

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL**

**SENTENCIA P- N° 123**

**APROBADA ACTA N° 074**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ**

**TUNJA, quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021)**

**ASUNTO**

Después de rituado el juicio oral y anunciado el sentido absolutorio del fallo, profiere esta Sala la sentencia condigna con la cual culmina la primera instancia de la causa adelantada contra PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, acusado como determinador del delito de Fraude Procesal y autor del delito de Concierto para delinquir, y FERNANDO SOLER ROJAS, acusado como coautor de las conductas de Cohecho Propio, Concusión y Asociación para la Comisión de un delito contra la administración pública y autor de Prevaricato por Acción Agravado.

**HECHOS**

Con ocasión a la interceptación de comunicaciones dispuestas por la fiscalía

a diversos abonados telefónicos de personas cercanas a PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO alias "orejas", cuyas actividades venían siendo objeto de monitoreo por la sospecha de estar vinculado al narcotráfico, se escucharon comunicaciones efectuadas en los años 2008 y comienzos de 2009 que comprometían a los servidores públicos PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, Fiscal 15 Seccional de Tunja y FERNANDO SOLER ROJAS, Juez Promiscuo Municipal de Pauna, en actos en los que ponían la función pública al servicio de los intereses de aquel investigado

Según el análisis efectuado por el ente acusador a las conversaciones interceptadas, WILSON PEÑA QUIÑÓNEZ y LUIS GERARDO LÓPEZ PEÑA, personas del círculo de confianza de "Orejas", contactaron al testigo WILSON GARCÍA LÓPEZ para que cambiara la versión que había ofrecido sobre la responsabilidad de RINCÓN CASTILLO en el doble homicidio de ÉDGAR SIERRA CARO y MAURICIO RUSSI VILLAMIL, a cambio de dinero, a cuyo efecto se habían concertado con el fiscal PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, a quien, por vacaciones del titular, encargaron de la Fiscalía 9 Seccional de la ciudad, donde se adelantaba la investigación bajo el radicado 2007-80050, para que ordenará recibir una ampliación de entrevista al testigo por parte de policía judicial, lo cual se materializó el 28 de julio de 2008.

Con fundamento en la retractación de este testigo, el 1º de junio de 2009 se produjo la orden de archivo dentro de esas diligencias por parte del Fiscal 9º Seccional de Tunja, JUAN CARLOS CABANA, so pretexto de la imposibilidad de establecer quién era el sujeto activo de esos delitos.

En otra conversación la fiscalía dijo detectar la camaradería existente entre el fiscal PEDRO NEL CASTRO DÍAZ y gente cercana a la organización de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, a punto de considerarlo un concertado al servicio de los intereses de esta persona, por un lapso de cuatro (4) años corridos entre los años 2008 a 2011, para cometer distintas conductas punibles indeterminadas tales como sobornos, coacción a testigos, cohecho, etc.

Esas mismas interceptaciones permitieron establecer las maniobras ejecutadas por personas cercanas a PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO tendientes a favorecer su situación procesal con ocasión al homicidio de MIGUEL PINILLA PINILLA, que este consumara el 1 de mayo de 2008 en el municipio de Pauna.

Con ocasión a esos hechos, el 2 de mayo de 2008, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Pauna, regentado por FERNANDO SOLER ROJAS, la fiscalía obtuvo que se produjera orden de captura contra el indiciado RINCÓN CASTILLO, con el propósito de hacerlo comparecer al proceso y apoyando la inferencia de autoría en las entrevistas de JOSÉ LIBARDO PACHÓN FAJARDO, LUIS ENRIQUE PINILLA y RUTH MAYERLY PEÑA PORRAS.

Meses después, el 8 de septiembre de 2008, a pedido de la defensa de RINCÓN CASTILLO, se adelantó audiencia preliminar ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Pauna, en la que se solicitó revocar la orden de captura expedida en su contra, con el argumento de la disolución de la finalidad invocada para expedirla y de la pérdida de sustento de la inferencia de autoría contra el indiciado, a cuyo efecto adujo una certificación expedida por la fiscalía instructora admitiendo carecer de elementos probatorios para efectuar una imputación a la que el indiciado ofrecía presentarse y por otro lado entrevistas de los testigos en las que se retractaban de sus señalamientos contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

En dicha audiencia el entonces juez FERNANDO SOLER ROJAS se inhibió de proveer de fondo, aduciendo que tal audiencia no hacía parte de las previstas en la ley para ser desarrolladas en fase de control de garantías, sin embargo, su superior funcional, el Juez Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá, le ordenó en segunda instancia, el 5 de noviembre de 2008, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de RINCÓN CASTILLO, que debía definir el asunto de mérito.

Retornada la causa al Juzgado Promiscuo Municipal de Pauna, el día 14 de

noviembre de 2008, el titular del despacho, insistiendo en que esa audiencia no debía realizarse, pero que le correspondía atender lo ordenado por la instancia de segundo grado, accedió a la pretensión de la defensa de revocar la orden de captura, acogiendo sus argumentos jurídicos y probatorios, en una decisión recurrida por la fiscalía y confirmada por su superior funcional en audiencia de 14 de enero de 2009.

La fiscalía infiere, a partir de algunas comunicaciones interceptadas de esos días previos, concomitantes y posteriores al 14 de noviembre de 2008, que esa decisión fue producto de un acuerdo a cambio del cual el juez SOLER ROJAS recibió una paga en dinero y, por esa misma vía, la estima apartada del derecho.

También se captó una comunicación el 6 de marzo de 2009 en la que, según la fiscalía, interviene el acusado FERNANDO SOLER ROJAS, en la que solicita ayuda económica a WILSON PEÑA para reparar un vehículo que había averiado días atrás.

Los plurales defectos en la autenticación de esas evidencias documentales (audios) y en la acreditación de su sometimiento positivo a los controles judiciales a su obtención dejaron insustentados probatoriamente los cargos de la fiscalía, mientras que la decisión de FERNANDO SOLER ROJAS de revocar la orden de captura se encuentra como una solución admisible desde una perspectiva constitucional y legal.

## **IDENTIDAD DE LOS PROCESADOS**

i. PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 4'095.999 expedida en Chiquinquirá (Boyacá), nacido en esta localidad el 24 de junio de 1951, hijo de DANIEL CASTRO y MERCEDES DÍAZ, con estudios superiores en derecho y titulado como abogado.

ii. FERNANDO SOLER ROJAS, identificado con la cédula de ciudadanía número 19'114.804 expedida en Bogotá (Cundinamarca), nacido en esta localidad el 31 de mayo de 1950, hijo de ELEUTERIO SOLER y GERARDINA ROJAS, con estudios superiores en derecho y titulado como abogado.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

Los días 14 a 17 de abril de 2016, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Duitama, se llevaron a cabo las siguientes audiencias preliminares: i) legalización de allanamientos, ii) control posterior de interceptación de comunicaciones, iii) legalización de captura y iv) formulación de imputación; en contra de SIMÓN EDUARDO MARTÍNEZ ESCANDÓN como autor mediano del delito de falso testimonio, coautor de soborno y fraude procesal; contra FERNANDO SOLER ROJAS como coautor de las conductas de cohecho propio, concusión y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y autor de Prevaricato por Acción Agravado; y contra PEDRO NEL CASTRO DÍAZ en calidad de determinador de fraude procesal y coautor de concierto para delinquir, v) imposición de medida de aseguramiento, siéndoles impuesta detención preventiva domiciliaria, y vi) control previo de la obtención de muestras.

Al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de declarar legal la captura de PEDRO NEL CASTRO DÍAZ y SIMÓN EDUARDO MARTÍNEZ ESCANDÓN, el 19 de julio 2016, el Juez Primero Penal del Circuito de Duitama revocó esa determinación.

El día 09 de agosto de 2016, la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal de Bogotá presentó escrito de acusación en contra de los prenombrados, asignándose la actuación a esta Sala.

Los magistrados integrantes en su momento de esta Sala de decisión del Tribunal Superior de Tunja, a saber, CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS, EDGAR KURMEN GÓMEZ y el ponente JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ

presentaron impedimento para conocer del asunto, con fundamento en la causal cuarta del artículo 56 de la ley 906 de 2004.

El 9 de noviembre de 2016 la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia declaró infundado esa manifestación de impedimento.

Presentada recusación contra la Magistrada CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS por parte de la defensa de SIMÓN EDUARDO MARTÍNEZ ESCANDÓN, los restantes magistrados de la Sala se pronunciaron el día 25 de enero de 2017 declarándolo infundado.

La Fiscalía presentó solicitud de cambio de radicación a otro distrito judicial bajo el argumento de existir circunstancias que transgredían la imparcialidad e independencia de la administración de justicia, por cuanto, los acusados pertenecían a la Fiscalía y a la Rama Judicial de este distrito, lo que limitaba la observancia de las garantías para adoptar una decisión con objetividad, con respecto a lo cual, en providencia de 17 de marzo de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia rechazó la solicitud.

El 26 de abril de 2017, las diligencias fueron remitidas al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá a fin de dar trámite a la solicitud de libertad por vencimiento de términos elevada por el apoderado de FERNANDO SOLER ROJAS, siendo devueltas dos días después; sin embargo, el 02 de mayo siguiente el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá requirió nuevamente el expediente, por lo que en la misma fecha se accedió a ese pedimento.

El 04 de mayo de 2017, esta Sala de decisión fijó el día 15 de mayo como fecha para efectuar la audiencia de formulación de acusación, oportunidad en la que el procesado SIMON EDUARDO MARTÍNEZ ESCANDÓN manifestó que ostentaba el cargo de Procurador Judicial II Penal, en orden a lo cual, se dispuso la ruptura de la unidad procesal y la remisión de la causa con respecto a este aforado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

dando alcance a lo previsto en los artículos 253 numeral 4º de la Constitución Política y 23 numeral 9º de la Ley 906 de 2004.

A solicitud del Ministerio Público y la Fiscalía se reprogramó la audiencia para el 01 de junio de 2017, fecha en la que la defensa solicitó tiempo para examinar los documentos que le fueron trasladados, razón por la que se suspendió para el día 15 del mismo mes y año.

En audiencia realizada el 09 de junio de 2017, el Juzgado Segundo Penal Municipal de control de garantías de Tunja le concedió a FERNANDO SOLER ROJAS la libertad por vencimiento de términos.

El 15 de junio de 2017, la fiscalía formuló la respectiva acusación, en la que le atribuyó a FERNANDO SOLER ROJAS, a título de coautor, los delitos de cohecho propio, asociación para la comisión de delitos contra la administración pública y concusión y autor de prevaricato por acción agravado y ; a PEDRO NEL CASTRO DIÁZ, a título de coautor, el delito de concierto para delinquir y determinador de fraude procesal.

EL 31 de julio de 2017 el defensor de PEDRO NEL CASTRO DÍAZ solicitó el aplazamiento de la audiencia preparatoria programada para el 08 de agosto siguiente, ante la necesidad de preparar su defensa, por ello, se reprogramó para el 05 de septiembre de 2017, sin embargo, no se realizó en esa fecha porque el defensor de FERNANDO SOLER ROJAS expresó que no seguiría prestándole asistencia legal, por ello, con auto de 31 de agosto de ese año, este Tribunal ofició a la Defensoría del Pueblo para que le asignara uno de oficio.

Designado nuevo defensor para SOLER ROJAS, se fijó el día 04 de octubre de 2017 como fecha para realizar la audiencia preparatoria, pero, dicho profesional y la fiscal de apoyo solicitaron su aplazamiento, siendo reprogramada para el 18 de octubre de 2017 y, aunque en esa fecha se instaló la audiencia, se aplazó por la inasistencia del defensor de FERNANDO SOLER

ROJAS a quien se le requirió para que presentara las respectivas exculpaciones.

Con auto de 23 de noviembre de 2017, esta Sala fijó el 17 de enero de 2018 como fecha para celebrar la audiencia, a cuyo efecto se tuvo en cuenta que la Doctora Cándida Rosa Araque de Navas se encontraba en uso de permiso para los días disponibles de diciembre siguiente y que no había más disponibilidad para agendar la diligencia.

El 14 de diciembre de 2017 el fiscal de la causa solicitó el aplazamiento de la audiencia, por ello, fueron agendadas para el 07 de febrero siguiente y, aunque en esa fecha se instaló la audiencia preparatoria, para continuarla se programó el 9 de abril de 2018, sin embargo, a solicitud de la fiscalía solo se efectuó hasta el 27 de abril del mismo año, ocasión en la que se efectuaron las enunciaciones probatorias.

El 5 de junio siguiente continuó la audiencia con las solicitudes probatorias y el 26 de junio de 2018 se produjo el decreto probatorio, decisión contra la cual la fiscalía interpuso el recurso de apelación, siendo desatado el recurso por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con auto de 08 de mayo de 2019.

El 05 de junio de 2019 se finalizó la audiencia preparatoria, con fijación del decreto probatorio, atendiendo lo decidido por la Corte Suprema de Justicia y se fijó el dos de julio siguiente como fecha para iniciar la audiencia de juicio oral que se suspendió a pedido de la fiscalía y continuó en sesión del 24 de septiembre de 2019.

El 07 de noviembre de 2019 el representante del ente acusador solicitó el aplazamiento de la continuación de la audiencia programada para los días 12 a 15 de noviembre de 2019, por ello, se reprogramó para los días 04 y 05 de febrero de 2020, pero, el 30 de enero de 2020 el defensor de PEDRO NEL CASTRO DÍAZ solicitó su aplazamiento por dificultades para acceder a los audios ordenados como prueba de cargo.

Con auto de 03 de febrero de 2020, esta Sala fijó los días 03 y 04 de marzo de 2020 como fechas para proseguir la audiencia, ocasión en la que se recaudaron pruebas de cargo, a cuyo término se señaló el día 02 de abril para darle continuidad al juicio; sin embargo, la fiscalía pidió nuevamente el aplazamiento, teniendo como sustento las recién adoptadas medidas de emergencia por la pandemia de Covid-19; por ello, el 19 de marzo de 2020 la Sala dispuso acceder al pedimento, advirtiendo que una vez las condiciones del país lo permitieran se reprogramaría la audiencia.

El 04 de noviembre de 2020, este Tribunal fijó los días 18 y 19 de noviembre de 2020 para dar continuidad al juicio oral, ocasión en la cual concluyó la práctica probatoria el 30 de noviembre de 2020 y las partes pidieron se diera tiempo suficiente para preparar los alegatos.

La continuación de la audiencia fue programada para el 10 de febrero de 2021, sin embargo, con auto del día 05 del mismo mes y año, en virtud a la inminente variación en la composición de la Sala de decisión, se programó para el 24 de marzo de 2021 hogaño para su realización, contando con la presencia de los magistrados RICARDO ALONSO ARCINIEGAS GUTIÉRREZ y LUIS FERNANDO CASAS MIRANDA.

Oídos los alegatos de las partes e intervinientes, como los magistrados posesionados recientemente necesitaban tiempo para conocer el proceso y su prueba, se fijó el día 11 de mayo para anunciar el fallo, pero, surtida una sala de discusión previa se acordó aplazar en espera de la posesión del Magistrado designado en carrera PAOLO FRANCISCO NIETO AGUACIA, con quien se surtieron dos salas de discusión (9 y 18 de junio), antes de acordar el sentido del fallo.

## **ALEGATOS DE LAS PARTES E INTERVINIENTES**

### **i. La Fiscalía.**

Solicita se profiera sentencia condenatoria contra los procesados por los cargos que les fueron formulados, con los siguientes argumentos:

Señala que con el testimonio de la investigadora YULLY ANDREA MOJICA ESPAÑA se incorporaron las interceptaciones de comunicaciones telefónicas que obraban en veintiocho (28) Dvd's dentro del expediente con el radicado 2008-00034 que se encontraba en la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, los cuales fueron acopiados y sometidos a cadena de custodia.

Los registros de esas conversaciones permitieron escuchar la familiaridad existente entre el fiscal acusado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ y un grupo de personas cercanas a PEDRO NEL RINCÓN alias "Orejas", lo que se explica porque dicho servidor público era constantemente consultado para prodigar favores a esa organización.

Al efecto, señala que de la evidencia N° 17 se escucharon registros de comunicaciones correspondientes al día 28 de julio de 2008, en los que JORGE CÓMBITA y una persona vinculada a la fiscalía que, de acuerdo a la identificación efectuada por la testigo, es el acusado PEDRO NEL CASTRO, él da indicaciones de cómo se va a recibir una entrevista y sobre lo que debe decir ese testigo; en el registro H10730977 se escucha a ese funcionario dar indicaciones de dónde debe presentarse el testigo y que allí lo va a recibir PEDRO NEL; en el registro H107030080 se habla acerca de la retractación que va a hacer el testigo y se discute el valor a pagar por dicha retractación; en el registro H117031693 el acusado CASTRO DIAZ le dice a su interlocutor que la persona debe ir a la fiscalía novena, de la cual estaba encargado por esos días, después se escucha una conversación en la que le preguntan cómo salió el asunto y él dice que dejó al declarante con el investigador; en el registro H167036418 se acuerda hacer una llamada cuando el testigo haya salido y hay otra conversación en la que el acusado dice que no supo cómo le fue al declarante porque estaba en audiencia; en otras conversaciones en las que participa el acusado se organizan las estrategias de defensa con los abogados

del investigado Pedro Orejas, por ejemplo con la abogada JULIA MURILLO con la que se habla de la conformación de la bancada de defensa y se ventilan temas procesales.

Respecto a FERNANDO SOLER en las conversaciones se nota la familiaridad y cercanía con la misma organización de PEDRO OREJAS, a través de la secretaria del juzgado, que es Nubia, especialmente revelado en el trato con la abogada JULIA MURILLO con la que se comunican para razones y temas del proceso por homicidio. También es evidente la familiaridad con JORGE alias "Comba" y sostiene que en ese trato de confianza al juez acusado se le conoce como "Cuper" y a la secretaria como "Cupercita". Expresa que otra muestra de esa cercanía es que cuando el proceso del homicidio regresa de Chiquinquirá a manos del juez SOLER se expresa el beneplácito y se celebra ese hecho.

Alude a un registro en el que NUBIA habla con "Comba" acerca del choque de un carro y le pasa el teléfono al acusado FERNANDO SOLER, con quien se evidencia confianza y familiaridad y en esa intervención al interlocutor le piden dinero para reparar el vehículo colisionado.

Alega que esas interceptaciones sirven para demostrar la intervención del fiscal PEDRO NEL CASTRO para manipular un proceso, a través de la declaración de un testigo, y también demuestran que el juez FERNANDO SOLER intervino para revocar la orden de captura contra PEDRO OREJAS y que existe una relación entre él y la secretaria del juzgado, con el círculo cercano a PEDRO OREJAS y que es por eso que hacen la solicitud de dinero para reparar un vehículo.

Estima que el hecho de que la testigo MOJICA ESPAÑA no sea fonoaudióloga no la descalifica para identificar las voces de quienes intervinieron en las conversaciones y que esa actividad es acorde a las funciones que ella como investigadora realiza y que, una tal exigencia, implica tarifar la prueba, cuando era carga probatoria de la defensa desvirtuar esos señalamientos.

Sostiene que el testimonio de MAYERLY PEÑA reveló las actividades que se hicieron para evitar que ella declarara en juicio y se retractara de sus señalamientos contra PEDRO OREJAS y que da cuenta de las circunstancias antecedentes a los hechos que son materia de la acusación, relacionados con un direccionamiento para obtener la revocatoria de la orden de captura contra PEDRO NEL RINCÓN.

Rememora que el juez FERNANDO SOLER se abstuvo de resolver la solicitud de revocatoria de la orden de captura, porque tal audiencia no estaba contemplada en el procedimiento y que el Juez Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá al resolver la apelación interpuesta por la defensa le ordenó al juez acusado que resolviera de fondo y que así es como se produjo la revocatoria de dicha orden de captura en decisión que constituye el elemento objetivo del delito de prevaricato.

Finalmente concluye la Fiscalía en que la defensa no desvirtuó los cargos y que por ello existe la convicción de la responsabilidad de los dos acusados en los delitos que se les atribuyeron, específicamente los delitos de concierto para delinquir y fraude procesal con relación al acusado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, quien trabajaba mancomunadamente con un grupo de personas cercanas a PEDRO OREJAS y que manipuló el testimonio de una persona para obtener una decisión que lo favoreciera y con relación a FERNANDO SOLER ROJAS da por probados el delito de prevaricato agravado al revocar la orden de captura expedida contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, así como los delitos de cohecho propio, concusión y asociación para cometer delitos contra la administración de justicia.

## **ii. El Ministerio Público.**

Impetra la absolución de los procesados porque la fiscalía no cumplió con la demostración de los cargos.

La señora Procuradora recuerda que la actividad probatoria de la fiscalía estuvo fundada en las interceptaciones telefónicas originadas en el proceso

adelantado contra PEDRO RINCÓN CASTILLO bajo el radicado 2008-00034 y que en esas conversaciones, en efecto, se escuchan situaciones irregulares para favorecerlo en tres investigaciones penales, entre ellas una por un homicidio cometido en el municipio de Pauna, del que fue testigo MAYERLY PEÑA, cuyo dicho sirvió de fundamento para dictar orden de captura contra RINCÓN CASTILLO y en ese proceso a esta testigo se le pagó para que se retractara, pero, ella en el juicio relató todo lo ocurrido y su declaración sirvió de soporte para la condena contra alias "Orejas".

Refiere que en el proceso No. 2007-80050 se investigaba la muerte de dos personas ocurridas en el municipio de Pauna y en esa investigación había rendido sendas entrevistas WILSON GARCÍA LÓPEZ en agosto de 2007 y febrero de 2008, pero, posteriormente rindió una que origina la acusación por Fraude Procesal contra el fiscal PEDRO NEL CASTRO DÍAZ. Dicho testigo en las entrevistas iniciales había señalado a PEDRO NEL RINCÓN como determinador de ese doble homicidio, pero, el 28 de julio de 2008, rindió entrevista ante la Fiscalía Novena de la cual estaba encargado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ en la que se retractó de esos señalamientos y con fundamento en esa retractación se ordenó el archivo de la investigación.

Señala que respecto a los elementos materiales probatorios a introducir con la testigo EDNA JULIANA BERDUGO relacionadas con piezas procesales tomadas del proceso 2007-80050, tales como las entrevistas de WILSON GARCÍA LÓPEZ, la inspección a los cadáveres y las necropsias de las dos víctimas, aunque le fueron presentados los documentos a la testigo y ella los reconoció, dejaron de ser incorporados, sin que se conocieran sus contenidos, por eso, no es posible conocer si hubo cambio en la versión de aquel testigo.

En lo atinente a los registros de conversaciones telefónicas se trajo como testigo de acreditación a YULLY MOJICA ESPAÑA, pero no se cuenta con elementos para verificar quiénes son las personas que intervienen en esas conversaciones, no se sabe quiénes son los titulares de los abonados telefónicos interceptados, no se aportó prueba a quiénes pertenecían esas líneas telefónicas y recuerda que la Corte Suprema admitió esas

interceptaciones pero advirtió que debería someterse al rigor de la incorporación probatoria.

