



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

2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP 033-2020
Radicación N° 47728
Aprobado mediante Acta No. 26

Bogotá D.C., veintidos (22) de abril de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Se procede a dictar sentencia dentro del proceso adelantado en contra del ex Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, acusado por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, se identifica con la cédula de ciudadanía 19.272.794 de Bogotá, natural de Neiva (Huila), donde nació el 4 de agosto de 1957, con 62 años de edad, hijo de Georgina y Nicolás, casado con Sandra Patricia Medina, con quien tiene dos hijos, de profesión abogado. Se desempeñó como Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San José de Cúcuta, Norte de Santander, para la fecha de los hechos¹ entre el 3 de diciembre de 2001² y el 16 de septiembre de 2009³. Por último, para la época del presente juicio, ejercía como Juez 5° Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Neiva.

HECHOS

Con ocasión de las quejas recibidas respecto de una serie de comportamientos indebidos en que habría incurrido el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San José de Cúcuta, Norte de Santander, doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, los directores seccionales de Fiscalías y del Cuerpo Técnico de Investigación de esa ciudad, a través de oficio DSF - 0333 fechado 27 de enero de 2009, dirigido al Fiscal General de la Nación, dieron a conocer tales hechos que lo involucran en presuntos arreglos económicos

¹ Datos contenidos en la resolución de acusación.

² Designado mediante Resolución 01759 de 27 de nov. de 2001.

³ En la diligencia de versión manifestó que se desempeñó como Fiscal Delegado ante el Tribunal de Cúcuta hasta el 16 de septiembre de 2009 pues fue desvinculado del cargo según Resolución 04647 de 14 de sept. de 2009.

4

con el fin de confirmar, revocar o decretar nulidades en los asuntos a su cargo.

En el curso de la investigación, a través de sendos informes periciales contables elaborados por expertos del CTI, al analizar la información financiera acopiada por la Fiscalía como la allegada por el sindicato, se concluyó que entre la fecha de su posesión como funcionario en la Fiscalía ocurrida el 3 de diciembre de 2001 y 16 de septiembre 2009, cuando fue declarado insubsistente en el ejercicio del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cúcuta, hubo ingreso de dineros a sus cuentas bancarias en cuantía de \$401.949.554.00, superior a los recursos recibidos por concepto de salarios y prestaciones sociales, cuya procedencia, en criterio de la Fiscalía, no logró justificar, lo que dio lugar a su vinculación jurídica al proceso mediante indagatoria y a que en su contra la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profiriera resolución de acusación por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público.

ANTECEDENTES

1.- Actuación procesal.

1.1.- Indagación preliminar.

1.1.1.- Con fundamento en el referido oficio, la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia el 6 de

mayo de 2009 abrió investigación previa⁴ y escuchó en diligencia de versión al implicado⁵, en la cual rindió las explicaciones que consideró pertinentes respecto del trámite dado por su Despacho al proceso seguido contra el médico Orlando Afranio Villamizar, sindicado del delito de homicidio culposo.

1.1.2.- El investigador Criminalístico del CTI comisionado para el efecto, informó, entre otras cosas, que en la ciudad de Cúcuta el doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO inicialmente residió en un apartamento de su propiedad ubicado en el Edificio Palatino, y posteriormente en una vivienda localizada en el sector de Prados I⁶.

1.1.3.- A su vez, ALFREDO USCÁTEGUI MENESES⁷, dijo haber confeccionado el escrito de denuncia en atención a la instrucción en tal sentido impartida por la Directora Seccional de Fiscalías MERY DÍAZ GARNICA, quien adujo actuar por orden del nivel central de la Fiscalía para informar acerca de unos hechos irregulares que se estaban presentando en la entidad, atribuidos al doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO.

1.2.- Instrucción.

1.2.1.- Con resolución de 22 de marzo de 2011, la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema abrió formalmente investigación contra el Ex Fiscal Delegado ante el Tribunal

⁴ Fls. 9 y ss. Cno. Original 1 Fiscalía

⁵ Fls. 51 y ss. con. Original 1 Fiscalía.

⁶ Fls. 145 y ss. cno. Original No. 1 Fiscalía .

⁷ Fls. 175 y ss. cno. Original No. 1 Fiscalía .

Superior del Distrito Judicial de San José de Cúcuta, Norte de Santander, OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, y lo vinculó formalmente mediante indagatoria⁸.

1.2.2.- Situación jurídica.

Mediante resolución de 30 de septiembre de 2014, la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte definió la situación jurídica del sindicado OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento, al tiempo que resolvió negar la solicitud de preclusión elevada por la defensa⁹.

1.3.- Resolución de acusación

1.3.1.- Mediante decisión de 30 de noviembre de 2015¹⁰ la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito probatorio del sumario en el presente asunto con resolución de acusación en contra del procesado OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito definido por el artículo 412 de la Ley 599 de 2000, al tiempo que le impuso las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad consistentes en la obligación de presentarse ante la autoridad judicial cuando se le requiera y la prohibición de salir del país, contempladas en

⁸ Fls. 209 y 282 ss. cno. Original No. 2 Fiscalía.

⁹ Fls. 43 ss. cno. Original No.3 Fiscalía.

¹⁰ Fls. 244 ss. cno. Original No.3 Fiscalía.

los numerales 3 y 5 del literal B del artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

En ese mismo pronunciamiento precluyó la investigación en favor del doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, por los punibles de concusión y prevaricato por acción.

Con respecto al presunto delito de enriquecimiento ilícito, precisó, el ente acusador, que el incremento patrimonial injustificado del acusado se produjo en razón del cargo como Fiscal Delegado ante Tribunal Superior, puesto que, conforme las diligencias realizadas por la policía judicial en orden a realizar el análisis patrimonial del doctor HERNÁNDEZ CASTRO, materializadas en las inspecciones realizadas, la información solicitada y suministrada por las entidades financieras, las oficinas de registro de instrumentos públicos de Bogotá, la Dian, la Secretaría de Movilidad del Distrito Capital, y la oficina de personal de la Fiscalía que certificó la totalidad de dineros devengados desde la fecha de ingreso, 3 de diciembre de 2001 y el mes de septiembre de 2009 cuando fue retirado del ejercicio del cargo; se establece que aumentó su patrimonio en cuantía de \$401.949.554.00, que no logró justificar.

Expresó el ente acusador que:

Consecuencia de lo anterior, a través de informe No. 20144290007641, signado noviembre 14 de 2014, se presentó INFORME PERICIAL, por parte del CTI, Ángel Ignacio Rodríguez Ballén, quien al analizar la información aportada por la Fiscalía, así como la allegada por el sindicado doctor HERNÁNDEZ CASTRO, concluye, al igual que el primer estudio patrimonial, sólo que en mayor cuantía, un incremento patrimonial por justificar de

\$401.949.554, al cual esta Delegada le otorga plena credibilidad, no obstante la abierta censura planteada por parte de la defensa técnica.

Más adelante consideró la Fiscalía que

La simple comparación de los ingresos percibidos como servidor público, en su condición de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, en su paso por el ente acusador, alrededor de ocho años, y los ingresos depositados en las cuentas de ahorro y bancarias, arrojó una diferencia considerable de más de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS, que denota, sin lugar a dudas, que hubo un incremento exagerado o, si se quiere, desproporcionado de su patrimonio, que lejos está de suponer que se derivó del rendimiento normal de sus bienes y acreencias como asalariado que era.

Sobre este tópico, es viable inferir, que tal incremento patrimonial que no logró justificar el procesado, doctor HERNÁNDEZ CASTRO, se configuró con ocasión de su desempeño como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior.

Y es claro que esas diferencias de capital, a partir del año 2001, que ha pretendido justificar el doctor HERNÁNDEZ GÓMEZ, amparado en el desarrollo de su actividad comercial en la venta de vehículos venezolanos o la compraventa de bienes inmuebles, traducen una estrategia para disimular y ocultar ante la DIAN los cuantiosos recursos de su capital, ya que las mismas nunca fueron reportadas por algún concepto.

De tener una procedencia lícita ese incremento patrimonial, es claro como lo indican las reglas de la experiencia -habría procedido a declararlos y justificarlos con el debido soporte - lo cual nunca hizo el señor HERNÁNDEZ CASTRO en abierto desconocimiento de los postulados de rango constitucional contemplados en el artículo 122 que, en desarrollo de la función pública, obliga a los servidores públicos que antes de la posesión de un cargo público, al retirarse y cuando la autoridad competente lo solicite, a declarar bajo juramento el monto de sus bienes y rentas.

La Fiscalía concluyó que la conducta desarrollada por el acusado es típica, en la medida en que se adecua a lo dispuesto por el artículo 412 de la Ley 599 de 2000, sin que exista evidencia de haber actuado al amparo de alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas por el artículo 32 ejusdem, y se llevó a cabo de

manera dolosa *“cuando estando obligado a cumplir con mayor respeto los postulados de la recta administración, pero actuó en contravía de ellos con plena conciencia y voluntad”*.

Concluyó que los argumentos defensivos expuestos en su favor, *“no resultan más que frágiles pretextos que no enervan en manera alguna la prueba de cargo que milita en la actuación, que por erigirse coherente y sólida, resiste cualquier juicio que sobre ella se haga predicable hasta el presente momento procesal”*.

1.3.2.- La anterior determinación se mantuvo intacta por la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia mediante decisión proferida el 26 de febrero de 2016¹¹, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la defensa¹².

2.- Actuación ante la Corte.

2.1.- Audiencia preparatoria.

El 2 de mayo de 2017 ante la Sala de Casación Penal de la Corte se llevó a cabo la audiencia preparatoria¹³ en la cual dio a conocer la decisión adoptada el 26 de abril anterior¹⁴, por cuyo medio se pronunció sobre las pretensiones probatorias de la defensa.

¹¹ Fls. 68 ss. cno. Original No.3 Fiscalía.

¹² Fls. 2 ss. cno. Original No. 4 Fiscalía.

¹³ Fls. 37 ss. cno. Original No. 1 Corte.

¹⁴ Fls. 39 ss. cno. Original No. 1 Corte.

2.2.- Audiencia de juzgamiento.

2.2.1.- Pruebas practicadas

En cumplimiento de lo ordenado por la Sala de Casación Penal, a la actuación fueron incorporadas la certificación expedida por Copfiscalía¹⁵ y la Financiera JRC en liquidación sobre los créditos desembolsados al señor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO en el período comprendido entre el 2001 y 2009; así como la certificación emitida por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹⁶ sobre los movimientos que figuran a nombre del acusado durante el referido período.

Asimismo, la Procuraduría General de la Nación informó sobre la ausencia de antecedentes disciplinarios a nombre de OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO¹⁷, en tanto que su defensor alegó constancia de la Cooperativa Coopsociales¹⁸ sobre los dineros recibidos por concepto de intereses por créditos adquiridos en esa entidad.

Es de resaltar igualmente, que en dicha diligencia se escuchó el testimonio de Hermínsul Sandoval Trujillo quien dijo haber recibido varios préstamos de dinero por parte del acusado para pagar las universidades de sus hijas, cuyos créditos iba abonando en la medida de sus posibilidades.

¹⁵ Fls. 49 ss. cno. Original No. 1 Corte.

¹⁶ Fls. 55 ss. cno. Original No. 1 Corte.

¹⁷ Fls. 63 ss. cno. Original No. 1 Corte.

¹⁸ Fls. 71 ss. cno. Original No. 1 Corte.

También se llevó a cabo el interrogatorio del acusado quien, después de brindar las explicaciones que consideró pertinentes, frente a la acusación por el delito de enriquecimiento ilícito en ejercicio de su función como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cúcuta se declara absolutamente inocente.

2.3.- Alegatos de conclusión

Culminada la práctica de pruebas, en acatamiento de lo previsto por el artículo 407 de la Ley 600 de 2000, se dio curso a la intervención de las partes en la audiencia, la que se llevó a cabo en términos que a continuación se mencionan.

2.3.1.- Intervención del Fiscal.

Después de aludir a la forma como se dio origen a la presente actuación, aclara que se formuló acusación por el delito de enriquecimiento ilícito del artículo 412 del Código Penal, siendo este el tema que ocupa la atención de la Sala.

Advierte que el tipo penal de que trata el artículo 412 del Código Penal que define el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, no exige ahora, como antes sí lo hacía, que el acrecimiento patrimonial no justificado tenga lugar por razón del cargo o de las funciones, sino sólo que dicho aumento en el patrimonio no halle justificación. Además, dada la caracterización de subsidiaridad de este delito, implica que el

sujeto activo se haga merecedor a un juicio de reproche solo cuando no se hubiere concretado respecto de la acción otro hecho punible de cualquier modalidad que le reporten un beneficio económico, generalmente peculado, cohecho, concusión, hurto, pues estas conductas de ordinario implican un aumento en el patrimonio de quien las desarrolla.

Precisa que el primer elemento del tipo, referido a la calificación del sujeto activo, se halla debidamente demostrado. Igual ocurre con el incremento patrimonial injustificado, toda vez que la entidad del incremento patrimonial penalmente relevante debe ser notoriamente superior al que normalmente hubiese podido tener un agente en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, desproporción que sería el resultado de comparar la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo desempeñado por un periodo de tiempo determinado, y en relación a los detentados obtenidos después del ingreso al mismos.

Y eso, dice, es exactamente lo que aquí se observa, si se tienen en cuenta los distintos valores que como incremento por explicar dieron los investigadores especializados en sus dictámenes periciales que, en opinión del Fiscal Delegado, se aproximan al 30 % de erogaciones laborales percibidas por el fiscal acusado.

Menciona que uno de los informes del CTI concluye que el doctor HERNÁNDEZ CASTRO recibió por concepto de ingresos laborales la suma de \$1.067' 597.730.00, mientras que en sus

cuentas bancarias se verificaron depósitos bancarios por la suma de \$1.806' 032.722.76, de donde surge una diferencia de \$738'434.993.00.

Aclara, que según el dictamen pericial a que alude, el 50% de ese mayor valor que se corresponde a la diferencia entre lo recibido laboralmente y lo verificado en las cuentas bancarias del procesado, se tomaría como renta exenta y entonces no tendría que observarse como incremento patrimonial injustificado; pero el 50% restante si debía apreciarse desde el punto de vista contable como incremento patrimonial por justificar.

Explica que, en relación con el incremento patrimonial penalmente relevante, la conducta que se concreta en la efectiva y real obtención por parte del agente de un incremento patrimonial no justificado, implica la necesaria comparación entre el patrimonio que aquel tenía al momento en que comenzó el ejercicio de sus funciones, y el patrimonio que poseía cuando se retiró del cargo o durante los dos años siguientes a su desvinculación.

Considera que debe haber claridad en cuanto que no es que la ley exija que se demuestre el origen ilícito del incremento, sino que se acredite la existencia de una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función pública, aclarando que si se llegase a probar que el incremento patrimonial no justificado lo fue como resultante de la comisión de un delito, eventualmente el procesado podrá ser condenado por este último pero no por enriquecimiento ilícito sabida su

subsidiariedad, aunque también eventualmente podría darse la figura del concurso.

En el presente evento, a criterio de la Fiscalía, el procesado OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO no ha explicado que el enriquecimiento extraño al desempeño de la función se acompañe con sus labores complementarias que dice haber desarrollado a través de actividades comerciales, préstamos o créditos o retiros parciales de cesantías, en montos iguales o semejantes a los mayores valores referenciados por los peritos, cuando se indica por aquellos que aquel incremento patrimonial es notoriamente superior a la capacidad del ingreso laboral del procesado en virtud de sueldos o emolumentos percibidos, el incremento de capital o de ingresos por cualquier otra causa lícita.

Advierte que con esta exigencia no se vulnera el principio de presunción de inocencia y menos se invierte la carga de la prueba, pues la Corte Constitucional señaló que es deber del servidor público brindar justificación razonable del incremento de su patrimonio, rendir las cuentas que se le pidan y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos; además, que la negativa a justificar en modo alguno debe ser considerada como una presunción de culpabilidad.

En relación con la prueba que acredita el incremento patrimonial injustificado, estima que evidentemente los tres informes proferidos por los expertos forenses contadores de la Fiscalía se corresponden en su contenido con un informe

pericial y que en ese orden deben ser considerados y valorados por la Sala al momento de hacer las ponderaciones de rigor.

En cuanto al informe de 14 de noviembre de 2014, suscrito por el señor Rodríguez Ballén, se extracta que aportadas las declaraciones de renta del acusado correspondientes a los años 2002 a 2008, se concluyó que el doctor Oscar Hernández Castro carece de incremento patrimonial por justificar, lo cual, en criterio de la Fiscalía, no significa que deje de estructurarse un incremento patrimonial no justificado, pues de conformidad con la sentencia C-319 de 1996 y aún pronunciamientos de la propia Sala de Casación Penal, se advirtió que existían otras posibilidades para poder conocer el patrimonio de una persona natural o jurídica que no necesariamente tenía que corresponderse con un análisis comparativo entre las declaraciones de renta.

Entonces, dice, los peritos hicieron un estudio en detalle de la información bancaria del procesado, examinando el valor de la totalidad de los ingresos laborales durante los años 2001 a 2009 reportados por la Fiscalía, confrontaron tal información con los valores consignados en los extractos bancarios, encontrando allí los peritos una diferencia considerable que connotaron como incremento patrimonial no justificado o por justificar.

Precisa que en el informe 616433 del 19 de julio de 2011, luego de revisarse los movimientos contables de rigor se hizo constar que los pagos laborales netos depositados por la Fiscalía en los bancos, desde diciembre de 2001 hasta

noviembre de 2002 se correspondían en \$1.067'597.730 pesos, pero que hechas las verificaciones de rigor, con todos los depósitos en bancos estos arrojaban \$1.806'032.722,00, es decir que el patrimonio diferencial era de \$738'434.993,00 a los que por la regla del artículo 755-3 del Estatuto Tributario debía descontársele el 50%, para concluir que el incremento por explicar o incremento no justificado del Fiscal era de \$369'217. 497.00, reitera que corresponde al 50% deducido de los mayores valores.

En un segundo informe, el perito contable de acuerdo a los insumos documentales que reposan en el expediente y que le fueron facilitados también por la defensa, con base en extractos bancarios emitidos por BBVA, Davivienda, Citibank y el Banco Colpatria se estableció que durante el período 2001-2009 en las cuentas del procesado se realizaron consignaciones por la suma de \$1.469'547.084.00, a la cual, después de descontarle el total de los valores reportados por la fiscalía \$1.067'597.540.00, concluyó que la diferencia por justificar estaría representada en \$401'949.554.00.

Refiere que en el tercer informe, identificado PAQ984658 del 21 de noviembre de 2006 presentado por disposición de la Sala de Casación Penal de la Corte para que se aclararan algunos aspectos que por vía incidental se habían planteado por la defensa, y adicionado con el informe PAQ994755 del 22 de marzo de 2017, el perito concluyó que el investigado presenta un exceso de recursos consignados en sus cuentas bancarias por encima de los ingresos laborales percibidos, en cuantía de \$453'581.294.00.

En lo tocante a las inquietudes de la defensa referidas a la consignación sistemática de recursos en diferentes cuentas que dijo, el experto estimó necesario aclarar que *“en cuanto depósitos realizados en efectivo no es posible tenerlos en cuenta como multiplicadores al no lograr determinar la trazabilidad de un banco a otro o de una cuenta a otra”*, toda vez que se carece de un documento que ofrezca la objetividad que demanda este análisis contable, sin que corresponda al perito hacer presunciones y evaluar hechos sobre supuestos que no le está permitido hacer, y luego de analizar los depósitos bancarios, concluyó nuevamente que *“en el ejercicio anterior se destaca las vigencias 2003, 2004, 2005 con justificantes pendientes de \$61'174.606.00, \$89'434.115.00 y \$178'564.711.00 respectivamente”*.

Indica que la cuenta bancaria número 76060012366 de Davivienda fue abierta en Neiva el 18 de abril de 2005 y para su estudio solo se contó con los extractos a partir del mes de agosto de 2007, de suerte que, por no contar con una información precisa, podría variar el monto de los incrementos patrimoniales por justificar.

Menciona que como la defensa pidió allegar certificados de entidades cooperativas y administradores de cesantías que proveyeron recursos al interesado, se aclaró por el perito haber recibido para sus análisis certificados de los créditos otorgados por Juriscoop y la Cooperativa de la Fiscalía, así como del retiro parcial de cesantías, pero no fueron tenidos en cuenta porque ninguno de ellos aparece depositado en alguna cuenta bancaria.

De estos tres informes concluye el Fiscal que los analistas, empleando las mismas fuentes informativas, esto es, las declaraciones de renta, los reportes bancarios de ingresos laborales contra reportes de ingresos generales durante los años 2001 a 2009, se distanciaron en la forma analítica para obtener los resultados, siendo esta la razón que explica las diferencias en la totalización de los valores anunciados como el monto final de los incrementos patrimoniales no justificados por el procesado, lo cierto del caso es que, en ellos se analizaron los movimientos bancarios registrados en las cuentas del doctor Oscar Hernández Castro entre los años 2001 y 2009, concluyendo los peritos sin equívoco de ninguna naturaleza que hubo un considerable incremento patrimonial por justificar, que el procesado no explica, y tampoco lo hace la prueba documental presentada por la defensa.

Considera entonces el Fiscal, frente a los argumentos defensivos del procesado presentados en la indagatoria y en el interrogatorio surtido en el juicio, que éste no ha justificado la diferencia patrimonial observada por los peritos en los análisis patrimoniales, sin que sea suficiente explicación cuando se limitó a decir que no manejaba el tema contable o que le parecían exorbitantes las cuantías reflejadas en los informes de policía judicial.

Precisa que los valores a los que hace referencia el procesado en su indagatoria como no tenidos en cuenta en las bases o en los dictámenes periciales realmente sí fueron considerados en el informe pericial, y pese a ello, se sigue indicando por parte del tercer perito que ciertamente subsiste

un incremento patrimonial por justificar de \$453'581.294.00 pesos.

Estima que en la audiencia el procesado no logró, con capacidad persuasiva, demostrar el origen lícito de los mayores valores, limitándose sólo a especular sobre el origen de algunos de ellos; particularmente sobre los montos menores no sobre los mayores.

