandada no viola la presunción de inocencia, pues la detención excepcional que se ordena al anunciar el sentido del fallo, constituye una restricción de la libertad dictada por motivos de necesidad, en los términos antedichos.*

*11.6. Como cuestión final la Corte reiteró que el juez de conocimiento tiene la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate[[21]](#footnote-21). Por lo mismo, el funcionario debe asumir rigurosamente, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por lo cual y de conformidad con la doctrina reconocida por la Corte, “las autoridades deben verificar en cada caso concreto la procedencia de los subrogados penales como la prisión o detención domiciliaria, la vigilancia electrónica y la libertad provisional, pues éstas desarrollan finalidades constitucionales esenciales en el Estados Social de Derecho”[[22]](#footnote-22).* (Subrayas ex texto)

8.3 En atención a las consideraciones antes mencionadas debe decirse que en este evento no podrían aducirse las razones mencionadas en el artículo 308 del CPP, que se relacionan con la imposición de una medida de aseguramiento, para ordenar la captura inmediata del procesado, quien se encuentra en libertad, ya que los supuestos de esa norma están relacionados con situaciones previstas en los numerales 1º a 3º de esa norma así : 1. “ *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima “3. Que resulte probable que el imputado comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia”.*

8.4 En ese orden de ideas como en el precedente citado se reafirma el carácter excepcional de la privación de la libertad, debe evaluarse una circunstancia puntual como la comparecencia del señor RDM al proceso según las actas de las audiencias de formulación de acusación en sus diversas sesiones[[23]](#footnote-23), la audiencia preparatoria[[24]](#footnote-24), las sesiones del juicio oral[[25]](#footnote-25), por lo cual siguiendo los términos de la sentencia C-342 de 2017, al evaluar: *”...todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate”,* se considera que en el presente caso no resulta indispensable la privación de la libertad del incriminado, que tiene carácter excepcional según el precedente mencionado, por lo cual su eventual detención a efectos de que descuente la pena impuesta, solo se hará efectiva, de cobrar ejecutoria la presente decisión.

Con base en lo expuesto en precedencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia absolutoria proferida el 29 de octubre de 2009 por el Juzgado Primero del Circuito de Pereira, y en su lugar CONDENAR al señor Rubén Darío Monsalve Londoño como responsable del delito de concusión (Articulo 404 CP).

**SEGUNDO: IMPONER** al señor Monsalve Londoño la pena de noventa y seis (96) meses de prisión y multa de 66.66 SMLMV para el año 2007, y como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

**TERCERO: SE NIEGA** la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural al señor Rubén Darío Monsalve Londoño de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. Sin embargo, su privación de la libertad para cumplir la pena impuesta solo se hará efectiva de cobrar ejecutoria esta decisión de segunda instancia, como se explicó en el apartado número 8 de esta providencia.

**CUARTO**: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**CÓPIESE, NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**(Con salvamento parcial de voto)**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Providencia: Salvamento Parcial de Voto

Proceso:                 Penal

Radicación Nro. : 6600160005820070344503

Procesado: RUBEN DARIO MONSALVE

**TEMA: SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / CONCUSIÓN / PROCEDENCIA DE RECURSO DE APELACIÓN CUANDO EN 2ª INSTANCIA SE REVOCA FALLO ABSOLUTORIO / SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO / VENCIMIENTO DEL TÉRMINO OTORGADO AL CONGRESO PARA LEGISLAR SOBRE EL TEMA /** El suscrito es de la opinión que en lo que tiene que ver con los eventuales recursos que procederían en contra de lo resuelto en el caso subexamine en sede de 2ª instancia, procedía el recurso de apelación, lo que vendría siendo una consecuencia de acatar lo decidido por la Corte Constitucional en tanto en la sentencia # C-792 de 2014, como en la SU-215 de 2016, en la cual se declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidos de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. y como quiera que en la actualidad se encuentra vencido el plazo de 1 año que se le concedió al Congreso de la Republica para que legislará sobre esos tópicos, reiteramos que en contra del presente proveído de 2ª instancia, el que acorde con los términos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias aludidas debe ser considerada como una 1ª sentencia condenatoria, procedería el recurso de apelación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

(…)

Pero lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es algo de dudoso obedecimiento o acatamiento, lo que de tajo está desconociendo la obligatoriedad de lo fallado por la Corte Constitucional en las sentencias # C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, en las cuales como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos diferidos de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. se reconoció el derecho que tienen los Procesados absueltos de apelar el fallo que revoca la absolución.