Considera que las interceptaciones son una prueba compleja en orden a darle autenticidad a sus contenidos, pues el funcionario de policía judicial solo transcribe las escuchas, da una opinión sobre las mismas y lo que significan, pero no acredita quiénes son esos interlocutores porque no cuenta con elementos que permitan saberlo, como en este caso en que se omitió acudir a prueba técnica para saber a quiénes pertenecían esas voces. Recalca que esas interceptaciones no se autenticaron y que no se puede establecer nexos entre los contenidos de las conversaciones y los acusados, porque nadie determinó que algunas de esas voces fueran de ellos y, por eso, esas interceptaciones no cumplen con criterios de autenticidad para reconocerles valor probatorio conforme a la Ley 906 de 2004.

Con respecto al cargo contra FERNANDO SOLER por el delito de prevaricato, recuerda que en una primera decisión él se inhibió de pronunciarse de fondo sobre la petición de revocatoria de la orden de captura, aduciendo que esa era una audiencia atípica y fue su superior funcional el que le ordenó pronunciarse de fondo. Por otra parte en esa audiencia del 14 de noviembre de 2008 al acusado se le presentaron declaraciones de testigos que se retractaron de los señalamientos iniciales contra PEDRO NEL RINCÓN, con fundamento en los cuales se había dictado la orden de captura, y también se le presentó un oficio de la Fiscalía 22 Seccional de Chiquinquirá en la que reconocía que no tenía elementos para imputar a PEDRO RINCÓN por el homicidio que se investigaba, siendo esas declaraciones y ese oficio de la fiscalía los fundamentos de su decisión de revocar la orden de captura.

Resalta que no existe ningún elemento de prueba que vincule al juez acusado con esas retractaciones de los testigos y que su decisión de revocar la orden de captura fue confirmada por el Juez Penal de Circuito de Chiquinquirá, sin que a este funcionario se le haya vinculado a esta investigación, pese a que fue quien la confirmó.

Acota que la decisión de revocar la orden de captura estuvo motivada en que la fiscalía había aducido como finalidad de su expedición la de hacer comparecer el indiciado al proceso pero ya había transcurrido tiempo y el despacho instructor reconoció no tener elementos para efectuar la imputación, con lo que, no encuentra que esa decisión sea manifiestamente contraria a la ley, pues de hecho fue confirmada por el juez superior, he incluso el acusado FERNANDO SOLER declaró que se reunió con la fiscalía, previamente a emitir su decisión inhibitoria, para ayudar al ente acusador a sortear la situación que sobrevenía a la certificación que había emitido el despacho a cargo del asunto respecto a la carencia de elementos materiales probatorios para imputar.

### **iii. La Defensa de Pedro Nel Castro Díaz.**

El apoderado judicial de este acusado rememora que la génesis de la investigación es una publicación de la revista SEMANA del 16 de enero de 2009, en la que se anunciaba que CASTRO DÍAZ había favorecido los intereses de PEDRO OREJAS, a través del cambio de versión de un testigo, y en sus alegatos conclusivos la fiscalía sostuvo que su representado manipuló el testimonio de WILSON GARCÍA, a quien él mismo había recibido la declaración, cuando eso no es verdad como se probó en el juicio, pues ni siquiera conoció a dicho testigo.

Aduce que, si hipotéticamente se aceptara la validez de las interceptaciones presentadas por la fiscalía en el juicio, tendría que reconocerse que allí solo se dijo que la fiscalía 9ª quedaba en un segundo piso, nada más, pero, si se repara en lo declarado por NILSON MANCILLA, el investigador que recaudó esa entrevista, se recibió fue en el comando de policía y fue él y otro investigador quienes coordinaron su recepción. Tampoco se probó que NILSON MANCILLA recibió la orden de entrevistar a WILSON GARCÍA de parte del acusado PEDRO NEL CASTRO y dice que fueron los investigadores los que coordinaron la recepción del testimonio de WILSON GARCÍA en las

instalaciones de la policía, sin que el acusado tuviese contacto alguno con el testigo o con el investigador.

En la acusación se dijo que su representado indujo al testigo WILSON GARCÍA a mentir, pero ese hecho no se probó porque no se incorporó la entrevista en la que supuestamente lo hizo y en la misma acusación se reconoció que WILSON GARCÍA ya se había retractado de los señalamientos contra PEDRO OREJAS, en dos ocasiones previas.

Alega que las interceptaciones telefónicas carecen de autenticidad y que si bien la Corte Suprema, en el auto de pruebas de segunda instancia, admitió la introducción de los 28 Dvds, lo condicionó a que se presentaran los formatos de cadena de custodia y las actas de las audiencias de legalización de esos elementos, carga que la fiscalía no cumplió, pese a que el magistrado ponente le dio la oportunidad para que aportara esos elementos, con lo que no se acreditó la legalidad de esas interceptaciones, como tampoco su autenticidad.

Menciona que la testigo YULLY MOJICA, con quien se incorporaron esos audios, no tiene formación en la identificación de voces, que solo se dedicó a hacer la reescucha de las interceptaciones, las que recolectó en la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal, pero, no da razón sobre la cadena de custodia de estas evidencias ni de los controles judiciales de legalización posterior, como tampoco supo quiénes hicieron dichas interceptaciones, ni las técnicas utilizadas. Aunque dicha testigo dijo haber identificado a los acusados, al contrainterrogarla admitió que no tenía experiencia en ese tipo de análisis, sin que tenga calificación para reconocer las voces de los acusados ni tampoco verificó los datos biográficos de las líneas telefónicas interceptadas.

Itera que no se demostró la autenticidad, la mismidad de esos elementos materiales de prueba, de los cuales se perdió la cadena de custodia, tanto que muchos de estos contenidos fueron dados a conocer por la revista SEMANA y enrostra a la fiscalía su uso en el juicio pese a que el Juez 60 de Garantías de Bogotá declaró ilegales esas interceptaciones.

Con relación al delito de concierto para delinquir dice que no es más que una especulación que la fiscalía hace derivar de la familiaridad entre los interlocutores de las conversaciones, pero no demostró la existencia de un acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados y la permanencia de ese acuerdo.

Proclama la carencia absoluta de prueba de responsabilidad de penal de su defendido y pide su absolución por los cargos de los que fue acusado.

En ejercicio de la defensa material el acusado CASTRO DÍAZ afirma con respecto del cargo como determinador del delito de fraude procesal, que nunca se le dijo de qué forma él determinó dicho delito, ni cuál fue su actuación sobre el determinado, ni se probó el dolo.

Sostiene que la fiscalía perdió la cadena de custodia sobre los Dvds que contenían los registros de las conversaciones interceptadas que fueron incorporadas con YULLY ANDREA MOJICA de quien dice no era la autorizada como testigo de acreditación y en todo caso con dicha testigo no se estableció a quiénes pertenecían las voces que allí se escuchan, ni en ellas se habla de PEDRO NEL CASTRO DÍAZ.

Arguye que su defensa aportó certificaciones expedidas por la Directora Seccional de Fiscalías de Boyacá y el Director de Análisis Criminalístico del CTI con las que se acredita que su nombre no se registra en las bases de datos como miembro de alguna organización criminal, con lo cual demuestra que no hace parte de un concierto criminal y que, de hecho, en la acusación se le atribuyó solo un delito.

Recaba en que no se desvirtuó su presunción de inocencia, que la actuación judicial ha sido un montaje, que probó su inocencia y en consecuencia reclama su absolución.

#### **iv. La defensa de Fernando Soler Rojas.**

Sostiene que los testigos de cargo EDNA BERDUGO y MAYERLY PEÑA nada dijeron que comprometiera la responsabilidad de su asistido respecto de los delitos que se le imputaron.

Con relación a las grabaciones de conversaciones telefónicas incorporadas con el testimonio de YULLY ANDREA MOJICA ESPAÑA recuerda que el Juzgado 60 Penal Municipal de Garantías de Bogotá declaró la ilegalidad de su acopio y si bien contra esa decisión se interpuso un recurso, no se supo la suerte de la decisión, ni se aportó ningún elemento que diera fe de su legalización.

Acota que, aunque la Corte Suprema admitió la incorporación de los Dvds que contienen las grabaciones interceptadas, la condicionó a que se presentaran los formatos de cadena de custodia, las actas de las audiencias donde se les impartió legalidad, pero como tal carga probatoria no se surtió por la fiscalía, se deben tener esos elementos como inexistentes, por tratarse de prueba ilegal.

Sostiene que la testigo de acreditación desconocía de esas actas de control posterior, que admitió que ella se limitó a hacer una reescucha de los audios, que no fue quien captó esas grabaciones, que ella no es analista, que ella no recibió los Dvds, ni firmó el informe dirigido al fiscal del caso. Cita el artículo 426 del CP.P. sobre métodos de autenticación de los documentos, para descartar que se hubiese dado la autenticación de esos audios porque carecían de cadena de custodia, pues no fueron reconocidos por su representado; no hubo un informe de experto que avalara que algunas de las voces que se escuchan en los registros pertenecen a su representado; que de esos audios no se puede extraer el nombre o identificación del acusado, ni su número de teléfono, ni se acreditó que alguna de las líneas interceptadas le pertenecieran, tampoco se conocen las celdas de ubicación de las antenas celulares que se dieron para efectuar esas llamadas, ni se efectuó un análisis link, solo se tienen comunicaciones selectivas apreciadas subjetivamente.

En ese orden de ideas, dice el togado, no existe autenticación de esos documentos y, por tal razón, conforme al artículo 430 ib., se les deben tener como documentos anónimos, pues no se sabe de donde salieron, quién los grabó, donde fueron grabados, ni quién fue su analista, pues la testigo de acreditación solo es una patrullera de la policía que los reprodujo.

Puntualiza que en este caso la cadena de custodia no inicia en la Sala Penal del Tribunal porque esos elementos probatorios obraban en el proceso 2008-0034 y en esa causa fue detectada la ruptura de la cadena de custodia, como lo declaró el ex juez especializado MIGUEL DÍAZ PALACIOS y también lo dijera la Sala Penal del Tribunal en el fallo de segunda instancia dictado contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO. En consecuencia, no existe presunción de legalidad sobre esos elementos, ni se puede sanear la ruptura de la cadena de custodia abriendo una nueva sobre elementos que ya la habían perdido.

Advera que al efectuar un análisis de esos audios no se escucha a su representado aceptando ofertas remuneratorias como fundamento de la imputación por el delito de cohecho, pese a lo cual con fundamento en uno de esos audios se hizo esa acusación, iterando que la señora MOJICA ESPAÑA no es analista, ni perito acústica, ni conocía los datos de las líneas e incluso incurrió en errores al atribuir un número de cédula a WILSON PEÑA cuando en realidad ese número pertenecía a un hermano del acusado PEDRO RINCÓN CASTILLO, por lo que, con errores de esa naturaleza no se puede llegar a hacer la identificación de las personas que intervienen en esas comunicaciones, más aun cuando muchos de esos registros no tienen fecha de llamada, ni tienen IP, ni quién recibe la llamada.

Recapitula en torno a la utilización de los registros de comunicaciones interceptadas que fue caos probatorio por cuenta de la fiscalía y que no existe forma de autenticar esas comunicaciones sin acudir a supuestos facticos especulativos.

Con respecto al delito de prevaricato por acción sostiene que su prohijado no profirió una decisión contraria a la ley; que debe considerarse que solo tenía

ocho meses fungiendo como juez de un sistema procesal que apenas comenzaba en nuestro país; que la solicitud efectuada por la defensa del procesado PEDRO RINCÓN para revocar la orden de captura obedecía a que la fiscalía no tenía elementos para formular la imputación, pese a que la orden de captura se había dictado con ese propósito; que el acusado terminó fue recibiendo presión de la fiscalía para resolver sobre esa petición e incluso en reunión con el Director de Fiscalías se le aconsejó que se inhibiera, como al efecto lo hizo, siendo por vía de la orden de segunda instancia que se vio obligado a proveer de fondo, pese a lo cual en la audiencia respectiva dejó constancia de que esa audiencia le seguía pareciendo atípica y que la realizaba solo para obedecer lo resuelto por el superior.

Acota que la fiscalía no le da contexto a la situación que debió conocer su defendido porque el análisis efectuado en la decisión cuestionada radicó en la finalidad de la orden de captura y sobre eso es que se pronunció, por eso hay que preguntarse si la decisión resulta ajustada a derecho y la respuesta es positiva, como lo reconoció el juez de circuito al confirmar la decisión, porque estaban de por medio los derechos fundamentales del procesado. Recuerda que en ese control jerarquizado la segunda instancia confirmó lo resuelto por el acusado en la misma línea de pensamiento, esto es, que si la fiscalía no tenía como hacer imputación, para lo cual había pedido la captura de RINCÓN CASTILLO, debía revocarse esa orden.

Con relación al cargo por el delito de cohecho señala que no hay ninguna prueba de su existencia; que WILSON PEÑA y JULIA MURILLO negaron haber hecho ofrecimiento al juez acusado o que este le haya hecho peticiones en igual sentido y que ni siquiera validando los audios surge prueba de la realización de este delito.

Termina expresando que no se probaron los cargos formulados contra su representado y que se le debe absolver.

FERNANDO SOLER ROJAS, en ejercicio de la defensa material, indica con relación al cargo por el delito de prevaricato que no se le enrostró la norma

que presuntamente desconoció, pues cuando se trata de tal delito es obligación de la fiscalía hacerle conocer al acusado de que precepto surge la contrariedad que fundamenta el tipo penal.

Estima que su actuación estuvo ajustada a derecho atendiendo lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 906 de 2004 que pregona el derecho a la libertad como un principio. Reseña que él mismo había dictado la orden de captura contra RINCÓN CASTILLO con base en elementos probatorios que en su momento le fueron presentados y que la defensa de este acreditó que había solicitado a la fiscalía se le citara a imputación porque estaba dispuesto a presentarse y la fiscalía le respondió que carecía de elementos para hacer esa imputación por lo que desaparecía la finalidad con la que había sido emitida la orden de captura.

Aduce que la fiscalía en el afán de probar el prevaricato construyó la hipótesis de un delito de cohecho propio, pero razona, que si no existe prevaricato se cae de su peso el delito de cohecho y que no existe ninguna prueba de que a él se le ofreció algo por proferir una decisión contraria a derecho.

Con relación al delito de concusión pregona que la fiscalía erige la teoría del caso en un audio en que un ciudadano le pide a otro una ayuda para reparar un carro pero no se conoce de donde la fiscalía establece que ese ciudadano fuera él, ni de donde se exigiera algo por un asunto oficial que tuviera que ver con el caso de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO advirtiendo que, según la fiscalía, esta conversación ocurre un año después de la audiencia preliminar en la investigación que comprometía a dicho ciudadano.

Culmina su intervención manifestando la ausencia de pruebas respecto de los delitos que se le atribuyeron y pidiendo que se le absuelva de esos cargos.

#### **v. Réplica de la fiscalía.**

Alega que la investigadora YULLY MOJICA ESPAÑA dio razón de la cadena de custodia de los Dvds y puso de presente lo que había en cada una de las

interceptaciones utilizadas por la fiscalía y considera inaplicable la regla de exclusión de esa evidencia porque fue la Corte Suprema la que la admitió.

La mencionada funcionaria dijo a la audiencia lo que era el elemento y lo que contenía y sostiene que la cadena de custodia no es el único elemento de autenticación y que la evidencia presentada si tiene autenticidad. Alude al artículo 455 de la Ley 906 sobre el vínculo atenuado para decir que en este caso se mantuvo la cadena de custodia porque las interceptaciones se tomaron por otro funcionario y que como fueron captadas así las recogió la servidora judicial que las presentó a esta causa, generando otra relación de causalidad.

**vi. Réplica de la defensa de Pedro Nel Castro Díaz.**

Refuta la anterior conclusión de la fiscalía y le recuerda que lo dicho por la Corte Suprema al decretar la prueba fue que se debía presentar los soportes de cadena de custodia y de legalización en control posterior y que en ningún momento autorizó que se omitieran las reglas de legalidad y autenticación.

**vii. Réplica de la defensa de Fernando Soler Rojas.**

Acude a los mismo argumentos de su par, para evocar que la Corte permitió el ingreso de esos registros de comunicaciones pero sometidos a los requisitos de autenticidad y legalidad, y con respecto al vínculo atenuado estima que la relación entre los audios escuchados en este juicio oral y aquellos que reposaban en el expediente de donde fueron tomados, es un vínculo muy fuerte porque se trata de exactamente los mismos audios y agrega que la cadena de custodia se origina cuando se recolecta el elemento y una vez rota no se puede remediar con una nueva cadena.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Competencia.**

Sin que se avizore la existencia de irregularidades que obligue a la adopción de especiales medidas de saneamiento, esta Sala del Tribunal, en la que radica la competencia para conocer de la causa, conforme al numeral 2º del artículo 34 de la ley 906 de 2004, por tratarse del juzgamiento de delitos atribuidos a un juez municipal y un fiscal delegado ante los jueces penales de nuestro distrito, ambos en ejercicio de sus funciones, profiere sentencia acorde al marco fáctico y jurídico establecido por la acusación.

## **2. De los cargos formulados en la acusación como eje fáctico y jurídico del juicio.**

La fiscalía formuló cargos a los acusados por los siguientes delitos y con fundamento en los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

### **2.1. Pedro Nel Castro Díaz.**

**i. Determinador de Fraude Procesal (art. 453 C.P):** se le atribuyó haber instigado el testimonio falaz de WILSON GARCÍA LÓPEZ, en el propósito de obtener una decisión que beneficiara los intereses de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, a quien investigaba la Fiscalía Novena Seccional de Tunja en el proceso radicado bajo el CUI 155316103103 – 2007-80050, por los homicidios de EDGAR SIERRA CARO y MAURICIO RUSSI VILLAMIL ocurrido el 21 de agosto de 2007 en el municipio de Pauna.

Según la acusación, en entrevistas de 26 de febrero y 14 de marzo de 2008 WILSON GARCÍA LÓPEZ había declarado que la orden de acabar con la vida de los dos hombres la había dado RINCÓN CASTILLO, en retaliación por haberle hurtado un compresor; sin embargo, el fiscal acusado, en componenda con personas cercanas al indiciado por el doble homicidio, urdieron recaudar una nueva entrevista a GARCÍA LÓPEZ, a quien se le

pagaría por ello, aprovechando un encargo de PEDRO NEL CASTRO DÍAZ al frente de la fiscalía instructora, por vacaciones del fiscal titular.

El 28 de julio de 2008, por policía judicial, se recibió entrevista a WILSON GARCÍA LÓPEZ en la que se retractó de sus señalamientos contra RINCÓN CASTILLO, con fundamento en la cual, el 1 de junio de 2009, el fiscal Noveno Seccional profirió orden de archivo invocando la imposibilidad de conocer al responsable de los crímenes.

**ii. Coautor de Concierto para delinquir (art. 340 C.P):** se le atribuyó haberse acordado, entre otras personas con WILSON PEÑA, SIMON MARTÍNEZ ESCANDÓN, BLANCA JULIA MURILLO, por un lapso de 4 años corridos entre los años 2008 a 2011 para cometer distintas conductas punibles indeterminadas en el propósito de beneficiar a PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, tales como sobornos, coacción a testigos, cohecho, etc.

## **2.2. Fernando Soler Rojas**

**i. Autor de cohecho propio (art. 405 C.P.):** se le acusa de haber aceptado promesa remuneratoria a cambio de ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales como Juez Promiscuo Municipal de Pauna, al realizar una audiencia preliminar el 14 de noviembre de 2008, en la que profirió decisión mediante la cual revocó la orden de captura expedida contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, indiciado como autor del homicidio de MIGUEL PINILLA PINILLA, en el proceso CUI 110016000098-2008-00034.

**ii. Prevaricato por acción agravado (art. 413 -415 C.P):** se le atribuye haber proferido una decisión manifiestamente contraria a la ley el 14 de noviembre de 2008, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Pauna, al cancelar la orden de captura que obraba contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, desde el 2 de mayo de ese año, pese a la falta de legitimidad de la defensa para formular esa petición y desestimando las inferencias

efectuadas por la fiscalía acerca de la autoría del delito de homicidio que se le imputaba al por capturar.

**iii. Asociación para la comisión de delito contra la administración pública (art. 434 C.P.):** se afirma que FERNANDO SOLER ROJAS, en su condición de servidor público, se asoció con terceros para proferir la decisión tildada de prevaricadora, el 14 de noviembre de 2008, que favorecería los intereses de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

**iv. Concusión (art. 404 C.P.):** se le enrostró haber solicitado el día 6 de marzo de 2009, en asocio con la secretaria del juzgado Promiscuo Municipal de Pauna (NUBIA SORANGE PARDO), del cual era él el juez, prevalido de esa condición, a WILSON PEÑA QUIÑÓNEZ una utilidad indebida representada en el valor de reparación de un vehículo que días atrás había averiado el juez acusado, logrando que aquel asintiera en lo pedido porque conocía el cargo que ostentaba el petente.

### **3. De los medios de prueba.**

#### **3.1. De lo estipulado probatoriamente respecto de PEDRO NEL CASTRO DÍAZ.**

##### **3.1.1. La plena identidad del acusado.**

Se estableció que el acusado es PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 4'095.999 expedida en Chiquinquirá (Boyacá), nacido en esta localidad el 24 de junio de 1951, hijo de DANIEL CASTRO y MERCEDES DÍAZ, con estudios superiores en derecho y titulado como abogado.

##### **3.1.2. La calidad de servidor público del acusado.**

Quedó acreditado que PEDRO NEL CASTRO DÍAZ se desempeñó como Fiscal Seccional desde el 01 de julio de 1992 adscrito inicialmente a la Unidad de Fiscalías de Chiquinquirá; con resolución No. 0152 de 01 de julio de 2003 se le designó como Fiscal 15 Seccional delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja; con Resolución No. 577 del 07 de julio de 2008 se le encargó hasta el 31 de julio del mismo año de las funciones de Fiscal 9 Seccional delegado ante Jueces Penales del Circuito de Tunja, sin desprenderse de sus funciones como Fiscal 15 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja, cargo del cual se posesionó según acta No. 190 de la misma fecha; con Resolución No. 982 del 02 de diciembre de 2008 como Fiscal 13 delegado ante Jueces Penales del Circuito de Tunja, del cual se posesionó el día 15 diciembre del mismo año, según acta No. 314; con Resolución No. 225 del 27 de abril de 2009 se le designó en encargo como Fiscal 9 delegado ante Jueces Penales del Circuito de Tunja, según acta No. 70 de 5 de mayo de dicho año.