Indica, además, que se logró demostrar que en desarrollo de esos nueve años de servicio el referido fiscal, registró incrementos patrimoniales al margen de los ingresos laborales en los montos a los que ya ha hecho referencia y a los que aluden los peritos contables forenses que se aproximan al 30% de su capacidad de ingreso por conceptos laborales que no ha podido explicar a satisfacción. Que esos mayores valores son considerables, pues los peritos advierten que el acusado recibió \$1.067'597.540 pesos durante el ejercicio de su labor y que realmente le aparecen en cuentas según el primer dictamen pericial \$1.806'032.722.76 pesos; y que según cuentas del segundo informe pericial representarían \$1.469'547.084 lo que implicaría un acrecimiento patrimonial por justificar en el segundo dictamen de \$401'949.554 pesos.

Con esos argumentos considera el Fiscal Delegado que la conducta del procesado se adecua al artículo 412 de la ley 599 de 2000 en la medida en que como lo ha enseñado la Sala de Casación Penal de la Corte en pronunciamiento de 23 de abril de 2009 dentro del radicado 31496, *“el enriquecimiento ilícito de servidor público resulta por esencia de la confrontación*

técnica contable que se haga del estado de su patrimonio a tiempo de asumir el cargo con aquel que vaya registrando y que eventualmente haga temer que por excesivo no corresponde con aquel que sumados los emolumentos legalmente recibidos y otros dividendos o rentas legalmente percibidas tendría que revelar los estado financieros”.

Estima que al cumplirse los presupuestos a que se contrae el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 este será el juicio de reproche de la conducta del acusado, en tanto que el grado de conocimiento supera la duda razonable y se ubica en la certeza, no solo respecto de la materialidad del hecho en la participación como autor de la misma, sino de su intención de vulnerar la ley.

Finaliza advirtiéndolo que aun cuando el artículo 412 del Código Penal fue modificado por el artículo 29 de la ley 1474 de 2011, como aquel estaba vigente para la época de los hechos, las consecuencias punibles deben ser las más benignas que allí se establecen, sin que resulte aplicable el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

2.3.2.-Intervención del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, comienza por manifestar que se acreditó la condición de sujeto activo calificado que el tipo penal exige, pues se demostró que el doctor Oscar Hernández Castro se

desempeñó como funcionario de la Fiscalía General de la Nación y específicamente como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior.

Menciona que igualmente se estableció que se desempeñó como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de San José de Cúcuta, Pamplona y Arauca desde el mes de junio de 2007 hasta septiembre de 2009, por lo cual estima que ese primer elemento del tipo está debidamente acreditado dentro de la actuación.

De igual modo, dice, en la actuación se cuenta con 3 dictámenes periciales en los que se concluyó que el investigado presenta exceso de recursos consignados en sus cuentas, de los percibidos laboralmente durante los años 2001 a 2009, que no fueron justificados.

Con base en estas pruebas, le correspondía al procesado explicar probatoriamente cómo se podrían justificar dichos ingresos, conforme a la carga dinámica de la prueba. Sin embargo, en sus varias intervenciones, su argumentación y las pruebas que presentó no fueron suficientes para desvirtuarlas.

Finalmente se terminó acreditando, en criterio del Ministerio Público, el incremento injustificado por el procesado, lo cual infiere de las cifras considerables, año por año que debieron ser de su conocimiento, además que ellas se debían reflejar en la declaración de renta y por supuesto notar las razones del aumento del patrimonio.

También, con este delito, se vio afectado el bien jurídico de la administración pública, sobre todo en sus elementos, en sus principios de transparencia y de eficacia, por lo tanto, observa, existe antijuridicidad y es material.

Finalmente, considera que existen razones para hacer el juicio de reproche al procesado como elemento de culpabilidad. En suma, al ser la conducta del procesado típica, antijurídica y culpable, la solicitud del Ministerio Público fue de proferir sentencia condenatoria.

Aclara, no obstante, que como existieron tres informes periciales alusivos a montos distintos, pide para efectos de la tasación de la pena de multa tener en cuenta el último que fijó un monto menor, de \$369'217.497.00. Como la pena de multa sería el doble la cuantía equivaldría a \$738'934.994.

2.3.3.- Intervención del procesado.

El doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, en uso de la palabra, manifestó que su intervención se limita a dos aspectos. El primero de ellos tiene que ver con la naturaleza jurídica del incremento patrimonial, a lo que cual se reduce el dictamen pericial para efectos de la tipicidad y, el segundo, a los criterios para la determinación del enriquecimiento ilícito.

El primer tema, dice, se relaciona con el último dictamen pericial que es el más voluminoso referido al incremento patrimonial bancario, a diferencia del reflejado en la

declaración de renta que no lo hubo, y se limita a la suma mayor de \$453' 581.294.00, por lo cual ruega que al momento de adoptar la decisión se tengan en cuenta las constancias incorporadas como prueba al proceso, en las cuales la Cooperativa Copfiscalías certificó que le hizo préstamos por \$23'400.000.00, suma que corresponde a los diferentes créditos que se hicieron en los años 2001 a 2009.

De igual modo, dice, Juriscoop acreditó préstamos por \$126.534.000.00, Copsociales por \$40'000.000.00, y Porvenir pagos por más de 30 millones de pesos, que sumados arrojan una cifra superior a los 219 millones recibidos y abonados a las diferentes cuentas bancarias.

Afirma que las reglas de la experiencia no acreditan que una persona que, como en su caso, recibió una suma superior a 142 millones de pesos por cuenta del Decreto 4040, deje quieto ese dinero y no lo pueda mover, sino que hay que activar las cuentas y hacer movimientos bancarios.

Anota que no se le puede exigir que en la cuenta del BBVA, los dineros permanecieran inamovibles de por vida, porque tenía que cubrir gastos y debía sacar este dinero para ingresarlo en una cuenta corriente y de ahí sí dividir los gastos, como lo hacen todos los funcionarios públicos.

El segundo aspecto hace parte de lo que considera constituye el elemento objetivo del delito y que siempre se ha determinado con prueba pericial.

Recuerda que el proceso se rige por la ley 600 de 2000, que existen otros elementos probatorios que deben unificarse y que solamente la Corte al tomar la decisión, tendrá que realizar la valoración correspondiente.

Anota que los peritos hicieron única y exclusiva referencia a operaciones bancarias porque frente a las declaraciones de renta, como bien lo expresó el Fiscal no se determinó incremento patrimonial alguno, con lo cual se da entrada al último punto que tiene que ver con el modus operandi en los delitos de alto impacto, para los cuales se implementó.

Por lo tanto, simplemente se ha limitado a movimientos bancarios y con ello, afirma, da entrada al último punto, que tiene que ver con la implementación que hizo el anterior Fiscal General de la Nación en la unidad de contexto, el orden a establecer el perfil del delincuente, la manera de actuar y mediante reglas de experiencia determinar cuál es el modus operandi para los diferentes delitos.

Ahí se encuentra que el delito de enriquecimiento ilícito, a diferencia del de lavados activos, no utiliza el sistema bancario sino el dinero efectivo. Por eso extrañamente, como funcionario no podía andar con dinero efectivo sino que tenía que manejar cuentas corrientes y lo hizo de la manera como lo hace cualquier ciudadano.

Por tal razón, dice, no se le puede exigir que tomara su sueldo y lo guardara en el bolsillo sin utilizar el sistema bancario, porque está legalmente permitido.

Precisamente, esa era la diferencia que se tendría dentro de este perfil en el delito de enriquecimiento ilícito, no es para él inherente la utilización de mecanismo bancario.

2.3.4.- Intervención del defensor.

En el curso de su intervención, el defensor del procesado solicita a la Corte proferir sentencia absolutoria por atipicidad absoluta del comportamiento endilgado y levantar la medida no privativa de la libertad que pesa en su contra.

Demanda, además, se disponga la compulsación de copias para que se investigue penal y disciplinariamente a Giovanni Gutiérrez Medina, Director del Cuerpo Técnico de Investigación y a la doctora Mery Díaz Garnica, Directora Seccional de Fiscalías de Cúcuta para el año 2009, por el delito de falsa denuncia.

Solicita, asimismo, compulsar copias para que se investigue penal y disciplinariamente al doctor Fabio David Bernal, quien fungiera como Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, al iniciar una investigación por enriquecimiento ilícito sin existir denuncia ni queja previas y haber escuchado en versión libre al hoy enjuiciado por otros delitos que fueron luego precluidos por la propia Fiscalía General de la Nación, al calificar el mérito de la presente investigación.

De igual modo, pide que se inste al Fiscal General de la Nación para que reanude el trámite de reincorporación del doctor Oscar Hernández Castro al cargo que desempeñaba para el año 2009 cuando fuera desvinculado de la institución, conforme fue dispuesto en un fallo de tutela proferido por la propia Corte Suprema de Justicia.

En el documento presentado a la culminación de su intervención oral¹⁹, comienza por formular una crítica a los supuestos fácticos que dieron origen a la investigación, la cual, dice, se basó en suposiciones pues no hubo una denuncia ni noticia criminal formal de persona alguna, sino que surgió por una mera sospecha y a través de *“una empírica deducción oficiosa a partir de ella, por cuanto tampoco se realizó absolutamente ninguna labor de verificación para establecerla”*.

Tal sospecha, dice, se erigió sobre la base de que los Directores Seccionales de Fiscalía y del CTI de Cúcuta, bajo el rótulo de “informe confidencial”, suscribieron y enviaron un oficio al despacho del Fiscal General de la Nación en el que daban cuenta, *“en forma generalizada y por lo demás imprecisa e infundada, de eventuales comportamientos indebidos en desarrollo de la función”* de su asistido como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, mencionando tres procesos en los cuales supuestamente se incurrió en tales conductas.

Sostiene que como prueba de la carencia de fundamento en el referido informe, fue la propia Fiscalía Séptima Delegada

¹⁹ Fls. 105 y ss. cno. Original No. 1 Corte.

ante la Corte en providencia de 26 de febrero de 2013 al ordenar el archivo de la mayoría de las diligencias iniciadas con base en dicho documento, quien mencionó que *“al solicitárseles a tales funcionarios que aportaran mayores elementos de juicio sobre el particular, de manera sorprendente, a pesar de la gravedad de lo denunciado, expresan no tener mayores elementos de juicio”*.

Seguidamente, el defensor realiza algunas *“observaciones y reparos a la actuación instructiva de la Fiscalía”*, en desarrollo de las cuales pregunta: ¿cómo es que, si la misma fuente de información de la Fiscalía sirvió de pilar fundamental para disponer inicialmente el archivo de las diligencias y posteriormente la preclusión de la investigación por los delitos de prevaricato y concusión, se utilizó como soporte de la acusación por el delito de enriquecimiento ilícito?

En relación con los términos de la acusación por enriquecimiento ilícito, manifiesta que desde el inicio de la investigación se ha sostenido *“que se trata de una suma de cifras de dineros confusas en una doble sumatoria que nunca puede coincidir con el dinero consignado en cuentas bancarias pues ese mismo dinero se pasaba a una cuenta de ahorros donde consignan un sueldo de una actividad lícita como era ser Fiscal Delegado ante Tribunal, a una cuenta corriente. La única posibilidad que esas sumas sean coincidentes es cuando se tiene una única cuenta ya sea de ahorros o corriente, pero única, con lo que se desdibuja los lineamientos propios del delito en cuestión ya que su perfilamiento involucra dinero efectivo y no*

transacciones bancarias que dejan huellas, propias del delito de lavado de activos”.

A partir de lo consignado en la sentencia C-319 de 1996 expedida por la Corte Constitucional, manifiesta que lo relevante es que se establezca que el incremento patrimonial se obtuvo por el funcionario durante el tiempo que desempeñó el cargo, y que dicho acrecimiento derivó de su condición de servidor público o del ejercicio de sus funciones, sea que provenga de una sola o de varias acciones finalísticamente orientadas por el propósito común del enriquecimiento.

Señala que jurídicamente es aceptado que el “*incremento patrimonial*” y la calificación misma de “*injustificado*” para efectos de la tipicidad como de la responsabilidad penal por un eventual delito de enriquecimiento ilícito, le corresponde a la Fiscalía y no al perito que realiza una experticia contable, y que en este caso la Fiscalía soslayó al cederle sus obligaciones judiciales al perito del CTI quien en últimas y a su antojo no sólo “*estableció*” sino que lo calificó como “*injustificado*”, desatendiendo por completo lo normado por el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal que señala los “*Criterios para la apreciación del dictamen*”, limitándose tan sólo a alabar el trabajo del funcionario del CTI quien sin tener competencia afirmó establecido el incremento y que el mismo es injustificado, lo que dio lugar a iniciar incidente de objeción mediante la presentación de memoriales en los que fueron puestas de presente varias inconsistencias pese a lo cual no fueron tenidos en cuenta.

Considera que *“la acusación por el delito de enriquecimiento ilícito nunca tuvo peso probatorio, ni trascendencia histórica, sólo se trató de un malintencionado y pobre dictamen pericial sin respaldo probatorio y demasiada imaginación”*.

Sostiene que se dejó de tomar en cuenta que antes de ingresar a la Fiscalía, su asistido era Juez de la República desde 1982 y desde entonces ha construido un pequeño capital que nunca se valoró, ni se tuvo en cuenta en los movimientos bancarios, por lo cual solicita a la Corte absolver a su asistido por atipicidad del delito atribuido.

Recuerda que con ocasión del incidente de objeción al dictamen pericial, se ordenó allegar las certificaciones de entidades que para su momento hicieron desembolsos de dineros a su defendido, lográndose establecer que entre diciembre de 2001 y septiembre de 2009 hubo ingresos adicionales a los salarios que fueron depositados en el BBVA, puesto que Coopfiscalía certificó \$23.400.000.00; Juriscoop \$126.564.000.00, Coopsociales \$40.000.000.00 y Porvenir \$30.000.000.00, para un total aproximado de \$219.000.000.00.

En su opinión, *“con ello lo que se demuestra es que hubo ingresos adicionales a los percibidos como funcionario de la Fiscalía General de la Nación, todos justificados con certificaciones y soportes contables que no tuvo en cuenta el señor perito ni en el último dictamen ni en los anteriores estudios contables, pues sólo basta determinar que ellos fueron*

depositados a las cuentas corrientes como se hacía con los dineros provenientes de los salarios depositados en la cuenta de ahorros de BBVA”, por lo cual reitera la solicitud de sentencia absolutoria por atipicidad de la conducta.

De otra parte, en lo atinente a la providencia mediante la cual la Sala de Casación Penal resolvió la *“objeción al dictamen pericial”*, solicita que en la sentencia se acojan los motivos de inconformidad con la prueba pericial expuestos por la defensa, se proceda a realizar la valoración definitiva de la experticia, y a la apreciación de su mérito probatorio frente a los cuestionamientos formulados, para arribar a *“la que en modo alguno dicho único elemento probatorio puede constituir base para una eventual condena”* en contra de su representado.

Finalmente, respecto de *“la personalidad del acusado”*, considera de vital importancia descartar toda duda que pudiera erigirse sobre la conducta del procesado como circunstancia indiciaria de una eventual tendencia proclive a la realización de comportamientos ilícitos que a su modo de ver de manera injusta se le endilgaron, y por el contrario demostrar honorabilidad y rectitud con que ha ejercido su función como servidor judicial.

En dicho sentido destaca el testimonio de Hermínsul Sandoval Trujillo quien da cuenta de la intachable conducta funcional del acusado, así como el registro de las decisiones adoptadas en el caso del ex gobernador de Arauca Julio Acosta Bernal, del cual conoció la Sala de Casación Penal de la Corte

según pronunciamiento AP4711-2017, Radicación 49734 del 24 de julio de 2017.

Además de lo anterior, solicita instar al Fiscal General de la Nación para que reanude el trámite de reincorporación del procesado al cargo que desempeñaba para el año 2009 cuando fuera desvinculado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La competencia

1.1.- La Sala es competente para conocer del juzgamiento del doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, según la resolución de acusación proferida en su contra por la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificadorio del 235 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 9° del canon 75 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

En efecto, el fuero de juzgamiento a que alude esta última disposición, es una garantía de carácter legal que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, *“es decir basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento”*²⁰.

²⁰ CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

1.2.- En lo que respecta al doctor HERNÁNDEZ CASTRO, se acreditó que por la época de ocurrencia de los hechos, entre el 3 de diciembre de 2001²¹ y el 16 de septiembre de 2009²², se desempeñó como Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cúcuta, lo que determina que la competencia para adelantar el juicio y proferir el fallo correspondiente con el cual se le ponga fin a la instancia compete a esta Sala, teniendo en cuenta que los hechos que se le atribuyen guardan relación con las funciones desempeñadas en el ejercicio del cargo, pues durante ese período presentó incrementos patrimoniales que el ente acusador consideró carentes de justificación.

2.- Requisitos para condenar.

2.1.- A tenor de lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000 que rige el presente asunto, a diferencia del grado de conocimiento que la ley exige para proferir medida de aseguramiento (posibilidad), y para convocar a responder en juicio criminal al sindicado (probabilidad), para emitir en su contra sentencia de carácter condenatorio se requiere que la prueba válidamente recaudada en las diversas fases que componen el proceso, conduzca a la certeza de la realización de la conducta definida en la ley como delito y de la responsabilidad del procesado.

En armonía con lo anterior, la legislación procesal establece que el arsenal probatorio recaudado durante el

²¹ Designado mediante Resolución 01759 de 27 de nov. de 2001.

²² Según Resolución 04647 de 14 de sept. de 2009.

decurso procesal, debe ser ponderado en conjunto, de acuerdo con los postulados que rigen la persuasión racional, esto es, las leyes de la ciencia, los postulados de la lógica y las reglas de experiencia, asignándoles el mérito que a cada cual corresponda (art. 238 Ley 600 de 2000) a fin de establecer las adecuadas consecuencias jurídicas que de allí se deriven.

2.2.- Previo a que la Sala se ocupe en responder los razonamientos fácticos y jurídicos expuestos por los sujetos procesales en relación con el fondo del asunto, estima necesario advertir de antemano, que ningún motivo de ineficacia de lo actuado se advierte, que pudiera enervar la posibilidad de proferir el correspondiente fallo de mérito con que se ponga fin a la instancia, como contrariamente ha sido sugerido, aunque de manera sutil, en la vista pública por la defensa.

Al efecto cabe precisar, como en tal sentido de antiguo ha sido indicado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, que el proceso penal se estructura sobre la base del principio de progresividad, según el cual la actividad que se cumple en cada una de las etapas que lo componen se lleva a cabo con la finalidad de alcanzar superiores niveles en el conocimiento del objeto de la investigación, pasando de la inicial incertidumbre a la certeza de lo realmente acontecido.

Es precisamente en razón a este carácter progresivo en el conocimiento, que la ley procesal prevé como presupuesto para que el instructor pueda dar inicio a la investigación previa (Art. 322 de la ley 600 de 2000) la simple noticia del acaecimiento fáctico, sea por denuncia, por querrela o por petición especial

válidamente formuladas. También la ley adscribe la facultad de iniciarla de oficio, cuando se trate de hechos para cuya investigación no se requiera sino el solo conocimiento por el funcionario competente, pero en todo caso con la finalidad de establecer si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si la misma se halla definida en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si satisface el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y, además, siempre con el propósito de recaudar aquellas pruebas que se estimen indispensables en orden a identificar, o por lo menos individualizar, los autores o partícipes en su realización.

Pese a que el estatuto procesal penal no establece que para dar inicio a la fase de formal instrucción resulte indispensable agotar previamente la etapa de investigación previa, dado que a ésta puede llegarse directamente cuando el investigador se encuentra en frente de una seria posibilidad de haberse llevado a cabo un comportamiento con contornos de ilicitud y se cuenta con la individualización de los presuntos autores o partícipes, es de entenderse que la decisión de abrir formal instrucción supone que la prueba que le sirve de fundamento permite afirmar haber alcanzado un grado mayor de conocimiento frente a aquél requerido para adelantar la investigación previa.

En la etapa de investigación formal y ya vinculado el sindicado, el funcionario instructor tiene la obligación de definir su situación jurídica en aquellos eventos en que sea procedente la detención preventiva (art. 354 de la Ley 600 de 2000) y se

enfrenta a la disyuntiva de proferir medida de aseguramiento o abstenerse de hacerlo, para lo cual debe establecer si en contra de aquél se estructuran por lo menos dos indicios graves de responsabilidad de acuerdo con las pruebas allegadas válidamente a la actuación (art. 356 de la ley 600 de 2000) y, de resultar positivo, en el acto correspondiente de imposición de la medida de aseguramiento *(que tiene por finalidad garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la eventual ejecución de la pena privativa de la libertad, impedir su fuga o la continuación de la actividad delictual, así como atentados a los elementos de prueba o la actividad probatoria)*, se debe precisar la conducta objeto de la investigación, su calificación jurídica provisional y la pena fijada en el tipo correspondiente, además de dejar establecidos los medios de convicción que hablan de la realización de la conducta y la posible responsabilidad del sindicado como autor o partícipe de la misma.

En todo caso, cabe señalar que, con medida de aseguramiento o sin ella, el proceso avanza hasta un estadio posterior referido a la calificación del mérito sumarial, previa clausura del período instructivo (art. 393 de la Ley 600 de 2000) y de traslado para alegaciones de fondo por las partes debidamente reconocidas, cuyo proferimiento admite solo dos posibilidades: resolución de acusación o preclusión de la investigación (art. 395). El primer evento supone que en la actuación aparezca demostrada la ocurrencia del hecho y que por lo menos existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, pluralidad de indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del sindicado (art. 397 ejusdem). La segunda eventualidad (art. 39 Íb.), por su parte, requiere que

aparezca plenamente acreditado que la conducta no ha tenido realización, o que el sindicato no la ha cometido, o que es atípica, o que está plenamente demostrada una causal de ausencia de responsabilidad (artículo 32 del CP), o que la acción no podía haberse iniciado o que no puede proseguirse conforme alguna de las causales de extinción de la acción y de la sanción penal (arts. 82 y ss. del C.P), es decir, que el grado de conocimiento en relación con las categorías de la conducta punible y la consecuente responsabilidad, es la probabilidad.