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO:**

Si bien es cierto que comparto en su esencia lo resuelto y decidido en el presente asunto, razón por la que decidí acompañar en su gran mayoría la propuesta de la ponencia, de igual manera considero que existen potísimas razones que me obligan a discrepar de manera parcial en lo que atañe con la decisión tomada por la Sala mayoritaria respecto al recurso del cual sería susceptible el fallo de 2ª instancia que desató la alzada.

El suscrito es de la opinión que en lo que tiene que ver con los eventuales recursos que procederían en contra de lo resuelto en el caso *subexamine* en sede de 2ª instancia, procedía el recurso de apelación, lo que vendría siendo una consecuencia de acatar lo decidido por la Corte Constitucional en tanto en la sentencia # C-792 de 2014, como en la SU-215 de 2016, en la cual se declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidosde las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. y como quiera que en la actualidad se encuentra vencido el plazo de 1 año que se le concedió al Congreso de la Republica para que legislará sobre esos tópicos, reiteramos que en contra del presente proveído de 2ª instancia, el que acorde con los términos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias aludidas debe ser considerada como una 1ª sentencia condenatoria, procedería el recurso de apelación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

Ahora bien, no se desconoce la posición asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 27 de julio 2016, Radicado # 48442, la cual, a fin de hacerle el esquince al derecho que le asiste a los Procesados para impugnar de manera excepcional el primer fallo de condena, expuso lo siguiente:

“La Sala ha de precisar que no existe posibilidad de dar trámite al recurso de “apelación” irregularmente instituido por el Tribunal para permitir de los afectados con la sentencia, controvertirla, simplemente porque no es este un mecanismo que tenga soporte legal, ni mucho menos, cuente con habilitación de competencia o un trámite específico en la ley, cuando se trata de impugnar el fallo de segunda instancia, evidente como se hace que la norma procesal vigente para el caso, Ley 906 de 2004, solo habilita el recurso extraordinario de casación, de conformidad con el procedimiento allí establecido.

Y si bien, como se anota en la justificación surtida por el Ad quem para soportar la concesión del hoy inexistente recurso de apelación contra la sentencia de segundo grado, la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014, advirtió necesario exhortar al legislador para la expedición de una ley que permita impugnar los fallos condenatorios cuando ellos se dictan por primera vez, es lo cierto que la omisión en que incurrió el Congreso de la República en el lapso de un año otorgado para el efecto, impide materializar esa posibilidad, así en la parte sustancial de la referida sentencia de exequibilidad, la Corte Constitucional signifique que procede la dicha impugnación incluso para el caso en que se desatendiera, como sucedió, su exhorto al legislativo.

(::::)

Nada más debe añadir la Sala a lo consignado en la transcripción precedente, pues, se reitera, con el irregular trámite ofrecido a la defensa por el Tribunal, no solo asumió una competencia jamás deferida por la ley, sino que creó un recurso inexistente a partir de un trámite que, huelga anotar, tampoco comporta soporte legal.

De esta manera, como se evidencia claro que en contra de la sentencia de segunda instancia, no importa su contenido, solo opera el recurso extraordinario de casación, el cual ha sido soslayado para introducir un mecanismo ordinario hoy carente de sustento legal, la Corte no solo debe restablecer la integridad del procedimiento, anulando la tramitación espuria, sino que ha de permitir de la parte afectada con el fallo, acudir al único medio establecido legalmente para controvertirlo, de conformidad con lo que regula el artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en consonancia con los artículos 181 y 184 ibídem.

Con base en lo anterior, dejo expresada las razones y motivos por las cuales me vi en la imperiosa necesidad de aclarar mi voto en el presente asunto…..”[[26]](#footnote-26).

Pero lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es algo de dudoso obedecimiento o acatamiento, lo que de tajo está desconociendo la obligatoriedad de lo fallado por la Corte Constitucional en las sentencias # C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, en las cuales como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos diferidosde las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. se reconoció el derecho que tienen los Procesados absueltos de apelar el fallo que revoca la absolución.