### **3.1.3.** La inexistencia de antecedentes penales y disciplinarios.

Quedó acreditado que PEDRO NEL CASTRO DÍAZ carecía de registro de antecedentes y/o anotaciones penales, así como tampoco se encontraron registros disciplinarios.

## **3.2. De lo estipulado probatoriamente respecto de FERNANDO SOLER ROJAS.**

### **3.2.1.** La plena identidad del acusado.

Se estableció que el acusado es FERNANDO SOLER ROJAS, identificado con la cédula de ciudadanía número 19'114.804 expedida en Bogotá, nacido en esta localidad el 31 de mayo de 1950, hijo de ELEUTERIO SOLER y GERARDINA ROJAS, con estudios superiores en derecho y titulado como abogado.

**3.2.2.** La calidad de servidor público.

Quedó acreditada la calidad de servidor público de FERNANDO SOLER ROJAS, quien se desempeñó en provisionalidad como Juez Promiscuo Municipal de Pauna durante el año 2008.

**3.2.3.** La inexistencia de antecedentes penales y disciplinarios.

Quedo acreditado que contra FERNANDO SOLER ROJAS no aparecían registro de antecedentes y/o anotaciones penales, así como tampoco sanciones disciplinarias.

**3.2.4.** Se admite como un hecho cierto que FERNANDO SOLER ROJAS, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Pauna, realizó la audiencia de 02 de mayo de 2008 en la que se ordenó la captura de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

**3.2.5.** Se admite como probado que PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO se enteró de la orden de captura que existía en su contra antes de hacerse efectiva.

**3.2.6.** Se tiene por establecido que el acusado SOLER ROJAS como Juez Promiscuo Municipal de Pauna, en audiencia del 08 de septiembre de 2008, se inhibió de resolver la solicitud de revocatoria de la orden de captura, elevada por la defensa de PEDRO RINCÓN CASTILLO.

**3.2.7.** Se da por cierto que el 05 de noviembre de 2008 el Juez Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá le ordenó al Juzgado Promiscuo Municipal de Pauna, a cargo de FERNANDO SOLER, que debía pronunciarse de fondo sobre la solicitud de revocatoria de la orden de captura de RINCÓN CASTILLO.

**3.2.8.** Se admite como hecho probado que el 14 de noviembre de 2008 el Juez Promiscuo Municipal de Pauna, FERNANDO SOLER, resolvió la petición de revocatoria de orden de captura de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, en acatamiento de lo ordenado por el superior jerárquico.

**3.2.9.** Se reconoce acreditado que el 14 de enero de 2009 el Juez Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá confirmó la decisión del 14 de noviembre de 2008 emitida por FERNANDO SOLER ROJAS como Juez Promiscuo Municipal de Pauna en la que se revocó la orden de captura de RINCÓN CASTILLO.

**3.2.10.** Se tiene por demostrado que el 26 de mayo de 2016 a las 14:12 horas ingresaron a la casa de WILSON PEÑA, ubicada en el municipio de Chiquinquirá, DIANA ALEJANDRA CUCUNUBA PÉREZ y otros funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y salieron de allí a las 14:38.

**3.2.11.** se admite probado que el 18 de septiembre de 2009 la Fiscalía retiró la solicitud de medida de aseguramiento en contra de JOSÉ LIBARDO PACHÓN dentro del radicado 155316193193200980043, luego de su captura, en audiencia preliminar.

**3.2.12.** Se tiene por probado que el 15 de agosto de 2008 el Juez Promiscuo Municipal de Pauna, FERNANDO SOLER, profirió sentencia condenatoria contra MARIO MILANO PEÑA por el delito de daño en bien ajeno y patrimonialmente se condenó a la empresa COLMUR LTDA, representada legalmente por DIANA RAQUEL DÍAZ.

**3.2.13.** Se da por probado que, el 24 de junio de 2011, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja absolvió a PEDRO NEL RINCÓN y WILSON PEÑA, en el proceso radicado 110016000098-2008-00034 y que la Sala Penal

del Tribunal Superior de Tunja, en sentencia fechada 11 de diciembre de 2014, revocó la absolución y condenó a PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

Igualmente, que el 14 de diciembre de 2016, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja emitió sentencia absolutoria a favor de PEDRO NEL RINCÓN, en el radicado 151766000111-2008-80024 por el delito de porte ilegal de armas.

### **3.3. Testimonios.**

**3.3.1. EDNA JULIANA BERDUGO MORENO:** 40 años de edad, casada, abogada, investigadora del CTI.

Afirma que realizó actividades investigativas en desarrollo de las cuales rindió el respectivo informe, las cuales consistieron en una inspección al expediente radicado No. 2007-80050 para obtener copias de las entrevistas rendidas por el testigo WILSON GARCÍA LÓPEZ.

A la declarante le son puestas de presentes entrevistas del mencionado GARCIA LÓPEZ de fechas 14 de marzo de 2008, 26 de febrero de 2008, 30 de agosto de 2007 y 28 de julio de 2008, las cuales reconoce.

La testigo también menciona como obtenidos el informe balístico, la inspección a los cadáveres de las víctimas Mauricio Russi Villamil y Edgar Alonso Sierra Caro, calendada 22 de agosto de 2007; así como los protocolos de necropsia de 24 de agosto de 2007 y el álbum fotográfico del lugar de los hechos de 17 de mayo de 2007.

Teniendo de presentes esos elementos la fiscalía omitió publicitarlos con la testigo, cuya declaración dio por terminada limitándose a depositar las evidencias documentales, sin cumplir con su incorporación.

**3.3.2. RUTH MAYERLY PEÑA PORRAS:** 34 años de edad, soltera, bachiller, testigo protegida por el programa de protección a testigos de la Fiscalía.

Afirma que ella fue testigo de cargo contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO porque ella vio a este sujeto matar a MIGUEL PINILLA el 1º de mayo de 2008, como ella declaró ese hecho a los tres días empezaron a acosarla para retractarse, a través de otras personas la contacta la abogada JULIA MURILLO, le ofrecieron diez o quince millones. Reseña que en agosto de 2008 fue abordada en Pauna por personas en una camioneta que la llevaron contra su voluntad a la casa de JULIA MURILLO, allí le hicieron firmar un documento en el que decía que sí había visto a RINCÓN CASTILLO en el lugar de los hechos pero que él no había disparado contra la víctima, en la casa de JULIA MURILLO estaba el doctor SIMÓN, ella temía que la mataran, firmó el documento, le entregaron siete millones quinientos mil pesos y la regresaron a Pauna.

Recuerda que en octubre o noviembre hubo una audiencia en Pauna y la llamaron para que fuera a declarar, le dijeron que LIBARDO PACHÓN sí iba a ir, que si se iba a quedar sola dando la pelea, la llamaron muchas veces para que se retractara. Estima que como en noviembre le hicieron llegar otros siete millones quinientos mil pesos para que se retractara si no se quería morir y seguían haciéndole llegar amenazas, pese a que se refugió clandestinamente en Bogotá.

Rememora que ya en el año 2011 la ubicaron y la hicieron acudir a una reunión a la casa de la abogada JULIA MURILLO, a la que asistieron otros abogados de RINCÓN CASTILLO, entre ellos el doctor SIMÓN, quienes le dieron instrucciones sobre la forma en que debía retractarse y de esa casa salieron para una finca ubicada en la Raya, a donde llegó PEDRO OREJAS con sus escoltas y lo escuchó decirle a JULIA MURILLO que quería matarla, pero esta le replicó que no porque entonces la versión que ella había dado quedaba vigente.

Comenta que los quince millones que le dieron los mantuvo guardados y cuando llegó a la audiencia a declarar decidida a no retractarse los entregó a la justicia y dijo la verdad sobre los hechos del homicidio. Por último, atesta que ella no conoce a FERNANDO SOLER.

**3.3.3. YULLY ANDREA MOJICA ESPAÑA:** subintendente de la policía, adscrita a la Dirección de Investigación Criminal, con 15 años de vinculación.

Afirma que participó de la investigación de la presente causa recaudando y escuchando los registros de conversaciones interceptadas que obraban dentro de otra causa que se adelantaba contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, las que habían sido ordenadas en el año 2008 por la Fiscalía 8ª de la UNAIM.

Sostiene que atendió órdenes de policía judicial para recolectar esas evidencias y que de esa actividad rindió informe. A la testigo se le puso de presente para refrescar memoria un informe de 18 de febrero de 2015, suscrito por ella, lo reconoce, menciona que acudió en compañía de LEONARDO QUIROGA al Tribunal Superior de Tunja para obtener copia de veintiocho (28) DVDS que obraban en el expediente radicado 110016000-2008-00034, una vez obtenidas esas copias las sometieron a cadena de custodia.

A la testigo le es puesta de presente la evidencia rotulada por la fiscalía como Nº 17, la cual reconoce por su rótulo y cadena de custodia, se procede a la apertura del contenedor y se extrae el DVD marcado como Nº 1 correspondiente a la interceptación de la línea telefónica 312 454 2810 que, según la testigo, es una línea de la cual es titular JORGE CÓMBITA. Anuncia que el contenido refiere a la recepción de un testimonio para favorecer a PEDRO RINCÓN CASTILLO en un proceso, en coordinación con el acusado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ. Acto seguido se reproduce un audio, sin indicación de su ID, ni la fecha en la que se supone se dio esa comunicación, ni cuál es la otra línea que participa de la comunicación, ni si se trata de llamada entrante o saliente de la línea interceptada, ni quién es el titular de esa otra línea. Posteriormente se escuchan registros que, según la testigo,

corresponden a conversaciones captadas el día 28 de julio de 2008 (17 registros) y uno del día 01 de agosto siguiente. En este conjunto de registros, según la testigo, hablaron Jorge Cómbita, Luis, el Dr. y un desconocido.

A continuación, se pone de presente el DVD reseñado por la fiscalía como evidencia Nº 9, relacionado con la interceptación de la línea número 310 880 0687, en la que, según la testigo, se captan escuchas relacionadas con la muerte de MIGUEL PINILLA en Pauna. La testigo no menciona quién es el titular de esta línea intervenida, ni cuál es la otra línea ni quién su titular. Se ruedan 5 registros de los días 1 y 2 de mayo de 2008, en los que, según la testigo, intervienen Jorge Cómbita, Compa, la doctora Julia, la doctora y un desconocido.

Seguidamente la testigo pone de presente un DVD que hace parte de la evidencia Nº 9 que contiene interceptaciones de la línea 312 454 2810, respecto de la cual no se hizo ningún tipo de presentación temática, sin que se conozca su titular ni las líneas interactuantes ni sus titulares. Se escucharon 6 registros que, según la testigo, fueron captados los días 9, 10 y 13 de mayo de 2008, siendo interlocutores, Jorge Cómbita, Peñita, Pedro Nel, la doctora Julia, Toto, el doctor y un desconocido.

La testigo pone de presente la evidencia rotulada como Nº17 correspondiente al DVD Nº 2 que contiene la interceptación de registros de llamadas de la línea telefónica 312 454 2810 de la cual se reproducen 6 registros, sin hacer presentación temática, ni aludir a las líneas interactuantes o sus titulares. Según la testigo se trata de comunicaciones registradas los días 26, 27 y 30 de agosto de 2008, en las que intervienen Totico, Jorge Cómbita, Compa, Julia y Peña.

La testigo presenta la evidencia Nº 10 que contiene, según lo expresa, las interceptaciones de la línea 320 472 1824, sin mencionar su titular, ni las otras líneas que intervienen en las comunicaciones, ni sus titulares, ni hacer presentación temática de sus contenidos, de la cual se reproducen 27 registros de comunicaciones ocurridas los días 1, 4, 5, 6, 10, 12, 13, 14, 15 y

16 de noviembre de 2008. En esas comunicaciones intervienen, según indicaciones de la testigo, Compa, Julia, Pedro Nel, Pedro Nel Rincón, Fernando Soler, Nubia, desconocidos, Oswaldo, el doctor, Peña y Mayerly.

La testigo presenta la evidencia Nº 13 que contiene las interceptaciones de la línea telefónica 310 592 9427, sin mencionar su titular, ni hacer alusión a la temática, ni a las otras líneas captadas ni sus abonados. Se reproducen 6 registros de comunicaciones ocurridas los días 12, 19, 22, 23 y 30 de diciembre de 2008, en las que, según la testigo, intervienen como interlocutores Nubia, Wilson Peña, Aura funcionaria de la SIJIN y Pedro Nel Rincón.

Ofrece la testigo la evidencia rotulada por la fiscalía como Nº 8, correspondiente a un DVD que contiene las interceptaciones de la línea 320 472 1824, de cuyo contenido se reproducen dos comunicaciones producidas los días 6 de febrero y 6 de marzo de 2009, en las que intervienen, según la testigo, Wilson Peña, Pedro Rincón, Nubia y Cuper, sin que aludiera a la titularidad de la línea intervenida ni su número.

Por último, la testigo presenta la evidencia rotulada Nº 3, relativa al DVD que contiene interceptaciones de la línea 312 332 3662, sin mención de su titular, ni presentación temática de su contenido, reproduciéndose un solo audio del 15 de diciembre de 2008, en el que no se identifican quiénes son los interlocutores.

Relata la declarante que una vez obtuvieron las copias de los audios en la Secretaría de la Sala penal del Tribunal, extrajo la información en asocio con LEONARDO QUIROGA. Explica que en algunos audios aparece el número interceptado y quién hace la llamada; que los apodos Cuper y Cupercita eran apodos que utilizaban para referirse al Juez FERNANDO SOLER y a su secretaria NUBIA.

Con esta testigo se incorporaron los audios de las audiencias celebradas por el acusado FERNANDO SOLER ROJAS en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Pauna, a saber:

i. Audiencia del 2 de mayo de 2008, en la que ordenó la captura de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO por el homicidio de MIGUEL PINILLA PINILLA en la actuación con radicado 151766103097-2008-80063, la cual fue ordenada, atendiendo la petición de la fiscalía, con la finalidad de hacerlo comparecer al proceso.

ii. Audiencia del 8 de septiembre de 2008, iniciada a las 3:30 pm en el municipio de Chiquinquirá, a solicitud de la defensa de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, con el propósito de obtener la revocatoria de la orden de captura que había proferido el 02 de mayo anterior, acudiendo en representación de la fiscalía, la fiscal ISABEL CRISTINA LEÓN y por la defensa SIMÓN EDUARDO MARTÍNEZ ESCANDÓN. Al finalizar esta audiencia el Juez SOLER ROJAS se inhibió de resolver de fondo la petición por considerar que era una audiencia atípica, no contemplada en la Ley 906 de 2004, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación.

iii. Audiencia del 14 de noviembre de 2008, celebrada en el municipio de Pauna relacionada con la petición de revocatoria de la orden de captura librada contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, en cumplimiento a la decisión emitida el 5 de noviembre de 2008 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá, que definió el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión inhibitoria adoptada en la audiencia del 8 de septiembre anterior y le ordenó que emitiera decisión de fondo.

Dicha audiencia concluyó con la decisión de revocar la orden de captura, conforme a lo pedido por la defensa, en orden a que los motivos fundados expuestos por la fiscalía para sustentar la solicitud de captura habían quedado desvirtuados con elementos materiales probatorios que le fueron puestos de presente en dicha audiencia, aunque, itera su convencimiento de que la

audiencia celebrada es atípica y que se ha visto forzado a proveer, en cumplimiento a lo ordenado por el superior.

Esa decisión de revocar la orden de captura fue apelada por la fiscalía.

Con la testigo MOJICA ESPAÑA también se incorporaron las audiencias celebradas por el Juez Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá, GERMAN ARTURO GÓMEZ GARCÍA, con ocasión a los recursos de apelación interpuestos por las partes con respecto a las decisiones adoptadas por el Juez FERNANDO SOLER ROJAS en sede de Control de Garantías dentro de la actuación con radicado único 151766103097-2008-80063, a saber:

i. Audiencia del 5 de noviembre de 2008 en la que desató el recurso interpuesto por el defensor SIMON EDUARDO MARTÍNEZ ESCANDÓN contra el auto inhibitorio proferido por el Juez Promiscuo Municipal de Pauna, ordenándole que emitiera una decisión de fondo sobre la solicitud de revocatoria de orden de captura librada contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

ii. Audiencia del 14 de enero de 2009 en la que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el fiscal 11 de la Unidad Antiterrorismo contra la decisión proferida el 14 de noviembre del año anterior por el Juez Promiscuo Municipal de Pauna, mediante la cual este funcionario accedió a la petición de revocatoria de la orden de captura contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO. En esta decisión el superior funcional confirmó lo resuelto, al considerar que constitucionalmente no era admisible mantener la orden de aprehensión, cuando la misma fiscalía reconoce no tener elementos para efectuar la imputación.

Al contrainterrogatorio la testigo señaló ser analista criminal, no una analista de comunicaciones; reconoce que antes de este caso no había realizado análisis de interceptaciones; su labor consistió en recaudar los DVDs y realizar reescuchas de sus contenidos; no es fonoaudióloga; afirma que ella sabía quiénes hablaban en las conversaciones por las búsquedas selectivas; que de

acuerdo a esas búsquedas el portador de uno de los teléfonos era PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, no recuerda cual era ese número, ni sabe si el teléfono de esta persona estaba interceptado; reconoce que no presentó en el juicio esos reportes de la búsqueda selectiva en base de datos; no recuerda si existió cotejo de voces; desconoce en qué tipo de equipo se hicieron esas grabaciones; no sabe de técnicas de interceptación, desconoce los problemas de autenticidad de los 28 Dvds de los cuales hizo escucha porque ella simplemente los recogió en la Secretaría de la Sala Penal; admite que para la incorporación de los registros en el juicio no presentó los actos de control judicial posterior, ni las ordenes de policía judicial emitidas para obtener esos Dvds; sostiene que ella sabe quiénes son las personas que intervienen en las comunicaciones porque se nombran o los identifican en esos contenidos; acepta que no hizo autenticación de voces.

La defensa confronta a la testigo respecto a su alegada condición de analista, a cuyo efecto le pone de presente el informe por ella signado del 23 de febrero de 2016 y un acta de inspección de lugares, reconocidos por la declarante, en los que no se presenta como analista, con relación a lo cual dice que no recuerda porque no hizo esa anotación. Igualmente, la defensa le cuestiona por el informe 002 del 14 de noviembre de 2015 en el que menciona como actividad realizar la transliteración de audios interceptados, sin que allí se mencione que le corresponda efectuar análisis.

Explica que ella no aparece en la constancia secretarial del 17 de febrero de 2015 emitida por la Sala Penal de este Tribunal, con relación a la entrega de copias de los Dvds que obraban en el proceso 2008-00034 porque quien recibió esos audios fue compañero LEONARDO QUIROGA, pero ella hizo parte de ese equipo de trabajo.

Asegura que los audios obtenidos se sometieron a cadena de custodia; que en los formatos se observa al inicio el nombre de su compañero LEONARDO QUIROGA, pero, posteriormente aparece ella. Admite que en su informe no consignó que las interceptaciones en su captación original se hubiesen producido en la Sala Esperanza, ni quién las realizó. Se le interroga acerca de

si obtuvo copia de la sentencia dictada por este Tribunal contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO y expresa no recordarlo, ante lo cual la defensa la confronta con el informe del 22 de diciembre de 2014 para refrescar memoria, ante lo cual admite que sí solicitó copia de la sentencia y la obtuvo. Con esa respuesta la defensa la interroga acerca de si ella supo de la ruptura de la cadena de custodia de esos Dvds y lo que se dijo en la sentencia sobre la autenticidad de esos audios y responde que no lo supo.

Reconoce que no es perito forense; que ella no reconoce voces, sino que identificó los interlocutores, aunque admite que no acompañó ningún dato biográfico perteneciente a las líneas interceptadas, ni efectuó cotejo de voz y agrega que elaboró sus informes a partir de las identificaciones que hacían entre sí los interlocutores.

La defensa con vista al informe de policía judicial N°002 del 14 de noviembre de 2015 le pregunta que en este se menciona la línea telefónica 320 472 1824, preguntándole si recuerda ese número a lo cual la testigo responde que no. Seguidamente la defensa le señala que, según ese informe, el titular de esa línea es WILSON GERARDO PEÑA, al que ella reseña como Peñita o el Compa y le pregunta cómo obtuvo ese dato, respondiendo la testigo que en alguna comunicación de las captadas la persona suministra su número de cédula 4.157.904 y al verificar a quién correspondía ese documento se obtuvo la información que era de WILSON GERARDO PEÑA QUIÑÓNEZ. Oída esa respuesta la defensa le pone de presente un documento de consulta en base de datos para verificación de antecedentes, en la que dicho número de cédula aparece expedido a nombre de GILBERTO RINCÓN CASTILLO y se interroga a la testigo respecto a esa discordancia y ella admite que, según ese documento, el número de cédula consignado en el informe no corresponde al de WILSON GERARDO PEÑA QUIÑÓNEZ.

La defensa cuestiona la testigo respecto a una consulta en el sistema SPOA realizada por el investigador LEONARDO QUIROGA, respecto de WILSON GERARDO PEÑA QUIÑÓNEZ, NUBIA PARDO y LUIS GERARDO LÓPEZ PEÑA, preguntándole si se investigó a este último por la alusión al apellido PEÑA,

respondiendo la testigo que no recuerda, acto seguido la defensa pone de presente a la testigo un documento de la Registraduría en el que se lee que LUIS GERARDO LÓPEZ PEÑA nació en Pauna (Boyacá) y le indaga acerca de si las escuchas de las comunicaciones presentadas se referían a personas de Pauna y la testigo contesta que sí.

La defensa confronta a la testigo con el análisis que hace del audio con ID 108486866, según el cual uno de los interlocutores es JULIA MURILLO y le pregunta si alguien se identifica en esa comunicación con ese nombre, ante lo cual la testigo responde que nadie se identificó así; admite que no realizó cotejo de voz, ni dio datos biográficos de la línea interceptada.

Con relación al registro ID 168555159 que según la testigo corresponde a una comunicación en la que intervienen NUBIA SORANGE PARDO, JULIA MURILLO y FERNANDO SOLER ROJAS, la defensa le pregunta si conoció la orden de interceptación para la línea telefónica 320 472 1824, la testigo le responde que no la conoce, así como también admite que en esa conversación nadie se identifica con esos nombres y apellidos, aunque la testigo agrega que Nubias trabajando en los juzgados si son pocas.

Seguidamente la defensa la interroga por los ID 148710676, 138709450, 208727594, 129370115, 169373959,103003709, 108486910, 118487892, 128692112, 188495764, 178530469,118534031, 168555639, 208559606, 188625271 y 910300360 con relación a los cuales reconoce que no relacionó datos biográficos, ni se mencionan nombres completos, ni efectuó cotejos de voz.