Y en el fallo correspondiente a la culminación del juicio, establece el ordenamiento (art. 232 de la Ley 600 de 2000) que solo resulta posible proferir condena cuando en la actuación aparezcan acreditadas, en grado de certeza, no solo la realización de la conducta punible, sino la responsabilidad del sindicato, cuya carga de la prueba durante el juzgamiento la ley adscribe al organismo acusador, sin perjuicio de que el juez pueda tener iniciativa probatoria (art. 234 ejusdem).

Entonces, debido precisamente a la progresividad que el proceso penal ostenta, se ofrece evidente que una vez definida la situación jurídica con medida de aseguramiento o sin ella, la actuación puede avanzar en el recaudo probatorio, incluida la ampliación de indagatoria de oficio o a petición del sindicato o de su defensor (art. 342 de la Ley 600 de 2000), hasta el cierre de la fase instructiva (art. 393) la cual, previo traslado a las partes para alegar de conclusión en relación con las pretensiones sobre la calificación que a su criterio deba adoptarse, culmina con un examen más riguroso de las pruebas allegadas, de modo que, de proferirse resolución acusatoria dan

lugar a concretar no sólo la delimitación de la conducta investigada con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, sino su calificación jurídica provisional, por cuya realización el procesado debe de responder ante la justicia.

De esta suerte, si durante la fase de instrucción el proceso sigue su curso permitiendo la posibilidad de incorporar nuevos elementos de juicio, es de esperarse que los argumentos expuestos en el acto definitorio de la situación jurídica puedan verse modificados de cara a la nueva realidad procesal, sea porque se recopilaron nuevas pruebas o porque sin haber ello sucedido, se tiene una mejor comprensión de la realidad fáctica y jurídica del asunto en estudio, sin que de allí resulte legítimo derivar menoscabo al debido proceso o el derecho de defensa.

Entonces, en el acto de calificación del mérito sumarial el funcionario instructor puede reevaluar la situación que determinó la definición de la situación jurídica con posterioridad a la vinculación del sindicado, pues si al momento de hacerlo encontró que no se reunían los presupuestos para imponer medida de aseguramiento pero en la calificación del mérito sumarial observa que tales fundamentos aparecen probatoriamente desvirtuados, perfectamente puede imponerla en la resolución acusatoria, siempre y cuando los fines constitucionales que la justifican aparezcan debidamente acreditados en el proceso.

También el instructor puede adoptar la decisión de revocar la medida de aseguramiento inicialmente impuesta en el evento en que los fines que justificaron su imposición hubieren

desaparecido, pues ya se dejó visto que con independencia de la forma como hubiere sido definida la situación jurídica, esto es, con sindicado privado de la libertad o disfrutando de ésta, o con medida de aseguramiento o sin ella, en el marco procesal de la ley 600 de 2000 el proceso puede seguir su trámite hasta la culminación con el fallo de mérito.

En síntesis, podría decirse que si el objeto de la calificación del sumario es la conducta materia de investigación y por la que se vinculó al sindicado, ninguna limitante para el fallo constituyen las consideraciones del instructor plasmadas en el acto definitorio de la situación jurídica del sindicado, de suerte tal que el sentido en que haya sido definida no tiene el alcance de condicionar el de la decisión calificatoria del mérito sumarial, pues la consonancia que establece el ordenamiento es entre la resolución de acusación y el fallo, no entre la decisión de iniciar investigación previa y el auto de apertura formal; tampoco entre la definición de la situación jurídica y el calificadorio; menos entre aquélla y la sentencia.

Un entendimiento contrario implicaría reconocer que la calificación del sumario con resolución de acusación sólo procede si tales conductas fueron materia de consideración en la resolución por cuyo medio se dispuso dar inicio a la investigación preliminar, o si previamente en la definición de la situación jurídica el procesado ha sido afectado con medida de aseguramiento y solo por los hechos que hayan determinado su imposición, lo que igualmente condicionaría el marco fáctico en que habría de proferirse el fallo, nada de lo cual lo establece la

ley de procedimiento que rige el presente asunto, ni de ella surge una interpretación en tal sentido como para suponer que los fundamentos fácticos y jurídicos tomados en consideración al momento de resolver la situación jurídica del sindicato, resultan vinculantes para el juzgador al de adoptar la decisión de mérito que ponga fin al proceso después de haberse adelantado el juicio.

Por tanto, si a OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO se le vinculó procesalmente mediante indagatoria por las conductas que posteriormente fueron materia de calificación del sumario, el hecho de que por una de ellas, en este caso por el punible de enriquecimiento ilícito, no se hubiere adelantado investigación previa, ni formulado interrogatorio alguno en la diligencia de versión libre de juramento que rindiera en aquella etapa procesal, como sí aconteció respecto del acto de apertura de investigación, la indagatoria y la definición de situación jurídica en la que la Fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento, resulta claro que ni los motivos que dieron lugar al adelantamiento de indagación preliminar, ni el sentido en que se definió su situación jurídica, pueden tener la connotación, que a manera de comentario bajo el rótulo de *“observaciones y reparos a la actuación instructiva de la Fiscalía”* postula la defensa y, dado que tampoco formula expresamente alguna solicitud concreta sobre dicho particular, a lo expuesto limitará la Corte su consideración en torno al punto.

3.- El delito de enriquecimiento ilícito de servidor público.

En la resolución de acusación proferida el 30 de noviembre de 2015, la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte le imputó a OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público que posiblemente pudo haber realizado entre los años 2001 y 2009, cuando se desempeñó como Fiscal Delegado ante Tribunal Superior.

El tipo penal en comento, vigente para la época de los hechos materia de investigación, y sin que para este caso resulte procedente tener en cuenta las posteriores modificaciones punitivas introducidas por las Leyes 890 de 2004 y 1474 de 2011 por virtud de los principios de legalidad y favorabilidad, fue definido en el original artículo 412 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.

Si bien en el mencionado acto procesal la Fiscalía no hizo alusión a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, es lo cierto que dicha postura de inaplicabilidad al caso del referido incremento punitivo coincide con la vigente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia²³, según la cual el aumento general de penas fijado por la citada ley aplica tanto para casos rituados por la Ley 906 de 2004 como por la Ley 600 de 2000, **cuando se trate de conductas llevadas a cabo con posterioridad al 1° de enero de 2005**, salvo las excepciones que la misma Ley 890 contempla en su artículo 15, o que con anterioridad a la fecha de la aludida providencia el procesado hubiere aceptado los cargos formulados, con independencia de la condición de aforado constitucional o legal que ostente, con cuyo pronunciamiento se recogió el criterio fijado a partir de la sentencia proferida el 18 de enero de 2012 dentro del radicado 32764 que establecía la inaplicabilidad de los incrementos punitivos de la Ley 890 de 2004 a los casos tramitados al amparo de la Ley 600 de 2000.

De otra parte, es de aclarar que, no obstante el artículo 412 del Código Penal fue modificado por el artículo 29 de la Ley 1474 de 2011, en atención a los principios de legalidad y favorabilidad²⁴, en tanto aquél se encontraba vigente para la época de los hechos materia de investigación y juzgamiento y prevé consecuencias punitivas más benignas que las posteriores disposiciones sobre el mismo punto, en este caso ha de prevalecer el marco punitivo allí establecido, por ser inferior al señalado en la nueva disposición.

Realizadas estas precisiones, cabe señalar que, acorde con la definición normativa que rige la conducta atribuida al ex Fiscal HERNÁNDEZ CASTRO, para que la misma encuentre realización resulta indispensable establecer probatoriamente

²³ CSJ SCP SP379-2018, Feb 21 de 2018, Rad. No. 50472.

²⁴ Artículo 6° de la Ley 599 de 2000.

que el servidor público (sujeto agente cualificado), durante el desempeño del cargo o dentro de los dos años siguientes a la dejación del mismo²⁵, incurrió en un incremento patrimonial no justificado.

Sobre dicho particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte²⁶ con referencia a la definición típica del delito de enriquecimiento ilícito de que trataba el Decreto 100 de 1980 cuya redacción en lo sustancial se ha mantenido en los posteriores estatutos punitivos, recordó que:

“De acuerdo con esta descripción típica, son elementos estructurales de la conducta delictiva los siguientes, (i) que el sujeto activo sea un servidor público, (ii) que su patrimonio registre un incremento patrimonial, (iii) que este acrecimiento patrimonial carezca de justificación, (iv) que exista nexo causal entre el desempeño del cargo o el ejercicio de la función y el aumento del patrimonio, y (v) que el hecho no constituya otro delito.

También la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte²⁷, ya en vigencia del artículo 412 de 2000, se ha dado en precisar lo siguiente:

Debe entenderse que la prueba demostrativa de un enriquecimiento ilícito de servidor público, resulta por esencia de la confrontación técnico contable que se haga del estado de su patrimonio a tiempo de asumir el cargo, con aquel que vaya registrando y que eventualmente haga temer que, por excesivo, no corresponde con aquel que, sumados los emolumentos legalmente recibidos y otros dividendos o rentas legalmente percibidas tendrían que revelar sus estados financieros (se destaca).

Más recientemente, la Sala de Casación Penal de la Corte²⁸ indicó

²⁵ El artículo 412 de la Ley 599 de 2000, que tipifica actualmente el delito de enriquecimiento ilícito, con la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 1474 de 2011, extiende hasta cinco (5) años después de la dejación del cargo, la actividad delictual.

²⁶ CSJ SCP, SP, jul 2 de 2008, Rad. No. 25587.

²⁷ CSJ SCP, AP, Abr 23 de 2009, Rad. No. 31496.

²⁸ CSJ SCP, SP, Mar 9 de 2011, Rad. No. 30690.

*«...en el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, le basta al Estado demostrar que el enriquecimiento es real **e injustificado**, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Por lo tanto, **establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación**, la conducta se adecua al tipo penal del artículo 412 del Código Penal vigente (anterior artículo 148 del decreto 100 de 1980, subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995). Aquí lo que se protege es la función pública y, en especial su moralidad, como principio que debe gobernar toda su actividad» (se destaca).*

Se tiene entonces, acorde con la normativa aplicable al caso que ahora ocupa a esta Corporación, que el enriquecimiento ilícito de servidor público encuentra realización cuando el funcionario o empleado, durante el tiempo de vinculación al servicio oficial o dentro de los dos años siguientes a su retiro, independientemente de la riqueza que posea al momento de incorporarse al servicio de la administración pública, obtiene un incremento irrazonable en su patrimonio, o que no encuentra justificación en la remuneración que percibe de la entidad estatal a la cual se halla o estaba vinculado, ni en las actividades lícitas que de modo particular para el momento del acrecimiento hubiese realizado.

IV. Tipo objetivo

4.1.- Al proceso se allegó copia de la Resolución número 0-1759 del 27 de noviembre de 2001²⁹, por cuyo medio el Fiscal General de la Nación nombró en provisionalidad de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá a OSCAR HERNÁNDEZ

²⁹ Fl. 3 Cuad. Anexo original No. 1 Fiscalía.

CASTRO, de cuyo cargo tomó posesión el 3 de diciembre de 2001³⁰, el cual desempeñó hasta el 16 de septiembre de 2009³¹.

4.2.- El fundamento de la acusación proferida por la Fiscalía en contra del doctor HERNÁNDEZ CASTRO radica en que, conforme fue dispuesto en el auto de apertura de investigación, técnicos investigadores del CTI con apoyo en información suministrada por la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación en relación con los dineros devengados por el procesado entre los meses de diciembre de 2001 y noviembre de 2009, y por las entidades financieras en las cuales el doctor HERNÁNDEZ CASTRO tenía registradas cuentas corrientes o de ahorros, las copias de las declaraciones de renta presentadas por éste entre los años 2002 y 2008, así como información reportada por la Superintendencia de Notariado y Registro, la Secretaría de Movilidad de Bogotá y Datacrédito, rindieron sendos informes periciales en los cuales concluyeron que el doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, durante el periodo en que fungió como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, presentó un incremento patrimonial no justificado en cuantía de \$401.949.554.00, correspondiente a la diferencia resultante de comparar los ingresos percibidos como servidor público, y los dineros depositados en las cuentas de ahorro y bancarias.

4.3.- En orden a la definición del asunto que le compete asumir a la Sala, considera preciso advertir que el objetivo del presente análisis es determinar, con base en las pruebas legalmente recaudadas durante las fases de instrucción y

³⁰ Fl. 2 Cuad. Anexo original No. 1 Fiscalía. .

³¹ Según lo mencionó en la diligencia de versión.

juzgamiento, si durante su desempeño como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior entre los años 2001 y 2009, el doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO incrementó injustificadamente su patrimonio conforme se indicó en la resolución de acusación, si por el contrario, los aludidos medios de convicción, analizados en conjunto siguiendo las reglas de la persuasión racional permiten afirmar que no hubo tal incremento injustificado del patrimonio, o si, de otra parte, se presentan dudas sobre dicho particular que por lo insalvables deberán resolverse a favor del acusado.

Con dicho propósito, la Sala abocará el estudio de los dictámenes periciales que sirvieron de fundamento a la acusación a fin de determinar si satisfacen a cabalidad los presupuestos normativamente establecidos para otorgarles mérito persuasivo o si por el contrario, al no cumplir dichos requisitos es necesario analizar la prueba que sirvió de sustento a los peritos a fin de verificar o no si la Fiscalía logró demostrar en grado de certeza que el acusado incrementó su patrimonio de manera injustificada.

Aunque la conclusión a que arriba la Sala es precisamente esta última y que de antemano se anuncia, pues después de realizar el análisis correspondiente de manera conjunta sobre el cúmulo probatorio sin dificultad se tiene que la prueba recaudada durante las fases de instrucción y juzgamiento no arroja sino dudas sobre la realización de la conducta punible atribuida por la Fiscalía, se ofrece indispensable expresar las razones que la llevan a una tal afirmación.

En este sentido, la Sala comienza por destacar que la prueba pericial, como cualquiera otra, debe ser analizada racionalmente por el Juez a la luz de los criterios de la sana crítica y escoger el que considere se adecua más a la realidad probatoria³² a fin de establecer su mérito persuasivo, pues por sí misma en ningún caso hace plena prueba.

En este sentido cabe señalar, conforme ha sido precisado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³³, si la experticia ha de ser valorada en su propia firmeza, precisión y fundamentación técnico científica, atendida la idoneidad del perito, para apreciarla, además frente a los otros elementos de demostración incorporados al proceso, conjuntamente y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, resulta palmario que el administrador de justicia no se halla obligado a aceptar el peritaje como verdad de perogrullo, precisamente por estar facultado para admitirlo total o parcialmente, o incluso para desestimarlos, sólo que bajo el deber de exponer razonadamente los motivos de su apartamiento.

En otras palabras dicho también de manera reiterada por la misma Corporación³⁴, *“las conclusiones de la pericia no son obligatoriamente vinculantes para el juzgador, quien, con arreglo al sistema de persuasión racional que impera en nuestro medio, puede admitirlas o no, atendiendo la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito, en conjunto con las demás pruebas que obran en el proceso y expresando en cada caso las razones de su decisión”*.

³² CSJ SCP SP Agt. 21 de 2003. Rad. 12383.

³³ CSJ SCP SP Oct. 22 de 2001. Rad. 10081.

³⁴ CSJ SCP AP Oct. 22 de 2002. Rad. 9230.

4.4.- En este caso, al contrario de lo indicado por la Fiscalía, para la Sala ninguno de los estudios contables elaborados por los peritos durante la instrucción y el juzgamiento satisface los presupuestos de claridad y precisión a que alude el artículo 251 de la Ley 600 de 2000, a punto tal que, pese a que fueron tres los informes presentados, no sólo resultaron manifiestamente incoincidentes en sus conclusiones y metodología adoptada, lo que de suyo pone en tela de juicio el mérito persuasivo que pudieren tener atendiendo el hecho de que el estudio versó siempre sobre un mismo universo contable y las actividades de un mismo agente económico, sino que se apartaron ostensiblemente del objeto y fines del decreto probatorio.

Recuérdese que en el auto de apertura de investigación de 22 de marzo de 2011, se dispuso por parte de la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte *“4.- Realizar un análisis patrimonial sobre los bienes del Ex Fiscal HERNÁNDEZ CASTRO, desde su ingreso a la Fiscalía hasta la fecha en que dejó el cargo y un año después, acudiendo a los reportes que se tengan en la Fiscalía de su hoja de vida y los bienes que bajo su nombre aparezcan registrados en las ciudades donde es natural y donde ejerció como funcionario judicial”*.

Como resultado de cotejar los análisis efectuados por los peritos con las finalidades señaladas en la decisión judicial adoptada por la Fiscalía al decretar la prueba se establece que las mismas no fueron cumplidas, en la medida en que por parte alguna se observa que se hubiere realizado un análisis de la evolución patrimonial del acusado entre la fecha de ingreso a la Fiscalía y el retiro de dicha institución conforme había sido dispuesto, y las conclusiones a que arribaron no fueron el

resultado de un estudio claro, completo y fidedigno de la situación financiera durante su desempeño como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, conforme seguidamente pasa a precisarse.

**4.4.1.- Respecto del Informe de Policía Judicial
Número 616433 CTI- GEAFDCJ del 19 de julio de 2011.**

Si se entiende por patrimonio bruto el cúmulo de activos y pasivos de un ente económico, y por patrimonio neto el resultado de deducir de los activos el conjunto de obligaciones que integran el pasivo, es claro que en este caso brilla por su ausencia el análisis patrimonial requerido por la Fiscalía, en tanto el informe de policía judicial No. 616344 CTI-GAFDCJ de 19 de julio de 2011 no comprendió todos los elementos que integran el patrimonio a voces de los artículos 35 y siguientes del Decreto 2649 de 1993³⁵, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

Esto si se tiene en cuenta que la investigación sobre los activos y de manera específica de los bienes inmuebles del acusado se limitó a los registrados en la ciudad de Bogotá, cuando era claro que durante ese período el doctor HERNÁNDEZ se domicilió también en las ciudades de Cúcuta y Neiva, como en tal sentido fue referido en la diligencia de

³⁵ Posteriormente modificado por la Ley 1314 de 2009 y el Decreto 2420 de 2015 o "Decreto único reglamentario de las normas de información financiera y de aseguramiento de la información y se dictan otras disposiciones", entre otros cuerpos normativos.

indagatoria, sobre lo cual ninguna actividad pesquisidora tuvo lugar por parte de los funcionarios de la Fiscalía.

La investigación se centró en los movimientos financieros realizados durante el período en que se desempeñó como Fiscal Delegado ante el Tribunal en las cuentas bancarias (corrientes y de ahorros) que aparecían a su nombre, con base solamente en los registros parciales de nómina aportados por la Fiscalía y las copias de los extractos suministradas por los bancos BBVA, Citibank, Davivienda y Colpatria, pero sin darse a la tarea de allegar los soportes documentales correspondientes a cada una de las operaciones que fundamentaron el análisis, pese a que la Fiscalía podía tener fácil acceso a ellos mediante solicitud a la entidad financiera para que los allegase, u obteniéndolos a través de inspección judicial, con lo cual la precariedad de las bases del estudio y, por supuesto, de las conclusiones de éste, se ofrece manifiesta.

No puede dejarse de considerar que en el Informe de Policía Judicial No. 616433 los investigadores mencionaron haber consultado el registro de bienes inmuebles sólo de la ciudad de Bogotá, los reportes de información bancaria obtenidas de algunas entidades financieras tales como Banco Agrario de Colombia, Banco de Occidente, Banco BCSC, Banco Santader, BBVA Colombia, Citibank, Banco Davivienda, Banco Colpatria, Bancolombia y Bancamía, así como la información de la Concesión RUNT y la obtenida de la DIAN a través de las copias de las declaraciones de renta presentadas por los años gravables 2002 a 2008.

Sin embargo, en los resultados de la consulta de las centrales de riesgo CIFIN que fueron aportados por los investigadores, se evidencia la existencia de productos de crédito del acusado con la Financiera Juriscoop Cooperativa³⁶, cuyos documentos no fueron solicitados ni, por ende, tenidos en cuenta en el informe objeto de análisis.

Como si el informe pericial tuviera el sólo propósito de proporcionar información financiera de utilidad para presentar declaraciones de renta sustentables y no establecer si durante el período bajo análisis el investigado presentó incremento patrimonial no justificado, los peritos de la Fiscalía procedieron a determinar la «renta líquida» en cuantía de \$369'217.497 «producto de unos dineros injustificados consignados en sus cuentas bancarias», sin percatarse que dicha conclusión no resultaba procedente en tanto no sólo no guardaba relación con lo solicitado, sino que en verdad, un análisis aislado de las consignaciones bancarias sin contar con la totalidad de la información requerida y echada de menos, que lo hacía desconectado de la realidad económica del investigado, esto es, sin tener en cuenta ni las fuentes ni los usos de los recursos de contenido económico movilizados en el torrente financiero, mucho menos su trazabilidad, podía dar a establecer la existencia de un incremento patrimonial no justificado.

Lo que el referido informe evidencia es que los valores allí registrados corresponden a la simple sumatoria del total de los movimientos bancarios de las diferentes cuentas analizadas, en donde no se observa ni se hace alusión a una depuración de

³⁶ Folio 2, CAC N°2.

ellos en situaciones tales como descontar las devoluciones de cheques, las transferencias entre cuentas, los ingresos por rendimientos financieros, los avances con tarjetas de crédito o los abonos por créditos bancarios concedidos por la misma entidad financiera, incluso la misma disponibilidad de dinero en efectivo en caja, lo que en últimas generó una inflación de los recursos recibidos en las cuentas bancarias que analizaron, debido a que lo que hicieron fue transcribir los saldos totales de los extractos bancarios, sin detenerse a establecer su fuente.