Dichos precedentes tienen plena vigencia y por ende se tornaron como obligatorios en atención a que en la actualidad se encuentra más que vencido el plazo de un año que se le concedió al Congreso de la Republica para que legislará sobre esos tópicos, por lo que se reitera, según los términos expresados en dichos precedentes los mismos han adquirido plena vigencia y por ende son obligatorios sin necesidad que se haya legislado o reglamentado su aplicación, lo cual sería lo ideal pero que por desgracia ello no se dio, como bien de manera categórica lo expresó la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“De acuerdo con este planteamiento, la Corte concluye que el legislador tiene el deber constitucional de diseñar e implementar un recurso que materialice el derecho a controvertir los primeros fallos condenatorios que se dictan en un juicio penal, el cual debe otorgar amplias potestades al juez de revisión para analizar y evaluar las cuestiones fácticas, probatorias y normativas que inciden en el contenido de la decisión judicial objeto del recurso.

(:::)

Por esta circunstancia, el mecanismo idóneo para subsanar el déficit normativo no es un fallo de exequibilidad condicionada, porque se requiere de la intervención directa del órgano legislativo para este efecto. En este orden de ideas, la Corte adoptará las siguientes decisiones: (i) Declarará la inconstitucionalidad de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarará la exequibilidad de los preceptos anteriores, en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) la declaratoria de inconstitucionalidad será diferida a un año, contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia; (iv) se exhortará al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias; **(v) se dispondrá que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena……**”[[27]](#footnote-27).

A lo anterior se hace necesario adicionar que por tratarse uno de los precedentes enunciados de una sentencia de constitucionalidad, los mismos son de obligatorio cumplimientos y acatamiento con bien nos lo indica el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la siguiente manera:

“Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general……”[[28]](#footnote-28).

Con base en lo anteriores argumentos, dejo sentadas las razones y motivos por las cuales de manera parcial me vi forzado a salvar mi voto en el presente asunto.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

*Fecha Et Supra*

1. Folio 9 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala de Casación Penal. M.P. Marina Pulido de Varón. Expediente 16.319. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sala de casación Penal. 10 de septiembre de 2003. Expediente 01856 [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de junio de 1999. M.P. Luis Enrique Romero Soto. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cita la sentencia del 11 de febrero de 2003. Rad. 16.319. M.P. Marina Pulido de Barón [↑](#footnote-ref-5)
6. BERNAL PINZÓN Jesús, delitos contra la administración pública p. 61. [↑](#footnote-ref-6)
7. Radicado No. 29769 del 3 de junio de 2009. [↑](#footnote-ref-7)
8. Radicado No. 21961 del 22 de septiembre de 2004. [↑](#footnote-ref-8)
9. C.S.J. Sala de Casación Penal, Radicado No. 18.798 del 12–2–02 [↑](#footnote-ref-9)
10. C.S.J. Sala de Casación Penal, Radicado No. 15910 del 19 de XII–01 [↑](#footnote-ref-10)
11. Radicado No. 27703 del 8 de junio de 2011. [↑](#footnote-ref-11)
12. BERNAL PINZÓN JESÚS, Delitos contra la administración pública, p.72. [↑](#footnote-ref-12)
13. Entre otros, rad. 15910 del 19 de diciembre de 2001. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 7 de marzo de 2007. Rad. 23732. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 7 de marzo de 2007. Rad. 23732. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fallo de 10 de septiembre de 2003. Rad. 18056. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia C-319 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 5 [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C No. 220, párrafo 142. Este fallo reitera y precisa el precedente contenido en los casos Caso Baena Ricardo contra Panamá, citado en la sentencia de fondo del Caso de los 19 Comerciantes contra Colombia. Sentencia de julio 5 de 2004. Serie C No. 109, párrafo 192 [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia C-1195 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica No. 4.3, citando la Sentencia T-268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell [↑](#footnote-ref-19)
20. Sentencia C-003 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez, consideración jurídica No. 3.1.1 [↑](#footnote-ref-20)
21. Alrededor de la vigencia de este principio en materia penal se han referido entre otras las sentencia T-401 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-788 den 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia T-276 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.5.1.3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 16,18, 33, 64 y 65 `33, [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 71 [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 166, 169y 307b [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 27 julio de 2016. AP4810-2016. Radicado # 48442. [↑](#footnote-ref-26)
27. Corte Constitucional: Sentencia # C-792 del veintinueve (29) de octubre de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. {Negrillas fuera del texto}. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artículo 48 de la Ley 270 de 1.996. [↑](#footnote-ref-28)