Con relación al ID 189216335, una comunicación en la que la testigo dice que interviene WILSON PEÑA y NUBIA, en la que los interlocutores aluden a alguien denominado Cuper, señalado por la testigo como FERNANDO SOLER, la defensa la interroga acerca de si allí mencionan por su nombre al acusado FERNANDO SOLER o si se hace alusión al Juez de Pauna, contesta que no y admite que ella no conoce a nadie con el mote de Cuper.

Finalmente la defensa le pregunta a la testigo con vista a un informe del 23 de febrero de 2016, dirigido a la Fiscalía 6, que le es puesto de presente y lo reconoce por su firma, si verificó quién era Cupercito a lo cual contesta que no recuerda, que le parece que recibió algunas entrevistas y al ser confrontada con el informe reconoce que allí consignó que efectuó labores de verificación para saber si FERNANDO SOLER era Cuper y si este tenía amistad con PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO y concluyó con resultados negativos.

**3.3.4. NILSON MANCILLA CARO:** funcionario de Policía judicial con 16 años de experiencia, para el año 2008 trabajaba en la SIJIN Boyacá en la unidad de delitos contra la vida, estaba adscrito a varias fiscalías entre ellas la 9ª Seccional de Tunja, el grupo lo integraban tres funcionarios: CIRO ALFONSO ORTIZ, LUIS HERNÁNDEZ CASTRO y él.

Asiente en que él recibió una entrevista en un proceso en curso por un doble homicidio a una persona que le dijeron venía de Pauna, de nombre WILSON o NILSON GARCÍA, hizo ese favor en apoyo a su compañero CIRO ORTIZ, desconoce quién dio la orden de recibir esa entrevista, pero el titular de la fiscalía que llevaba el caso era JUAN CARLOS CABANA.

Niega que conociera al fiscal acusado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, no habló con este para recaudar esa entrevista, solo lo hizo con CIRO ORTIZ, quien solo le pidió que le preguntara al testigo por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que conociera sobre los hechos y, agrega, esa entrevista la recibió en las instalaciones de la SIJIN en la carrera 11 de Tunja.

Se le preguntó si era usual recibir una entrevista en apoyo a otros compañeros y expresó que sí porque ellos solo eran 3 en la unidad para cubrir la mayor parte del Departamento de Boyacá, que recibió la entrevista sin la carpeta siguiendo las indicaciones de su compañero, explica que la urgencia de recibir la entrevista era porque su compañero estaba fuera de la ciudad y el testigo venía de otra localidad, para que no perdiera el viaje.

**3.3.5. LUIS ENRIQUE BERNAL RODRÍGUEZ:** bachiller, técnico judicial, ha venido desempeñándose como investigador desde que inicio el sistema acusatorio.

Estuvo encargado de recolectar elementos materiales probatorios a pedido de la defensa de PEDRO NEL CASTRO, actividad en la que obtuvo los siguientes que se incorporan con su aserto:

i. Oficio de 9 de agosto de 2016 signado por GLADYS MEDINA BRANDO, Directora Seccional de Fiscalías de Boyacá, según el cual el acusado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ no aparece en los registros de esa entidad como integrante de grupos delictivos.

ii. Oficio CTI-SAC No. 202 de 14 de septiembre de 2016, suscrito por GUILLERMO RIAÑO BARON, Director de Análisis Criminalístico, según el cual el acusado CASTRO DÍAZ no aparece en los registros de esa entidad como integrante de grupos delictivos.

iii. Copia íntegra y auténtica del artículo publicado en la revista Semana de la edición No. 1446, correspondiente a la semana entre el 18 al 25 de enero de 2010, denominado "Justicia a la venta", en la que se revelaban interceptaciones de comunicaciones que ponían al descubierto un entramado de corrupción que comprometía funcionarios judiciales para beneficiar al esmeraldero PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO alias Orejas, comprometido en el homicidio de MIGUEL PINILLA PINILLA, ocurrido el 1º de mayo de 2008 en el municipio de Pauna.

**3.3.6. MIGUEL ANTONIO DIAZ PALACIOS:** abogado, 64 años de edad, pensionado, para el año 2011 fungió como Juez Penal del Circuito Especializado de Tunja.

Refiere haber conocido el juicio oral en el proceso adelantado contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO por homicidio, en el cual dictó sentencia absolutoria

de primera instancia, que estuvo motivada en la imposibilidad de reconocerle mérito probatorio a las interceptaciones aportadas por la fiscalía porque se había perdido la cadena de custodia y no se podía establecer la autenticidad de las voces de los interlocutores.

Recuerda que en el juicio oral se interrogó al investigador acerca de si había tenido esos elementos todo el tiempo bajo su custodia y él reconoció que no y que no sabía cuáles si y cuáles no y, además, en la revista Semana se habían publicado algunos de esos audios, aunque, admite que no hizo cotejo entre los audios publicados por la revista y los incorporados en el juicio oral.

**3.3.7. WILSON GERARDO PEÑA QUIÑÓNEZ:** bachiller, de 51 años de edad, comerciante, dedicado a la hotelería en el municipio de Chiquinquirá, conoce el occidente boyacense.

Se le preguntó si él conocía a servidores judiciales del municipio de Pauna y contestó que conocía a NUBIA SORANGE PARDO, pero no sabía quién era el juez, no sabía quién es FERNANDO SOLER ROJAS, niega haberles hecho ofrecimientos a esos dos funcionarios o que estos le hayan efectuado solicitudes de dádivas o pedido contraprestaciones por algo.

Conoce a RUTH MAYERLY PEÑA porque en el año 2008 en un proceso por concierto para delinquir, ella apareció como testigo y él fue absuelto por ese caso y niega haberle hecho ofrecimientos de dinero a esta persona.

Menciona que a su casa se presentaron tres fiscales, entre ellos la doctora CUCUNUBA, a plantearle realizar un preacuerdo, le interrogaron sobre temas de narcotráfico a lo que él respondió que no tenía información al respecto, y la fiscal visitante le expresó interés en que declarara contra los funcionarios públicos judicializados, sin que él declarara nada ni hiciera preacuerdo.

**3.3.8. BLANCA JULIA MURILLO SANABRIA:** abogada, 66 años de edad, residente en Chiquinquirá, litigante en asuntos penales, fue la abogada suplente en la defensa de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

Refiere que ella no intervino en la audiencia preliminar surtida ante el Juzgado Promiscuo de Pauna en la que el abogado SIMÓN MARTÍNEZ pidió revocar la orden de captura contra PEDRO RINCÓN, oportunidad en la que el Juez decidió inhibirse, siendo apelada esa decisión y el asunto subió al Juzgado Penal del Circuito de Chiquinquirá, que revocó ese auto y devolvió el asunto a Pauna para que se resolviera. Cuando regresó el caso el juez accedió a cancelar la orden de captura, siendo usado como elemento probatorio un documento emitido por la misma fiscalía que reconocía carecer de sustento probatorio para hacer la imputación contra el indiciado RINCÓN CASTILLO.

Expone que conocía a la secretaria del Juzgado Municipal de Pauna, pero no eran amigas, la conocía por su actividad profesional, sostiene que no habló con ella sobre el caso, que no les hizo ofrecimientos a los funcionarios de ese despacho, ni tampoco estos le pidieron algo.

**3.3.9. NUBIA SORANGE PARDO CASTRO:** abogada, 54 años de edad, secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Pauna en el año 2008.

Recuerda que en la primera semana de mayo de ese año su jefe FERNANDO SOLER le ordenó que hiciera el acta de una audiencia de captura, a la que ella no asistió porque estuvo ausente por permiso los primeros días de ese mes. Después, con relación a ese caso, hubo otras audiencias, no recuerda las fechas. En una de ellas el juez decidió inhibirse de revocar la orden de captura contra PEDRO RINCÓN CASTILLO, porque consideraba atípica esa audiencia. Como apelaron esa decisión el asunto fue al superior, cree que fue al Juzgado de Circuito de Chiquinquirá del Dr. GERMÁN, quien ordenó que debía decidir de fondo y volvió el proceso a Pauna.

Se programó la audiencia para resolver la solicitud, le parece que su jefe ordenó la revocatoria de la orden de captura. Asegura que ella no fue

consultada sobre la decisión, que no le ofrecieron nada directamente ni por interpuesta persona para favorecer a PEDRO NEL RINCÓN, a quien conocía como líder del pueblo y había sido electo concejal. Niega que ella o algún compañero del juzgado haya pedido algo en contraprestación a PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, ella no tenía necesidad.

**3.3.10. FERNANDO SOLER ROJAS:** 70 años de edad, abogado graduado desde 1977, especialista en derecho administrativo, se desempeñó como Juez Promiscuo Municipal de Pauna entre el 1 de diciembre de 2007 hasta mayo 2012.

Comenta que el 1º de mayo de 2008 ocurrió el homicidio de MIGUEL PINILLA en Pauna, su juzgado estaba de turno, él se encontraba en Chiquinquirá, lo llamaron de la fiscalía para solicitarle una audiencia urgente para pedir la orden de captura del indiciado PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, al efecto realizó la audiencia la madrugada del 2 de mayo y, atendido el material probatorio presentado por la fiscalía, ordenó la captura. Meses después, a fines del año, la defensa de RINCÓN CASTILLO presentó una solicitud de revocatoria de esa orden de captura, la que despachó inhibiéndose de decidir de fondo. Al respecto, sostiene que la solicitud venía soportada en una certificación de la fiscal 22 seccional en respuesta a una petición de la defensa para que se convocara a la audiencia de imputación y la fiscal ISABEL CRISTINA había respondido que no tenía elementos para hacerla; por eso, se hizo una reunión con el Director Seccional de Fiscalías, NELSON CAMELO, en la que, para sortear la situación causada por esa certificación, se le aconsejó que se inhibiera dado que a él le parecía atípica esa audiencia y así lo resolvió.

La defensa recurrió esa decisión y el Juzgado Penal del Circuito de Chiquinquirá le ordenó resolver de fondo. Con ocasión de lo resuelto por el juez superior, la abogada suplente llamó a la secretaria para avisar de esa decisión y él pasó al teléfono para enterarse de lo ordenado.

En la nueva audiencia, asistió un fiscal de la UNAIM, también las víctimas que se pronunciaron sobre la petición de la defensa, al final decidió revocar la

orden de captura siendo su argumento probatorio principal la certificación emitida por la fiscal del caso acerca de que carecía de elementos para hacer imputación al indiciado, que fue la causa invocada para que librara esa orden. Su decisión fue apelada y el juez de circuito la confirmó.

Estima que la suya fue una decisión tomada en derecho, se basó en la ley, no solicitó dinero ni contraprestación por esa decisión, ni recibió ofrecimientos. A pregunta del Ministerio Público sostiene que además del certificado de la fiscalía, también le presentaron declaraciones de testigos y de las víctimas en la audiencia de revocatoria de la captura.

#### **4. Presupuestos epistemológicos de la decisión**

Examinará la Sala si en esta especie concurren los presupuestos que permitan proferir una sentencia de condena por aparecer demostrada más allá de toda duda la existencia del delito y la responsabilidad de los acusados, como lo pretende la fiscalía, o si como lo pide el Ministerio Público y la bancada defensiva se mantiene incólume la presunción de inocencia.

Criterio orientador del sentido de la decisión lo ofrecen los artículos 7, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, conforme a los cuales, si los medios de prueba aducidos e incorporados legítimamente en el juicio oral no logran llevar al conocimiento del Juez, más allá de toda duda razonable, el aspecto objetivo del delito y la responsabilidad de los autores, se debe reconocer irrefutable la presunción de inocencia profiriendo decisión absolutoria que realice el principio del *in dubio pro reo*.

La valoración de la prueba, atendidos los mandatos del artículo 380 ib., la hará el operador judicial siguiendo las reglas de la sana crítica, en observancia del universo probatorio introducido al juicio oral, con el objeto de examinar que existe un conocimiento suficiente para condenar a partir de una concreta reconstrucción de lo ocurrido, con todas las circunstancias materiales, personales, sociales, de relevancia jurídica.

En tal sentido, el estándar de conocimiento exigido sobre la existencia de la conducta y la autoría y la responsabilidad de los infractores corresponde a una situación de convencimiento propio de la certeza racional y, por ende, relativa, dado que la certeza absoluta, propia de las ciencias exactas como las matemáticas, resulta imposible de exigir desde la perspectiva de la epistemología en el ámbito de las humanidades, que es en el que se suscita la controversia llamada a ser definida por el juez, que no es más que un hombre limitado por su propia capacidad para aprehender el objeto de la litis, por eso, su aproximación al conocimiento será racional.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia, *"sería una ilusión metafísica esperar la certeza absoluta de la prueba testimonial (y en especial del conjunto de aseveraciones que la integran, pero en general de cualquier medio probatorio incorporado al proceso), pues los criterios de aceptación de la verdad (o credibilidad) conducen a decisiones que implican en menor o mayor medida focos de discreción incontrovertibles desde un ámbito racional"*<sup>1</sup>.

Y agregó el alto Tribunal en la decisión citando al maestro Ferrajoli:

*"La 'verdad' de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevados a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la 'verdad' de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que estas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos [...]"*

*"Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia [...]"*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> CSJ Sala de Casación Penal, sentencia de 23 de febrero de 2011, R.32120

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 2001, pp. 50 y 135

Así las cosas, cuando el juez, valorado el acervo probatorio, no puede alcanzar ese conocimiento firme de índole racional ante la presencia de dudas sobre la existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del infractor, siempre que esas dudas recaigan sobre aspectos puntuales de tales estructuras materiales – existencia fenomenológica del hecho - o dogmáticas del delito – tipicidad, antijuricidad y culpabilidad -, tendrá que privilegiar la aplicación del principio *in dubio pro reo*, decantando la vacilación probatoria a favor del acusado, conforme lo impone una presunción de inocencia que no ha podido ser desvirtuada.

Con esos prolegómenos, efectuará la Sala la ponderación de la prueba acopiada en esta especie, acorde a los criterios de la sana crítica y las reglas del método técnico científico, confrontando esas conclusiones con las exigencias dogmáticas para configurar las conductas punibles atribuidas a los acusados.

## **I. PEDRO NEL CASTRO DIAZ**

### **i. Determinador de Fraude procesal.**

De acuerdo a la postulación acusatoria, la fiscalía debía probar que el procesado CASTRO DIAZ, para la época de los hechos fiscal 15 seccional de Tunja, había determinado la expedición de la orden de archivo datada 1º de junio de 2009, proferida por el Fiscal 9º Seccional de Tunja, JUAN CARLOS CABANA FONSECA, dentro del expediente bajo el CUI 155316103103-2007-80050, que se adelantaba en dicha oficina contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO por el doble homicidio de EDGAR SIERRA CARO y MAURICIO RUSSI VILLAMIL cometidos el 21 de agosto de 2007 en una vereda del municipio de Pauna.

A ese efecto, según la hipótesis de la acusación, la fiscalía demostraría que el acusado, en asocio con WILSON GERARDO PEÑA, indujeron al testigo WILSON GARCÍA LÓPEZ para que cambiara la versión que de los hechos había suministrado a la Policía de Usaquén (Bogotá) en entrevista rendida el 28 de

febrero de 2008 y luego reiterada en entrevista del 14 de marzo del mismo año, según la cual esas muertes habían sido ordenadas por PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO en represalia contra las víctimas por el hurto de un compresor.

De acuerdo a esa hipótesis, el cambio de versión era la manera de determinar la expedición de la orden de archivo y, en tal planeación criminal, se ordenó por el acusado, el 22 de julio de 2008, aprovechando que se le encargó de suplir al fiscal titular de la Fiscalía 9ª Seccional de Tunja, mientras disfrutaba de vacaciones, recibir una nueva ampliación de entrevista al testigo GARCÍA LÓPEZ por parte de policía judicial.

La entrevista, dijo la fiscalía en la acusación, se le recibió a WILSON GARCÍA LÓPEZ la tarde del 28 de julio de 2008, por un integrante del Grupo de Vida de la SIJIN DEBOY, y en ella este testigo se retractó de sus señalamientos, a quien se le pagó por ese hecho un millón de pesos.

Finalmente, el 1º de junio de 2009, el Fiscal 9º Seccional de Tunja emitió orden de archivo invocando la imposibilidad de establecer quién era el sujeto activo de los homicidios so pretexto de las inconsistencias de los testimonios.

El delito de Fraude Procesal, previsto en el artículo 453 del C.P. presupone la acreditación de los siguientes elementos de tipicidad objetiva<sup>3</sup>:

- i. Inducción en error a un servidor público,
- ii. Utilización de un medio fraudulento para provocar el error del servidor público,
- iii. Idoneidad del medio para lograr inducir en error al servidor público
- iv. Propósito de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

---

<sup>3</sup> Véase CSJ sentencia de 24 de junio de 2015, rad 39703

Dogmáticamente la acusación de la fiscalía muestra de entrada un craso desacierto al calificar de determinador, a quien, de acuerdo a esa narrativa de hechos jurídicamente relevantes, vendría a ser un autor mediato que instrumentalizó al Fiscal JUAN CARLOS CABANA FONSECA, pues, si se predica determinación eso comportaría que este último funcionario tuviese el dominio del hecho, pudiendo optar por decidir si profería o no la decisión contraria a la ley, evento que de materializarse, descartaría de plano el error del fiscal instructor y abriría la puerta a otro comportamiento, puntualmente a un Prevaricato por acción, con este servidor público como autor y ahí sí, con CASTRO DIAZ como determinador, pero, entiende la Sala que en la hipótesis de la fiscalía CABANA FONSECA es ajeno a la acción fraudulenta y que sobre él recae la inducción en error como medio para obtener una resolución contraria a la ley.

Como lo enseña la dogmática, esa ausencia de dominio del hecho diferencia a la determinación de otras formas de participación en el delito como la coautoría y la autoría mediata.

Por eso se ha señalado como presupuestos de la determinación los siguientes<sup>4</sup>: i) la actuación determinadora del inductor; ii) la consumación del hecho al que se induce o, por lo menos, una tentativa punible; iii) un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia del dominio del hecho en el determinador y v) el dolo en el inductor.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia<sup>5</sup>:

“En términos simples, en el marco de la participación, es determinador (art. 30 inc. 2º del C.P.) quien *induce* a otro a realizar una conducta antijurídica. La inducción es la determinación *dolosa* a otro para la comisión de un hecho doloso antijurídico. El inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, pero *no toma parte en la ejecución del hecho mismo*<sup>6</sup>. **La**

---

<sup>4</sup> CSJ Sentencia de 9 de mayo de 2018, R. 45889

<sup>5</sup> Ib.

<sup>6</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: 2002, 5ª ed., p. 739.

**ausencia de dominio del hecho diferencia a la determinación de la coautoría y de la autoría mediata". (las negrillas son nuestras)**

Es evidente que si para la fiscalía la forma de participación del acusado CASTRO DÍAZ en el delito de fraude procesal fue la determinación, en el banquillo debería estar acompañado del fiscal JUAN CARLOS CABANA FONSECA, de quien se presupone en esa propuesta dogmática conocía las condiciones irregulares en las que profería la orden de archivo, no obstante, como lo sostenido por la acusación es que este funcionario fue llevado a error para emitir esa resolución, es decir que este fue un mero instrumento utilizado para obtener ese acto, surge patente el yerro en la imputación jurídica.

Con todo ha entendido la jurisprudencia que el título bajo el cual se participa en el delito, cuando no comporta mayor punición, no entraña afectación al derecho de defensa, eso sí, mientras se conserve el núcleo del juicio de atribución, según lo pregona la jurisprudencia<sup>7</sup>:

*"Esta Sala ha decantado<sup>8</sup> que las variaciones a la forma de intervención del sujeto activo en el delito no comportan una transgresión al principio de congruencia, siempre y cuando: (i) no generen agravación punitiva, como ocurre cuando se acusa como autor y se condena como determinador<sup>9</sup> y; (ii) sea respetada la facticidad acusada, obsérvese<sup>10</sup>:*

***«... las variaciones en el fallo referidas a la forma de participación respecto de la modalidad deducida en el pliego acusatorio, en cuanto no comporten agravación punitiva, como ocurre con los grados de coautoría y determinación, no configuran desconocimiento de la consonancia o armonía que debe existir entre las dos providencias, siempre y cuando, claro***

<sup>7</sup> CSJ Sentencia de 17 de marzo de 2021, R. 56942

<sup>8</sup> Cfr. CSJ. SP. de 1º de agosto de 2002, Rad. 11780; SP. de 22 de junio de 2006, Rad. 24824; SP. de 5 de diciembre de 2007, Rad. 26513; AP. de 27 de julio de 2009, Rad. 31111; AP. de 30 de abril de 2014, Rad. 43127; AP. de 11 de marzo de 2015, Rad. 45428; AP3752-2016, de 26 de octubre, Rad. 48457; AP3173-218 de 25 de julio, Rad. 53037; SP2679-2020 de 29 de julio, Rad. 56462, entre otros.

<sup>9</sup> Cfr. CSJ. SP.2679-2020 de 29 de julio. Rad. 56462.

<sup>10</sup> Cfr. CSJ. AP. de 27 de julio de 2009, Rad. 31111.

***está, tales modificaciones respeten el marco fáctico de la acusación.***

*Lo anterior se explica porque "la ley no exige total identidad o armonía perfecta entre la acusación y la sentencia; lo constituido es una garantía de que el proceso gravite en torno a un eje conceptual, fáctico u jurídico, circunscrito a unos límites dentro de los cuales puede desenvolverse, que le permiten incluso cambiar el delito en cuanto su especie, siempre que no desborde el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria ni agrave la situación del sindicado". (Negritas agregadas)>>.*

Como en esta especie, es patente, no existe alteración del eje fáctico de la imputación y la acusación, ni con el cambio de calificación del título de participación del acusado se están introduciendo hechos, evaluará la Sala en secuencia lógica si se probó la realización del delito de Fraude Procesal, con ocasión a la resolución de archivo ya referida y si se puede predicar, más allá de toda duda, la concurrencia del acusado.

Lo primero que debe resaltar la Sala es que, aunque se solicitó por la fiscalía la admisión como prueba de cargo de copia de la orden de archivo emitida el 1º de junio de 2009 por el Fiscal 9º Seccional de Tunja, que en la teoría del caso de la acusación era el objetivo final de la actividad fraudulenta de la que se dijo era determinante el acusado CASTRO DÍAZ, obtenida en inspección efectuada al proceso CUI 155316103103-2007-80050, que la Corte Suprema en segunda instancia accedió a decretar, finalmente no fue aducida en el juicio oral ni menos aún incorporada, es decir, esta Sala desconoce dentro del proceso la existencia de tal orden, su contenido y motivación.

Desde luego habría sido importante conocer esa orden de archivo, porque, aunque obtener el resultado deseado no es un elemento del tipo objetivo, sí se supone era el referente motivacional o subjetivo que acompañó a quienes participaron de la conducta y habría servido para hacer más verosímil la hipótesis de la acusación, pues, si en efecto se produjo el archivo de la

indagación en razón a un cambio en la versión primigenia del testigo GARCÍA LÓPEZ tendría sentido todo ese devenir previo que la fiscalía le atribuye al procesado como ordenador de la recepción de la ampliación de la entrevista al testigo y sus supuestas conversaciones con este, previas a la realización de la diligencia del 28 de julio de 2008.