Adicional a ello, merece destacarse que en el mencionado informe se indica por los peritos que «...*Se desconoce el origen del dinero con el cual pagó sus tarjetas de crédito*³⁷...» lo cual no corresponde a la realidad de lo que la precaria documentación allegada evidencia, si se toma en consideración, por vía de ejemplo, que en el mes de junio de 2006 el doctor HERNÁNDEZ CASTRO realizó el pago total de las tarjetas de crédito expedidas por el banco Citibank e identificadas con los números 5468530000081091 y 4988599000095603 por medio de refinanciación³⁸ con recursos del crédito número 50306174003 otorgado por el mismo banco por la suma de \$49'027.529,25 de 23 de junio de 2006³⁹. Significa lo anterior, que el investigado refinanció la deuda obtenida a través de las tarjetas de crédito por medio de un nuevo crédito consolidado que ingresó al torrente financiero y de ahí procedió al pago de la deuda que presentaba por su uso, con lo cual, la consideración realizada en el informe pericial sobre dicho particular, queda a la postre desestimada.

³⁷ Página 9, Informe 616433

³⁸ Folios 105 y 141 CCA N°2

³⁹ Folio 148 CCA N°2

**4.4.2.- Respecto del Informe de Policía Judicial
Número FGN.DNCTI.DIAC.GC No. 20144290007641 del 14
de noviembre de 2014.**

Esta misma situación de imprecisión y falta de claridad que en el acápite anterior viene de denotar la Sala, se evidencia en cuanto atañe al Informe Pericial FGN.DNCTI.DIAC.GC. No. 20144290007641, de 14 de noviembre de 2014 suscrito por el investigador Ángel Ignacio Rodríguez Ballén, en el cual advierte que se abstiene de conceptuar sobre el anterior dictamen dada la prohibición legal de hacerlo, y precisa que como resultado de comparar la información suministrada por el contribuyente en las declaraciones de renta correspondientes a los años 2002 a 2008, el señor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO no presenta incremento patrimonial por justificar, pero sin indicar ni identificar todos y cada uno de los aspectos que en el caso concreto componen el patrimonio del investigado.

No obstante tener en cuenta los pagos efectuados por la Fiscalía General de la Nación por los años 2002 a 2009, así como los extractos bancarios de los bancos BBVA, Colombia, Colpatria, Citibank y Davivienda, y que en los pagos de nómina se encuentran descuentos con destino a entidades como Juriscoop y Coopfiscalía que denotaban la existencia de créditos con dichas entidades, ninguna labor de verificación llevó a cabo en orden a establecer el manejo dado a dichos recursos, lo que de entrada pone en tela de juicio la confiabilidad de la información suministrada, en donde se concluyó que como resultado de comparar los ingresos recibidos por cuenta de la vinculación con la Fiscalía General

de la Nación, con los dineros consignados por el doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO en las cuentas bancarias abiertas a su nombre, se estableció una diferencia por la suma de \$401'949.554.00.

Para elaborar dicho dictamen acudió únicamente a la información disponible en el proceso, no realizó actividades investigativas con el fin de comprobar la información suministrada por la defensa y el acusado, o complementar la obtenida por la Fiscalía General de la Nación y realizar un análisis de trazabilidad de los recursos manejados por el acusado, para tener claridad sobre sus fuentes y usos.

Sucede, además, que ni siquiera la información financiera incluida en la documentación procedente de los bancos a nombre del investigado fue adecuadamente analizada por el perito, toda vez en el acápite de conclusiones identificada con el número 6.4.5 manifestó *"...que en cuanto a la bonificación por compensación resolución 856 del 17 de marzo de 2005 (folio 28, CCN°3), por la suma de \$94.774.390, se trata solo de eso, una constancia o resolución mediante el cual se ordena el pago de una suma determinada de dinero, sin el acompañamiento del documento soporte contable que muestre como se realizó el mencionado pago y los respectivos descuentos de ley que se deben realizar al interior de la suma que pretende la defensa que se tome como descuento.."*; sin percatarse que en la cuenta bancaria de nómina en el banco BBVA No. 2320, con el anotado origen el 8 de abril de 2005 ingresó la suma de \$83.305.261, según aparece en el registro magnético del extracto aportado

por la entidad financiera, la cual no fue tomada en cuenta por el perito con el argumento de carecer de soporte contable.

Pero si de abundar en razones para denotar la falta de depuración de los datos analizados por el perito se tratare, plausible se ofrece resaltar la presencia de las siguientes inconsistencias que se consideran trascendentes:

4.4.2.1.- En relación con la cuenta corriente No. 601756013 del Banco Citibank, se tiene lo siguiente:

Así parezca irrelevante, cabe comenzar por advertir que el perito registra en el informe que esta cuenta tiene fecha de apertura 26 de enero de 2005 y fecha de cierre el 23 de junio de 2006, pero en el cuadro de total de consignaciones y retiros en las fechas cita erróneamente el año 2001⁴⁰.

De igual modo, se observa que el movimiento de esta cuenta inicia el 26 de enero de 2005 con un saldo de \$29.358.000, producto del crédito No. 300305026922 de Citibank y culmina el 23 de junio de 2006.⁴¹

En su labor de análisis, el perito registró para el **año 2005** como total de consignaciones o créditos una suma de \$174.695.832, cuya cifra después de verificada por la Sala con la información de los extractos que obran a folios 50 al 75 del cuaderno anexo de copias No. 2 da un total de \$169.479.462,52, que corresponde a depósitos en cheque por \$65.424.053, más depósitos en efectivo \$84.390.000, más

⁴⁰ Página 4 informe 20144290007641

⁴¹ Folio 48 cuaderno anexo copias No.2- respuesta banco Citibank

ingresos financieros en cuantía de \$365.409,52, más transferencias por \$19.300.000.

De acuerdo con lo anterior, se genera un mayor valor registrado por el perito en el total de consignaciones para el año 2005, de \$5.216.369,48.

Como resultado de revisar los movimientos de la cuenta en mención, la Sala encuentra que la diferencia obedece a los siguientes desaciertos:

En el mes de marzo el perito registró un total de consignaciones o créditos por la suma de \$14.679.400, cuando lo correcto era \$13.196.400, situación que genera un mayor valor en cuantía de \$1.483.000, sin que se logre establecer a qué corresponde dicha diferencia.

En el mes de mayo de ese año, el perito registró un total de consignaciones o créditos de \$12.205.600, siendo lo correcto, después de realizar las sumas correspondientes, de \$10.805.600, lo que por supuesto genera un mayor valor por cuantía de \$1.400.000, error que posiblemente obedeció a no haber descontado la anulación⁴² de la operación realizada el día doce por \$1.400.000.

En el mes de agosto el perito registró total de consignaciones o créditos por \$14.297.012, siendo lo correcto \$13.794.012, lo que generó un mayor valor de \$503.000, equivocación que pudo obedecer a la omisión de descontar la

⁴² Folio 57 CCA N°2

suma de \$1.000.000 correspondiente a la anulación⁴³ de la operación del día 29, cuando la cifra correcta era \$1.503.000.

En el mes de noviembre registró un total de consignaciones de \$15.452.505 siendo lo correcto \$13.622.135,48, desacierto que generó un mayor valor en cuantía de \$1.830.369,52 que obedeció al hecho de no haber descontado las anulaciones⁴⁴ de los días 1º y 8 por cuantías de \$256.000 y \$1.574.370, respectivamente.

Para el **año 2006**, el perito anota un total de consignaciones entre los meses de enero y marzo en cuantía de \$25.632.881, pero después de verificada la información por parte de la Corte en los extractos que obran a folios 50 al 75 del cuaderno anexo de copias No. 2, en el período enero a abril se obtiene un total de \$21.479.592,12, que corresponde a depósitos en efectivo en cuantía \$21.450.000, más ingresos financieros por \$29.592,12.

De acuerdo con lo anterior, se genera un mayor valor registrado por el perito en el total de consignaciones para el año 2006 por la suma de \$4.153.288,88. Como resultado de revisar la Sala los movimientos bancarios de la cuenta en mención incluida en los extractos respectivos y los datos consignados por el perito, se observa que esta diferencia pudo obedecer a lo siguiente:

En el mes de enero de 2006 registró total de consignaciones o créditos por valor de \$22.073.133 siendo lo

⁴³ Folio 63 CCA N°2

⁴⁴ Folio 68 CCA N°2

correcto \$18.364.833,20, lo que generó un mayor valor de \$3.708.300, error que posiblemente ocurrió por no haber descontado las anulaciones⁴⁵ del día 5 por valor de \$2.148.300, la del 16 en cuantía de \$780.000 y la del 18 por \$780.000.

En el mes de marzo registró un total de consignaciones o créditos por \$451.709,00 siendo lo correcto \$1.799,64, lo que generó un mayor valor por valor de \$449.909,36, error que consistió en que el perito no descontó la anulación⁴⁶ del 27/03/2006 por \$449.910.

Es de advertir que en el mes de abril de 2006 el perito no registró dato alguno. Sin embargo, al proceder la Sala a revisar los extractos correspondientes, se observan ingresos bancarios por \$4.919,64.

De acuerdo con lo que viene de evidenciar la Sala, se pone de presente la inexactitud en los saldos reportados por el perito en relación con el análisis de la cuenta corriente del banco Citibank No. 601756013, situación que finalmente generó el haber presentado una información equivocada y que en la conclusión se mostrara un mayor valor de ingresos del doctor Óscar Hernández por la suma de \$9.369.658,36, para los años 2005 y 2006.

4.4.2.2.- Con respecto a la cuenta Corriente Colpatria No. 4451005915 la Sala observa lo siguiente:

⁴⁵ Folio 71 CCA N°2

⁴⁶ Folio 76 CCA N°2

Si bien para el año 2003, el perito registra un total de consignaciones por valor de \$48.763.075⁴⁷, que corresponde con la reflejada en los extractos bancarios de ese año, la situación varía en relación con el año siguiente.

Es así como para el 2004, en el informe se registra un total de consignaciones por la suma de \$92.578.441⁴⁸, cifra ésta que, después de verificada con los registros bancarios⁴⁹ por la Sala, se establece que arroja un total de \$85.068.441 correspondiente al total de depósitos en efectivo en cuantía de \$84.880.000, más ingresos bancarios por \$188.441,19, todo lo cual genera un mayor valor reportado por el perito de \$7.510.000 y que posiblemente obedece a lo siguiente:

En el mes de mayo registró total de consignaciones o créditos por \$14.048.728⁵⁰, siendo lo correcto \$7.948.728, lo que generó un mayor valor registrado en cuantía de \$6.100.000, yerro que posiblemente obedeció al hecho de no haber descontado las anulaciones⁵¹ de los días 4 y 7 por \$2.700.000 y \$3.400.000, respectivamente.

En el mes de diciembre el informe registró un total de consignaciones o créditos por \$12.589.257⁵², siendo lo correcto \$11.179.257, lo que generó un mayor valor de \$1.410.000, equivocación que al parecer consistió en no haber descontado

⁴⁷ Pág. 5 informe 20144290007641

⁴⁸ Pág. 6 informe 20144290007641

⁴⁹ Folio 216 a 241 cuaderno anexo copias No.2-extractos bancarios cuenta Colpatría

⁵⁰ Pág. 5 informe 20144290007641

⁵¹ Folio 224 cuaderno anexo copias No.2-renglon 10 del extracto bancario

⁵² Pág. 6 informe 20144290007641

las anulaciones⁵³ de los días 21 por valor de \$630.000 y 27 por valor de \$780.000.

Y no obstante que para el año 2005 registra un total de consignaciones en cuantía de \$15.842.944⁵⁴, correspondiente con la reflejada en los extractos bancarios, la situación varía para el año 2006, en el que pese a no incluirse en el informe información financiera alguna, como resultado de cotejar la documentación que obra en el expediente⁵⁵ se establece que figura un total de consignaciones de \$32.060.

De acuerdo con lo anterior, es evidente la inexactitud en los saldos reportados por el perito en la cuenta corriente del Banco Colpatria N°4451005915, lo que generó que mostrara un mayor valor de ingresos al señor Óscar Hernández por \$7.510.000.

4.4.2.3.- En cuanto tiene que ver con la cuenta corriente número No. 663-6000-7026 del Banco Davivienda se establece lo siguiente:

En el año 2008 el perito registra un total de consignaciones por \$7.762.020⁵⁶, pero después de realizar las verificaciones correspondientes por la Sala, establece que en realidad corresponde a \$8.880.320 presentando un menor valor reportado por el perito en cuantía de \$1.118.300, sin poder establecer a qué concepto corresponde la diferencia.

⁵³ Folio 241 cuaderno anexo copias No.2-renglones 5 y 9 de extracto bancario

⁵⁴ Pág. 6 informe 20144290007641

⁵⁵ Folio 257 a 265 cuaderno anexo copias No.2-extractos bancarios cuenta Colpatria

⁵⁶ Pág. 7 informe 20144290007641

Lo anterior, muestra una inexactitud en los saldos reportados por el perito en la cuenta corriente del Banco Davivienda No. 663-6000-7026, que generó un menor valor en los ingresos al señor Óscar Hernández de \$1.118.300.

4.4.2.4.- En relación con la cuenta corriente del Banco Davivienda No. 0760-6001-2366 se observa lo siguiente:

En el año 2007 el perito registra un total de consignaciones por \$46.046.477⁵⁷, cuyo valor después de verificado por la Sala se establece que en realidad la suma corresponde a \$35.246.477, por concepto de abonos por transferencias en cuantía de \$2.716.477 más depósitos en efectivo por \$32.530.000. La situación que se pone de presente, generó un mayor valor reportado por el perito de \$10.800.000, desacierto que pudo haber obedecido a lo siguiente:

En el mes de octubre el perito registró total de consignaciones o créditos por \$13.060.000⁵⁸, siendo lo correcto \$8.060.000, lo que genera un mayor valor registrado por el perito por \$5.000.000, error que ocurrió por no haber descontado las anulaciones⁵⁹ de los días 16 y 18 de ese mes, cada una por \$2.500.000.

En el mes de noviembre, el perito registró un total de consignaciones o créditos por la suma de \$7.060.000⁶⁰, siendo lo correcto \$2.060.000, lo que originó un mayor valor registrado en el informe por \$5.000.000, error que tuvo lugar

⁵⁷ Pág.7 informe 20144290007641

⁵⁸ Pág.7 informe 20144290007641

⁵⁹ Extracto digital oct 2007 – Davivienda cta. 2366

⁶⁰ Pág.7 informe 20144290007641

por no haber descontado las dos anulaciones del día 30, cada una por \$2.500.000.

En el mes de diciembre, el perito registró un total de consignaciones o créditos por \$2.860.000⁶¹, cuando lo correcto era \$2.060.000, situación que produjo un mayor valor de \$800.000, cuyo desacierto pudo haber obedecido a no haber descontado la anulación del día 27 por la suma de \$800.000.

Para el año 2008 el perito registra un total de consignaciones por \$160.333.094⁶², cuyo valor después de verificado en realidad es de \$160.243.093, que corresponde a abonos por transferencias por la suma \$1.668.000, más abonos domiciliación (ingresos laborales de la fiscalía) por \$143.090.093, más depósitos en efectivo por \$15.485.000. Se observa un mayor valor reportado por el perito en cuantía de \$90.001. Pero, además, se observan los siguientes desaciertos en el análisis presentado.

En relación con el mes de febrero registró un total de consignaciones o créditos por la suma de \$60.000, siendo lo correcto \$1.370.000, lo que ocasionó un menor valor en cuantía de \$1.310.000, dislate que al parecer fue determinado por no haber incluido el depósito del día 25 por esa misma suma.

En el mes de abril de 2008 el perito registró un total de consignaciones o créditos por la suma de \$153.132.358 siendo lo correcto \$151.732.358, situación que por supuesto

⁶¹ Pág.7 informe 20144290007641

⁶² Pág.7 informe 20144290007641

evidencia un mayor valor registrado en cuantía de \$1.400.000, error que posiblemente obedeció a no haber descontado la anulación⁶³ del día 29 en cuantía de \$1.400.000.

De acuerdo con lo anterior, al valor de consignaciones registradas por el perito (\$160.333.094), se le suma lo dejado de reportar en el mes de febrero (\$1.310.000) y se le resta el valor reportado de más en abril (\$1.400.000), arrojando un total de \$160.243.093.

En este año, es importante precisar que el perito no descontó al ingreso de la cuenta el valor total de las transferencias realizadas que podrían llegar a calificarse como dineros de procedencia justificada en cuanto la Fiscalía podía determinar su origen.

En el año 2009 el perito no registró movimientos en esta cuenta, sin embargo, la misma presenta consignaciones por la suma de \$1.096.215.

De acuerdo con lo anterior, es clara la inexactitud en los saldos reportados por el perito en la cuenta corriente del Banco Davivienda N° 0760-6001-2366, lo que arrojó que en el informe se mostrara un mayor valor de ingresos del doctor Óscar Hernández en cuantía de \$10.890.000.

⁶³ Extracto digital abril cta. Davivienda 2366

4.4.2.5.- Otras Observaciones en relación con la información suministrada por el Banco Davivienda:

Se encontró que pese a contar con información sobre el particular, el perito no incluyó los datos correspondientes a la cuenta del Banco Davivienda N°0760-00360-396, la cual muestra que tuvo unos movimientos en el año 2008 por la suma de \$3.099.992, situación que por supuesto altera el resultado de la comparación de ingresos bancarios frente a los laborales enunciados por el perito.

4.4.2.6.- En cuanto tiene que ver con la cuenta de ahorros del Banco BBVA No. 126-0200082320

En el año 2001 el perito registró un total de consignaciones por la suma de \$5.967.038⁶⁴, la cual, después de cotejada, en realidad es de \$5.969.539, cuya diferencia se refleja en la cuantía de los ingresos bancarios por \$2.501.

En el año 2002 el perito registró un total de consignaciones por la suma de \$100.278.558⁶⁵, cuyo valor después de verificado en realidad es de \$99.626.713, que corresponde a abonos por traspaso - domiciliación en cuantía de \$94.188.394, más depósito en cheque por \$545.000, más depósito efectivo por \$3.900.000, más transferencias por \$961.611 e ingresos bancarios de \$31.708. Esta situación trajo un mayor valor reportado por el perito en cuantía de \$651.845 sin que se haya averiguado el motivo de esta diferencia.

⁶⁴ Pág. 8 informe 20144290007641

⁶⁵ Pág. 8 informe 20144290007641

En el año 2003 el perito registró un total de consignaciones por la suma de \$89.309.516⁶⁶, la cual, después de cotejada con la información reflejada en los extractos, es de \$88.983.556, que corresponde a abonos por traspaso-domiciliación en suma de \$78.107.630, más depósito en cheque por \$3.510.866, más depósito en efectivo por \$7.350.000, más ingresos bancarios por \$15.060. Lo observado pone de presente un mayor valor reportado por el perito en cuantía de \$325.960 que al revisar los movimientos bancarios, se colige puede obedecer a que en el mes de abril no descontó la devolución del retiro de cajero por \$300.000 y del concepto "Dev Con Decreto" en cuantía de \$900, que no incluyó los ingresos bancarios de todo el año pero sí un valor de \$10.000,00 sin que logre saberse a qué rubro corresponden.

En el año 2004 el perito registró consignaciones en la suma de \$77.248.109⁶⁷, cuyo valor después de verificado con la información que figura en los extractos bancarios allegados a la actuación en realidad es de \$77.250.204, lo cual genera una diferencia de \$2.095.

En el año 2005 el perito registró un total de consignaciones en cuantía de \$173.126.747⁶⁸, sin que tuviera en cuenta la suma de \$6.502 correspondiente a los ingresos bancarios, por lo que la cifra correcta es de \$173.133.249, así posteriormente debiera ser depurada para establecer cuáles ingresos tenían justificación y cuáles no.

⁶⁶ Pág. 8 informe 20144290007641

⁶⁷ Pág. 8 informe 20144290007641

⁶⁸ Pág. 8 informe 20144290007641

En el año 2006 el perito registró un total de consignaciones por \$102.142.577⁶⁹, suma que tras ser verificada por la Sala con la información de los extractos bancarios, se establece que corresponde a \$102.140.675, presentado una diferencia de \$1.902.

En el año 2007 el perito registró un total de consignaciones en cuantía de \$112.926.983⁷⁰, la que después de cotejada con los extractos bancarios en realidad corresponde a \$112.917.230, lo cual genera una diferencia de \$9.753.

En el año 2008 el perito registró un total de consignaciones en cuantía de \$132.368.403⁷¹, sin que tuviera en cuenta los ingresos bancarios por \$19.615, de modo que la cifra correcta es \$132.388.018.

En el año 2009 el perito registró un total de consignaciones por \$95.565.667⁷², en este total el perito no tuvo en cuenta el valor de \$15.715, correspondientes a los ingresos bancarios, por lo que la cifra correcta es de \$95.581.382.

De acuerdo con lo anterior, es incontrovertible la inexactitud en los saldos reportados por el perito en la cuenta corriente del Banco BBVA N°126-0200082320, ocasionando que mostrara un mayor valor de ingresos laborales percibidos por el señor Óscar Hernández en cuantía de \$919.722.

⁶⁹ Pág. 8 informe 20144290007641

⁷⁰ Pág. 8 informe 20144290007641

⁷¹ Pág. 8 informe 20144290007641

⁷² Pág. 8 informe 20144290007641

4.4.2.7.- En cuanto tiene que ver con la cuenta de ahorros del Banco BBVA No. 245-0200027958 la cual aparece incluida en el informe con el número 126-0200024958, la Sala observa lo siguiente:

En el año 2001 el perito registró un total de consignaciones en cuantía de \$19.567.302⁷³, la cual, después de ser verificada por la Sala, se establece que en realidad sólo asciende a \$2.642.422⁷⁴, que corresponde a abonos por traspaso/domiciliación en cuantía de \$2.342.240, más depósito en efectivo por \$300.000, más ingresos bancarios por \$182. Esta situación, como es apenas obvio, genera un mayor valor reportado en el informe en cuantía de \$16.924.880, sin poderse ahora identificar el motivo de esta diferencia.

Es de advertir, no obstante, que en el año 2002 el perito registra un total de consignaciones por la suma de \$3.199.420⁷⁵, la cual se encuentra acorde al extracto bancario.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia la inexactitud en los saldos reportados por el perito en la cuenta corriente del banco BBVA N°245-0200024958, generando como resultado un mayor valor de ingresos laborales a los realmente percibidos por el señor Óscar Hernández por \$16.924.880, y por ende la falta de confiabilidad de las cifras presentadas en el análisis realizado.

⁷³ Pág. 9 informe 20144290007641

⁷⁴ Archivo digital BBVA extracto Cuenta de ahorros 27958 año 2001

⁷⁵ Pág. 9 informe 20144290007641

Cabe mencionar asimismo, que en las conclusiones del numeral 6.4.5, el perito manifestó “...que en cuanto a la bonificación por compensación resolución 856 del 17 de marzo de 2005 (folio 28, CCN°3), por la suma de \$94.774.390, se trata solo de eso, una constancia o resolución mediante el cual se ordena el pago de una suma determinada de dinero, sin el acompañamiento del documento soporte contable que muestre como se realizó el mencionado pago y los respectivos descuentos de ley que se deben realizar al interior de la suma que pretende la defensa que se tome como descuento..”

Al respecto, es de destacar el ingreso en la cuenta bancaria de nómina del Banco BBVA N°2320, el 08 de abril de 2005 según lo ordenado en la Resolución 856 del 17 de marzo de 2005 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago, por una sola vez, en términos del artículo 3° del Decreto 4040 de 2004, de la suma de \$83.305.261, que no fue tomada en cuenta por el perito.

De acuerdo con las verificaciones anteriores y el análisis de la información recopilada en el proceso, se concluye que el informe No. 20144290007641 presenta inconsistencias en cifras y errores como el no descuento de algunas devoluciones, diverso manejo de las transferencias en las cuentas bancarias, pues se observa que de manera injustificada en algunas de ellas las resta y en otras las incluye, y obran registros de cifras cuyo origen no logra establecer con precisión la Corte; todo lo cual redundaría en la poca confiabilidad que el informe le merece a la Sala, para establecer con certeza las fuentes, usos y cuantías de los depósitos de dinero registrados en las cuentas

bancarias a nombre del procesado OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO.

4.4.3.- En cuanto tiene que ver con el Informe de Policía Judicial Número PAC 9 - 84658 del 21 de noviembre de 2016, la Sala hace las siguientes precisiones.

La realización de este nuevo análisis patrimonial del acusado, obedeció a los cuestionamientos presentados por la defensa en el escrito de objeciones a los informes presentados anteriormente por los peritos de la Fiscalía, para lo cual se ordenó tomarse en consideración los documentos aportados por la defensa en las solicitudes probatorias y lo relativo a la procedencia de los recursos, las transferencias y los movimientos de recursos entre distintas cuentas, entre otros aspectos.

No obstante, la Sala observa que el mencionado estudio lejos estuvo de haber logrado la finalidad pretendida al decretar su práctica, toda vez que, dada la precaria investigación realizada por la Fiscalía, resulta claro que la fuente de información para su realización era igualmente pobre con nefasta incidencia en la validez de sus conclusiones, de tal suerte que el mérito persuasivo que ha de merecerle a la Sala será igualmente negativo, dada precisamente la falta de confiabilidad de la información recaudada, en los siguientes términos de demostración:.

4.4.3.1.- Del análisis del patrimonio del doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO.

En el referido informe, el perito dice iniciar el estudio patrimonial del doctor Óscar Hernández Castro durante el tiempo que fungió como funcionario de la Fiscalía General de la Nación y un año más. Expresa, además, que el análisis se basa exclusivamente en los documentos obrantes en el expediente y aclara que “...Sin otras fuentes de información como hubiese sido las declaraciones de bienes y rentas anuales presentadas por disposición de la Función Pública, información exógena de la DIAN, entre otras consultas, no es posible establecer la composición detallada del patrimonio del investigado para cada año. (...) por tanto el análisis se reduce a las declaraciones tributarias presentadas en su momento por el señor HERNÁNDEZ CASTRO, que solo indicarán las variaciones, pero que en últimas no dejan conocer la raíz de las mismas...”, con lo cual de entrada pone de presente la carencia de una información completa para lograr el propósito perseguido por la Corte al ordenar la pericia.

Resulta importante mencionar, que el estudio se fundamenta exclusivamente en los documentos obrantes en el expediente, pese a que desde los albores mismos de la investigación, incluso del primer informe pericial, esto es el identificado con el N°616433 CTI-GEAFDCJ de 19 de julio de 2011, los peritos pusieron de presente la falta de documentación suficiente y completa para la elaboración del estudio de la evolución patrimonial del sindicado, sin embargo de lo cual no se llevó a cabo acción investigativa alguna de parte

de la Fiscalía en orden a disponer el recaudo de la documentación echada de menos, a fin de facilitar la realización de un análisis patrimonial íntegro, completo y debidamente sustentado, según había sido dispuesto.

No obstante, en el informe PAC 9 – 84658 del 21 de noviembre de 2016, el perito concluye que “...**Los incrementos patrimoniales presentados por OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO en las vigencias 2002 a 2008 de las cuales se tuvo documentación disponible se encuentran justificados en la capitalización de rentas generadas en las mismas vigencias**⁷⁶...” (se destaca).

4.4.3.2.- Del análisis de los movimientos bancarios de Oscar Hernández Castro:

Pertinente se ofrece destacar previamente que, en este informe, el perito revisó el periodo de diciembre de 2001 a noviembre de 2009, pese a que cuando se ordenó la prueba se dispuso que el estudio debía cobijar el tiempo durante el cual se desempeñó como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior y un año después, lo que de entrada pone de presente que se dejó de considerar la documentación proveniente de los Bancos BBVA y Davivienda, correspondiente al año 2010.

De otra parte, observa la Sala que a pesar de haber enunciado que la depuración de los recursos depositados se realizaría tomando en cuenta los créditos y las transferencias,

⁷⁶ Pág. 15 Informe PAC 9-84658.

es lo cierto que inexplicadamente se advirtió que no valoraría los créditos otorgados por entidades financieras o cooperativas cuyos recursos no fueron consignados directamente a las cuentas bancarias, cuando lo cierto es que en realidad de verdad constituyen dineros disponibles que una vez hechos efectivos por el beneficiario del crédito podían ingresar al torrente financiero, de suerte que el no considerar dichas cuantías tendrían incidencias negativas en el resultado final.

De acuerdo con lo anterior, aunque existen soportes documentales de los créditos concedidos al procesado por Juriscoop y Coopfiscalía, así como del retiro de cesantías, el perito no tomó en consideración ninguno de dichos conceptos, pese a contarse con el soporte y la verificación de que estos dineros fueron recibidos por el investigado y corresponden a fuentes de financiación utilizadas para conseguir fondos y recursos.

De igual manera, el perito advirtió que para efectos de las transferencias de dineros entre cuentas, sólo tomaría las que se hallaran debidamente documentadas y que permitieran establecer una trazabilidad e identificación de corresponsalía entre las cuentas, cuando en verdad si se hubiera realizado el correspondiente cotejo de fuentes y usos de los recursos, sin dificultad se habría podido establecer los casos en los cuales un dinero retirado de una cuenta en una fecha o época determinada, coincidentalmente aparecía consignado total o parcialmente en otra del procesado, de la cual se retiraban recursos para cancelar créditos bancarios, tarjetas de crédito, cubrir sobregiros o pagar servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, como quiera que el perito, pese a concluir que los incrementos patrimoniales *que se observan en el comportamiento del doctor Oscar Hernández Castro* se encuentran justificados con la capitalización de rentas generadas, afirma que en cuanto a los ingresos y/o depósitos bancarios presentó excesos de recursos consignados atendiendo los ingresos percibidos por concepto de su vinculación oficial, en cuantía de \$454.381.294, cifra ésta que después corrige en el Informe de Policía Judicial N° PAC 9-94755 del 22 de marzo de 2017⁷⁷, cuando se le pone de presente el error de sumatoria en que incurrió, para fijarlo en **\$453.581.294**, que en su opinión debe ser explicada.

Para la Sala, y como quiera que los datos y conclusiones del informe de Policía Judicial PAC 9-84658 de 21 de noviembre de 2016 no ofrecen confiabilidad, no sólo por el desacierto matemático en que incurre sino porque presenta sólo cifras generales sin contar con la totalidad de la documentación requerida para presentar un estudio claro, completo y fidedigno, en las que además no se tuvieron en cuenta los créditos otorgados por las cooperativas, algunos de las entidades bancarias, los retiros de cesantías, del fondo de pensiones Dafuturo, y de la posible consignación sistemática y reiterada de unos mismos recursos entre las varias cuentas abiertas por el acusado, como lo ha expresado la defensa del doctor Hernández y él mismo durante el proceso, a la Sala no le queda otra alternativa que proceder a realizar por su propia cuenta una depuración, año a año, de la información incluida en el informe y la que reposa en el expediente, conforme se

⁷⁷ Pág. 4, Informe PAC 994755

expresa a continuación, destacando, eso sí, cuáles datos, pese a su relevancia, no fueron incluidos por el perito, y cuáles serían los resultantes después de realizar el análisis integral de la información recaudada, como corresponde proceder en tan delicado tema:

4.4.3.3.- Análisis comparativo y resultados finales al informe de policía judicial no. 9-84658 de 21 de noviembre de 2016.

Sin perder de vista que los peritos no cumplieron con la obligación de recaudar la información necesaria para hacer un estudio patrimonial completo y fidedigno, cabe precisar, en un comienzo que para llevar a cabo la Sala el análisis comparativo de la situación financiera y patrimonial del doctor Oscar Hernández Castro, tomará en cuenta la siguiente documentación que reposa en el expediente, cuyo análisis conjunto da lugar a ofrecer unos resultados ostensiblemente diversos de los presentados en los varios informes periciales:

- Informe de Policía Judicial N° PAC 9-84658 de 21 de noviembre de 2016.
- Informe de Policía Judicial N° PAC 9-94755 de 22 de mayo de 2017.
- Planillas de pagos realizados por la Fiscalía General de la Nación. (Folio 17 a 25 del CAC N°2).

- Información digital de las cuentas del Banco BBVA N° 126-0200082320 (cuenta de nómina) y de la cuenta N° 245-0200024958.
- Información de la cuenta corriente N° 0601756013, Tarjetas de Crédito N° 4988599000095603 y 5468530000081091, préstamos N° 300305026922 y 50306174003 del banco Citibank (Folios 48 a 188 del CAC N°2).
- Información de la cuenta corriente del Banco Colpatria N° 445-100591-5 (folios 193 a 265 CAC N°2).
- Información digital de los productos financieros del Banco Davivienda, cuenta de ahorros N° 055-007600036039-6, cuentas corrientes N° 056-006636000702-6, 056-007606001236-6, fondo Dafuturo N° 060-007600021739-2 y Crediexpress N° 610-707600002993-3.
- Resolución N° 856 de 17 de marzo de 2005, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago, por una sola vez, en términos del artículo 3° del Decreto 4040 de 2004.
- Resolución N° 0125 de 22 de abril de 2005, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la diferencia de la “Bonificación por gestión judicial” en cumplimiento de un fallo de tutela.

- Certificación de 12 de octubre de 2016 del gerente de la Cooperativa de los Servidores de la Fiscalía General de la Nación "COOPFISCALÍA".
- Oficio de 12 de octubre de 2016 firmado por el representante legal suplente y liquidador de Financiera JRC – en liquidación antes (Financiera JURISCOOP Cooperativa Financiera).
- Oficio del 12 de octubre de 2016, de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Antes de abordar el análisis comparativo año por año, plausible se ofrece advertir que para efectos de establecer el presunto efecto multiplicador de los recursos a que se alude por la defensa, en cuanto afirma que el incremento patrimonial injustificado deducido por la Fiscalía en contra de su asistido en realidad corresponde a simples movimientos financieros realizados entre las varias cuentas bancarias del doctor Hernández Castro, la Sala procederá a cotejar las conclusiones de la pericia con la información bancaria allegada al proceso, a fin de establecer las respectivas conclusiones que de allí se deriven pero tomando en consideración para efectos de determinar la posible correspondencia entre retiros y consignaciones, tan sólo aquellas operaciones que registren coincidencia en montos y fechas, pues en cualquier caso al carecerse de los respectivos soportes de todas y cada una de las transacciones realizadas, como habría sido lo adecuado, cualquier conclusión en uno u otro sentido resultará a la postre apenas sugestiva sin rasgos de confiabilidad y certeza, así:

4.4.3.3.1- Año 2001.

En el año 2001 únicamente se tuvo en cuenta para el estudio el mes de diciembre, siendo el mes de ingreso a la Fiscalía General de la Nación del señor Hernández.

En el Informe de Policía Judicial PAC9-84658 de 21 de noviembre de 2016, indica los siguientes datos en la relación denominada Diferencia – Ingresos Percibidos vs. los Recursos Consignados en las cuentas bancarias del acusado.

Como se recordará, allí se concluyó por el perito que el procesado percibió ingresos por cuenta de su vinculación oficial en cuantía de \$6.719.722 y que en sus cuentas fueron consignados \$6.363.092, teniendo una diferencia a favor de \$356.630 entre lo oficialmente percibido y lo depositado en los bancos.

No obstante, como resultado de cotejar la Corte la información ofrecida por el perito, con lo registrado en los extractos de la cuenta de nómina **BBVA N° 126-0200082320**, se establece que en el valor de ingresos el perito no tomó en cuenta los abonos por intereses ganados por la suma de \$2.501 que aquí se relacionan como ingresos bancarios, por lo que obviamente la cifra final debe sufrir modificación en ese monto.

De otra parte, en los extractos de la **Cuenta BBVA N° 245-0200024958**, se observa un ingreso real de \$2.642.422, presentando una diferencia con la cifra registrada por el perito

de \$182, que corresponde al valor de los abonos por intereses ganados.

Así mismo, el perito no incluyó en el informe la certificación de Juriscoop que da cuenta del desembolso del crédito N°4176968 por la suma de \$1.144.000, realizado el 21 de diciembre de 2001, fecha que guarda relación con un depósito en efectivo efectuado el mismo día en la cuenta del Banco BBVA N° 2320 en cuantía de \$2.719.091, por lo que se podría inferir que este dinero sería parte del consignado en esa fecha.

Teniendo en cuenta lo anterior, el total de recursos consignados en las cuentas del acusado una vez depurados, cambia con respecto a lo registrado por el perito, por lo que en últimas durante ese año figura una diferencia en cuantía de \$1.497.947 en favor del doctor Oscar Hernández y no como se indicó por el perito que el valor por justificar era de \$356.630.

4.4.3.3.2- Año 2002

En el Informe de Policía Judicial PAC9-84658 el perito registró para ese año un total de ingresos de \$94.188.394; de recursos consignados, depurados, según sostuvo, de \$100.932.458, para afirmar la existencia de una diferencia por justificar de \$6.744.064.

No obstante, observa la Corte que el perito dejó de tener en cuenta la certificación de Juriscoop que da cuenta de dos

desembolsos de créditos realizados, el primero N° 4180955 por \$5.600.000 de 30 de mayo de 2002 y el segundo, N° 4193733 en cuantía de \$8.000.000 de 6 de octubre de 2002, cuyos dineros fueron recibidos por el señor Óscar Hernández y por ende le generaban disponibilidad de esos recursos, pese a que no se reflejen coincidencias de haber sido consignados en las cuentas bancarias.

Así mismo, el perito no incluyó los ingresos bancarios de las cuentas relacionadas.

Teniendo en consideración lo anterior, en el año 2002, con los créditos certificados por Juriscoop, el total de diferencia sería positiva en cuantía de \$6.824.228, por lo que, al contrario de lo estimado por el perito, el doctor Hernández no tendría recursos por justificar.

4.4.3.3.3- Año 2003

En el Informe de Policía Judicial PAC9-84658 de 21 de noviembre de 2016, con relación al año 2003, el perito indicó que el procesado percibió ingresos laborales en cuantía de \$78.107.630, y que presentó consignaciones en sus cuentas bancarias por \$139.282.236, resultando una diferencia por justificar de \$61.174.606.

Al realizar la Sala la verificación de los valores registrados por el perito, encontró que del total de recursos consignados (depurados) de la cuenta de Colpatria N° 5915, en el informe

no se descontaron las devoluciones de los cheques número 9866865 por \$886.000 de 06 de octubre de 2003 y N° 9866852 en cuantía de \$780.000 de 27 de octubre 2003, y que una compra de 15 de octubre de 2003 por \$62.000, erradamente fue sumada como un depósito de dinero pese a constituir un gasto, según información que obra en el extracto bancario a folios 209 y 210 del CAC N°2.

Así mismo, no incluyó los ingresos bancarios de la cuenta Colpatria N° 5915, por valor de \$14.574,13 y de la cuenta BBVA N°2320 por \$15.060.

4.3.3.3.1.- Adicional a lo anteriormente expuesto, la Sala pone de presente los siguientes conceptos que en relación con el año 2003, no fueron incluidos por el perito en el informe PAC 9-84658 no obstante aparecer evidencia de los mismos.

En lo que tiene que ver con el mes de abril, dejó de considerar el desembolso del crédito N° 4189572 realizado por la Cooperativa Juriscoop, por la suma de \$3.320.000 del día 28 de ese mes, del cual, pese a que no se reflejan coincidencias de consignación efectuadas en efectivo para esta data, de todas maneras, le significó contar con disponibilidad material de dichos dineros.

En la documentación figura el registro de apertura de la cuenta del banco Colpatria N°5915 (a folio 195 CCA N°2) con un depósito en efectivo del día 29 que sugeriría una posible relación de causalidad con los retiros realizados en efectivo por

ventanilla y Pin Pad del día 26/05/2003, por la suma de \$3.000.000, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

De mismo modo, el 24 de junio aparece una consignación en la cuenta Colpatria N° 5915 por la suma de \$2.800.000, (folio 198 del CCA N°2) que tiene relación con los retiros realizados en efectivo por ventanilla y Pin Pad en esa misma fecha por \$4.000.000 de la cuenta del banco BBVA N° 2320, acreditándose la procedencia de los recursos.

El día 4 de agosto se observa una consignación en la cuenta Colpatria N° 5915 por \$3.000.000, (folio 203 del CCA N°2) que coincide con los retiros efectuados en efectivo por ventanilla y Pin Pad por dicha suma en esa misma fecha de la cuenta del banco BBVA N° 2320.

Igualmente, es de resaltar que el día 13 de agosto se realiza consignación en la cuenta Colpatria N° 5915 por \$600.000, (folio 203 del CCA N°2) que pueden tener relación con los retiros hechos en efectivo ese mismo día y por dicha suma mediante el servicio de cajero automático de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

También, el día 14 de ese mismo mes se aprecia una consignación en la cuenta Colpatria N° 5915 por \$500.000, (folio 203 del CCA N°2) que guarda cercanía con los retiros realizados en efectivo en cajero automático esa misma fecha por \$600.000, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

Del mismo modo, el 26 de septiembre se realiza una consignación en la cuenta Colpatria N° 5915 por la suma de \$1.220.000 (Folio 207 del CCA N°2) que tiene relación con los retiros realizados en efectivo ese mismo día en cajero automático y Pin Pad, por \$1.300.000 de la cuenta del Banco BBVA N° 2320, sugiriendo que no se trataba de ingresos adicionales de recursos sino de movimientos internos de los mismos en las cuentas del procesado.

Esta misma situación concurre si se analiza que el 24 de octubre se hizo una consignación en la cuenta Colpatria N° 5915 por \$1.000.000 (folio 210 del CCA N°2), la cual guarda indudable coincidencia con el retiro efectuado por ventanilla ese mismo día por \$1.000.000, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

Para el mes de noviembre de 2003 se destaca que el 25 se realizó una consignación en la cuenta Colpatria N° 5915 por \$1.000.000 (folio 212 del CCA N°2) que tiene relación con el retiro realizado en efectivo por ventanilla del mismo día, por \$1.000.000 de la cuenta del banco BBVA N° 2320.

4.4.3.3.3.2.- Con base en lo anterior, a la Sala le resulta claro que en relación con el año 2003 variaría ostensiblemente el valor por justificar por parte del doctor Hernández, en donde, se recuerda, el perito destacó la suma \$61.174.606 pero atendiendo la depuración descrita, que evidenció no haber incluido la posible consignación de los mismos recursos de una cuenta a otra, el valor a justificar podría llegar a ser ostensiblemente menor, esto es en \$45.836.240,13, pues a la

cifra mencionada por el perito habría que descontarle los ingresos bancarios, las devoluciones de cheque no deducidas, las compras no restadas, los recursos de la apertura de la cuenta, y la eventual trazabilidad de los recursos propios que se habrían trasladado de una cuenta a otra.

4.4.3.3.4.- Año 2004

Según fue dejado visto por la Sala, en el Informe de Policía Judicial PAC9-4658 del 21 de noviembre de 2016, el perito indica que el doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO recibió ingresos laborales en cuantía de \$76.042.309, pero en sus cuentas fueron consignados recursos por \$165.476.424, presentando por ende una diferencia a justificar de \$89.434.115.

Al cotejar la Corte los datos ofrecidos por el perito en su informe, se establece que no incluyó los ingresos bancarios y que los relativos la cuenta del Banco Colpatria resultan inferiores en \$3.354.115, de suerte que el valor total de recursos consignados depurados en la cuenta Colpatria 5915 fue de \$85.068.441,19.

4.3.3.3.4.1.- Adicional a lo anteriormente expuesto, la Sala pone de presente los siguientes conceptos que en el año 2004 no fueron incluidos por el perito en el informe PAC 9-84658, pese a aparecer evidencia de ellos.

El día 26 de febrero realiza consignación en la cuenta Colpatria N° 5915 por \$2.000.000 (folio 218 del CCA N°2) que

podría tener conexión con el retiro efectuado en efectivo por Pin Pad el mismo día, por idéntica suma de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

El 30 de marzo de 2004 efectuó un retiro parcial de cesantías en el fondo de pensiones y cesantías Porvenir por \$7.165.152. Si bien no se encuentra relación en las cuentas bancarias de este ingreso, es lo cierto que pone de presente la disponibilidad material de dichos recursos por el acusado.