Tampoco fue traída al proceso la orden emitida supuestamente por el acusado a la policía judicial, el 22 de julio de 2008, para recaudar esa nueva entrevista a WILSON GARCÍA LÓPEZ, sin que el testimonio de NILSON MANCILLA CARO, el investigador encargado de ese recaudo, sirva para sustentar ese supuesto del cargo; por el contrario, este testigo niega en redondo cualquier trato con el fiscal acusado CASTRO DÍAZ, al que dice ni siquiera conocía.

Ese sombrío panorama probatorio fue rematado con una desastrosa intervención de la fiscal encargada de asistir a la sesión de audiencia en la que se debían incorporar las piezas procesales obtenidas del expediente No. 155316103103-2007-80050, que a duras penas sí se sabe que cursaba contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO por las muertes violentas de MAURICIO RUSSI VILLAMIL y EDGAR SIERRA CARO, entre ellas, por su importancia, las plurales entrevistas recaudadas a GARCÍA LÓPEZ datadas 30 de agosto de 2007 y 26 de febrero, 14 de marzo y 28 de julio de 2008.

En esa sesión de audiencia asistió como testigo la investigadora del CTI EDNA JULIANA BERDUGO MORENO, quien expresó haber efectuado inspección al proceso radicado 2007-80050 y haber rendido un informe de esa actividad en la que recaudó copias de diversos elementos documentales, los cuales le fueron puestos de presente y reconoció, entre ellos las diversas entrevistas recibidas a WILSON GARCÍA LÓPEZ, la inspección técnica a cadáver de las dos víctimas datadas 22 de agosto de 2007, las necropsias calendadas 24 de agosto siguiente y, por último, un álbum fotográfico de esa actividad médico forense.

Una vez obtuvo de la testigo que reconociera esas evidencias documentales, la fiscal, pese a que había sido advertida por la presidencia de la Sala del

procedimiento de incorporación, con lectura incluida de un párrafo extractado del auto penal 948 de 7 de marzo de 2018 rad. 51882 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, inexplicablemente dejó de incorporar jurídicamente los documentos mediante su necesaria lectura para su publicidad, como lo manda el artículo 431 de la ley 906, por lo que, estos simplemente fueron depositados sobre la mesa de los colegiados, dando por agotado el interrogatorio directo de la testigo, ante lo cual obviamente ni siquiera conrainterrogatorio hubo.

La incuria de la fiscalía en este asunto alcanza ribetes absurdos, no solo en relación a la frustrada incorporación de estos elementos probatorios, sino a lo largo del decurso procesal con ese fracaso que fue la audiencia preparatoria, con honda incidencia en sus pretensiones, como ya se verá, pues, ni siquiera porque se lo dijo expresamente la propia Corte en el auto que desató el recurso de apelación contra el decreto probatorio, atendió su carga de dar lectura a esas piezas.

En dicho auto No.1697 del 18 de mayo de 2019 radicado 53096, nuestro superior funcional, al explicar el tema expuso:

*“las evidencias obtenidas por la Fiscalía de los procesos N° 2008003400 y 200780050 no pueden considerarse como prueba trasladada (en los términos del artículo 239 de la Ley 600 de 2000), sino, como lo aclaró esta Corporación en CSJ AP 21 sep. 2011, rad. 37205, se trata de pruebas documentales adquiridas legalmente a través de inspección judicial. Las cuales, por supuesto, deben ser introducidas al proceso en cumplimiento de las reglas previstas en los artículos 424 y siguientes de la Ley 906 de 2004, especialmente **la lectura de la totalidad de los documentos** y el testimonio del funcionario de policía judicial que dirigió la inspección respectiva”.*

La lectura es un paso forzoso de ese acto de incorporación jurídica del documento, que no se surtió, indispensable para que los demás intervinientes procesales y el juez colegiado conozcan su contenido para su publicidad y contradicción, de manera que en esta especie, aunque los documentos

reposan en la carpeta de pruebas, sin que siquiera se hubiese pedido a la Sala su incorporación material, no serán analizados por el Tribunal porque sencillamente no fueron legalmente incorporados.

Si esta Sala no conoce la orden supuestamente impartida el 22 de julio de 2008 a policía judicial por el acusado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ para recaudar una nueva entrevista a WILSON GARCÍA LÓPEZ en la investigación No. 155316103103-2007-80050; si no conocimos el supuesto cambio de versión del testigo GARCÍA LÓPEZ en la entrevista del 28 de julio de 2008; si tampoco conocemos la orden de archivo ni sus motivaciones; no hay posibilidad alguna de poder predicar que se probó la inducción en error al fiscal JUAN CARLOS CABANA FONSECA, ni que para provocar ese error se utilizó un medio fraudulento, como lo sería el falso testimonio de GARCÍA LÓPEZ.

No está de más destacar que ese testigo WILSON GARCÍA, según el pliego de cargos, -advirtiendo la Sala que no conoce los contenidos de sus plurales versiones- había sido vacilante en sus señalamientos contra el indiciado del doble homicidio, PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, porque mientras en una primera ocasión adujo que las víctimas se habían atacado entre sí causándose la muerte, en las dos siguientes oportunidades reveló que fueron ejecutadas por mandato de RINCÓN CASTILLO, es decir, su testimonio no había sido modelo de confiabilidad y firmeza, de modo que un nuevo viraje en su narrativa no tendría *per se* la fuerza para reconocerle poder inductor en error.

Y también es cierto que el testigo NILSON MANCILLA CARO, servidor de policía judicial adscrito para la época de los hechos a la unidad de fiscalía de delitos contra la vida y quien recibió la entrevista a GARCÍA LÓPEZ el 28 de julio de 2008, desvirtuó cualquier intervención del acusado CASTRO DÍAZ en la recepción de esa nueva entrevista al testigo, pues adujo que a él le pidió que cumpliera ese encargo su compañero CIRO ALFONSO ORTIZ, acto que ejecutó en las instalaciones de la SIJIN en Tunja, sede de la Policía Metropolitana ubicada en la carrera 11, no en una oficina de la fiscalía, sin que la prueba de cargo le hiciera contrapeso a esta versión de la ajenidad del

fiscal acusado en esa actividad investigativa, pues, como se mencionó ni siquiera se probó que él hubiese ordenado tal diligencia.

Con lo discurrido es más que suficiente para descartar el cargo por el delito de Fraude Procesal elevado contra CASTRO DÍAZ por auténtica anemia probatoria que impone reconocer irrefutable su presunción de inocencia; sin embargo, como la fiscalía arrimó al juicio una pluralidad de grabaciones magnetofónicas, con las cuales no solo pretendía demostrar la autoría de este delito, sino, además, la autoría del delito de Concierto para Delinquir que se le atribuye a este acusado, así como los delitos de Concusión, Cohecho propio y Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública endosados FERNANDO SOLER ROJAS, se adentrará la Sala en dicho tema porque comparten el mismo medio probatorio aquejado de las mismas dolencias.

## **ii. Autor de Concierto para delinquir**

Según la acusación, PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, entre los años 2008 a 2011, se concertó con otras personas para planear y consumir diversas e indeterminadas conductas punibles con el objeto de beneficiar a PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, a cuyo efecto integró una empresa criminal que sobornaba y coaccionaba testigos y ofrecía dádivas a servidores públicos para que accedieran a peticiones ilegales.

La conducta constitutiva de concierto para delinquir agravado aparece tratada en el artículo 340 inciso primero del C. P. modificado por el artículo 8 de la ley 733 de 2002, que considera que incurre en ella quien se concerta con varias personas con el fin de cometer delitos.

En este sentido, para que se estructure el delito de concierto para delinquir deben comprobarse los siguientes tres elementos: la existencia de una organización con carácter permanente que tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados, un acuerdo de voluntades para

alcanzar dicho objetivo; y que las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública.<sup>11</sup>

Respecto a la estructura dogmática del tipo penal en comento, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte ha señalado:

*"El legislador consideró que el sólo hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible, pues por sí mismo atenta contra la seguridad pública y por ello extendió la protección penal hacia esa actividad, sin que sea necesario exigir un resultado específico para pregonar desvalor en tal conducta.*

*(...) El simple hecho de ponerse de acuerdo para cometer delitos indeterminados, sea cual fuere su naturaleza, sea cual fuere el modus operandi, y sea cual fuere el cometido final, es ya punible.*

*Es que no solamente propicia un ambiente de inseguridad pública quien atenta materialmente contra la comunidad, o quien destruye su patrimonio físico, sino que hace tanto o mayor daño quien promueve acciones que de suyo, aunque sin violencia inmediata, tienen la capacidad para generar alarma social y desestabilizar las principales instituciones, ante la pérdida de credibilidad y la quiebra de esenciales principios que informan al Estado social, democrático y de derecho.*

*La estructura típica del concierto no requiere un lapso de duración específico, sino la proyección en el tiempo del propósito en el que se persiste para la comisión de los delitos indeterminados que fueren necesarios.*

*La noción de permanencia de la sociedad delictiva no puede asumirse exclusivamente como un factor aislado, deducible del paso objetivo del tiempo en el reloj o el calendario, sino que, además, se precisa considerar la manera como dicho tiempo es empleado por los concertados para incidir en los bienes*

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-241/97.

*jurídicos que el legislador tutela, con el objetivo de lograr los fines que se proponen.*

*No se desvirtúa la existencia del delito de concierto para delinquir, por el hecho de que pasado algún tiempo la sociedad criminal se disuelva, debido a que este fenómeno puede obedecer a múltiples razones, por ejemplo: el logro de los objetivos finales, porque la organización es desmantelada por las autoridades, por circunstancias ajenas a los asociados, porque deciden voluntariamente no continuar, etc.*

*En relación con el bien jurídico tutelado, la seguridad pública, el concierto para delinquir es un delito autónomo y de peligro, que se entiende derivado de la realización misma de la conducta incriminada; y respecto de su contenido, de mera conducta, por cuanto se reprime el simple comportamiento de concertarse con la finalidad indicada en él, es decir, "de cometer delitos", sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el designio de la asociación criminal.*

*El delito se consuma por el simple acuerdo, y la reacción punitiva se da "por ese sólo hecho", como se expresa en la descripción típica, de suerte que el delito de concierto para delinquir concursa con las conductas punibles que sean perpetradas al materializarse el elemento subjetivo que lo estructura.*

*Tanto en el concierto para delinquir como en la coautoría y las demás formas de participación de varias personas en la comisión del delito se requiere de un número plural de agentes, pero contrario a lo que acontece en éstas últimas, donde esa concurrencia es puramente eventual, tratándose del concierto tiene el carácter de necesario, sin que la norma que lo tipificaba al momento de su comisión, como lo tipifica ahora, exija un número específico de concertados"<sup>12</sup>.*

En el propósito de probar la concurrencia del procesado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ a esa asociación delictiva dispuesta a ejecutar conductas punibles

---

<sup>12</sup> Sentencia de 23 de septiembre de 2003, radicado 17089.

indeterminadas, con vocación de permanencia durante ese lapso corrido entre los años 2008 a 2011, la fiscalía depositó toda su apuesta, única y exclusivamente, en plurales registros de interceptaciones de comunicaciones telefónicas que fueron reproducidas en el juicio oral, con la intermediación de la testigo de acreditación YULLY ANDREA MOJICA ESPAÑA.

Debe advertir la Sala, en un primer tópico y ante las glosas de los defensores a ese respecto, que se permitió la incorporación de esas evidencias documentales con dicha testigo, porque desde un comienzo – auto de pruebas de 26 de junio de 2018- esta Sala había admitido que la subintendente MOJICA ESPAÑA fungiese como testigo de acreditación de la evidencia obtenida con su concurso, si no concurría el investigador líder del caso LEONARDO QUIROGA y eso ocurre con dichas evidencias.

Ahora, entrando al fondo del problema, centrar todas las bazas en esas evidencias era una apuesta riesgosa, porque, lo sabía el ente persecutor, esos registros magnetofónicos tenían un pecado original porque habían perdido su cadena de custodia después de ser captados en la Sala Esperanza y entregados al investigador jefe en el proceso al cual fueron primigeniamente dirigidos, el radicado No. 110016000-2008-00034 que esta Sala bien conoce por haber asumido su segunda instancia en la que se profirió condena por homicidio contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

El artículo 250 de la Constitución Nacional dispone que es deber de la Fiscalía: *"Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción"*.

Desarrollando ese postulado, el artículo 216 de la ley 906 de 2004, señala que cada elemento material probatorio recaudado en el lugar de los hechos, debe ser asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo, lo que se debe hacer observando las reglas de cadena de custodia.

Esa finalidad de aseguramiento del material probatorio que inspira la cadena de custodia aparece prevista en los artículos 254 y 277 del mismo estatuto, que no es otra diferente a demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cual se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren y finalizará por orden de autoridad competente.

La cadena de custodia se ha definido como el conjunto de procedimientos encaminados a demostrar y asegurar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, para cuyo efecto desde el momento en que se les recolecta se inicia un registro signado por el funcionario que la recogió, así como se registran allí los cambios que hubiere sufrido su custodia y manejo.

Al respecto, el artículo 277 ib. precisa que los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente y sometidos a las reglas de custodia, indicando en su inciso segundo que la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia estarán a cargo de la parte que los presente, no como lo alegara de conclusión la fiscalía que, en una inusual inversión de las cargas procesales, pretende que sea su contraparte la que desvirtúe una autenticidad de la que carecía su evidencia.

Ilustrando el tema la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia señaló<sup>13</sup>:

*"En múltiples oportunidades, la Corte se ha ocupado de la temática relativa a la cadena de custodia, procedimiento privilegiado como mecanismo de autenticación de evidencias, más no el único válido por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en CSJ SP160–2017, 18 en. 2017, rad. 44741 (que reitera, entre otras, la CSJ SP12229–2016, 31 ag. 2016, rad. 43916), explicó:*

---

<sup>13</sup> CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia de 4 de diciembre de 2019, rad. 52530.

*"Esta Corporación ha tenido oportunidad de definir que la autenticación de evidencias físicas tiene un claro contenido factual, por lo que es un tema de prueba referido a la demostración de que "una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es"<sup>14</sup>.*

*En esta medida, a efectos de llevar a cabo la autenticación de las evidencias físicas, aunque en todos los casos debería prevalecer la sujeción a los protocolos de cadena de custodia, la parte que la aporta se encuentra en libertad de solicitar los medios probatorios que considere más adecuados e idóneos para su demostración, prevaleciendo en tal sentido el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, que establece en su artículo 373 que "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".*

*Así, la Sala ha subrayado la obligación constitucional (artículo 250 de la Constitución Política) y legal (artículos 205, 209, 254 y siguientes y 277, entre otros, de la Ley 906 de 2004)<sup>15</sup> de sujeción a la cadena de custodia como método de autenticidad por excelencia, con la que se pretende el aseguramiento de las evidencias físicas, a fin de evitar su alteración, modificación, suplantación o falseamiento, lo que determina la vigencia del principio de mismidad, según el cual, la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores<sup>16</sup>.*

*Sobre la trascendencia que en materia de valoración probatoria tiene la guarda de los protocolos de cadena de custodia, se ha puntualizado lo siguiente:*

*[I]a Sala **aclara** que lo concluido en otras ocasiones en el sentido de que los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia mas no a su legalidad (CSJ SP, 19 Feb. 2009, Rad. 30598, CSJ AP 7385, 16 Dic. 2015, entre otras), **no significa**: (i) excepcionar la obligación*

---

<sup>14</sup> CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 3 sep. 2014, rad. 41908; CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

<sup>15</sup> CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

<sup>16</sup> CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598.

*constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia; (ii) negar la trascendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etcétera, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal.<sup>17</sup>*

*No obstante lo anterior, también se ha precisado que si por alguna razón no se cumple con la obligación constitucional y legal de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente.*

*Por eso, tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena de custodia puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento "personal y directo" de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.*

*En tal evento, la parte debe ofrecer los medios probatorios tendientes a la articulación de los factores que, en orden a establecer su pertinencia, determinen la mismidad de la evidencia física, esto es, presentando los testimonios a través de los cuales se pueda demostrar que el instrumento recogido es el mismo presentado como prueba ante el juez de conocimiento<sup>18</sup> [negrilla original del texto]".*

Como se advierte, la autenticación del elemento probatorio o evidencia obtenida no es otra cosa que la demostración que debe hacer la parte

---

<sup>17</sup> CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

<sup>18</sup> CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

respecto a que el elemento o evidencia es lo que la parte dice que es, conocido como principio de mismidad y aunque existe libertad probatoria para demostrarlo, en esta especie ese cometido no se cumplió.

Para ir diseccionando el tema lo primero es puntualizar que la testigo de acreditación YULLY MOJICA ESPAÑA dejó claro que los veintiocho (28) discos compactos en los que se almacenaron múltiples registros de conversaciones obtenidos como evidencia para usar en este juicio oral fueron tomados en reproducción de aquellos que reposaban en la Secretaría de esta Sala Penal, en la carpeta del proceso radicado No. 110016000-2008-00034, cuando cursaba la segunda instancia, con ocasión al recurso interpuesto por la fiscalía contra la sentencia absolutoria proferida a favor de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, calendada 24 de junio de 2011, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, es decir, que esas grabaciones para ser usadas en este proceso que ahora conoce la Sala, con todas sus conocidas vicisitudes, eran las que ya estaban en poder de la judicatura.

De lo ocurrido en ese proceso dio cuenta en su testimonio MIGUEL ANTONIO DIAZ PALACIOS, para aquella época Juez Penal Especializado de Tunja, quien relató que en medio del juicio que adelantaba, cuando se iba a proceder a incorporar los audios de interés de la fiscalía, fue advertido que los contenedores de esos discos compactos se encontraban abiertos y al requerir al investigador WILSON LÓPEZ TREJOS, quien fungía como testigo de acreditación, acerca de si esos elementos habían permanecido todo el tiempo bajo su custodia, admitió que no todos y al contra preguntarle si sabía cuales sí y cuales no, reconoció que no sabía, siendo esa razón para desestimarlos en la sentencia absolutoria.

En la sentencia P-87 de 23 de octubre de 2014, proferida por esta misma Sala de decisión, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia absolutoria ya reseñada del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, en el expediente No. 2008-00034 del cual se tomaron las copias de los registros de audio que se trajeron a esta causa que ahora se

juzga, se consignó con relación a la pérdida de la cadena de custodia de esos audios lo siguiente<sup>19</sup>:

*“En esta especie los problemas de la cadena de custodia son los siguientes:*

*i) Los formatos de cadena de custodia no reflejan el movimiento de los DVDs desde su retiro en el almacén de evidencias hasta su llegada a manos del investigador LÓPEZ TREJOS para traerlos al juicio, pues, según lo admitió este en su testimonio, los 18 paquetes que contienen los DVDS fueron retirados del almacén de evidencias por el investigador GONZALO AYALA TORRES el 18 de febrero de 2011 y él los recibió el 10 de marzo del mismo año; sin embargo, los paquetes numerados 3, 12 y 13 aparecen retirados por el mismo LÓPEZ TREJOS, cuando él fue claro en que no podía hacer el retiro por encontrarse en otro juicio y previendo la congestión que se presenta para el retiro de evidencias en el almacén de la Fiscalía optó porque esa gestión la adelantara GONZALO AYALA, luego, que ocurrió con esos paquetes, a quien le fueron entregados, porque no aparece quién los custodió hasta su recibo por LÓPEZ TREJOS.*

*ii) Al momento de iniciar la reproducción de los audios con los cuales la fiscalía pretendía demostrar su caso, en sesión del 27 de abril, el juez advirtió que los 18 paquetes se encontraban abiertos, sin que de ello se hubiese dejado constancia, explicando el fiscal que él había autorizado su apertura para hacer unas copias con destino a otro proceso en el mes de marzo, sin que se hubiese adoptado el cierre del contenedor que en ese estado permaneció.*

*iii) El investigador LÓPEZ TREJOS al ser interrogado en la misma sesión del 27 de abril sobre esa situación de los 18 contenedores, reveló que no todos los sobres estuvieron bajo su custodia y que no sabe cuáles si lo estuvieron y cuáles no.*

---

<sup>19</sup> Fl. 138 de la respectiva sentencia, visible a folio 213 del cuaderno de estipulaciones probatorias.

*Como se advierte, el panorama es desalentador, por lo que con toda razón el a quo desconoció valor persuasivo a los registros escuchados por las dudas que existen sobre la autenticidad o mismidad de la evidencia”.*

Ahora, la pérdida de la cadena de custodia en el proceso primigenio de donde fueron tomados los registros de audio para ser usados en el presente juicio, obviamente extiende su alcance pernicioso a cualquier proceso subsiguiente porque ese defecto no podía subsanarse simplemente con el inicio de una nueva cadena de custodia porque el defecto que afecta su autenticidad no desaparece, esas copias obtenidas reproducen la mácula; por eso, para el buen suceso de sus pretensiones, le correspondía a la fiscalía acreditar la mismidad de esos registros, esto es autenticar esas evidencias a través de cualquier medio de prueba válido en aras de usufructuar los contenidos de esas conversaciones; no obstante, no suplió aquella fisura de origen de sus evidencias, al punto que la Sala no tiene elementos para sostener más allá de toda duda que quienes intervienen en esa pluralidad de conversaciones interceptadas sean los dos acusados.

No es que resulte imposible esa autenticación de las evidencias, ni la determinación de la identidad de los individuos que participaron en las conversaciones controladas, pero, ante la ausencia de un reconocimiento expreso de parte de los procesados o de un cotejo técnico de voces, sin que con ello estemos postulando una tarifa probatoria, encontramos que el espectro probatorio se reduce ostensiblemente, pues en este asunto no puede invocarse que se produjo una auto convalidación o autenticación interna de la evidencia, que es la forma en que ese tipo de vacíos han sido superados en otros casos abordados por la jurisprudencia.

Al efecto, si bien la testigo de acreditación YULLY MOJICA ESPEÑA intenta rescatar esa evidencia, lo cierto es que ella no fue la persona encargada de las escuchas en la fuente, pues, como se sabe su labor se limitó a recolectar esos discos compactos (28 unidades) del lugar en el que reposaban varios años después de su interceptación, esto es, el expediente que en ese momento se encontraba a disposición de esta misma Sala para desatar el

recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria proferida a favor de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO dentro de la causa con radicado único 151766103097-2008-80034.