De igual modo, el 19 de abril registra un desembolso de crédito por \$2.000.000 de Coopfiscalía, del cual no se evidencia relación de ingreso en las cuentas bancarias, pero sí pone de presente la disponibilidad de estos recursos.

Asimismo, el 21 de mayo figura una consignación por valor de \$2.000.000 (Folio 223 del CCA N°2) que se identifica con el retiro realizado en efectivo con pin pad el mismo día, por \$2.000.000, de la cuenta del banco BBVA N° 2320.

Se destaca igualmente el retiro realizado en efectivo con pin pad el día 25 de mayo por \$2.000.000 de la cuenta del banco BBVA N° 2320, de los cuales al parecer, ese mismo día consignó \$1.200.000 y el 26 siguiente \$800.000.

Cabe mencionar que el 18 de agosto de 2004 se produjo el desembolso de crédito N°41102910 por parte de la Cooperativa Juriscoop, por la suma de \$12.500.000, que son una fuente de financiación.

El día 27 de agosto figuran registradas dos consignaciones por \$300.000 y \$200.000 (Folio 231-231A del CCA N°2) que podrían tener como fuente los retiros realizados en efectivo por cajero automático el mismo día, por valor de \$600.000, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

El día 24 de septiembre se refleja una consignación por la suma de \$3.800.000 (Folio 233 del CCA N°2) la cual puede tener relación con los retiros realizados en efectivo por ventanilla y con Pin pad del mismo día, por valor de \$4.000.000, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

Para el 25 de octubre se realiza consignación en efectivo por \$2.000.000 (Folio 236 del CCA N°2) que coincide con el retiro realizado en efectivo por Pin pad el mismo día, por esa misma cifra de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

El día 10 de octubre se registra un desembolso de crédito por la suma de \$1.800.000 por parte de Coopfiscalía, que si bien no guarda relación con algún ingreso en las cuentas bancarias del acusado, sí pone de presente la disponibilidad de dichos recursos.

De igual modo, el día 22 de ese mes se observa consignación por \$500.000 (Folio 238 del CCA N°2) que podrían provenir de los retiros realizados en efectivo por cajero automático del mismo día, por \$600.000, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

Asimismo, el día 10 de diciembre de 2004 se realiza consignación en la citada cuenta Colpatria N°5915 por la suma de \$800.000 (Folio 240 del CCA N°2) la cual también se podrían relacionar con los retiros realizados en efectivo por cajero automático del mismo día por \$900.000, de la cuenta del banco BBVA N° 2320.

De igual modo, el día 14 de diciembre se hace consignación por valor de \$800.000 (Folio 240 del CCA N°2) que puede sugerir que provienen de los avances en efectivo realizados de las Tarjetas de Crédito del Banco Citibank, TC95603 por \$300.000 y TC81091 por \$596.088,35 del mismo día.

4.3.3.3.4.2.- Teniendo en cuenta lo que la Sala viene de poner de presente, se puede concluir que en cuanto hace al año 2004, la situación del doctor Hernández Castro le resultaría ostensiblemente favorable, en cuanto, como ha sido advertido, el perito menciona como cifra a justificar la suma de \$89.434.115, pero al realizar la Corte la depuración antes descrita, así como la posible trazabilidad de los recursos de una cuenta a otra esta suma se reduciría a \$46.911.184,19.

4.4.3.3.5- Año 2005

Como ha sido indicado, en el Informe de Policía Judicial PAC9-84658 del 21 de noviembre de 2016, se sostiene que si bien el doctor HERNÁNDEZ CASTRO tuvo ingresos por su vinculación oficial en cuantía de \$171.143.594, a sus cuentas

bancarias ingresaron recursos por \$349.689.305, quedando una diferencia por justificar en cuantía de \$178.545.711.

Al cotejar la Corte los datos ofrecidos en el informe, se evidencia que el perito no incluyó los ingresos bancarios correspondientes a las cuentas de Colpatria N°5915 por la suma de \$32.944 y BBVA N°2320 por \$6.502, las cuales, si bien a primera vista parecieran insignificantes, en realidad denotan es la falta de rigor en la presentación del estudio.

Cabe destacar por parte de la Sala que, según se establece de la documentación allegada en el proceso, que en el año 2005 el doctor Óscar Hernández, al igual que muchos funcionarios judiciales de ese nivel, presentó un incremento significativo en los recursos consignados por la Fiscalía General de la Nación por razón de la bonificación por servicios judiciales oficialmente reconocida. Esto, teniendo en cuenta que en el mes de abril de 2005 ingresó en la cuenta bancaria de nómina del banco BBVA, el dinero ordenado cancelar mediante la Resolución 856 del 17 de marzo de 2005 en donde se reconoce y ordena el pago, por una sola vez, de la referida bonificación, en términos del artículo 3° del Decreto 4040 de 2004.

Asimismo plausible se ofrece poner de presente, que a folio 73 del CO N°1 obra una impresión del desprendible de pago de liquidación periódica correspondiente a diciembre de 2006, en donde se registra un descuento por un crédito de la Cooperativa Coopsocial, con cuota mensual de \$1.325.400, y a folio 75 del CO N°1, registra certificación de la misma cooperativa en donde certifican el pago de intereses por valor

de (\$2.491.150) para el año 2005 por parte de Óscar Hernández Castro, por lo tanto, de acuerdo a lo expresado por la defensa⁷⁸, a diferencia de lo considerado por el perito, por parte de la Corte se debe tomar para los efectos correspondientes el monto del crédito otorgado por la cooperativa Coopsocial por la suma de \$40.000.000, sólo que registrándolo para el año 2005, teniendo en cuenta que es el año que certifica la cooperativa.

De igual forma, resulta pertinente destacar que en el proceso se hallan presentes los soportes que acreditan la apertura de un portafolio de productos en el Banco Citibank, que inicia con la apertura de dos tarjetas de crédito en el mes de diciembre de 2004, un préstamo y una cuenta corriente en el mes de enero de 2005, y un préstamo de refinanciación con fecha de apertura en el año 2006.

Todo esto le permite a la Sala concluir que lo manifestado por el procesado en la diligencia de indagatoria y la vista pública podría encontrar cierto respaldo en la actuación, pues la experiencia enseña que a medida que el servidor aumenta un nivel salarial, se le amplía el horizonte en el sector financiero, que le ofrece mayores posibilidades de apertura de productos bancarios, de otorgamiento de créditos de consumo y de tarjetas de crédito.

4.4.3.3.5.1.- Adicional a lo que viene de exponer la Sala, no puede pasarse por alto que los siguientes conceptos que no fueron incluidos por el perito en el informe PAC 9-84658 en

⁷⁸ Folio 72 CO N°1

relación con el año 2005, pese a aparecer evidencia de los mismos.

Así, el día 3 de febrero se realiza consignación por \$500.000 (Folio 244 del CCA N°2), suma que podría hallar relación con los retiros realizados en efectivo por cajero automático del mismo día, por valor de \$600.000, de la cuenta del banco BBVA N° 2320.

Cabe destacar asimismo, que el extracto del mes de febrero de 2005 de la cuenta corriente del Banco Citibank N°6013 reporta un saldo inicial de \$29.358.000, el cual corresponde al crédito N°300305026922 de la misma entidad Bancaria. (Folio 50 del CCA N°2). En el informe se tuvo en cuenta una cifra distinta, esto es \$29.158.000, generando de suyo una diferencia de \$200.000.

El día 25 de febrero de 2005 se realiza una consignación en la cuenta corriente del Banco Citibank N°6013 por \$3.000.000 (Folio 51 del CCA N°2) que coincide con los retiros realizados en efectivo por ventanilla del mismo día, por suma equivalente de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

Tampoco puede dejarse de considerar que el día 9 de febrero se realizó el desembolso del crédito por \$1.400.000 de parte de Coopfiscalía, así dichos dineros no quedaren registrados como ingreso en las cuentas bancarias.

El día 29 de marzo se realiza consignación en la cuenta corriente del Banco Citibank N°6013 por \$3.000.000 (Folio 53

del CCA N°2) el cual podría guardar relación con los retiros realizados en efectivo por ventanilla del mismo día, por valor de \$3.000.000, de la cuenta del banco BBVA N° 2320.

Debe precisar la Sala, que el día 8 de abril de 2005, se realiza una consignación mediante cheque en la cuenta corriente del Banco Citibank N°6013 por la suma de \$65.000.000 (Folio 53 del CCA N°2) operación que guarda relación con el retiro realizado con concepto cargo Compra Cheque Gerencia del mismo día, por ese mismo valor, de la cuenta del banco BBVA N° 2320 en donde, en esa fecha, fue consignada la suma de \$83.305.261, correspondiente a lo reconocido en la resolución 856 del 17 de marzo de 2005.

Se destaca que el 13 de abril de 2005 se realiza consignación en la cuenta corriente del Banco Citibank N°6013 por \$2.000.000 (Folio 55 del CCA N°2), la cual puede tener como fuente los retiros realizados en efectivo por ventanilla del mismo día y por igual suma, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

El 14 de abril se realiza otra consignación en la citada cuenta por la suma de \$2.000.000 (Folio 55 del CCA N°2), la cual tiene coincidencia con los retiros realizados en efectivo por Pin Pad del mismo día en igual cuantía, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

Cabe mencionar que el 25 de abril de 2005, se realiza consignación por \$3.000.000 (Folio 55 del CCA N°2), la cual puede llevar a deducir que tiene coincidencia con los retiros

realizados en efectivo por ventanilla y con Pin Pad del mismo día y por igual suma, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

El día 12 de mayo de 2005 se efectúa una consignación en la cuenta Colpatria N°5915 por la suma de \$300.000 (Folio 248 del CCA N°2), la cual puede provenir del retiro realizado en efectivo por cajero automático el mismo día y por igual valor, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

Es preciso indicar que el 23 de mayo de 2005, se registra una consignación en la cuenta Colpatria N°5915 por \$300.000 (Folio 248 del CCA N°2) que eventualmente podría guardar relación con el retiro realizado en efectivo por cajero automático el mismo día y por el mismo valor, de la cuenta del banco BBVA N° 2320.

De igual modo, el 20 de mayo de 2005 se realizó el desembolso del crédito N°41111096 de esa fecha por la Cooperativa Juriscoop, por la suma de \$5.000.000.

Asimismo, el día 23 de mayo se realiza consignación en la cuenta corriente del Banco Citibank N°6013 por la suma de \$2.000.000 (Folio 57 del CCA N°2) la cual coincide con los retiros realizados en efectivo por Pin Pad del mismo día por la misma suma, de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

Cabe recordar igualmente, que el 10 de junio de 2005 se realizaron retiros de la cuenta Dafuturo N°217392 del Banco Davivienda, por la suma de \$805.000, generando disponibilidad de recursos en ese monto.

Es de anotar que también figura que el día 11 de junio de 20015 realizó retiros de la cuenta Dafuturo N°217392 del Banco Davivienda por \$807.000.

De igual modo, el día 14 de septiembre de 2005 se realiza otro desembolso del crédito de Coopfiscalía por la suma de \$4.000.000.

Asimismo, el día 27 de octubre de 2005 realiza depósito por \$700.000 (Folio 64 del CCA N°2) que puede llevar a pensar que registra relación con los avances en efectivo realizados de las Tarjetas de Crédito del Banco Citibank, TC95603 por \$300.000 (folio 89 CCA N°2) y TC81091 por \$300.000 (folio 126 CCA N°2) y el retiro por cajero automático por \$100.000 de la cuenta del Banco BBVA N° 2320, los cuales fueron realizados el mismo día.

Cabe mencionar, además, que el día 22 de noviembre de 2005 se realizó un retiró de la cuenta Dafuturo N°217392 del Banco Davivienda, por valor de \$8.475.004, que por supuesto generó disponibilidad de recursos.

4.3.3.3.5.2.- Teniendo en cuenta lo que la Sala viene de poner de presente, se puede concluir que en cuanto hace al año 2005, la situación del doctor Hernández Castro podría ofrecerse sustancialmente distinta a la puesta de presente por todos y cada uno de los peritos que intervinieron en el presente asunto, en cuanto, como ha sido advertido, el perito menciona como cifra a justificar la suma de \$178.545.711 pero al realizar la Sala la depuración antes descrita, y la eventual consignación

de los mismos recursos de una cuenta a otra, el valor a justificar en el año 2005 podría quedar reducido a \$29.098.153.

4.4.3.3.6- Año 2006

Como ya ha sido visto, en el Informe de Policía Judicial PAC9-84658 del 21 de noviembre de 2016, el perito indica que el doctor OSCAR HERNANDEZ CASTRO recibió ingresos laborales en cuantía de \$98.625.727, y que en sus cuentas fueron depositados recursos por \$128.422.707, presentando por ende una diferencia a justificar por \$26.796.980.

Sin embargo, después de cotejar la Corte los resultados informados por los expertos contables, con la documentación allegada, encuentra que el monto reportado del Dafuturo N°21739-2 del Banco Davivienda, no incluyó la suma de \$1.200.000, que corresponde a valor de aportes realizados el 5 de mayo de 2006, por lo que el total de recursos consignados depurados quedaría en \$129.622.707.

Así mismo, el perito dejó de considerar los ingresos bancarios de la cuenta BBVA N°2320 por la suma de \$4.948, y en la cuenta Citibank N°6020 solamente incluyó ingresos de esta índole por \$4.920, siendo \$29.592,12 la cifra correcta, lo que indica que dejó de incluir en dicha cuenta el valor de \$24.672,12.

4.4.3.3.6.1.- Igualmente, observa la Sala que los siguientes conceptos no fueron incluidos en el informe PAC 9-84658 pese a existir suficientes elementos de juicio para hacerlo como se destaca a continuación.

En dicho sentido cabe mencionar que el 18 de enero de 2006 se realiza una consignación en la cuenta corriente del Banco Citibank N°6013 por \$6.000.000 (Folio 71 del CCA N°2) la cual evidencia coincidencia con el desembolso del crédito de Coopfiscalía del día 16 anterior por la suma de \$6.200.000.

También es de destacar que el 14 de enero de 2001 se retiró de la cuenta Dafuturo N°217392 del Banco Davivienda, la suma de \$2.610.665,99, que por supuesto también generó disponibilidad de recursos.

El día 24 de febrero de 2006 se realiza consignación en la cuenta corriente del Banco Citibank por \$2.000.000 (Folio 75 del CCA N°2) que guarda coincidencia con los retiros realizados en efectivo con pin pad el mismo día, por ese mismo valor de la cuenta del Banco BBVA N° 2320.

No pueden dejarse de considerar dos desembolsos por motivo de los créditos identificados con los números N°26037 y 41119377 otorgados por la Cooperativa Juriscoop, de fecha 21 de febrero de 2006, cada uno de \$17.000.000 para un total de \$34.000.000 y otro concedido por Coopfiscalía del 25 de octubre de 2006 en cuantía de \$6.000.000, cuyos recursos efectivamente fueron recibidos por el procesado Óscar Hernández que le generaron disponibilidad de dinero en

efectivo, así para esas fechas no reflejen una trazabilidad exacta en las referidas cuentas bancarias.

Es de destacar igualmente, que en el mes de junio de 2006 realiza el pago total de las tarjetas de crédito de Citibank TC95603 y TC81091 por medio del crédito de refinanciación (folios 105 y 141 CCA N°2) del banco Citibank N°50306174003 por la suma de \$49.027.529,25 (folio 148 CCA N°2).

De igual modo, el día 10 de febrero se retiró de la cuenta Dafuturo N°217392 del Banco Davivienda, la suma de \$1.357.462 que también generó disponibilidad de dinero en efectivo, como igual sucedió con el retiro realizado de dicha cuenta el 6 de marzo siguiente en cuantía de \$2.389.600, y el de \$1.200.000 realizado el día 6 de mayo de 2006.

4.4.3.3.6.1.- Teniendo en cuenta lo verificado por la Sala, es de concluirse que en lugar de presentar diferencia de ingresos por justificar para el año 2006, al realizar la depuración antes descrita, si se toma en consideración la posible consignación de los mismos recursos de una cuenta a otra, en favor del doctor Hernández figuraría la cifra de \$28.531.127,99 como resultado de restarle a los depósitos en las cuentas bancarias, los ingresos bancarios (\$29.620), la rotación de los mismos recursos (\$2.000.000), los retiros de Dafuturo (\$7.557.727.99), los avances en tarjetas de crédito (\$3.800.000.00) y los créditos de Coofiscalia (\$12.200.000) y Juriscoop (\$34.000.000).

4.4.3.3.7- Año 2007

Como se recordará, en el Informe de Policía Judicial PAC9-84658 del 21 de noviembre de 2016, se indica que el doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO tuvo ingresos laborales en cuantía de \$106.522.083 y presentó consignaciones bancarias por \$150.233.116 lo que generó una diferencia por justificar, en opinión del perito contable, de \$43.711.033.

No obstante, observa la Sala que en la cuenta BBVA N°2320 el perito le tomó únicamente por valor de ingresos bancarios la suma de \$839, siendo \$11.847 la cifra correcta, lo que de entrada comienza a debilitar la confiabilidad de la pericia en tanto le faltó por registrar \$11.008.

Asimismo respecto de la cuenta corriente N°2366 del Banco Davivienda, el informe de PAC 9-84658 no incluyó las devoluciones del mes de septiembre de 2007 que corresponden a cuatro transacciones, por un valor total de \$4.556.894.

4.4.3.3.7.1.- De igual modo, la Sala encuentra que los siguientes conceptos no fueron incluidos en el informe PAC 9-84658 pese a existir suficientes elementos de juicio para hacerlo, como se destaca a continuación.

En primer lugar, el desembolso del crédito N°112557 realizado por la Cooperativa Juriscoop, de fecha 08 de febrero de 2007 por la suma de \$9.000.000 cuyos recursos fueron recibidos por el doctor Óscar Hernández, y que independiente de que se hubieren reflejado bajo la forma de movimientos

bancarios coincidentes para estas fechas, es lo cierto que generaron flujo de recursos en efectivo disponibles por parte del procesado que resultaba obligado considerar en la pericia.

De igual modo, en la actuación aparece evidenciado el desembolso de crédito realizado por Coopfiscalía, de fecha 15 de marzo de 2007 por valor de \$2.000.000, cuyos recursos, al igual que el caso anterior, fueron recibidos por el doctor Óscar Hernández, y, sin embargo, no se reflejan coincidencias de consignación en las cuentas bancarias para estas fechas.

También se evidencia el desembolso del N°124106 por parte de la Cooperativa Juriscoop, de fecha 18 de abril de 2007 por la suma de \$600.000, cuyos dineros también fueron recibidos por el acusado.

Asimismo, el día 17 de agosto registra el desembolso del crédito N°271699 de Juriscoop por valor de \$15.600.000.

Se destaca el desembolso de crédito N°276071 realizado por la Cooperativa Juriscoop, de fecha 04 de septiembre de 2007 por valor de \$860.000 cuyos dineros fueron recibidos por el acusado, y que deben ser materia de consideración pese a no reflejar coincidencias de consignación en las cuentas bancarias para esas fechas.

El día 23 de octubre de 2007 se realiza consignación por \$3.000.000, la cual puede ser relacionada con el retiro realizado en efectivo con pin pad el mismo día por esa misma suma de la cuenta del banco BBVA N° 2320.

Es de destacar de igual modo, el desembolso de crédito N°286920 realizado por la Cooperativa Juriscoop el 16 de octubre de 2007, por la suma de \$10.000.000 cuyos recursos fueron recibidos por el acusado, pese a no reflejar coincidencias de consignación en las cuentas bancarias para estas fechas.

4.3.3.3.7.2.- Con base en lo anterior, la Sala puede concluir que al realizar la depuración en los términos anotados e incluir la probable consignación sistemática de dineros de una cuenta a otra, en lugar de tener un monto de recursos por justificar en cuantía de \$43.711.033 conforme lo consideró el perito, a favor del acusado aparecería la suma de \$1.894.853, si se toman en cuenta los ingresos bancarios (\$11.008), las devoluciones de cheques no descontadas (\$4.556.033), la eventual consignación sistemática de unos recursos provenientes de las propias cuentas (\$3.000.000), y los créditos de Coofiscalía (\$2.000.000) y Juriscoop (\$36.060.000).

4.4.3.3.8.- Año 2008

Debe recordarse, que en el Informe de Policía Judicial PAC9-84658 del 21 de noviembre de 2016, el perito indica que el procesado doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO percibió ingresos laborales en cuantía de \$272.239.023, y en sus cuentas se consignaron \$297.931.808, presentando por ende una diferencia a justificar en cuantía de \$25.792.785.

No obstante, la confiabilidad de los resultados ofrecidos se viene a menos, cuando se observa que en los rubros

registrados de la cuenta BBVA N°2320 no incluyó el valor de los ingresos bancarios por la suma de \$19.615.

4.4.3.3.8.1.- De igual modo, la Sala encuentra que los siguientes conceptos no fueron incluidos en el informe PAC 9-84658 pese a existir suficientes elementos de juicio para hacerlo, como se destaca a continuación.

Al efecto debe destacarse el desembolso de crédito N°403360 realizado por la Cooperativa Juriscoop, de fecha 12 de marzo de 2008, por valor de \$1.000.000, cuyos recursos, pese a que no aparecen consignados de manera inmediata en alguna de las cuentas del acusado, reflejan disponibilidad de dineros por parte del acusado.

La Sala no puede dejar de destacar, debido precisamente a la ostensible relevancia del dato omitido por el perito, que el día 29 de abril de 2008 ingresaron a la cuenta de Davivienda N°2366 por abono domiciliario, un cúmulo de recursos procedentes de la FGN por pagos correspondientes a la resolución 125 del 22 anterior por la suma de \$142.597.358.

El día 30 siguiente, de esta misma cuenta la N°2366, se evidencia una transferencia a la cuenta N°7026 de Davivienda del mismo titular por \$60.000.000, de los cuales se hace un retiro en cheque el mismo día por \$40.000.000 y dos retiros en efectivo por \$8.500.00 y \$9.500.000, los días 6 y 10 de mayo, respetivamente, generando disponibilidad de recursos en efectivo.

A su vez, el mismo día 30 se realiza un retiro en cheque de la cuenta de Davivienda N°2366 por \$80.000.000.