Después de obtener esos elementos su labor fue escuchar esos registros acopiados en las unidades de almacenamiento y rendir un informe de esa actividad; pero, ella no es analista criminal, no es fonoaudióloga ni ostenta formación en materias afines para calificarse en el reconocimiento de voces, no utilizó medios técnicos como sonogramas o espectogramas (representación visual del habla), ni hizo cotejo por percepción propia y directa de la voz patrón de los acusados como para reconocerlas en esas grabaciones, desconoce técnicas de audiometría, no supo en qué tipo de equipo fueron grabadas las interceptaciones, y aunque alude a una búsqueda en bases de datos para saber quiénes eran los titulares de las líneas intervenidas no da razón de esa actividad, ni obran soporte de los resultados de esa búsqueda; al contrario, en el contrainterrogatorio quedó al descubierto un error en la supuesta titularidad de una de las líneas intervenidas, la 312 4542810, que la testigo atribuye a JORGE CÓMBITA, según dijo atendiendo su número de cédula: 4.157.904, pero, al ser confrontada con qué ese número de identificación personal le correspondía a otra persona, tuvo que aceptar la posibilidad de un error.

Tampoco efectuó labores de verificación externas, se atuvo a lo que ya se decía en informes previos que tampoco hacen parte del elenco probatorio, acotando la Sala que respecto a todas las comunicaciones no se supo cuál era la otra línea de interlocución, por lo que, en suma, no está en condiciones de servir de medio para demostrar más allá de toda duda razonable al Tribunal que ninguna otra persona distinta de los dos procesados son los interlocutores de las conversaciones interceptadas que los comprometen, pues existen elementos que le daban visos de probabilidad a esas afirmaciones, como por ejemplo las fechas de situaciones que concuerdan con las que constituyen el marco fáctico temporal de la acusación, por ejemplo, las comunicaciones captadas de la línea 3124542810 del 28 de julio de 2008 en las que los interlocutores sin duda hablan de la recepción de una declaración en la que

el testigo acudiría a retractarse a cambio de paga, o las sostenidas desde la línea 3204721824 en las que se alude a la audiencia del 5 de julio de 2008 en la que el Juez Primero Penal del Circuito le ordenó al juez acusado que proveyera de fondo sobre la solicitud de la defensa para revocar la orden de captura que obraba contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

Lastimosamente su labor, como se advirtió en el desarrollo de la audiencia de juicio oral, se limitó a operar como una especie de presentadora de los registros atribuidos, desde la fuente de captación primigenia, a los acusados, pero, sin que ella pueda dar fe que esas diferentes voces reproducidas desde los registros corresponden a las personas que se dicen son las que allí intervienen.

El conocer los datos biográficos de los titulares de las líneas interceptadas hubiese sido sumamente importante para poder avalar que operó una auto validación, a partir de los contenidos mismos de las conversaciones, pero, esos datos no hicieron parte de la prueba incorporada al proceso, con lo que, la testigo, al igual que quienes fungimos como jueces, solo podemos decir con certeza que, por ejemplo en una conversación alguien saluda a otro llamándolo doctor y el otro alude a una fiscalía como lugar de presentación de un testigo, pero, no es posible afirmar más allá de toda duda que una de esa voces es la del acusado PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, lo cual es predicable de todas las conversaciones presentadas en el juicio oral.

Si hipotéticamente se dejarán de lado esos defectos de autenticación de las evidencias, un torpedo aún más demoledor contra la pretensión condenatoria de la fiscalía es el de la obligada exclusión que deberá ordenar la Sala de los contenidos de las comunicaciones interceptadas porque no fue acreditada la legalización judicial posterior de lo actuado y recabado por parte de los organismos de investigación encargados de cumplir la orden de interceptación de esas comunicaciones.

Durante el juicio oral, atendiendo la admisión de esos elementos probatorios dispensada por la Corte Suprema en el AP1697 de 8 de mayo de 2019, fueron incorporados, mediante su difusión, los registros ID de interceptaciones

efectuadas a las líneas 3124542810, 3108800687, 3204721824, 3123323662 y 3105929427; no obstante, no se atendió la integridad de lo dispuesto por nuestro superior funcional, con relación a que *“se accederá a los formatos de cadena de custodia y las actas de las audiencias de control de legalidad, por medio de las cuales se acreditará la legalidad de la obtención de tales evidencias”*<sup>20</sup>.

En efecto, cuando en su momento en la audiencia preparatoria la defensa planteó ese debate, la fiscalía no satisfizo la carga que le competía de acreditar ni las órdenes primigenias emitidas para interceptar, ni la dada a los servidores de policía judicial para recaudar los dvds que reposaban en la Secretaría de esta Sala, ni la cadena de custodia sobre esos elementos, como tampoco los controles judiciales, previos<sup>21</sup> y posteriores, efectuados a los resultados de esas interceptaciones, pese a que la Sala, acatando las instrucciones jurisprudenciales sobre la materia<sup>22</sup> dio amplia oportunidad a la fiscalía para que lo hiciera.

De hecho, en la sesión de la audiencia preparatoria de 5 de junio de 2018, la fiscalía solo presentó dos actas: una del Juzgado 60 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, datada 22 de octubre de 2018<sup>23</sup>, y otra del juzgado 33 homólogo de la misma ciudad, calendada 3 de febrero de 2009<sup>24</sup>. La primera se contraía al control efectuado a las interceptaciones a las líneas 3124542810 y 3108800687, que fue despachado adversamente para los intereses del acusador oficial y, aunque se consigna allí que se interpuso recurso de apelación, se desconoce procesalmente que suerte corrió ese asunto. La segunda acta reseña el control judicial posterior efectuado a las interceptaciones de las líneas 3115020902 y 3105929427, a las que se les impartió legalidad.

---

<sup>20</sup> Fl. 54 de ese proveído.

<sup>21</sup> Según el artículo 235 ley 906, la orden de prórroga de interceptaciones está sometida a control judicial previo.

<sup>22</sup> Véase CSJ auto de 11 de abril de 2018, R. 52320

<sup>23</sup> Fl. 54 cdno original 4

<sup>24</sup> Fl. 76 cdno original 4

Como ya se rememoró, esta Sala denegó a la fiscalía su pedido para incorporar en el juicio esos registros, entre otros ítems por no haberse acreditado su legalidad, siendo la Corte Suprema la que terminó abriéndoles la puerta para su ingreso, pero, dicha colegiatura advirtió, como no podía ser menos, que le correspondía a la fiscalía cumplir con su carga de sustentar la plena legalidad de sus elementos probatorios, lo cual pretirió.

Si se repasan los registros reproducidos en el juicio con fines de incorporación por la fiscalía se advierte que las comunicaciones de la línea 3124542810 fueron presentadas como efectuadas en los periodos 9 a 13 de mayo, 28 de julio a 01 de agosto y 26 a 30 agosto del año 2008 y las de la línea 3108800687 corresponden a comunicaciones captadas entre los días 1 a 2 de mayo de 2008, cuyas órdenes de interceptación, según reza un informe firmado por el investigador WILSON LOPEZ TREJOS aportado por la fiscalía en la audiencia preparatoria<sup>25</sup>, fueron emitidas el 6 de febrero de 2008 y prorrogadas el 23 de julio del mismo año, con vencimiento el 21 de octubre siguiente, con lo cual se infiere que a esas interceptaciones es que se les hace el control judicial que declaró su ilegalidad.

Respecto al alcance de las decisiones del juez de control de garantías, debe la Sala señalar que por regla general no está aquel funcionario llamado a pronunciarse sobre la licitud o legalidad de los elementos probatorios obtenidos por las partes en desarrollo de los actos de investigación, y en ese sentido lo que sobre el particular resuelva no es vinculante para el juez de conocimiento; sin embargo, por vía de excepción se reconocen cinco casos en los que se permite al juez de control de garantías verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, las cuales se contraen al cumplimiento de las órdenes impartidas por la Fiscalía de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares (Art. 154-1- y 237)<sup>26</sup> y por supuesto lo

---

<sup>25</sup> Fls 54 vto a 75 cdno 4 original

<sup>26</sup> CSJ Sentencia de 16 de mayo de 2007, R. 26310.

que allí decida sí vincula y produce efectos tales como no poder ser usados en el juicio.

De otra parte, se escucharon audios de interceptaciones a las líneas 3204721824 y 3213323662, sin que se acreditara que se surtió control de legalidad sobre los actos investigativos de su obtención.

Puesto que ese control judicial ha sido considerado por la jurisprudencia, al hacer hermenéutica a las disposiciones de la ley 906 frente a los mandatos constitucionales del artículo 250 y al derecho fundamental a la intimidad, como un requisito esencial de su validez, sin el cual la prueba obtenida deviene ilegal, a la Sala solo le queda aplicar la cláusula de exclusión de que trata el artículo 23 del compilado procesal a los registros de comunicaciones interceptadas a los abonados telefónicos 3124542810, 3108800687, 3204721824 y 3123323662.

Atinente a este tópico ilustra la H. Corte Suprema de Justicia<sup>27</sup>:

“**2.1.** Frente a la temática que motiva el presente pronunciamiento, resulta importante precisar que de conformidad con los artículos 250 de la Constitución Política y 235 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía está facultada para emitir órdenes de *interceptación de comunicaciones*, con el único propósito de buscar y recopilar elementos materiales probatorios y evidencia física de interés para la actuación investigativa.

En esa labor, desde luego, una de las garantías fundamentales que puede resultar afectada es el *derecho a la intimidad* consagrado en el artículo 15 del Estatuto Superior. Según esta disposición: «*la correspondencia y demás formas de comunicación privada **son inviolables**. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las **formalidades que establezca la ley***». (Destaca la Sala).

(...)

---

<sup>27</sup> CSJ auto de 29 de abril de 2020, R. 56358

Una de estas exigencias atañe al *control posterior* ante el juez de garantías, el cual, según lo dispuesto en el artículo 237 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 68 de la Ley 1453 de 2011, debe ser solicitado por el fiscal dentro de las **24 horas** siguientes al recibimiento del informe final de Policía Judicial.

**ARTÍCULO 237. AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD POSTERIOR.** Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Este requisito ha sido calificado por la Sala como «*esencial*» y, de no cumplirse, el medio probatorio recaudado adquiere el carácter de *ilegal*. Dijo la Corte sobre el particular:

*(...) entre el poder punitivo del Estado y el procesado siempre debe existir un juez, como garantía de salvaguarda de los derechos del ciudadano y de la legitimidad de la respuesta penal. Por lo mismo, el control judicial posterior sobre los actos de investigación de la fiscalía es esencial y más aún cuando de por medio está la interferencia de derechos fundamentales.*

*Según ello, las interceptaciones de comunicaciones de los imputados, si bien pueden ser ordenadas por la fiscalía (artículos 250 de la Constitución Política y 235 de la Ley 906 de 2004), solamente adquieren validez si un juez les confiere su aval, el cual no consiste en verificar simplemente un dato formal atinente al deber de comparecer durante las 24 horas siguientes a la recepción del informe policial ante el Juez de Control de*

***Garantías (artículo 237 de la Ley 1142 de 2007), sino en establecer, desde el punto de vista material, la proporcionalidad de la medida y la impostergable necesidad de interferir, sin orden judicial previa, el derecho a la intimidad con fines de investigación.***

*(...) De otra parte, respecto del control formal y material de las decisiones que interfieren derechos fundamentales, la Sala ha señalado lo siguiente:*

***"Ordinariamente, aquello que con cierto desdén se menciona como meras formalidades, es nada menos que la protección contra la arbitrariedad, porque la intimidad y la libertad que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía personal y de la más profunda dimensión de la personalidad, solo, excepcionalmente, son susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente."*** (CSJ. AP. Rad. 36.562 del 13 de junio de 2012)<sup>28</sup>.  
(Destaca la Sala)."

Respecto de la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física, consagra el artículo 276 de la ley 906 de 2004 que esta depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se hayan observado lo prescrito en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y en las leyes.

Si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal se generan consecuencias distintas, en algunos casos incluso no solo implica la imposibilidad de su valoración sino la nulidad del proceso cuando la prueba sea producto de la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> CSJ AP, 18 jun. 2014. Rad. 43.572.

<sup>29</sup> CSJ Sentencias de 16 de mayo de 2007, radicado 26310 y 25 de agosto de 2010, radicado 32865

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilegal se genera, como ocurre en esta causa, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior. Cuando se está ante una prueba irregular de esta especie, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba<sup>30</sup> y ya hemos concluido, bajo la égida de la jurisprudencia, que el control judicial previo o posterior a actos de investigación con incidencia sobre derechos fundamentales, como la intimidad, es un requisito legal esencial, cuyo desconocimiento genera la exclusión, sin que esos elementos probatorios afectados puedan formar parte del caudal probatorio a ser aquilatado por el juez para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, por muy caros o prevalentes que sean los intereses sociales en juego.

La fiscalía en sus alegaciones finales, empujada más por el deseo que por la razón, asomó en rescate de esos registros y su mérito probatorio la supuesta existencia de un vínculo atenuado entre la evidencia primigenia y la duplicada y presentada a este juicio oral.

Sobre el vínculo atenuado, la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005, indicó: "se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad".

---

<sup>30</sup> CSJ Sentencia de 2 de marzo de 2005, radicado 18.103

Tal hipótesis de permisión probatoria es inadmisibile e inaplicable en esta especie porque no se trata de prueba derivada sino de la misma, son los mismos 28 DVDs con las mismas grabaciones, solo que presentadas en diferentes escenarios, en cada uno de los cuales se debe surtir y acreditar el cumplimiento de los requisitos legales, sin que, por el hecho de cambiar de teatro se limpien sus defectos, que trasuntan su carga negativa cada que se pretendan utilizar porque la evidencia obtenida y aducida sigue siendo la misma.

Con respecto a las comunicaciones captadas de la línea 3105929427, aunque obra acreditación del sometimiento positivo a control judicial posterior padecen la misma deficiencia de mismidad que impide reconocerle mérito suasorio a los contenidos que se escuchan, a cuyos efectos no es menester reiterar lo ya dicho por la Sala atinentes a las deficiencias que son comunes a todas las comunicaciones interceptadas, puntualmente a la acreditación de la identidad de los interlocutores que en el registro de conversaciones de esa línea telefónica se supone corresponde a llamadas efectuadas entre el 12 de diciembre y el 30 de diciembre de 2008 entre NUBIA PARDO y WILSON PEÑA, sin que siquiera se sepa a quienes pertenecen las líneas que interactúan y que otras líneas son, por más que los contenidos de las comunicaciones sugieran que quién habla es la secretaria del juzgado de Pauna.

Solo agregaremos que la fiscalía no intentó rescatar el valor persuasivo de esa prueba validando la información mediante un interrogatorio a su testigo de acreditación dirigido a demostrar que ella pudo conocer o conoció a quiénes pertenecían las líneas telefónicas intervenidas, pero, ese aspecto fue deficitario y aunque la testigo pretendió vender la idea de que tenía ese conocimiento no pudo demostrar la razón de la ciencia de su dicho, como a modo de ejemplo ocurrió con las interceptaciones en las que se supone intervino PEDRO NEL CASTRO DÍAZ con relación a las cuales no sabía si la línea telefónica de esta persona estaba intervenida, ni cuál era su número e insiste en que sabía quiénes eran los hablantes porque se mencionaban por sus nombres entre ellos, hecho que admite la Sala podría servir para

identificarlos, pero se necesitaba de otros elementos que cerraran el círculo para conocer más allá de toda duda esas identidades, como a modo de ejemplo pudo serlo los datos biográficos de los titulares de las líneas intervenidas y de aquellas líneas de las que se captaron las comunicaciones.

En suma, en lo que respecta al cargo por concierto para delinquir atribuido a PEDRO NEL CASTRO DÍAZ, dependiente por completo de las interceptaciones excluidas, solo le queda a la Sala proveer su absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

## **II. FERNANDO SOLER ROJAS**

### **i. Autor de Prevaricato por acción, Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y Cohecho.**

De acuerdo a la teoría del caso de la fiscalía, el día 14 noviembre de 2008 el acusado FERNANDO SOLER ROJAS, fungiendo como Juez Promiscuo Municipal de Pauna, celebró una audiencia preliminar a solicitud de la defensa de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, en la que adoptó la decisión de revocar la orden de captura que pesaba sobre ese ciudadano, a quien, en la investigación en ese momento con radicado 151766103097-2008-80063, se le tenía indiciado como autor del homicidio de MIGUEL ANTONIO PINILLA PINILLA, ocurrido el día 1 de mayo de aquel año.

Para la fiscalía esa decisión es prevaricadora, pero, el análisis de su contenido estuvo cruzada desde la formulación de la imputación y luego en la audiencia de formulación de la acusación, por la idea de que el acusado había torcido el derecho que declaró en su decisión como contraprestación a la paga que recibió, mediando un acuerdo con personas cercanas al indiciado RINCÓN CASTILLO.

Desde luego, tratándose de conductas autónomas, así en la hipótesis de cargo se digan relacionadas teleológicamente siendo el cohecho propio el medio

para obtener esa decisión tildada de prevaricadora que apuntaba a beneficiar al procesado PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, al ente acusador le correspondía probar los elementos de ese tipo penal del prevaricato.

El tipo penal de prevaricato por acción lo define el artículo 413 del Código Penal de la siguiente manera: *"El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley...»*.

Acerca de los elementos propios de la arquitectura típica del delito de prevaricato por acción, recientemente la jurisprudencia ha reiterado<sup>31</sup>:

*"El presupuesto fáctico objetivo de la norma transcrita, como se ve, se encuentra constituido por tres elementos, a saber: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que el mismo profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que alguno de estos pronunciamientos sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razón sustancial (directa o indirecta) o de procedimiento- sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados contentivos del derecho positivo llamado a imperar no admite justificación razonable alguna. (CSJ AP 29 Jul. 2015, Rad. 44131; AP 9 Sep. 2015, Rad. 44686; SP 16 Dic. 2015, Rad. 44178; AP 20 Ene. 2016, Rad. 46806; AP 23 Jul. 2016, Rad. 47806, entre otros)"*.

Indiscutida está la calidad foral del enjuiciado FERNANDO SOLER ROJAS, quien ostentó función pública como Juez Promiscuo Municipal de Pauna durante todo el año 2008, según lo estipulado probatoriamente entre las partes<sup>32</sup>, en atención al Acuerdo No. 035 de 15 de noviembre de 2007 emitido por la Sala Plena de este Tribunal Superior, así como el acta de posesión de 30 de noviembre del mismo año surtida ante la Alcaldía de aquella localidad.

También es un hecho estipulado probatoriamente<sup>33</sup> que SOLER ROJAS, en esa condición de Juez Promiscuo Municipal de Pauna, presidió la audiencia

---

<sup>31</sup> CJS Auto de segunda instancia, 14 de abril de 2021, rad. 56917

<sup>32</sup> Estipulación No. 2

<sup>33</sup> Estipulación No. 8

preliminar celebrada el 14 de noviembre de 2008 en la que se proveyó sobre la petición elevada por la defensa del procesado PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO para que se revocara la orden de captura dictada en su contra, en la investigación por el homicidio de MIGUEL ANTONIO PINILLA PINILLA.

Se conoce que el procesado, previamente, el 2 de mayo de 2008, al frente del mismo despacho judicial había librado orden de captura contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, por ese crimen del que era indiciado en condición de autor<sup>34</sup>.

Como prolegómenos de esa audiencia en la que se profirió la decisión tildada de prevaricadora se conoce que el 8 de septiembre de 2008, a pedido de un apoderado judicial de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, se surtió ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Pauna una audiencia en la que se ventiló la pretensión de revocatoria de la orden de captura emitida cuatro meses atrás (2 de mayo de 2008), en amparo de los derechos fundamentales del indiciado a la libertad, al desaparecer los motivos que fundamentaron la emisión de aquella orden de aprehensión, en demostración de lo cual se aportaron algunos elementos probatorios recaudados por la defensa y especialmente un oficio procedente de la fiscalía instructora del caso en el que, a respuesta de un derecho de petición, reconocía carecer de elementos probatorios para convocar a RINCÓN CASTILLO a una audiencia para formularle imputación.

En esa oportunidad, después de oír a las partes, el por entonces juez municipal FERNANDO SOLER ROJAS, previas algunas consideraciones, concluyó que la petición de la defensa no correspondía a alguna de las hipótesis de decisión que le era posible emitir a un juez de control de garantías y se inhibió de resolver de fondo<sup>35</sup>.

Interpuesto recurso de apelación por la defensa, el día 5 de noviembre de 2008 se realizó la audiencia de segunda instancia para desatar la alzada por ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá, a cargo del Dr. GERMAN GÓMEZ GARCÍA, quien expuso, después de oír las intervenciones

---

<sup>34</sup> Estipulación No. 4

<sup>35</sup> Estipulación probatoria No. 6 y registro de la audiencia correspondiente

correspondientes, que las audiencias a tramitar por los jueces de garantías no se limitaban a las enunciadas en el artículo 154 de la ley 906, cuyo contenido no es taxativo y, por tanto, si existe una solicitud al abrigo del artículo 267 ib. por presunta afectación de derechos fundamentales se le debe dar curso, sin que sea una alternativa inhibirse de decidir de fondo, en especial cuando se está cuestionando la necesidad de la captura del ciudadano por unos fines susceptibles de ser verificados. Con esos argumentos el juzgado *ad quem* revocó la decisión emitida por el acusado, al que le ordenó pronunciarse de fondo sobre el pedimento de la defensa<sup>36</sup>.

Finalmente, el 14 de noviembre de 2008, en acatamiento a lo dispuesto por el superior, el Juez Promiscuo Municipal de Pauna, con reposición completa de la actuación dio curso a la audiencia en la que produjo esa resolución objeto del reproche de la fiscalía.

Lo ocurrido en esa audiencia es de medular relevancia para definir si lo resuelto a su finalización es manifiestamente contrario a la ley, para cuyo efecto se impone un examen ex ante de la actuación para conocer cuáles eran los insumos probatorios y jurídicos que sirvieron de base al pronunciamiento cuestionado. Lo sucedido se resume de la siguiente manera:

i. El abogado defensor de RINCÓN CASTILLO presentó su pretensión para obtener se dispusiera el levantamiento de la orden de captura de su representado, esa que había sido dictada el 2 de mayo de 2008 y que había sido prorrogada el 1º de noviembre siguiente por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pablo de Borbur.

Invocó el artículo 295 de la ley 906 acerca de la excepcionalidad de la privación de la libertad y la necesidad de cumplir sus fines constitucionales y el artículo 297 ib. sobre los requisitos para ordenar la captura de una persona y recordó que la fiscalía en la audiencia del 2 de mayo de 2008 adujo tener elementos probatorios – entrevistas – que permitían inferir que PEDRO NEL

---

<sup>36</sup> Estipulación probatoria No. 7 y registro de la audiencia correspondiente

RINCÓN CASTILLO era el autor del homicidio de MIGUEL PINILLA y necesitaba su aprehensión para vincularlo al proceso.

Afirmó que, pese a ese anuncio, la misma Fiscalía 22 Seccional, en el oficio No. 0622 del 13 de agosto de 2008, en respuesta a la petición que hiciera su defendido días atrás a la instructora ISABEL CRISTINA LEÓN HENAO para que se le convocara a la pretendida audiencia de imputación, a la cual estaba presto a asistir, le respondió que lo haría una vez contara con elementos materiales probatorios que se lo permitieran (el oficio citado fue exhibido en la audiencia).

El defensor cuestionó al juez acerca de que a él, quien dictó la orden de captura, se le dijo que esa aprehensión era para obtener la comparecencia de la persona al proceso, pero, la fiscalía le responde a la defensa que no tiene elementos para una imputación, es decir que la fiscalía no necesitaba a su representado para el momento que pidió la captura y le corresponde al juez de garantías evaluar si hay en ello una afectación a los derechos fundamentales de esa persona contra la cual se pide una orden de captura bajo el presupuesto de que se tienen motivos para imputarlo por un delito, cuando se reconoce que se carece de base probatoria para esos efectos.

Criticó que se haya librado la orden de captura con un fin específico y la misma fiscalía reconozca que no tiene como imputar a su representado contra el que se obró así solo por su connotación pública y advierte que, con la prórroga, esa orden de captura se convierte en indefinida, sin que se justifique mantenerla vigente.

Arguye que concurren dos tópicos problemáticos que el juez debe examinar: uno, es porqué si la fiscalía tenía elementos probatorios para pedir la captura con fines de imputación responde que no está en condiciones de imputar a su representado y dos, que la defensa cuenta con elementos que desvirtúan los motivos fundados que en su momento tuvo el despacho para emitir esa orden de captura.

Acto seguido la defensa puso de presente entrevistas recaudadas a personas que en sus entrevistas iniciales habían depuesto atribuyendo la autoría del homicidio a su representado, pero, se retractan de esos señalamientos y, con ello, desaparece la inferencia razonable de autoría a la que se arribó para emitir la orden de captura.

Concluyó su intervención la defensa pidiendo se revocara la orden de captura que fue prorrogada porque no se cumplen los fines para los cuales fue librada.

**ii.** La fiscalía, representada en esa audiencia por el Fiscal 12 de la Unidad Antiterrorismo, sostuvo que tenía suficientes elementos materiales probatorios (declaraciones, entrevistas, informes de policía) para probar que el indiciado RINCÓN CASTILLO lideraba un grupo armado al margen de la ley que sembraba terror en la población.

Adujo que era el juicio el escenario para controvertir las pruebas de la fiscalía y que no era cierto que no quisiera hacer la imputación o que el procesado estuviera dispuesto a presentarse al proceso porque sabe que es requerido y se oculta.

Planteó que la audiencia de revocatoria no está prevista en la ley, no aparece regulada, que con ella se pretendía la impunidad y obstruir a la justicia, que la certificación expedida por la Fiscal 22 no corresponde a la posición actual de la fiscalía en el caso y asegura que tiene nuevos elementos que vinculan al procesado con la conformación de grupos con fines terroristas.

Dijo que no estaba comprometida la libertad de RINCÓN CASTILLO porque no había sido capturado, ni su libertad de locomoción porque él seguía desplazándose y sostuvo que si se presentaba le haría la imputación.

Finalmente pidió negar el pedimento de la defensa.

**iii.** Oídas las partes, el juez SOLER ROJAS interrogó a las víctimas presentes, a saber, LUIS ENRIQUE PINILLA PINILLA y JOSÉ DE JESÚS RODRÍGUEZ

SARMIENTO, respecto a si se oponían a la revocatoria de la orden de captura y expresaron su conformidad con lo pedido por la defensa.

**iv.** La Personera Municipal de Pauna, fungiendo como representante del Ministerio Público, expresó su apoyo a la postura de la fiscalía y pidió se mantuviera la vigencia de la orden de captura.

**v.** El juez FERNANDO SOLER ROJAS principió su decisión advirtiendo que iba a proveer de fondo porque así se lo ordenó su superior funcional, pese a que seguía creyendo que esa audiencia de revocatoria de la orden de captura no tiene anclaje legal y advirtió que resolvería atendiendo los elementos probatorios que le fueron puestos de presente en la audiencia del 8 de septiembre de 2008, cuando se inhibió de decidir.

Hizo remembranza de lo ocurrido en la audiencia del 2 de mayo de 2008, ocasión en la que la fiscalía sostuvo, con apoyo en algunos elementos probatorios, que RINCÓN CASTILLO había sido el autor del homicidio de MIGUEL PINILLA PINILLA y, por eso, dispuso su captura con el fin de que se le vinculara al proceso mediante la imputación de cargos.

Menciona que la defensa le ha presentado a esas personas que fueron entrevistadas por cuenta de la fiscalía, con cuyas versiones se fundamentó la orden de captura, y ahora sostienen que se equivocaron en sus señalamientos o que no presenciaron los hechos y, también, ha sido puesto de presente un documento emitido por la fiscalía del caso reconociendo que no tenía material probatorio para hacer imputación al indiciado, con lo que, está desvirtuada la finalidad con la que se solicitó su aprehensión.

Comentó que la fiscalía adujo tener más elementos de prueba contra RINCÓN CASTILLO, pero no los hizo conocer, y extendió sus argumentos sobre la vigencia de los fundamentos de la orden de captura a hipótesis delictivas que no fueron aducidas como motivo de la misma en aquella oportunidad, por lo que desatenderá esas alegaciones.

El juez acusado, entonces, arribó a una conclusión favorable a la pretensión de la defensa al encontrar razones de mayor peso e importancia para revocar la orden de captura cuya motivación vio decaer ante los nuevos elementos jurídicos y probatorios aportados y así proveyó, advirtiendo que esa revocatoria cobijaba la prórroga dispuesta por depender de la orden inicial.

Oportuno es recordar que en la audiencia del 8 de septiembre de 2008 la defensa sustentó probatoriamente su pretensión de revocatoria de la orden de captura de RINCÓN CASTILLO, expedida el 2 de mayo de ese año, en las entrevistas de LUIS ENRIQUE PINILLA, MARÍA BUITRAGO, RUTH MAYERLI PEÑA, PABLO FAJARDO y JOSÉ DE JESÚS RODRÍGUEZ SARMIENTO, quienes afirmaban en las mismas la ajenidad del indiciado en la producción de la muerte de MIGUEL PINILLA, pues mientras el primero aducía no haber sido testigo de lo ocurrido, los cuatro últimos dieron razón del hecho de la muerte violenta de la víctima pero dijeron no saber quién la produjo o la atribuyeron a disparos de los guardaespaldas de RINCÓN PINILLA

También viene oportuno evocar, para darle contexto cabal al escenario ex ante que se presentó ante el ex juez SOLER ROJAS, lo ocurrido en la audiencia de la madrugada del 2 de mayo de 2008 en la que la fiscalía pidió la captura de RINCÓN CASTILLO, sustentando su inferencia razonable de autoría del homicidio de MIGUEL PINILLA en las entrevistas de MAYERLI PEÑA, JOSE LIBARDO PACHÓN y LUIS ENRIQUE PINILLA PINILLA, aduciendo que se pedía la captura para garantizar la comparecencia del indiciado al proceso y para que no se eludiera la acción de la justicia y con esa finalidad de permitir el accionar de la justicia y que se adelantara el procedimiento correspondiente es que el juez decretó la orden de captura.

**vi.** Los argumentos acusatorios de la fiscalía con respecto a este cargo por Prevaricato por acción, fueron los siguientes:

a) El acusado, al proveer sobre la petición de revocatoria de la orden de captura, surtió un trámite ajeno a la ley 906 de 2004.

b) Se atendió la petición de la defensa de RINCÓN CASTILLO, pese a que carecía de legitimidad por activa para reclamar la revocatoria de la orden porque esta se encontraba vigente.

c) Le dio un alcance demostrativo que no correspondía al oficio No. 0622 del 13 de agosto de 2008 emitido por la Fiscal 22 Seccional ISABEL CRISTINA LEÓN HENAO.

d) Desestimó las valoraciones efectuadas por la fiscalía en punto de la inferencia de autoría de los delitos atribuidos al indiciado PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, concediéndole prevalencia a las entrevistas de RUTH MAYERLI PEÑA y LUIS ENRIQUE PINILLA PINILLA, recaudadas a instancias de la defensa los días 3 y 4 de septiembre de 2008.

**vii.** ¿Dio el acusado un trámite indebido a la petición de revocatoria de la orden de captura elevada por la defensa del indiciado RINCÓN CASTILLO?

Una de las características cualitativas del Estado Social de Derecho es la consagración de un catálogo de derechos fundamentales que se le reconocen a la persona, por el solo hecho de serlo y la implementación de variados mecanismos jurídicos para darles efectividad a esos derechos, como a modo de ejemplo se puede aludir a la acción de tutela.

En justicia criminal, en el propósito de acercar su sistema instrumental a estándares más garantistas de los derechos de la persona sometida al ejercicio de la persecución estatal, se produjo en nuestro orden jurídico el acto legislativo No. 03 de 2002, mediante el cual se modificaron los artículos 250 y 251 de la Constitución Nacional, con el cual, se transitó de un modelo mixto de tendencia inquisitiva hacia uno con orientación acusatoria, con una marcada diferenciación y separación entre los roles de acusación y juzgamiento; el establecimiento de jueces con la específica función de garantizar los derechos fundamentales; el despojo a la fiscalía, por regla general, del ejercicio de facultades jurisdiccionales y de la posibilidad de

intervenir sobre aquellos derechos y; el advenimiento del juicio oral como el escenario central del proceso para el debate teórico y probatorio de las propuestas acusatoria y defensiva, en un marco adversarial o de partes, con igualdad de armas, ante un juez imparcial.

La jurisprudencia, atinente al rol del juez de control de garantías en ese esquema procesal, ha puntualizado:

*"Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad."*<sup>37</sup>

El artículo 250 de la Carta, modificado por el acto legislativo 03 de 2002, señala que,

---

<sup>37</sup> Sentencia C-592/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis

*“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:*

*1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que **aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal**, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.*

Por su parte la ley 906 de 2004, mediante la cual se dio desarrollo a esos preceptos constitucionales que propiciaron el nuevo modelo de juzgamiento, en lo relativo al régimen de libertad y sus restricciones, después de sentar en el artículo 295 la regla general de la libertad de la persona en el curso del proceso y la excepcionalidad de la afectación de dicho derecho fundamental, en su artículo 296 consagró los fines en los que se admite esa restricción a la libertad del procesado, a saber: i) cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, ii) para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, iii) la protección de la comunidad y de las víctimas y, iv) para el cumplimiento de la pena.

Con respecto a la observancia de esas finalidades para ordenar la captura del indiciado por parte del juez de garantías, la Corte Constitucional sostuvo:

*“El Juez de garantías está no solamente supeditado para efectos de ordenar la captura del indiciado, imputado, o acusado a los presupuestos y límites señalados directamente por el constituyente derivado en el artículo 250 a que se hizo referencia en los apartes preliminares de esta sentencia- sino que el Legislador en la Ley 906 de 2004 en armonía con dichos presupuestos y límites reguló expresamente las circunstancias, motivos y condiciones en que dicha captura puede ordenarse por el referido Juez de control de garantías instituido –no debe olvidarse- como el principal garante de los derechos fundamentales de los indiciados, imputados, acusados o condenados en el proceso penal”<sup>38</sup>.*

---

<sup>38</sup> Sentencia C-479 de 2007

La Corte Constitucional, sobre las finalidades, límites y condiciones de la restricción de la libertad en el contexto del sistema acusatorio de la ley 906 ha señalado lo siguiente:

*"Así mismo, en el nuevo esquema se establece que las medidas que afecten la libertad solicitadas por el Fiscal al juez de control de garantías, únicamente pueden ser adoptadas cuando quiera que sean necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas del hecho punible; con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales."*<sup>39</sup>

Y también dijo el guardián constitucional<sup>40</sup>:

*"(...) en el nuevo sistema penal (i) el papel atribuido a la Fiscalía General de la Nación fue transformado sustancialmente y que aun cuando el Acto Legislativo 03 de 2002 la mantuvo dentro de la rama judicial, el Constituyente derivado instituyó al juez de control de garantías como el principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos al control de dicha autoridad judicial independiente; ii) que en ese orden de ideas el juez de control de garantías en el nuevo ordenamiento penal es la autoridad judicial competente a que alude el inciso primero del artículo 28 superior, y que es de él de quien debe provenir el mandato escrito y de quien se pregona la reserva judicial para restringir el derecho a la libertad de las personas. El Fiscal, es una autoridad que en principio no es competente para dicho asunto. Pero, en atención al tercer inciso del numeral 1º del artículo 250 de la Carta, puede llegar a serlo, pues se señala que la Ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas, pero ello solamente, si el ejercicio de dichas*

---

<sup>39</sup> Sentencia C-591 de 2005

<sup>40</sup> Sentencia C-479 de 2007

*competencias se enmarca en dicho presupuesto de excepcionalidad<sup>41</sup>; iii) la finalidad misma de la captura en el proceso penal fue objeto de una transformación en el nuevo sistema en el que se fijaron límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad”.*

En este asunto, como se ha historiado, se expidió orden de captura el 2 de mayo de 2008 contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO, por aparecer indiciado como autor del homicidio de MIGUEL PINILLA PINILLA, con respecto de la cual la defensa constituida de aquel, al conocer de la existencia de esa orden, impetró ante el juez de garantías se dispusiera su revocatoria o cancelación.

A esa petición se le dio curso en audiencia preliminar el día 8 de septiembre de 2008, a cuyo término el funcionario acusado SOLER ROJAS, se inhibió de proveer de fondo aduciendo que esa audiencia no formaba parte del catálogo de actuaciones a cargo de los jueces de garantías.

Es el superior funcional del acusado, el Juez Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá, el que, al desatar el recurso de la defensa frente a aquella inhibición, le ordenó resolver de fondo y ya conocemos que, acatando ese mandato, como era debido en estas estructuras organizacionales jerarquizadas, SOLER ROJAS finalmente accedió al pedido de la defensa.

Siendo eso así, como lo es, lo primero que prende los focos de la Sala al examinar la seriedad y consistencia de esta acusación, es no encontrar en el banquillo de los acusados, por esta razón, aplicando el principio de igualdad que manda dar a los mismos hechos la misma solución de derecho, a ese juez de categoría superior que conminó al inferior a proveer y que, de hecho, luego, habría de confirmar esa decisión de revocar la orden de captura de RINCÓN CASTILLO.

Con toda razón adujo el señor Juez Penal del Circuito de Chiquinquirá que ese listado de audiencias propias del conocimiento de los jueces de garantías,

---

<sup>41</sup> Precisamente por no respetar dicho presupuesto de excepcionalidad la Corte declaró la inexequibilidad del artículo 300 de la Ley 906 de 2004.

que aparece inserto en el artículo 154 de la ley 906, no es taxativo sino enunciativo, porque, mal podría pretender la fiscalía que el legislador abarcará casuísticamente todas las hipótesis imaginables de afectación a derechos fundamentales que abren la posibilidad de tocar a las puertas del juez garante para solicitar control judicial.

El artículo 267 ib., a tono con diversas normas del derecho internacional de los derechos humanos<sup>42</sup> y de nuestra propia Constitución Nacional<sup>43</sup> que garantizan el derecho de defensa aun desde antes de la vinculación de la persona al proceso penal, contempla la posibilidad de acudir a la asistencia técnica con un profesional del derecho en esos primeros estadios rituales, pero, además, le permite demandar de los jueces de garantías ejerzan control sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

La textura abierta de aquella norma en aras de la protección de los derechos fundamentales explica fácilmente porque el artículo 154 es meramente enunciativo y porque en el numeral 9º de este último precepto se dispone de una cláusula general que ordena tratar en este tipo de audiencias asuntos similares a los que aparecen reseñados en los ocho numerales anteriores.

En suma, no existe ningún quebranto legal por parte del juez acusado al dar curso en audiencia preliminar a la solicitud de la defensa del imputado para revocar la orden de captura emitida contra el indiciado RINCÓN CASTILLO, no solo porque así se lo imponía la ley sino porque así se lo impuso su superior funcional, a cuya decisión estaba obligado so pena de incurrir en un fraude a resolución judicial<sup>44</sup>.

**viii.** ¿Quebrantó la ley el acusado SOLER ROJAS al dar trámite a la petición de la defensa de RINCÓN CASTILLO, ante una supuesta falta de legitimidad por activa para reclamar la revocatoria de la orden de captura vigente?

---

<sup>42</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 14; Convención Americana de Derechos Humanos art. 8; Reglas de Mallorca literales C y D

<sup>43</sup> Véase sentencia C-799 de 2005

<sup>44</sup> Véase sentencia 14 de abril de 2021, R. 58417

En estrecha vinculación con la recién tratada hipótesis de un accionar prevaricador por haber dado trámite a la audiencia preliminar, surge la propuesta de predicar elementos de desviación del derecho aplicable por el hecho de haber oído y concedido el pedido de la defensa, a la que cree la fiscalía le faltaba legitimidad para hacer la petición de revocatoria.

Desde luego que al investigado RINCÓN CASTILLO y a su defensa les asistía legitimación procesal y legitimación en la causa pretendida, porque, aquel era el sujeto pasivo de la acción penal y porque era su libertad la que estaba en ciernes con la orden de captura cuya revocatoria se pretendía, es decir, ostentaba condición procesal para ser oído y era titular del derecho fundamental afectado.

Con respecto a ese tópico del ejercicio del derecho de defensa, desde antes de ostentar la condición de imputado, justamente al examinar el primer inciso del artículo 8 de la ley 906 que parecía limitar dicho derecho hasta que se le vinculara al proceso y se adquiriera esa calidad procesal, la Corte Constitucional sostuvo<sup>45</sup>:

*"La correcta interpretación constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal.*

*- Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa.*

*- En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamiento constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho*

---

<sup>45</sup> Sentencia C-779 de 2005

*de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse.*

*- Por consiguiente, el ejercicio de dicho derecho de defensa por parte de la persona investigada obtiene constitucionalmente realce. Lo anterior, por cuanto nadie más interesada que la persona sujeta de investigación en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan.*

*- En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, tenga ésta el carácter de pre- procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.*

*Por el contrario, corresponde al ordenamiento jurídico reforzar el principio de dignidad humana, de raigambre Constitucional, permitiendo que la persona ejerza general y universalmente su derecho de defensa. Lo anterior, para evitar que la persona en realidad sea sujeto del proceso penal y no objeto del mismo”.*

Y examinando hipótesis en las que es posible ejercer ese derecho, previo a ser tenido como imputado, en la misma sentencia citada el alto tribunal puntualizó:

**“Tercera:** *Ante los posibles señalamientos públicos, efectuados por la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional o cualquiera de los intervinientes en el proceso penal, en los cuales se endilga algún tipo de responsabilidad penal, debe poder la persona activar su derecho de defensa no necesariamente teniendo la condición de imputado.*

*En consecuencia, la activación del derecho de defensa es una prioridad esencial para aquella persona que se vea sometida a la vulneración de uno de sus derechos fundamentales. El caso representativo es la vulneración del*

*derecho fundamental a la libertad a través de la captura, la cual inmediatamente activa el derecho de defensa de la persona capturada.*

(...)

*...la interpretación incluyente, es decir, aquella que permite entender que la adquisición de la condición de imputado es una de las diferentes condiciones en la cuales se puede encontrar una persona en un proceso penal, pero en momento alguno excluye aquellas anteriores a la condición de imputado lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la referida condición; es una interpretación ajustada a la Carta Política y por ende es Constitucional.*

*En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8º de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa.*

*Por tal motivo, esta Corporación condicionará la exequibilidad de la expresión acusada sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación”.*

Ahora, la Sala advierte que el concepto de quebranto al orden jurídico propuesto por la fiscalía, tanto como fundamento de la acusación contra SOLER ROJAS, como en su momento erigida en causa de apelación contra la decisión tildada de prevaricadora, lo hilvana del hecho de que el procesado RINCÓN CASTILLO en aquella investigación penal supo de la existencia de esa orden de captura en su contra, aspecto incluso estipulado probatoriamente; no obstante, ese hecho, más allá de si constituye una irregularidad procesal, no se le puede cargar al juez acusado, como si fuese

el único que supiese de la expedición de la orden, ni es *per se* una expresión de prevaricación.

Tampoco era esa una causa para denegar ejercer el control judicial reclamado por la defensa sobre esa orden de captura, pues, como bien lo señala la Corte Constitucional, lo relevante para habilitar el ejercicio del derecho de defensa es que la persona sepa que está siendo investigada, más allá de cómo haya accedido a ese conocimiento, que no necesariamente debe devenir de filtraciones ilícitas pues puede obedecer a los señalamientos públicos de autoridades.

Huelga concluir, la Sala no encuentra por este ítem, expresiones de una conducta prevaricadora.

**ix.** ¿Le dio el acusado FERNANDO SOLER ROJAS un alcance demostrativo que no correspondía al oficio No. 0622 del 13 de agosto de 2008 emitido por la Fiscal 22 Seccional ISABEL CRISTINA LEÓN HENAO y a algunas entrevistas recaudadas por la defensa, con fundamento en lo cual desconoció la inferencia de autoría de los delitos atribuidos al indiciado PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO?

En esencia la decisión de revocar la orden de captura estuvo anclada en dos pilares: uno, la consideración de haber quedado desvirtuada la finalidad con la cual la fiscalía pidió y obtuvo la orden de captura contra RINCÓN CASTILLO y, dos, haber quedado desacreditados los motivos fundados que inspiraron esa orden.

El primer aspecto de la decisión es la conclusión a la que arriba el entonces juez de garantías FERNANDO SOLER al examinar el planteamiento de la defensa que, prevalida del oficio No. 0622 del 13 de agosto de 2008 signado por la fiscal 22 seccional ISABEL CRISTINA LEÓN HENAO, en ese momento a cargo de la investigación por el homicidio de MIGUEL PINILLA PINILLA, adujo que carecía de sustancialidad constitucional y legal ese propósito enunciado de servir la captura de PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO como instrumento para lograr la vinculación de su representado al proceso.

Como se mencionó, desde la audiencia del 8 de septiembre de 2008, el abogado defensor SIMÓN MARTÍNEZ ESCANDON, con exhibición del oficio referido cuya autenticidad reconoció la fiscalía, sostuvo que el 5 de agosto del mismo año le solicitó a la fiscal instructora se convocara a RINCÓN CASTILLO a audiencia de formulación de imputación por esos hechos del 1 de mayo de 2008, a partir de los cuales se había dictado la orden de captura contra su representado por el homicidio de MIGUEL PINILLA, por estar dispuesto a presentarse; en respuesta a lo cual les fue entregado ese oficio en el que la fiscalía expresó que no tenía material probatorio para hacer la imputación al indiciado y que lo haría una vez contara con elementos materiales probatorios que se lo permitieran.