Cabe poner de presente el desembolso de crédito N°427901 realizado por la Cooperativa Juriscoop, el 11 de junio de 2008 por valor de \$8.000.000, cuyos dineros fueron recibidos por Óscar Hernández, y que debieron merecer consideración por el perito para realizar su estudio, así no reflejara coincidencias de consignación en las cuentas bancarias por dichas fechas.

Así mismo, es de destacar que el 3 de septiembre de 2008 registra el desembolso del crédito N°464740 de Juriscoop por \$6.000.000.

4.3.3.3.8.2.- Tomando en cuenta lo que viene de explicar la Sala, considera viable concluir que al realizar la depuración en los términos anotados, le quedaría un valor por justificar de \$9.804.400 al doctor HERNÁNDEZ CASTRO y no como lo manifestó el perito en el informe de un valor por justificar en cuantía de \$25.792.785.

4.4.3.3.9.- Año 2009

Tal cual ha sido repetidamente señalado, en el Informe de Policía Judicial PAC9-84658 del 21 de noviembre de 2016, el perito indica que el acusado percibió ingresos laborales en cuantía de \$88.029.882 y en sus cuentas fueron consignados

\$106.411.882, resultando, en criterio del perito, una diferencia por justificar en cuantía de \$18.382.000.

Sobre dicho particular, cabe señalar por parte de la Sala, que en el informe el perito no incluyó los ingresos bancarios por la suma de \$15.715, registrados en la cuenta del BBVA No. 2320, lo que de suyo ya pone a tambalear la confiabilidad y precisión del dictamen.

Respecto de los resultados obtenidos durante este año, cabe mencionar que en la diligencia de indagatoria, rendida del 10 de septiembre de 2013, el doctor Óscar Hernández Castro mencionó que *“...En alguna oportunidad en el año 2009 una señora necesitaba un carro con carácter urgente y tenía un apartamento en el edificio Palatino como a 7 cuadras del palacio de Justicia, se fue a vivir a isla Margarita y necesitaba un carro y dinero, lo vendió a buen precio y se registró, yo lo compré por 80 millones y a los dos meses lo vendí por más, me gané como 25 millones de pesos y me ayudo a venderlo un ingeniero de apellido Bota que vive ahí mismo...”*

Pese a lo anterior, ninguna actividad investigativa de parte de la Fiscalía fue llevada a cabo, en orden a confirmar o desvirtuar el aserto del procesado, menos orientada a identificar el local comercial donde supuestamente realizaba actividades de compraventa de vehículos, si se toma en consideración que mencionó también el nombre de un Magistrado del Tribunal propietario del establecimiento.

4.4.3.3.9.1.- De igual modo, la Sala encuentra que los siguientes conceptos no fueron incluidos en el informe PAC 9-84658 pese a existir suficientes elementos de juicio para hacerlo, como se destaca a continuación.

El día 16 de abril se reflejó el desembolso del crédito de Juriscoop N°59338 por \$15.000.000, cuyos dineros fueron recibidos por Óscar Hernández, y que debieron merecer consideración por el perito para realizar su estudio, así no reflejara coincidencias de consignación en las cuentas bancarias por dichas fechas.

Cabe mencionar también el desembolso de crédito N°604635 realizado el 16 de junio de 2009 por la Cooperativa Juriscoop, por valor de \$15.600.000, cuyos recursos fueron recibidos por el señor Oscar Hernández pese a que no aparezcan nítidamente reflejados como depósitos bancarios.

De igual modo, aparece registrado el desembolso de crédito N°674490 realizado por la Cooperativa Juriscoop el 08 de septiembre de 2009, por valor de \$12.500.000, cuyos dineros también fueron recibidos por el acusado y por ende debieron ser registrados como recursos disponibles por parte del perito.

4.3.3.3.9.2.- Acorde con lo anterior, es de concluir que al realizar la depuración en los términos anotados, quedaría un valor de \$24.702.285 a favor del acusado y no como se consignó en el informe pericial que debía justificar \$18.382.000.

01

Esto si se tienen en cuenta los ingresos bancarios (\$15.715) y los créditos de Juriscoop (\$43.100.000).

5.- OBSERVACIONES GENERALES.

Al realizar la depuración de los soportes que obran en el expediente de los créditos obtenidos por el doctor Óscar Hernández Castro como fuente de financiación, avances de tarjetas de créditos, retiro parcial de cesantías, retiros del fondo Dafuturo, y la presunta consignación sistemática de recursos entre las cuentas manejadas, como se detalló mes a mes, se obtiene que en lugar de los \$453.581.294, a justificar por el período comprendido entre los años 2001 y 2009 por parte del acusado según lo determinó el perito en el informe del 21 de noviembre de 2016, cuyos análisis, según se ha dejado expuesto de parte de la Sala, eventualmente sólo quedarían carentes de explicación unos valores para el año 2003 en cuantía de \$45.836.240,13, para el año 2004 \$46.911.184.19, para el año 2005 \$29.098.153 y para el año 2008 \$9.804.400, para un total de **\$131.649.977,32**, sin que ello pueda afirmarse con total certeza por parte de la Sala, en la medida en que se carece de la totalidad de los documentos soportes de todas y cada una de las operaciones financieras llevadas a cabo durante el período analizado, para realizar una trazabilidad exacta de los recursos.

No obstante, la Sala no puede perder de vista que las explicaciones ofrecidas por el acusado tanto en la indagatoria como en la vista pública sobre los préstamos financieros

obtenidos y los pagos extraordinarios por concepto de las primas de bonificación a que oficialmente tenía derecho, realmente encontraron correspondencia en el proceso pese a la precaria documentación allegada por la Fiscalía, así no hubiere sucedido lo mismo en relación con el efecto multiplicador de sus propios recursos, precisamente por carecer de la evidencia que pudiera servirle de respaldo lo cual en modo alguno significa que no pudiere asistirle razón en sus argumentos de defensa, toda vez que la información recaudada incluso pone en evidencia los depósitos en efectivo realizados a sus cuentas desde las ciudades de Fusagasugá, Neiva y Bogotá, donde precisamente tienen asiento sus familiares y amigos quienes le realizaban consignaciones por virtud de los negocios de poca monta que eventualmente realizaba con ellos.

En cualquier caso, la Corte no puede pasar por alto que en los tres informes contables párrafos arriba relacionados se concluye que el doctor Oscar Hernández Castro NO presentó un incremento patrimonial injustificado.

De todos modos, sin dejar de considerar los evidentes errores que todos y cada uno de los estudios contables presentan, y a los cuales amplia y prolijamente se ha hecho referencia en el cuerpo de este pronunciamiento, es lo cierto que a criterio de la Sala ninguno de ellos ofrece un análisis patrimonial claro, completo, fidedigno y debidamente sustentado, apoyado en soportes de todas las fuentes mencionadas.

Lo cierto del caso, es que las diferencias observadas durante los años 2003, 2004, 2005 y 2008, una vez desmenuzadas mes a mes, en cada uno de dichos periodos no provienen de una sola cifra que pudiere ser considerada exorbitante, carente de justificación y alejada de las actividades que cotidianamente realiza un funcionario de la categoría que por dicha época ostentaba el acusado, con el nivel de ingresos de que da cuenta el informativo, y que le permitía un cierto grado de confiabilidad para tener acceso a los servicios ofrecidos por el sistema financiero, máxime si no se realizó una trazabilidad bancaria completa, que permitiera identificar el flujo el dinero manejado en las cuentas, así como las fuentes y usos de dichos recursos.

En los informes no se hace mención ni se encuentran soportes de la sociedad conyugal, del señor Hernández Castro con la señora Sandra Patricia Medina Polanía de quien se dice es odontóloga.

Al no contar con todos los soportes correspondientes para la trazabilidad bancaria que identifique el flujo real del efectivo, o el manejo de este, no se puede precisar si efectivamente corresponde a recursos de procedencia no establecida, debido a que la Fiscalía General de la Nación no ordenó la obtención de documentos de carácter contable y/o financiero, como soporte de los cheques girados y consignados, soportes de las consignaciones en efectivo, entre otros; y/o actividades investigativas con el fin de comprobar las actividades de comercio mencionadas por el acusado, quien, entre otras cosas, a partir del año 2005 tuvo un incremento significativo

en sus ingresos reportados por la Fiscalía General de la Nación, con el reconocimiento de las resoluciones 856 de 2005 y 125 de 2008.

A su vez, a partir de este año, sin dificultad se aprecia un incremento en el manejo de productos financieros, accediendo a amplios y complejos portafolios de servicios bancarios de Citibank y el banco Davivienda, sin contar con que la cuenta corriente del banco Colpatria N° 445-100591-5, nítidamente refleja haber sido destinada para canalizar a través suyo el pago de los servicios públicos domiciliarios, con lo cual las explicaciones ofrecidas en relación con el efecto multiplicador de sus propios recursos, podría tener algún tipo de respaldo en la actuación pero sin que se pueda arribar a dicha conclusión en grado de certeza, precisamente por no haberse llevado a cabo una exhaustiva investigación sobre las fuentes y usos de los recursos financieros del acusado.

6.- CONSIDERACIONES FINALES. IN DUBIO PRO REO.

La Sala observa que, si los investigadores de la Fiscalía se hubieren dado a la tarea de realizar su trabajo con el profesionalismo que la delicada misión exige, los comprobantes de depósito y retiros bancarios que se extrañan habrían permitido establecer si las consignaciones realizadas en la cuenta del acusado lo fueron en dinero efectivo, cheque o transferencia de fondos, y en caso tal, poder realizar el seguimiento sobre su fuente e identidad del girador, y descartar o confirmar, no sólo si tales recursos procedían de las mismas

cuentas del acusado, de las cuentas oficiales de la Fiscalía o de las de familiares y amigos, como en el caso de su hermana Osiris Hernández, su hija María Camila Hernández, su esposa Sandra Patricia Medina, su cuñada Sandra Liliana Medina, el esposo de ésta, Carlos José Pardo, el señor Héctor Julio Reyes (propietario de una compraventa de vehículos en Cúcuta), su amigo Hermínsul Sandoval Trujillo, e incluso identificar el Magistrado del Tribunal de Cúcuta presuntamente propietario del local donde funcionaba el negocio donde al parecer el acusado negociaba vehículos de origen venezolano, como lo manifestó en la indagatoria.

Al respecto no puede olvidarse que en el ámbito de operancia de la Ley 600 de 2000, rige el principio de investigación integral previsto en el artículo 20 del referido estatuto que establece la obligación para el funcionario judicial de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado, el cual, como es apenas obvio, abarca también a la actuación de los funcionarios de policía judicial a punto tal que el artículo 318 ejusdem establece que las pruebas y actuaciones que realice este cuerpo investigativo, por iniciativa propia o por comisión del funcionario judicial, deberán ser efectuadas con estricto acatamiento de las garantías constitucionales y legales.

Todo lo cual es reiterado en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal de 2000, al precisar que corresponde al funcionario judicial buscar la *“verdad real”*, en cuyo propósito debe averiguar con igual celo tanto *«las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar*

su inocencia», sin perjuicio de advertir que, en todo caso, la carga de la prueba de la conducta punible corresponde a la fiscalía.

A fin de dar cumplimiento a dicho mandato, no puede olvidarse que también el artículo 338 ibídem prevé la obligación para el funcionario judicial de ordenar las pruebas necesarias para verificar las citas, comprobar las aseveraciones del imputado y aquellas que considere necesarias para definir su situación jurídica, además de las que pidan los sujetos procesales, lo que al parecer, en este caso no fue materia de consideración por la Fiscalía y los funcionarios de policía judicial comisionados para el efecto durante la fase instructiva.

A este respecto cabe recordar, que en la diligencia de indagatoria cuando se le preguntó al procesado sobre su opinión en relación con el informe de policía judicial de fecha 19 de julio de 2011 que obra a folios 274 y siguientes del cuaderno número 1, en donde se realiza un análisis patrimonial sobre sus bienes entre los meses de enero de 2001 y diciembre de 2010 y se concluye que presentó un incremento económico de \$369'217.497.00, contestó:

“No manejo el tema contable, pero me parece exorbitante las cuantías que se manejan, pues de la Fiscalía, además de los sueldos normales como fiscal, como consecuencia del reajuste del decreto 4040, acá en Bogotá me pagaron cerca de ochenta millones y en Cúcuta, por vía de tutela, me pagaron cerca de ciento cincuenta millones de pesos. Quiero allegar al Despacho copia de la resolución por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la bonificación por gestión judicial en cumplimiento de un fallo de tutela. (se reciben dos juegos con tres folios respectivamente). De este dinero se pagó una cuenta con Citibank y yo negociaba con vehículos venezolanos, pues diagonal al palacio de justicia en Cúcuta había una compraventa de vehículos y el dueño del sitio, el señor Héctor Julio Reyes, era conocedor del dinero que nos había llegado, pues uno de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Cúcuta es el dueño del local y él me propuso que venían carros baratos se podía disponer de cierto monto y así lo hice en varias oportunidades, pues un vehículo de 15 o 20 millones en esa época los vendían a un 60% del precio real cuando la gente

necesitaba dinero en efectivo y esa era la ganancia fluctuante pues se vendían en menos de 15 días porque eran carros venezolanos. Eso era lo que comerciaba yo. En alguna oportunidad en el año 2009 una señora necesitaba un carro con carácter urgente y tenía un apartamento en el Edificio Palatino como a 7 cuadras del palacio de justicia, se fue a vivir a Isla Margarita y necesitaba un carro y dinero, lo vendió a buen precio y se registró, yo lo compré por 80 millones y a los dos meses lo vendí por más, me gane como 25 millones de pesos y me ayudó a venderlo un ingeniero de apellido Bota que vive ahí mismo”.

Si se analiza en detalle la respuesta, se tiene que el procesado no sólo alude a sus ingresos por concepto de los sueldos mensuales en su condición de Fiscal, sino los dineros que recibió como consecuencia de un reajuste salarial, el pago de una bonificación por gestión judicial con la cual se canceló un crédito en el Citibank, y aclaró además que durante su permanencia en Cúcuta negociaba con vehículos de procedencia venezolana, en una compraventa de propiedad del señor Héctor Julio Reyes y cuyo dueño del local era un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, sobre lo cual, salvo lo relativo a algunos pagos extraordinarios como consecuencia de su vinculación laboral pues no fue respecto de todos, así como algunos créditos que le fueron concedidos al procesado ya que ante la falta de acuciosidad de la fiscalía el indagado debió aportar algunas de las constancias respectivas en la indagatoria y posteriormente por parte de su defensor, no se realizó actividad investigativa exhaustiva alguna.

Y se advierte esto, toda vez que en la providencia por cuyo medio el Fiscal Delegado resolvió la situación jurídica del indagado, dentro del listado de los medios probatorios que debían practicarse durante la fase de instrucción, señaló que teniendo en cuenta los soportes documentales presentados por

la defensa material y técnica, *“se dispone que los funcionarios de policía judicial que rindieron el informe patrimonial No. 61.6433 de julio 19 de 2011 (Fl. 274 ss. c.o. 1) realicen el correspondiente análisis, en orden a establecer si realmente los documentos aportados justifican el incremento patrimonial descrito”*.

En cumplimiento de lo ordenado por la Fiscalía Delegada, en el informe rendido el 14 de noviembre de 2014, el perito dejó en claro que como la Ley 43 de 1990 prohíbe conceptuar sobre los actos realizados por otros contadores, se hizo un nuevo estudio a los documentos que se encuentran dentro del expediente, para lo cual se tuvieron en cuenta las declaraciones de renta de OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO por los años 2002 a 2008, los pagos efectuados por la Fiscalía General de la Nación desde el año 2001 a 2009, y los extractos bancarios de los bancos BBVA, Colombia, Colpatria, Citibank y Davivienda.

Con base en lo anterior, en el acápite destinado a la *“Comparación de los ingresos recibidos por la Fiscalía General de la Nación y los ingresos reportados por entidades bancarias o financieras”*, concluyó que *“los depósitos en bancos se excedieron en la suma de \$401.949.554.00 por lo que dicha diferencia se considera injustificada y debe ser explicada por el señor HERNÁNDEZ”*.

No obstante, de manera inexplicable para la Sala, la nueva perito, en este dictamen concluyó:

Referente a los documentos aportados por la defensa, se tiene lo siguiente:

6.4.1.- *En cuanto al crédito No. 93733 otorgado por JURISCOOP (Anexo No. 1 Folio No. 294, cc. No. 2), por la suma de \$8.000.000 informa*

“no consignadas” (folio 27, cc. No. 3), por lo que no se observó en alguna de las cuentas analizadas, y por lo tanto no hizo parte de este estudio.

6.4.2.- *Si bien es cierto que se entregaron al despacho de conocimiento, documentos que tienden a demostrar que se realizaron varios préstamos o créditos a favor del implicado, también lo es, que no hay documento o soporte que determine con exactitud que dichos dineros hicieron parte de los ingresos a las cuentas bancarias aquí analizadas, por lo tanto y mientras no se aporte el documento que determine lo contrario, no se tendrá en cuenta en este estudio.*

6.4.3.- *Referente al crédito realizado por una persona natural, por la suma de \$57.000.000, tampoco se tiene en cuenta, debido a que no se tiene un documento a fecha cierta que justifique dicho préstamo.*

6.4.4. *Los anexos No. 7, 12, se tiene que este no se encuentra dentro de los documentos que fueron analizados, por lo tanto no se tuvieron en cuenta en este estudio.*

6.4.5.- *En cuanto a la constancia de “Bonificación por compensación resolución 856 del 17 de marzo de 2005” (folio 28, cc. No. 3), por la suma de \$94.774.390, se trata sólo de eso, una constancia o resolución mediante el cual se ordena el pago de una suma determinada de dinero, sin el acompañamiento del documento soporte contable que muestre cómo se realizó el mencionado pago y los respectivos descuentos de ley que se deben realizar al interior de la suma que pretende la defensa que se tome como descuento”.*

Y se advierte que de manera inexplicable, toda vez que no se trataba de hacer una auditoría o una conciliación bancaria en las cuentas del procesado, como para suponer que debía contar con el documento soporte de algunas consignaciones, sino de establecer si en verdad hubo un exceso de recursos depositados en bancos frente a los percibidos por concepto de su vinculación oficial, de suerte que si se estableció que algunas entidades le otorgaron créditos, es claro que dichos recursos ingresaron como dinero disponible por parte del acusado, cuya forma debió ser establecida por la Fiscalía, esto es, si los préstamos fueron otorgados mediante cheque posteriormente consignado o hecho efectivo en la entidad crediticia, o en dinero circulante, y no afirmar inopinadamente que pese a no discutirse la realidad del dato financiero, tales

recursos no podían ser tomados en consideración al no saberse la forma como fueron hechos efectivos, cuando lo cierto es que sea que hubieren ingresado al caudal de cuentas bancarias del acusado de manera inmediata, o posteriormente, o utilizados para pagar otros créditos, de todas maneras explicaban que al menos en esas cuantías el agente financiero contaba con dineros para hacer dichas consignaciones en sus cuentas.

Más inexplicable resulta la afirmación de que a pesar de no poner en tela de juicio la veracidad de la información incluida en la Resolución 857 de 2005 expedida por la Fiscalía General de la Nación, en donde se da cuenta de la orden de pagarle al acusado la suma de \$94.774.390.00 por concepto de bonificación por compensación se indique que la misma no será tenida en cuenta como recursos disponibles que ingresaron al haber del acusado, so pretexto de no contar con documento soporte contable que demuestre cómo se realizó el pago, cuando tal verificación estaba a cargo de la fiscalía y no del sindicado, ni siquiera acudiendo al principio de carga dinámica de la prueba, pues, éste en manera alguna exonera a la Fiscalía del deber de demostrar la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado, como tampoco del deber de realizar una investigación integral, menos si los documentos que acreditan los datos financieros no están en poder del procesado y sí al alcance del Estado a través del órgano investigador, sea porque se hallan en los archivos de la misma entidad que realiza la instrucción, o en entidades financieras que tienen el deber jurídico de conservar registros de las operaciones que realiza y entregarlos a las autoridades

judiciales cuando éstas lo requieran, conforme asimismo lo establece el artículo 260 de la Ley 600 de 2000.

Pero si en el marco de la Ley 600 de 2000, la fiscalía no realiza una investigación integral, ni allega documentación que respaldaría la hipótesis en que se sustenta la acusación pese a contar con las posibilidades jurídicas y materiales para hacerlo, tal responsabilidad no la puede trasladar al juzgador, menos al sujeto pasivo de la acción penal amparado por la presunción de inocencia cuya desvirtuación corre a cargo del Estado.

Al juzgador, por cuanto en tratándose de este tipo de conductas, al juez no le compete llenar los vacíos que en aras de sustentar la acusación la investigación a cargo de la Fiscalía acusa, pues ello implicaría para Corte desbordar su limitada competencia funcional y asumir la facultad acusadora que constitucionalmente radica en cabeza de la Fiscalía, pues de hacerlo, conllevaría nada menos que desdibujar su rol de tercero supraparte para ubicarse del lado del ente pesquisidor en detrimento de los intereses de la parte más débil de la relación jurídico procesal.

Tampoco a la defensa, que, como ha sido visto, no tiene el deber de demostrar su inocencia, ni siquiera so pretexto de aplicarle la carga dinámica de la prueba, tema sobre el cual la Sala de Casación Penal de la Corte⁷⁹, reiteró lo siguiente:

“...se impone abordar el tema de la carga de la prueba en el ámbito penal y su relación inmanente con el postulado constitucional de presunción de inocencia.

⁷⁹ CSJ SCP SP Jul. 31 de 2013. Rad. 40634.

Al respecto, de forma por demás decantada, tanto la jurisdicción constitucional como la ordinaria penal se han ocupado de reiterar que el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 Superior⁸⁰ abarca el reconocimiento general de que una persona sometida a investigación o juzgamiento por la presunta comisión de una conducta punible, se repute inocente hasta el mismo momento en que por sentencia en firme se desvirtúe tal garantía con la declaración de culpabilidad, conforme a las pruebas que legal y oportunamente hayan sido allegadas al proceso.