En efecto, en la audiencia del 2 de mayo de 2008, el argumento de la fiscalía para impetrar esa captura fue el de obtener la comparecencia del indiciado y bajo ese supuesto el mismo juez SOLER ROJAS accedió a emitir la orden de aprehensión.

No sobrar iterar que el artículo 250 de la Carta y la Ley 906 de 2004, en sus artículos 296 y ss., como desarrollo de ese precepto superior, reguló expresamente las circunstancias, motivos y condiciones en que es válido restringir la libertad de una persona por orden judicial al señalar que *"La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria"* i) *"para evitar la obstrucción de la justicia"*, ii) *"o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas"*, iii) *"o para el cumplimiento de la pena"*.

Dispone el artículo 126 de la ley 906 que *"El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriere primero."*

Es obvio que si se pretende obtener la comparecencia forzada de la persona al proceso es porque se estima razonadamente que esta no lo hará voluntariamente, pero, siendo la libertad del procesado la regla general y su excepción esa de privarlo de la misma, entiende la Sala que la fiscalía cuando

acude ante el juez de garantías a pedir la captura de un indiciado tiene elementos probatorios a partir de los cuales acreditar al juez de garantías “*la existencia de motivos razonablemente fundados, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga*”, pero, además que se satisface un fin constitucional y legalmente válido para proceder a restringir ese derecho fundamental.

Lo postuló así la Corte Constitucional<sup>46</sup>: “*...las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales (artículo 295 de la Ley 906 de 2004).*”

Si esa finalidad pretendida es la de la comparecencia del indiciado al proceso, porque se teme que se oculte, evada o de cualquier manera eluda afrontarlo, debe reconocerse que se desdibuja esa captura como necesaria para alcanzar ese fin cuando el procesado ofrece acudir a la audiencia respectiva, mostrando conocer la existencia de la actuación, pues, en principio, esta última alternativa es menos gravosa para alcanzar el fin procurado, sin que para el ente acusador represente mayores exigencias o sacrificios.

Ahora, si para proceder a la imputación, prevé el artículo 287 del compilado adjetivo, el fiscal debe contar con elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, de la cual se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y si esa es la misma exigencia sustancial probatoria a la que alude el artículo 297 ejusdem para poder expedir una orden de captura; también debe reconocerse que ese documento de la fiscalía instructora admitiendo carecer de elementos para formular imputación a su indiciado, pese a haber pedido su captura, francamente socava los cimientos de dicha orden, tanto como para permitir a la persona afectada acudir al juez de garantías para que ejerza un control constitucional concreto.

---

<sup>46</sup> Sentencia C 479 de 2007

Y desde luego, si ese es el panorama que se presenta a un juez de garantías para que ejerza su importante función constitucional y legal, no tiene nada de irregular que cumpla su deber y reconozca esa realidad que le viene de la mano de la misma fiscalía, es decir, que haga prevalecer la libertad del procesado como regla general al decaer los motivos que inspiraron la orden de restringirla, sin que, ese juicio ponderativo deba alterarse solo por el nombre de la persona indiciada, pues como cualquier otro procesado, RINCÓN CASTILLO también es titular de derechos.

Con atildado énfasis la jurisprudencia ha enseñado que en el prevaricato por acción no se reprocha el acierto de la decisión que se cuestiona, pues de serlo así, cada revocatoria por un superior comportaría compulsas de copias, sino, en realidad se censura la abierta y manifiesta contrariedad de una resolución despojada de visos de razonabilidad probatoria o jurídica que indican el apartamiento del derecho aplicable a voluntad y conciencia del servidor público.

Recientemente la Corte Suprema volvió sobre el tema<sup>47</sup>:

*"El tipo objetivo de prevaricato por acción exige, acorde con la descripción contenida en el artículo 413 del Código Penal, un sujeto activo calificado (servidor público) que profiera una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.*

*Frente a este último ingrediente, la Sala tiene sentado que el reproche en el prevaricato no es de acierto sino de legalidad. En otras palabras, no basta que la actuación del servidor público sea ilegal, se requiere que la disconformidad entre el acto desplegado y la comprensión de las normas aplicables sea evidente y no admita justificación alguna.*

*En este orden, la actuación prevaricadora es aquella que contradice de forma inequívoca el sentido del texto normativo, por manera que la decisión*

---

<sup>47</sup> CSJ Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia de 17 de marzo de 2021, R. 57060

*censurada se revela en sí misma caprichosa, fruto de la arbitrariedad del funcionario. Consecuente con lo anterior, el juicio de tipicidad objetiva no versa sobre el acierto o desatino de una decisión. Antes bien, aquello que se censura es el yerro que trasciende al simple error, que se devela en sí mismo absurdo, irrazonable e inadmisibles y, por lo mismo, revelador de la intención positiva del funcionario de apartarse del precepto normativo para imponer su voluntad desprovista de cualquier ponderación que la justifique.*

(...)

*En este orden, esa contradicción con el texto normativo, reclama un componente de grado, es decir, de magnitud sobre la trascendencia de la contradicción del criterio vertido en la decisión, con el contenido de la norma. Por ello, además de la precitada contradicción con la ley, el artículo 413 tratado, reclama adicionalmente que la misma sea **manifiesta**.*

*Sobre dicha exigencia normativa, la Corte tiene sentado:*

*"Frente a este último aspecto es insuficiente que la providencia sea ilegal, por razones sustanciales -directa o indirecta-, de procedimiento o competencia, sino que es necesario que «la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- no admita justificación razonable alguna». (CSJ AP, 29 jul. 2015, rad. 44031; reiterado en CSJ SP2438-2019, rad. 53651)".*

En sentir de la Sala, más allá del nivel de acierto de lo decidido por el entonces juez FERNANDO SOLER ROJAS, por demás una decisión confirmada por la segunda instancia sin merecer el superior funcional los mismos reproches acusatorios de la fiscalía, su interpretación de la proposición jurídica completa que gobernaba la materia puesta a su consideración es admisible y razonable, más aún si se repara en que en este tipo de debates, con normas de textura abierta, se consultan principios y median ponderaciones en las que se involucran criterios ligados al universo personal del individuo, su mayor apego al orden o su inclinación por las libertades, a sus experiencias, a esa carga

subjetiva que arrastra cada cual, haciendo de ese ejercicio intelectual algo más que un silogismo riguroso susceptible de ser tachado por desviado cuando nos ofrece una conformidad razonable, admisible, entre lo decidido por el funcionario y lo regulado abstractamente por la ley.

Si a un juez de garantías al que se le pidió una orden de captura para un ciudadano indiciado por un delito, con el argumento de necesitarse esa restricción de la libertad para hacerlo comparecer al proceso, se le presenta posteriormente un documento proveniente de la misma fiscalía en la que reconoce carecer de elementos probatorios para formular imputación por esa conducta por la que pidió la captura, habrá de concederse que si ese juez reversa esa orden, a pedido de la defensa del afectado, su decisión se ajusta a la principalística de un ordenamiento que privilegia la libertad en el curso del proceso y que orienta por fines expuestos su restricción para sustraerla de la arbitrariedad.

Lo dicho aplica por igual a la conclusión a la que arribó el ex funcionario acusado con respecto a la pérdida de vigor de la inferencia razonable de autoría como presupuesto sustancial de la orden de captura, pues, ante él fueron presentadas entrevistas de cinco personas que desvirtuaban que fuese RINCÓN CASTILLO la persona que causó la muerte de MIGUEL PINILLA, entre ellos LUIS ENRIQUE PINILLA y MAYERLI PEÑA PORRAS, cuyas entrevistas iniciales soportaron la petición inicial de la fiscalía.

La fiscalía, en su oportunidad al sustentar el recurso vertical que interpusiera contra la decisión cuestionada producida por el juez SOLER ROJAS, adujo que no le era permitido a este examinar esos elementos *ex novo* que le presentaba la defensa para derruir la inferencia de autoría, como si la posición inicial ganada sin la oposición de la defensa le diera derechos inexpugnables y olvidando que su condición de parte la deja en igualdad de armas y de condiciones que su contraparte.

Ahora, esa inferencia razonable de autoría o participación en el delito se la forma el fiscal para acudir a demandar la orden de captura, pero, se la debe apropiar el juez a partir de esos elementos probatorios a que alude el artículo

221 del C.P.P., que se le deben presentar para que forme su convencimiento. Y si, luego de dictada la orden de captura, las labores investigativas de la defensa, a la que se le reconoce en el artículo 8 ib. esta posibilidad, le indican a esta parte que el indiciado no es autor o partícipe, ningún óbice existe para que pueda reclamar la revocatoria de esa orden, de la misma manera como le es posible, *mutatis mutandi*, impetrar la revocatoria de la medida de aseguramiento, conforme al artículo 318 ob ct.

En ese escenario de revocatoria, sea de la orden de captura o de la medida de aseguramiento, el juez de garantías tendrá que formarse un juicio acerca de si los elementos aportados permiten concluir que ha desaparecido esa inferencia razonable de autoría o participación y para ello le asiste discrecionalidad valorativa, sin que exista una tarifa que le imponga acoger solo aquellos elementos que respaldan la propuesta de la fiscalía.

Por eso, entiende la Sala como una conclusión razonada esa a la que arribó el juez SOLER ROJAS, esto es, que no se sostenía la inferencia de autoría, porque no solo se retractaban quienes inicialmente habían señalado al indiciado, sino que en concordancia la fiscalía implícitamente avalaba esa conclusión con un documento en que reconocía carecer de elementos para ir a formular imputación, que como dijimos presupone satisfacer ese mismo requisito sustancial de la inferencia de autoría.

Recapitulando: la Sala no encuentra en la decisión proferida el 14 de noviembre de 2008 por el acusado FERNANDO SOLER ROJAS las notas de manifiesta contrariedad con la ley que permitan adecuar su conducta al tipo penal de prevaricato por acción y, en tal virtud, se le absolverá de este cargo.

**x.** Con respecto al delito de Cohecho propio, que la fiscalía desde la acusación hizo lucir como un asunto aledaño al prevaricato por acción e incluso desatendió argumentativamente en sus alegatos de conclusión, fue construido como hipótesis delictiva bajo la idea que el procesado había enajenado un acto propio de su función para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, representado en la expedición de la decisión redargüida de prevaricadora, la

del 14 de noviembre de 2008, mediante la cual revocó la orden de captura expedida contra PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

Y ese pensamiento sobre la estructuración del delito lo originaba la existencia de algunas interceptaciones de comunicaciones en las que, según la fiscalía, WILSON PEÑA expresamente hablaba de distribuir un dinero entre el juez acusado y su secretaria NUBIA PARDO a modo de compensación por la decisión que había favorecido a PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO.

El delito de cohecho propio aparece definido típicamente en el artículo 405 del C.P. que prescribe esa conducta como la que materializa el servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales.

La conducta de esa manera definida revela que es de sujeto activo cualificado y de conducta compuesta alternativa porque puede ser realizada por una cualquiera de las dos modalidades que lo rectoran denotados por el recibir dinero o utilidad, o aceptar promesa remuneratoria, con la finalidad de retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales.

Por su clasificación tipológica en razón al bien jurídico es un tipo de peligro porque no es necesaria su afectación, basta la amenaza de lesión que deriva de la conducta que se estima ostenta ese potencial, y es de mera conducta porque se perfecciona con la conjugación de cualquiera de sus verbos rectores haciendo abstracción del resultado que se produzca.

A través de este tipo penal se busca garantizar la corrección, la honestidad, la fidelidad a la función y la moralidad de la administración que se afecta con el comportamiento venal del servidor público dispuesto a negociar la función pública que se le encomendó.

Desde luego, ya hemos dado por estipulada la condición de servidor público del acusado FERNANDO SOLER ROJAS, pero, más allá de eso, la fiscalía no pudo probar que el acusado hubiese ejecutado una de las conductas alternativamente dispuestas en el tipo penal, esto es, que hubiese recibido dinero o utilidad, o aceptado promesa remuneratoria, por emitir la decisión pluricitada del 14 de noviembre de 2008, a la que la Sala por cierto no ve como contraria al orden jurídico o sus deberes como juez de garantías.

Hipotéticamente, en las circunstancias del caso, podría asomar de mejor forma la arquitectura típica del cohecho impropio que consiste en aceptar para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que el acusado deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.

En todo caso, el punto es que esa acción de recibir dinero o utilidad o aceptar promesa remuneratoria carece de anclaje probatorio en esta causa, pues el único medio de prueba traído al juicio oral con ese propósito fueron algunos registros de comunicaciones, con relación a cuyo valor ya se pronunció la Sala y aunque específicamente el registro ID H179275851, captado de la intervención de la línea 3105929427, se contrae a una conversación sostenida el 23 de diciembre de 2008 en la que, según la testigo YULLY MOJICA, participan WILSON PEÑA y PEDRO RINCÓN CASTILLO, en la que este último le indica al primero que le asiste el deseo de darle un dinero al juez acusado, no obra ningún medio de conocimiento válido que demuestre que FERNANDO SOLER aceptó la promesa de ese dinero previamente a emitir su decisión, que por cierto es de data anterior a esta conversación.

De hecho, WILSON PEÑA en su testimonio negó haber efectuado ofrecimientos de dinero o utilidad al acusado FERNANDO SOLER o a su secretaria NUBIA PARDO, y si bien es evidente el interés que le asiste en negar tal acción, pues no en vano también se encuentra procesado en causa separada por estos mismos hechos, lo cierto es que tal aserto no fue desvirtuado y que la fiscalía no probó, como era su deber, los elementos propios del tipo penal, en orden a lo cual se le absolverá de este cargo.

**xi.** A FERNANDO SOLER ROJAS también se le adosaron cargos como autor del delito de Concusión, porque, dice la fiscalía, el día 6 de marzo de 2009, prevalido de su condición de juez promiscuo municipal de Pauna, en asocio con la secretaria de ese despacho, NUBIA SORANGE PARDO, solicitó a WILSON PEÑA QUIÑÓNEZ una utilidad indebida representada en el valor de reparación de un vehículo que días atrás había averiado en una colisión, logrando que aquel asintiera en lo pedido.

A los dictados del artículo 404 del Estatuto Punitivo existe delito de concusión cuando un servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite.

Con relación a la tipología de esta conducta la jurisprudencia ha puntualizado<sup>48</sup>:

"el delito de concusión establece clara y diferencialmente tres conductas alternativas "*constreñir*", "*inducir*" y "*solicitar*", bastando para su configuración, - obviamente, dejando a salvo la calidad del sujeto activo que debe ser el servidor público -, que una cualquiera de las mencionadas hipótesis se exteriorice para predicar estructurado este tipo penal, atendiendo que el interés jurídico que se protege con esta modalidad represiva es la administración pública, la cual se afecta con el sólo hecho de que el servidor estatal, prevalido de su condición, esto es, abusando de su cargo o de sus funciones constriña a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebidos o los solicite, siendo de fácil comprensión que ella se afecta por el desconcierto y desconfianza que genera en los asociados los actos de corrupción administrativa por parte de los agentes del Estado de quienes se espera el cumplimiento cabal y eficiente de la gestión pública, preservando los principios de imparcialidad, honestidad, pulcritud y lealtad, por consiguiente, se impone la represión contra todos

---

<sup>48</sup> CSJ sentencia de 7 de marzo de 2007, R. 23732

aquellos actos de los servidores públicos que desborden los fines sobre los cuales la sociedad afianza la coexistencia pacífica, en el entendido de que los conflictos que se presenten entre los coasociados, son resueltos bajo el acatamiento y respeto de los principios que orientan la administración pública”.

Atinente a la modalidad rectora de solicitar, denominada otrora Concusión por petición ilegal, explica la jurisprudencia<sup>49</sup>:

“...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”.

Y respecto a la forma de la solicitud se ha acotado<sup>50</sup>:

*"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"*.

A ese accionar del servidor público lo debe aparejar el denominado *"metus publicae potestatis"* influyendo en el ánimo de la víctima, es decir, el temor que le asiste al destinatario de la solicitud de que si no se pliega a la pretensión de aquel sufrirá algún tipo de afectación porque el petente podrá usar su cargo o sus funciones con intención retaliatoria ante su eventual negativa.

---

<sup>49</sup> Ib.

<sup>50</sup> CSJ sentencia de 10 de septiembre de 2003, R. 18056

Como lo expresara la Corte Suprema recientemente<sup>51</sup>:

*"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".*

De tal suerte, si la investidura del sujeto activo carece de la capacidad de persuadir a la víctima, en cuanto ella no alcanza a comprender que no tiene otra alternativa que ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios derivados de su negativa, la conducta no alcanza configuración<sup>52</sup>.

Sentadas esas precisiones dogmáticas recuerda la Sala que el cargo de concusión contra SOLER ROJAS se asía exclusivamente de una comunicación interceptada de la línea 3204721824, con registro ID 910300370, efectuada el 6 de marzo de 2009, en la que supuestamente intervienen WILSON PEÑA, NUBIA y CUPER, según la reseña que hiciera la testigo de acreditación YULLY MOJICA, en la que quien es denominado con el apodo de CUPER le comenta al otro hombre que interviene en la conversación que estrelló un vehículo y que necesitaba ayuda económica para cubrir la reparación y su interlocutor accede y le anuncia que para el lunes o martes le cumple con eso.

Desde luego, si hubiese quedado probado todo ese contexto fáctico al que se contrajo esta causa, esto es, que el juez FERNANDO SOLER previamente había entrado en negociaciones de su función pública para favorecer a PEDRO NEL RINCÓN CASTILLO en las actuaciones preliminares que se adelantaron en su contra por el homicidio de MIGUEL PINILLA, en las que se conoce intervino como juez de garantías en tres audiencias, no tendría duda la Sala en que tal solicitud, si proviniera del juez acusado, entrañaría una solicitud indebida constitutiva de una de las modalidades de la concusión, porque, era evidente que abusaba de su investidura para forzar a obtener una utilidad carente de

---

<sup>51</sup> CSJ Sentencia de 5 de mayo de 2021, R. 54326

<sup>52</sup> CSJ sentencia de 10 de septiembre de 2003, R. 18056

otra causa que garantizar el ejercicio de la potestad pública de una manera que no perjudicara los intereses del jefe de la organización a la que se dice pertenecía WILSON PEÑA.

Empero, ya ha sentado la Sala su postura sobre la validez y sobre el mérito persuasivo de esos elementos probatorios a los que se les despojó de su autenticidad, por ese fatal manejo que se les dio a estas evidencias desde su origen, sin buscar forma de restituírsela, con lo que, solo nos queda mantener la vigencia de la presunción de inocencia del acusado.

### **III. Síntesis.**

La fiscalía prometió al inicio de este juicio oral que probaría los cargos por los cuales acusó a PEDRO NEL CASTRO DÍAZ y FERNANDO SOLER ROJAS.

Surtido el debate probatorio, colmado de graves deficiencias que minaron la prueba de la acusación, la Sala, para honrar su compromiso imparcial de hacer respetar el derecho, sin importar a quién terminen beneficiando el respeto de esas reglas con las cuales se rectora la administración de justicia penal, deberá proferir absolución a favor de los acusados a los que no se les pudo probar más allá de toda duda su incursión en los delitos por los cuales se les convocó a juicio.

La absolución no comprenderá el delito de Asociación para la Comisión de un delito contra la administración pública, respecto del cual deberá declararse la prescripción de la acción penal.

En efecto, atendiendo lo señalado en los artículos 83 y 86 del Código Penal, la prescripción de la acción penal - cuando no se ha formulado la imputación - opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si es privativa de la libertad, obviamente atendiendo las circunstancias de agravación o atenuación que se deduzcan de la conducta.

El término de prescripción se interrumpe cuando existe formulación de la imputación y comienza a contar de nuevo a partir de ese momento, pero reducido en su mitad, sin que, en ningún caso, su duración sea inferior a tres (3) años ni superior a diez (10), conforme lo dispone el inciso final del artículo 292 de la ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 86 del C.P.

El delito de Asociación para la Comisión de un delito contra la administración pública, tipificado en el artículo 434 del C.P., contempla una pena máxima de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, pero, como se presentó la interrupción del término de la prescripción por efectos de la formulación de la imputación, dicho término correrá de nuevo reducido a la mitad, sin que, como lo impone el artículo 292 del C.P.P., pueda ser inferior a tres (3) años.

Ahora, por tratarse de una conducta atribuida a un servidor público, en ejercicio de sus funciones o con ocasión a ellas, ese término se aumentará en la mitad, a las voces del artículo 83 del C.P.

En este asunto la formulación de imputación al procesado SOLER ROJAS se produjo el día 15 de abril de 2016, interrumpiendo la prescripción de la acción, que correría de nuevo por un término equivalente a la mitad de la pena máxima, esto es 27 meses, aumentado en una tercera parte, que solo son 9 meses, para un total de 36 meses.

Lo dicho significa que en esta especie la acción penal derivada del delito de Asociación para la Comisión de un delito contra la administración pública se extinguió por prescripción desde el 14 de abril de 2019 y así debe declararse.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en Sala de decisión penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ABSOLVER a PEDRO NEL CASTRO DÍAZ,** de anotaciones civiles y personales conocidas en autos, de los cargos por los que fue acusado como determinador del delito de Fraude Procesal y autor del delito de Concierto para delinquir, en aplicación del principio in dubio pro reo.

**SEGUNDO: ABSOLVER a FERNANDO SOLER ROJAS,** de anotaciones civiles y personales conocidas en autos, de los cargos por los que fue acusado como coautor de las conductas de Cohecho Propio, Concusión y autor de Prevaricato por acción agravado.

**TERCERO: DECLARAR** la prescripción de la acción penal a favor de **FERNANDO SOLER ROJAS,** por el delito de Asociación para la Comisión de un delito contra la administración pública.

**CUARTO: LÍBRENSE** las comunicaciones correspondientes.

**QUINTO:** Contra lo decidido en los numerales primero y segundo procede el recurso de apelación, mientras que lo resuelto en el numeral tercero es susceptible del recurso de reposición.

**LO DECIDIDO SE NOTIFICA EN ESTRADOS.**

**JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ**

**Magistrado**

**RICARDO ALONSO ARCINIEGAS GUTIÉRREZ**

**Magistrado**

**PAOLO FRANCISCO NIETO AGUACIA**  
**Magistrado**

**Firmado Por:**

**JOSE ALBERTO PABON ORDOÑEZ**  
**MAGISTRADO**  
**DESPACHO 003 SALA PENAL DEL TRIBUNALDE TUNJA**

**RICARDO ALONSO ARCINIEGAS GUTIERREZ**  
**MAGISTRADO**  
**DESPACHO 002 SALA PENAL DEL TRIBUNALDE TUNJA**

**PAOLO FRANCISCO NIETO AGUACIA**  
**MAGISTRADO**  
**DESPACHO 001 SALA PENAL DEL TRIBUNALDE TUNJA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**e916e0042f1e4bd4a4537d9acb73cf312ac994aadadc3dd5d5a72806f0596d81**

Documento generado en 15/07/2021 02:44:26 PM