Tal axioma, por lo tanto, contrae la obligación para el Estado, en ejercicio de su poder jurisdiccional, de procurar el recaudo y la práctica de los medios de convicción indispensables para que la pretensión invocada en la acción penal por el órgano acusador, tenga el soporte necesario para que el juez de conocimiento emita el juicio de reproche correspondiente.

Correlativamente, el núcleo esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia releva al sujeto investigado de aportar pruebas tendientes a demostrar que la infracción penal no existió o la ausencia de responsabilidad en la misma a cualquier título, porque, se insiste, la carga de la prueba se radica en cabeza del ente acusador.

Este apotegma se complementa a su vez con el principio in dubio pro reo, ya que ante la duda acerca de cualquiera de los elementos del delito —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad—, se impone la prevalencia de la incertidumbre y la consecuente absolución del implicado.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido:

«En el proceso penal se habla de carga de la prueba en sentido negativo porque al acusado no le corresponde probar su propia inocencia, ésta se presume mientras la actividad probatoria no demuestre lo contrario y logre desvirtuar esa verdad provisional que lo protege; la obligación probatoria recae en la parte acusadora quien debe demostrar los elementos constitutivos de la pretensión penal y desvirtuar el derecho de inocencia que ha de entenderse integrado en el debido proceso.»⁸¹

En el sistema regido por la Ley 600 de 2000, este deber se torna intenso si se considera que conforme al artículo 234, que prevé el principio de investigación integral, «el funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia».

Con todo, la Sala ha admitido que en ciertos casos, cuando quiera que la Fiscalía ha cumplido con el rol probatorio asignado, es viable aplicar el concepto de la carga dinámica de la prueba, según el cual, los medios de persuasión deben ser aportados por quien esté en mejor capacidad de hacerlo, dada la dificultad que en algunas oportunidades representa para el agente estatal abarcar el tema de prueba.

Sobre el particular, la Corte aseguró en pretérita oportunidad:

«No obstante, en atención al denominado concepto de la “carga dinámica de la prueba”⁸², cuando el Estado ha demostrado con idoneidad la responsabilidad del acusado como para sustentar una condena, cumpliendo así la carga probatoria necesaria, le

⁸⁰ “En el mismo sentido, consultar los artículos 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7 de la Ley 600 de 2000.”

⁸¹ “Auto del 12 de mayo de 2010, radicación 32.359.”

⁸² “Confrontar, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicación 31147”

corresponderá a la defensa, en sentido amplio, presentar otros elementos de juicio que desvirtúen tal posición cuando quiera que se busque controvertir la certeza para condenar o introducir la duda razonable que permitiera adoptar idéntica determinación.»⁸³

Es así que, como regla general, el órgano investigativo es el que debe probar con medios lícitos y legales que la persona acusada de participar en una conducta ilícita es responsable, para de esta manera desvirtuar la presunción de inocencia que precede cualquier imputación; pero excepcionalmente, entonces, es viable acudir a las cargas probatorias dinámicas.

Y aún si lo anterior no resultare suficientemente ilustrativo de la particular manera de proceder de los peritos que intervinieron el presente asunto, cabe precisar que en el informe rendido el 22 de marzo de 2016 a instancias de la Sala de Casación Penal de la Corte, se pone de presente el inaceptable yerro en que se incurrió al sumar los guarismos que establecían los montos a justificar por parte del acusado, pues esta vez ya no eran \$401.949.554.00 sino \$453.581.294.00.

De igual modo, sorprende a la Corte que el perito afirme la existencia de incremento patrimonial no justificado a partir de las consignaciones bancarias realizadas en las cuentas del acusado, cotejadas con los ingresos percibidos de la Fiscalía, pero al mismo tiempo niegue la posibilidad de tener en cuenta los retiros de dinero procedentes de pagos oficiales y su reintegro al sistema financiero en una cuenta distinta o el otorgamiento de créditos so pretexto de no poder realizar la trazabilidad de los recursos de un banco a otro al carecer de un documento soporte, cuya incorporación al proceso ni siquiera fue intentada por la Fiscalía ni por los investigadores que le sirvieron de apoyo en la fase instructiva.

⁸³ "Auto del 19 de mayo de 2010. radicación 33.567."

Dijo el perito en el informe rendido el 21 de noviembre de 2016 cuando, ya en el juicio, la Sala de Casación Penal de la Corte le solicitó elaborar *“una nueva experticia sobre el análisis patrimonial del acusado OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, desde su ingreso a la Fiscalía hasta la fecha de dejación del cargo y un año después, teniendo para tal efecto, acceso a las pruebas, hojas de vida, registro de bienes y los soportes documentales recopilados a lo largo de la instrucción”*, lo siguiente:

“Es necesario advertir que el presente análisis, por disposición judicial, se basa exclusivamente en los documentos obrantes en el expediente por lo que obliga puntualizar que en cuanto tiene que ver al patrimonio se realizará sobre las declaraciones de renta presentadas por el investigado para las vigencias fiscales 2002 a 2008 (se destaca).

Sin otras fuentes de información como hubiesen sido las declaraciones de bienes y rentas anuales presentadas por disposición de la Función Pública, información exógena de la DIAN, entre otras consultas, no es posible establecer la composición detallada del patrimonio del investigado para cada año, excepto para la vigencia 2004 que se registra la matrícula del vehículo Toyota Prado placa BNU640. Por tanto el análisis se reduce a las declaraciones tributarias presentadas en su momento por el señor HERNÁNDEZ CASTRO, que sólo indicarán las variaciones, pero que en últimas no dejan conocer la raíz de las mismas.

En ese orden de ideas, se trata de observar si los incrementos de patrimonio que se presenten de vigencia a vigencia están acorde a los ingresos declarados en los mismos períodos, para lo que se ilustra el cuadro No. 1 en la página siguiente.

De dicho procedimiento se determina que el incremento patrimonial presentado por el investigado por el período 2002-2008 se encuentra justificado en sus ingresos percibidos y declarados.

El resultado positivo observado en la fila titulada “diferencia incremento patrimonial vs renta generada” explica que sus ingresos fueron significativamente superiores a los incrementos patrimoniales presentados”.

(...)

“DE LAS TRANSFERENCIAS: Dentro del presente estudio se han visualizado y tenido en cuenta solo las transferencias entre cuentas del investigado que se evidenciaron como tales en los documentos examinados, esto es que sean expresas, claras y documentalmente soportadas.

Respecto al comportamiento citado por la defensa concerniente a la re consignación sistemática de recursos en diferentes cuentas, es pertinente aclarar que, en cuanto a depósitos realizados en efectivo no es posible tenerlos en cuenta como multiplicadores al no lograrse realizar la trazabilidad del dinero de un banco a otro o de una cuenta a otra en cuanto se carece de un documento que ofrezca la objetividad que demanda este análisis contable, no corresponde al perito hacer presunciones y evaluar hechos subjetivos o supuestos pues le está vedado hacer juicios de valor (se destaca).

(...)

Como se logra observar desde la vigencia 2009 a la vigencia 2009 se presenta la segunda posibilidad, es decir que el investigado presenta exceso de recursos consignados por encima de los ingresos percibidos, diferencia que requiere ser justificada objetivamente”.

Varios comentarios le merecen a la Sala estas consideraciones:

En primer lugar, no se logra entender cómo pese a que se descuentan las devoluciones y anulación de retiros, se deja de tomar en cuenta los créditos otorgados por entidades financieras o cooperativas que no fueron consignados directamente en las cuentas, pero que, como es apenas obvio, constituyeron recursos económicos de los cuales el beneficiario podía disponer, siendo esto lo más importante dado que significaba un aumento de dinero que ingresó a sus arcas.

Tampoco se entiende cómo es que el perito no realizó una trazabilidad de estos dineros y de los abonos en cuenta por concepto de ingresos laborales, so pretexto de no contar con documento que acreditara que eran los mismos recursos, cuando, como ha sido visto, no se trataba de una auditoría financiera a un ente económico obligado a llevar contabilidad o

dejar registro de sus operaciones bancarias, sino de un análisis patrimonial para establecer si hubo o no aumento injustificado de dineros en los indicados periodos a partir de haber declarado establecido el origen oficial de los recursos.

Más llamativa se ofrece la advertencia de que al perito no le corresponde hacer presunciones y evaluar hechos subjetivos o supuestos pues le está vedado hacer juicios de valor, pero más adelante dice hacer claridad sobre una situación que podría hacer más gravosa la condición del procesado en cuanto tiene que ver con la cuenta de Davivienda abierta el 18 de abril de 2005 y de la cual sólo se cuenta con los extractos a partir del mes de agosto de 2007, pese a que esa cuenta en el período 2005-2007 tuvo un movimiento considerable *“si se tiene en cuenta el documento aportado por el mismo investigado en su injurada”*.

El documento a que se refiere el perito, corresponde a un extracto del mes de noviembre de 2005, de modo que no se logra entender cómo si no se cuenta con la documentación completa, se puede llegar a una tal conclusión.

De igual modo, no se requiere contar con encumbrados conocimientos contables, para advertir el contrasentido que implica concluir que *«los incrementos patrimoniales presentados por OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO en las vigencias 2002 a 2008 de las cuales se tuvo documentación disponible se encuentran justificados en la capitalización de rentas generadas en las mismas vigencias»*, y afirmar a renglón seguido que *«De acuerdo a los parámetros y procedimiento adoptado en este análisis el investigado presenta exceso de recursos consignado por encima de los ingresos percibidos, diferencia que requiere ser justificada objetivamente»*, máxime si ya está visto que no se

contó con una información bancaria completa, no se llevó a cabo una trazabilidad de los recursos disponibles, se dejaron de tener en cuenta los dineros provenientes de créditos bancarios, los pagos oficiales de nómina y el retiro de cesantías por no aparecer directamente consignados en las cuentas bancarias, lo cual, a criterio de la Sala, constituye un despropósito de cara al objeto y fines del proceso:

“Como se ha venido citando en el transcurrir de este estudio estos recursos de crédito y retiro de cesantías no fueron tenidos en cuenta dentro de la depuración de los ingresos consignados por la sencilla razón que ninguno de ellos aparece consignado en ninguna cuenta bancaria, habida cuenta que por práctica financiera y contable estos desembolsos se ejecutan por medio de giro de cheque o transferencia bancaria, no se desconoce con esta observación la real utilización de los recursos por parte del investigado en sus proyectos, pero no se avalan como recursos consignados por la explicación ya dada, reitero no hay soporte que permita la trazabilidad y corresponsalía del dinero de la Cooperativa o Administradora de cesantías al banco”.

Más inaceptable resulta para la Sala el hecho de que ninguno de los peritos acreditó su idoneidad y experiencia para rendir este tipo de experticias, en cuanto todos omitieron presentar dicha información, con lo cual no lograron cosa distinta a impedirle a la Sala evaluar dicho particular aspecto en orden a establecer el mérito persuasivo de la pericia rendida conforme lo establece el artículo 257 de la Ley 600 de 2000, máxime si ninguno de ellos fue convocado a comparecer en la audiencia pública a tenor de lo previsto en el artículo 256 ejusdem.

Lo cierto del caso, es que en el evento presente, la Fiscalía no realizó una investigación rigurosa en orden a desvirtuar la presunción de inocencia, y pese a que el acusado aportó suficientes elementos de juicio que podían orientar las

pesquisas en orden a acatar el principio de investigación integral, pretextando la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba, trasladó tal responsabilidad al acusado aún a sabiendas que el ente acusador podía acceder a la información requerida para cumplir a cabalidad el deber de llegar a la verdad de los acontecimientos materia de investigación.

Cabe señalar, de otra parte, en relación con las declaraciones de renta presentadas por el acusado durante su paso por la Fiscalía General de la Nación, después de afirmar el perito que cumplen lo establecido por el artículo 25 del Decreto 88 de 1988 que no exige acompañar soporte alguno, concluyó que el procesado *«NO PRESENTA INCREMENTO PATRIMONIAL POR JUSTIFICAR»*, como en igual sentido había sido indicado en el primer dictamen al señalar que *«la información tributaria analizada no refleja incremento patrimonial injustificado»*, lo cual resulta coherente con el hecho de que no aparece que la DIAN hubiese hecho requerimiento alguno sobre dicho particular.

No obstante, en lugar de proceder diligentemente, la Fiscalía se conformó con la pobre documentación recaudada durante la etapa de instrucción, a tal punto de no llevar a cabo actividad investigativa alguna en orden a confirmar o desvirtuar las afirmaciones hechas por el procesado en su indagatoria; menos para establecer la evolución patrimonial de éste durante su desempeño como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior.

Fue tanta la desidia investigativa, que ni siquiera allegó la declaración de bienes y rentas que la ley exige presentar de manera periódica a todo funcionario público, la cual, en este caso particular, hubiera sido útil para orientar la investigación pues eventualmente habría permitido comparar el patrimonio que el procesado poseía al momento de su ingreso al servicio público, con el que tenía cuando fue desvinculado del cargo.

Qué no decir de la omisión de establecer la evolución patrimonial de la esposa e hijos del acusado. Al no hacerlo, le impidió al ente acusador determinar si el doctor Hernández contaba o no con los recursos que consideró carentes de justificación durante los años 2004, 2005 y 2006.

Recuérdese que el perito de la Fiscalía manifestó que el Banco Davivienda no suministró extractos sino a partir del año 2007, respecto de lo cual ninguna labor pesquisidora fue llevada a cabo en orden a completar el recaudo de la información financiera requerida para elaborar un dictamen pericial de manera completa como hubiese sido lo correcto, limitándose a sugerir que de haberse allegado el monto del acrecimiento patrimonial pendiente de justificación habría sido mayor.

Lo cierto del caso, es que la suma de \$453.581.294 presentada como carente de justificación por parte del procesado y en la que se fundó la vinculación jurídica mediante indagatoria y posteriormente la acusación proferida en contra del doctor OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO, paulatinamente ha venido encontrando algún tipo de explicación, aunque de

manera incompleta, pero no gracias a la diligente gestión pesquisidora de parte de la Fiscalía, ni siquiera a la acuciosidad de la defensa en brindar la claridad requerida en estos casos, sino al deber de la Corte de desentrañar la realidad de lo acontecido, labor que, necesario se ofrece decirlo, no solo le resultó dispendiosa sino supremamente dificultosa, debido a la precaria actividad investigativa.

Pero a la Corte no le resulta indiferente el tener que advertir que esta carencia investigativa no puede valorarse en contra del procesado, como lo hace el fiscal de la causa, quien le censura a HERNÁNDEZ CASTRO no haber colaborado con la investigación en orden a allegar los soportes de los movimientos financieros que se atribuyen como injustificados, cuando lo cierto del caso es que en el curso del proceso sí aportó información relevante respecto de los créditos otorgados por Juriscoop, Coopfiscalía, Citibank, Davivienda y Coosociales, entre otras entidades financieras, la cual debía ser corroborada o desvirtuada por el instructor y pese a tener el deber de hacerlo nada hizo al respecto; sin embargo, contra toda evidencia sostuvo que dichos créditos no podían ser tenidos en cuenta en los análisis patrimoniales efectuados por los peritos en tanto que ninguno de ellos se reflejaba en las consignaciones de cuenta bancaria alguna.

El desacierto no podía ser más ostensible, ya que no solamente se dejó de considerar la prueba de descargo aportada por la defensa, sino que, contra toda lógica, a la misma se le descartó pero a partir de la propia inactividad investigativa de la Fiscalía, sin percatarse que,

independientemente de la forma como el procesado hubiere hecho efectivos los recursos provenientes de créditos bancarios, lo cierto del caso es que los mismos pasaron a engrosar la cantidad de circulante del cual podía disponer libremente, sea para cubrir otras obligaciones, hacer inversiones, darlos en préstamo, o volver a consignarlos para posteriormente retirarlos, nada de lo cual fue objeto de corroboración o desvirtuación por la Fiscalía.

Se observa, que a más de no investigar lo relativo a las negociaciones con vehículos automotores *-para lo cual el procesado suministró incluso el nombre de un Magistrado del Tribunal de Cúcuta en cuyo local presuntamente se llevaron a cabo*, y las supuestas remesas de mercancía que al parecer le hacía a su cuñada residente en la ciudad de Fusagasugá, ninguna labor averiguadora se llevó a cabo en orden a allegar las copias de los cheques girados con ocasión de los préstamos de dinero realizados por las entidades crediticias al procesado para hacerle seguimiento a dichos recursos, como tampoco a las copias de los recibos de consignación y de los cheques depositados en las cuentas bancarias del acusado a fin de corroborar la procedencia de los dineros consignados, pese a que esto fue repetidamente sugerido por los peritos que realizaron los dictámenes. Nada de lo cual puede establecerse después de clausurado el debate propio de la audiencia pública.

Sobre el instituto en comento, la Sala de Casación Penal de la Corte⁸⁴ ha señalado:

⁸⁴ Cfr. Sentencia de casación. 24 de junio de 2009. Rad. 26909.

“Es que el axioma de in dubio pro reo, como concreción de la garantía de presunción de inocencia, se traduce en un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida, en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones, las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas de las categorías jurídico-sustanciales discutidas dentro del proceso penal.

“De ahí que en orden a la consolidación de éste instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en identificar las circunstancias de perplejidad, sino que, por el contrario, se debe proceder a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los contenidos probatorios de cargo tienen la capacidad de excluir de manera total o parcial a los descargos o a la inversa, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal.

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

Lo cierto del caso es que al no saberse con certeza si el procesado OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO durante su desempeño como Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cúcuta, o dentro de los dos años siguientes a la dejación del aludido cargo, incrementó injustificadamente su patrimonio a través de consignaciones en sus cuentas bancarias que no guardan proporción con los recursos percibidos en contraprestación a los servicios prestados al Estado, o si, por el contrario, tales movimientos

financieros obedecieron al simple efecto multiplicador de los recursos oficialmente percibidos, a la Corte no le cabe más alternativa que resolver las dudas a su favor y absolverlo por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, pues, como ha sido dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte en la providencia que párrafos arriba se evoca, *“ante la falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudirse al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en el vigente ordenamiento procesal penal en su artículo 7º (Ley 600 de 2000), para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible; de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria”*.

7.- Cuestiones finales

7.1.- En relación con las peticiones que a último momento la defensa presenta, relacionadas con la compulsación de copias para que se investigue al Director del CTI y a la Directora Seccional de Fiscalías, ambos de la ciudad de Cúcuta, y al Fiscal Delegado que formuló la acusación, y además que se solicite a la Fiscalía el reinicio del trámite en orden a la reincorporación del acusado a dicha entidad, advierte la Sala que no atenderá ninguna de ellas.

Lo primero, en razón a que no se evidencia manifiesta la realización de conducta punible alguna por parte de dichos servidores, a punto tal que la decisión que se advierte es por la presencia de dudas sobre la realización de la conducta punible y no por aparecer acreditado en grado de certeza que la misma

no existió, y lo segundo por cuanto la Sala carece de competencia para disponer la realización del trámite que el defensor reclama.

Lo anterior no obsta, para que si lo considera pertinente y bajo su exclusiva responsabilidad, realice las denuncias y solicitudes que estime procedentes acorde con las posibilidades que el ordenamiento le otorga, dejando en claro que a lo expuesto la Sala limitará su respuesta a estos puntos sin que estime necesario incluirlo en la parte resolutive por no formar parte de la sentencia que mediante este pronunciamiento se emite.

7.2.- Es de advertir, de otra parte que el artículo 191 de la Ley 600 de 2000 establece que el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.

Igualmente, el inciso tercero del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, por el cual se adiciona el artículo 186 de la Constitución Política, establece que contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia procede el recurso de apelación, cuya definición corresponde resolver a la Sala de Casación Penal.

En perfecta armonía con lo anterior, el artículo 3º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, modificadorio del artículo 235 de la Constitución Política, estipuló como una de las funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la de

resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia.

En este orden de ideas, contra esta determinación procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo⁸⁵.

Por lo expuesto, LA SALA ESPECIAL DE JUZGAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- ABSOLVER al acusado OSCAR HERNÁNDEZ CASTRO en razón del cargo por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, que le fuera formulado en el presente asunto.

2.- En firme esta determinación, queda sin vigencia la medida de aseguramiento impuesta durante el curso de proceso. Por la Secretaría de la Sala se procederá a cancelar las eventuales órdenes de captura emitidas y las cauciones que hubieren sido prestadas, así como a levantar la prohibición de salir del país y las medidas cautelares sobre bienes que se encuentren vigentes. Además, de ser el caso, comunicará lo aquí resuelto a las mismas autoridades a las que se les

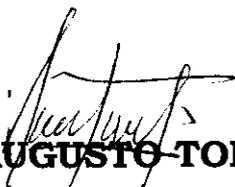
⁸⁵ El Art. 191 de la Ley 600 de 2000 establece que, salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia, y, según el Art., 193 ejusdem, el recurso de apelación contra la sentencia se concederá en el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de la autoridad que profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde cuando se emita la providencia que lo conceda hasta cuando regrese el expediente al Despacho de origen.

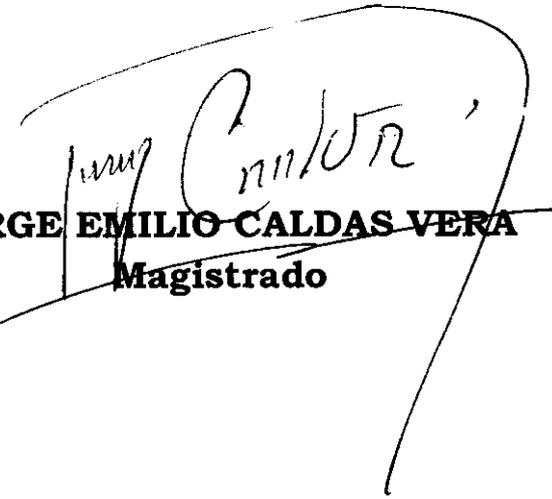
comunicó la medida de aseguramiento y el calificadorio del sumario.

3.- ARCHIVAR definitivamente el expediente, una vez en firme esta decisión.

4.- Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el efecto suspensivo.

Notifíquese y Cúmplase


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario