



Política, o al menos con el principio rector de aplicación prevalente relativo al restablecimiento del derecho, según el cual los funcionarios judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior, y se indemnicen los perjuicios, pues es claro que el delito -como fuente de obligaciones-, ni, por supuesto, sus efectos materiales, económicos y sociales, desaparecen por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

No se tuvo en cuenta, que la disposición aplicada al caso sin consideración al sistema a que pertenece, se ofrece excesivamente gravosa para los intereses particulares de los perjudicados con el delito, que ven frustradas sus expectativas y resultan sancionados a consecuencia de la inactividad del Estado.

Esto, si se considera que en el evento presente la parte civil ejerció la acción en oportunidad y acudió a uno de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para lograr el restablecimiento de su derecho.

Con la decisión mayoritariamente adoptada, no sólo se exonera, sin más, de toda responsabilidad civil a la persona que ha sido acusada, sino que deja a la afectada sin instrumentos para perseguirla, tan sólo por haber optado por pretender la indemnización dentro del proceso penal, y no por la vía civil donde la prescripción de la acción opera en términos mucho más amplios, se interrumpe con la notificación del auto



admisorio de la demanda y no hay lugar a declararla como consecuencia de la simple y llana inactividad del órgano judicial.

Y si bien no desconozco que el Tribunal Constitucional mediante Sentencia C-570 de 2003 declaró exequible el Artículo 98 de la Ley 599 de 2000, bajo el supuesto de que *“la medida de ligar el término de prescripción de la acción civil al de la acción penal, cuando la primera se ejerce en el marco de la segunda, es proporcional y ajustada a la exigencias propias del proceso penal y a las características que identifican al papel de la parte civil en las últimas diligencias”*, tampoco puedo pasar por alto que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pese a haberlo anunciado, desconoció que *“en cuanto hace a la acción civil, el objetivo de la prescripción es extinguir el derecho de reclamar judicialmente el crédito como consecuencia de la inactividad del acreedor en demandar el cumplimiento de la obligación”*.

De ahí que, con todo y el pronunciamiento de la Corte Constitucional en torno a la exequibilidad del precepto, considero que cuando el legislador precisa en el artículo 98 del Código Penal que *“la acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal”*, debe ser entendida en el sentido de que el juez penal no puede proferir el fallo civil correspondiente a la demanda de constitución de parte civil, y el afectado queda en libertad de reclamar los



perjuicios ante la jurisdicción civil mientras que la acción se encuentre vigente, pues, en palabras de la propia Corte Constitucional en la sentencia en comento, *“no sería razonable que el juez penal dictara la condena en perjuicios si la acción penal ya ha sido prescrita”*.

Lo contrario implicaría victimizar nuevamente al sujeto pasivo de la infracción penal por haber incurrido en el desacierto de acudir a la jurisdicción penal con la esperanza de que allí se produjera en un tiempo menor la reparación por el agravio recibido, frente a la opción de ir ante la jurisdicción civil, ya que a pesar de haber ejercido en tiempo el derecho de reclamar el pago por los perjuicios recibidos, la lentitud del aparato judicial en el trámite de su pretensión, le implicó perder el derecho frente al penalmente responsable, para obligarlo acudir al inicio de un proceso contencioso administrativo en contra del órgano judicial que frustró sus expectativas, nada de lo cual hubiera ocurrido de haber presentado la demanda ante la jurisdicción civil.

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado

Fecha ut supra.



Proceso No 36208

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE
AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
APROBADO ACTA No. 189-**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 9 de marzo de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, declaró penalmente responsable al doctor **Rafael Álvarez Espinel**, en su condición de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de esa ciudad, del delito de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y heterogéneo con falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, cohecho propio, falsedad ideológica en documento público y violación de datos personales. Le impuso 204 meses y 9 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, multa de



40.000 dólares¹, \$1.943.909 y 229.67 pesos y la pérdida del cargo público. Le negó la suspensión condicional en la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La Sala resuelve el recurso de apelación propuesto por el defensor del procesado.

I. HECHOS

(I) De los peculados por apropiación.

Primer proceso.

El 11 de mayo de 2009, a las 13:50 horas aproximadamente, en inmediaciones de la calle 44 con carrera 50 de la ciudad de Medellín, la policía incautó en un vehículo Chevrolet Aveo, 60.000 dólares, suma que el doctor Álvarez Espinal en su condición de Fiscal destacado ante el C.T.I., mediante orden verbal, dispuso que fueran recibidos por su asistente Johana Bojacá, quien los depositó en un compartimento ubicado al interior de la oficina del fiscal.

Dos días después, la funcionaria se percató que el paquete estaba roto, situación que de inmediato comunicó al procesado quien nada hizo por indagar sobre este asunto; sin embargo, al día siguiente cuando lo revisaron, se observó que se encontraba

¹ El Tribunal los tasó de esta forma para que sean actualizados sus valores por el Juez de Ejecución de Penas al momento de su cancelación.



empacado con una cinta nueva y que faltaban 1.500 billetes de 20 dólares.

Segundo proceso.

El 9 de abril de 2009, el doctor Álvarez Espinel, en cumplimiento de su función como Fiscal 148 ante el C.T.I., participó en un allanamiento en la calle 85 número 96 -25 de Medellín, diligencia en la que se le incautó a Luis Fernando Zapata la suma de \$1.160.000, dinero que junto con otros elementos ordenó trasladar a la oficina, informándole a los investigadores que los guardaría en la caja fuerte de la misma, sin invocar medida alguna. En el mes de septiembre del mismo año, sostuvo que los había devuelto a su propietario por intermedio de su abogada, quien en entrevista rendida, negó tal circunstancia.

Tercer proceso.

El 23 de abril de 2009, el doctor Álvarez Espinel, Fiscal ante el C.T.I., intervino en la diligencia de allanamiento al inmueble ubicado en la carrera 65 número 24- 76 de Medellín, en la que se incautó la suma de \$ 821.000, dineros que nunca fueron reportados, tampoco los relacionó en el acta de entrega, ni los entregó al Fiscal que iba a continuar la investigación. Al indagársele por el destino de los mismos, informó que los tenía en su poder y le solicitó al coordinador un número de cuenta para consignarlos.



Cuarto proceso. Falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público

El 9 de julio de 2009, en la diligencia de allanamiento y registro practicada al inmueble ubicado en la calle 36 D SUR número 27-D166, casa 134 del municipio de Envigado, se incautaron tres pagares; dos por valor de US3.114.000 dólares cada uno, suscritos por Isaac Mildenberg y el otro de US1.000.000 dólares, signado por Edward García, junto con otros documentos y armas de fuego, documentos que al día siguiente del operativo le fueron entregados a **Álvarez Espinel** por el investigador.

Posteriormente y ante el requerimiento efectuado por el funcionario del C.T.I. para que devolviera los elementos materiales probatorios para someterlos a cadena de custodia, se estableció que faltaban los tres pagarés.

Quinto proceso. Cohecho propio, falsedad ideológica en documento público y violación de datos personales

Tuvo lugar ante las labores investigativas ordenadas por la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, al interceptar el abonado telefónico perteneciente al doctor **Álvarez Espinel**. Se estableció que el 23 de noviembre de 2009, a las 2:45 p.m. recibió la llamada de un sujeto apodado “Juancho” quien le informó que su patrón, detenido en La Picota por secuestro, le solicitó que consiguiera toda la información posible respecto de Weimar Adolfo Acevedo Gómez a fin de



establecer la posible infidelidad de su mujer, a cambio de lo cual recibiría una “liguita”.

El procesado realizó búsqueda en la SIJUF, y por intermedio de una investigadora del C.T.I., libró oficios a Suramericana y a Tigo para indagar por los datos requeridos.

El 25 de noviembre se registra una nueva comunicación telefónica entre los mismos interlocutores, en la que el ex funcionario da cuenta del cumplimiento de la labor y que por ello le debían dar “*lo que considere*”.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

(i) Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 906 de 2004 y por razón de conexidad, se dispuso el adelantamiento de una sola investigación, por lo que el 3 de junio de 2010, el Juzgado 31 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, a instancia de la Fiscalía 6 Delegada ante el Tribunal Superior de la misma ciudad, legalizó la captura de **Rafael Álvarez Espinel**, le formuló imputación por los delitos de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y heterogéneo, con falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, cohecho propio, falsedad ideológica en documento público y violación de datos personales y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva².

² Folios 1 y ss carpeta 1.



(ii) El 6 de julio del mismo año se presentó el escrito de acusación³ y el 22 de julio siguiente⁴, se llevó a cabo la audiencia respectiva ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

(iii) Los días 12 y 19 de agosto de 2010, se celebró la audiencia preparatoria⁵ y en sesiones del 6 al 9, 14 al 16 y 21 a 23 de septiembre de 2010, tuvo lugar el juicio oral⁶.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín se reunieron las exigencias previstas en la Ley 906 de 2004 para condenar al doctor **Rafael Álvarez Espinel**, en estricta congruencia con la acusación. Sus argumentos se pueden sintetizar así:

(I) De los delitos de peculado por apropiación.

1. La condición de servidor público del acusado como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín destacado ante el C.T.I., fue debidamente acreditada.

2. Los hechos por los que fuera acusado el ex Fiscal **Álvarez Espinel**, guardan un *modus operandi* idéntico: impedir que los

³ Folios 1 a 41 carpeta 2.

⁴ Folios 58 y 59 carpeta 2.

⁵ Folios 81 a 88 ibidem.

⁶ Folios 120 y ss carpeta 2, carpetas 3, 4, 5 y 6 que contienen las pruebas presentadas en juicio.

dineros fueran sometidos a cadena de custodia⁷, obstruir la imposición de medidas judiciales, con total desconocimiento de los procedimientos establecidos por la ley, para la evidencia recogida en este tipo de actuaciones.

3. La prueba de responsabilidad en contra del acusado la construyó el *A quo*, así: frente al primer trámite, determinó que si bien no existió prueba directa de su responsabilidad, esto es, que aquél habría tomado parte de los dólares incautados, lo cierto es que confluieron distintos indicios serios de responsabilidad referidos a: i) los dineros fueron asegurados por orden del procesado en un compartimento de su oficina, cuando su trabajo finalizaba con la incautación; con tal propósito mintió sobre la existencia de una cuenta corriente para consignar las sumas incautadas, ii) el sitio que destinó para guardar el dinero era restringido a los funcionarios de su oficina, iii) el momento en que se manipuló el paquete y la cantidad de dinero extraído, permiten inferir que fue alguien con acceso directo a la oficina, iv) las únicas personas que pudieron entrar en contacto con el dinero eran Johana Bojacá y el acusado, la primera, que pese a los engaños asumió una conducta vertical y denunció lo sucedido, en tanto que el segundo, pese a su experiencia, dilató el conteo del dinero y suministró informaciones falsas acerca de su tenencia

4. En cuanto al segundo peculado, la prueba obrante le permitió establecer que el acusado contrariando el deber que le era exigible, le cambió la naturaleza al dinero, no lo custodió, no lo

⁷ Propósito que fácilmente conseguía al ostentar la calidad de superior funcional de quienes participaban en los distintos operativos.

reintegró por los procedimientos oficiales, negó su devolución aludiendo una investigación inexistente, por tanto se apropió de ellos, con independencia de que posteriormente haya pretendido reintegrarlos parcialmente.

Bajo éstos argumentos, el Tribunal desatendió la tesis de la defensa encaminada a sostener la existencia de un peculado de uso pues negarse a devolver el dinero alegando una inexistente investigación, “...revela su propósito de no reintegrarlo y con ello la evidencia del dolo apropiativo⁸”.

5. La responsabilidad del acusado en el tercer peculado, la estructura el Tribunal, bajo idénticos argumentos a los ya exhibidos, esto es, destacando la utilización de los dineros con fines privados, los que solo vino a devolver de manera irregular, cuando al abandonar su cargo, el Fiscal que lo reemplazó le reclamó sobre la suerte de los mismos; razones por las que desatendió la tesis defensiva en cuanto a la estructuración del peculado de uso al considerar que no concurren los elementos que exige el tipo penal, esto es, la voluntad de reintegro.

(II) La falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público⁹.

1. Destaca el Tribunal en términos de la acusación, que la modalidad en que se concretó la conducta fue por ocultamiento, pues las pruebas aportadas al proceso demuestran que los pagarés fueron entregados al Fiscal, y que los mismos estando a

⁸ Folio 125 cuaderno del Tribunal.

⁹ Artículo 286 del Código Penal.



su disposición, fueron retirados de la carpeta, impidiendo con ello su disponibilidad probatoria y su uso jurídico.

2. Es por ello, que para el *A quo*, no fueron de recibo los argumentos expuestos por la defensa, al invocar una presunta “trama” por parte de los investigadores, pues tal tesis se infirma con la misma versión de Álvarez Espinel al señalar que “*alguien le había pedido la carpeta o documentos para sacarle fotocopia*”, versión que califica de vaga e imprecisa, a más que es desmentida por los funcionarios del C.T.I.

3. Señaló el juez plural, que aunque la defensa presentó argumentos para desacreditar las versiones de los funcionarios del C.T.I, José Arley Vanegas Herrera, Jaime Alberto Rodríguez, Julián Alexander Zuluaga, y por ésta vía sembrar duda en relación con lo ocurrido, las pruebas demuestran con suficiencia que : *i)* el acusado fue el único que abusando del cargo se apoderó y evitó que los documentos entraran en cadena de custodia; *ii)* fue la última persona que los tuvo en su poder, y, *iii)* asumió una actitud pasiva -no obstante su responsabilidad- frente al extravío de los mismos.

(III) Cohecho propio, falsedad ideológica en documento público y violación de datos personales

El sustento probatorio en el que el Tribunal soportó el juicio de responsabilidad del ex funcionario, se concretó en las grabaciones realizadas a su abonado telefónico, dado su poder incriminatorio, cuyas transcripciones reposan en el proceso, así



como los oficios ordenados con ocasión de las mismas. Así se expresó:

1. El delito de cohecho propio: por aceptar promesa remuneratoria a cambio de: i) obtener la identificación y dirección de Weimar Adolfo Acevedo Gómez, ii) utilizar a los miembros de la SIJIN para identificar unos inmuebles, iii) indagar por la titularidad de un número telefónico, para lo cual ofició a TIGO y a Suramericana, y, iv) oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que se remitiera la tarjeta decadactilar del mismo personaje.

Considera el *A quo*, que tales actividades fueron contrarias a sus deberes oficiales, sin que se pueda admitir que actuó como particular, pues fue justamente en su posición de Fiscal que se le encomendó el encargo y por esta misma condición tuvo acceso a esa información privilegiada.

Desatendió la Sala de primera instancia, la circunstancia de mayor punibilidad imputada por la Fiscalía en la acusación y referida al obrar en coparticipación criminal, al considerar que por ser un delito bilateral se requiere la presencia de otra persona en la estructuración del mismo, sin que esa eventualidad, que es de la esencia del tipo penal, sea utilizada igualmente para agravar la conducta.

2. El delito de falsedad ideológica en documento público: lo encontró probado el Tribunal a través de la declaración de la funcionaria Carmen Helena Taborda Olarte, a quien el Fiscal

acusado le ordenó la elaboración de 2 oficios dirigidos a TIGO y a la EPS SURA¹⁰, en los que solicitaba información relacionada con Weimar Adolfo Acevedo Gómez, indicando que se requería para que obrara en la investigación que se adelantaba en su contra, indagación que resultó inexistente. A ello se suma la copia de las mencionadas comunicaciones y sus respuestas.

Aunque la defensa se apartó de la calificación otorgada al comportamiento, al considerar que el acusado no realizó los oficios sino que indujo en error a una servidora pública, para los falladores resulta inobjetable que **Álvarez Espinel** fue su autor jurídico y por tanto el responsable de las faltas a la verdad que fueron confeccionadas por una funcionaria engañada por aquél.

Finalmente, pese a que fueron dos los documentos falsarios, en estricta congruencia con la acusación, descartó el concurso y asumió tal comportamiento como un delito unitario, prescindiendo, además de la agravante por el uso.

3. Frente al delito de violación de datos personales¹¹: en criterio del juez plural, quedó plenamente demostrado con las interceptaciones telefónicas, que el acusado ingresó en un sistema de información reservado para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y así obtuvo el número de cédula de Weimar Adolfo Acevedo Gómez, con el cual pudo acceder a

¹⁰ De Suramericana.

¹¹ ARTÍCULO 269F. VIOLACIÓN DE DATOS PERSONALES: El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.



información privada, violando de esta forma la seguridad informativa.

Con tal comportamiento Álvarez Espinel “*obtuvo y divulgó*” información confidencial de un particular, siendo su destinatario alias “*Juancho*”, quien a través de esta información consiguió su propósito, esto es, obtener los datos requeridos, para según sus propias palabras “*hacerle la vuelta*”.

Finalmente el Tribunal se abstuvo de imponer las agravantes contenidas en los numerales 5 y 7 del artículo 269H¹² del Código Penal, al considerar que el ánimo de obtener provecho ilícito afecta el *nom bis in idem*, por ser un elemento contenido en el tipo básico y la circunstancia de instrumentalizar a la investigadora que realizó los oficios quedó subsumida en la conducta de falsedad ideológica, toda vez que fue llamado en condición de autor mediato de tal comportamiento delictivo.

IV. LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

A cargo de la defensa:

(I) De los peculados por apropiación. Primer proceso:

i) No existe prueba directa acerca de la apropiación de los 30.000 dólares, por parte del acusado.

¹² ARTÍCULO 269H. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Las penas imponibles de acuerdo con los artículos descritos en este título, se aumentarán de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere (...) 5. Obteniendo provecho para sí o para un tercero (...)7. Utilizando como instrumento a un tercero de buena fe.



ii) No se sabe ni cuántos, ni cuáles fueron los indicios de naturaleza grave que consideró el Tribunal para demostrar el hecho indicado, pues aunque se anuncian hechos indicadores no se analizaron las inferencias lógicas necesarias para estructurar los indicios.

iii) En la sentencia se realizan afirmaciones especulativas sobre la apropiación de la mitad del dinero y la responsabilidad de su procurado.

iv) Concurren a favor de su defendido circunstancias que no fueron valoradas como que no fue quien hizo llegar el dinero a los compartimentos de su oficina; no tuvo contacto con el mismo, como tampoco se logró precisar el momento en que ocurrió la sustracción; dudas que han de ser resueltas a favor del procesado, por lo que reclama su absolución como lo dispone el inciso 2 del artículo 7 del Código de Procedimiento Penal¹³.

Segundo proceso:

i) Su representado no tenía animo apropiativo, y aunque las irregularidades que cometió con la evidencia, llevarían a concluir una actuación descuidada, o que utilizó el dinero con fines personales, lo cierto es que el hecho de no legalizarlo, es demostrativo de que quería devolverlo.

¹³ ARTÍCULO 7o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.



ii) El dinero no se reembolsó en la primera oportunidad cronológica sino en el momento en que el Fiscal consideró que debía reintegrarlo; por tanto, no existe contradicción alguna acerca del momento en que se le entregó a la abogada, resultando meramente especulativo que se cuestione que la entrega ocurrió en un pasillo, sin que exista fundamento para que el Tribunal concluya que lo que debió ser público se convirtió en secreto, privado, informal y engañoso, por lo que invoca su absolución.

Tercer proceso.

Desde su incautación, no se advierte el ánimo de apropiación y aunque no se desconoce lo irregular del procedimiento al haberse negado en un primer momento su entrega, lo cierto es que un año después cuando el propietario se presenta nuevamente a reclamarlo ante el nuevo Fiscal, el acusado inmediatamente procede a devolver la suma de dinero que en su momento fue incautada, y por ello invoca su absolución.

(II) Falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documentos públicos:

i) Reseña que para el Tribunal fue relevante que el funcionario investigador no recuerde si fueron 11 o 15 los folios entregados al acusado, si resultó de suma importancia que su representado no recuerde a quien le permitió fotocopiar tales documentos.

ii) La defensa no tolera que se tengan como hechos demostrados y probados que un abogado que estuvo en el allanamiento se presentó y fue atendido por su representado, cuando aquel no estaba siquiera en la ciudad; adicional a ello, que se acepte como prueba un testigo de referencia, pues para afianzar el juicio de responsabilidad en contra de **Álvarez Espinel** se admiten los dichos indirectos de José Arley Vanegas Herrera y Luis Eduardo Hernández¹⁴.

iii) Se desconocen cuántos y cuáles fueron los indicios de naturaleza grave para demostrar la responsabilidad del procesado, motivo por el cual se invoca su absolución.

(III) Cohecho propio:

Tras extensas citas doctrinarias, considera la defensa que la actuación del acusado no se subsume dentro de este tipo penal, por cuanto la conducta realizada por el Fiscal no puede entenderse como un acto propio de su competencia, a menos que dentro de sus funciones pueda actuar por fuera del marco legal; en tales condiciones si actúa por fuera de su competencia lo hace como particular y por tal razón su comportamiento resulta atípico.

(IV) Falsedad ideológica en documento público:

i) No hay lugar a la estructuración del tipo penal enrostrado pues una cosa es que en el ejercicio del cargo ejecute actos que

¹⁴ Funcionarios del C.T.I.



hacen parte de su competencia y otra muy distinta, que realice conductas por fuera de su ejercicio funcional, caso en el cual solo debe responder por el delito de obtención de documento público falso.

ii) Cuando el acusado indujo en error a la asistente para que consignara en los oficios manifestaciones contrarias a la realidad, no estaba en el ejercicio de sus funciones y por *"muy fiscal que sea, no está extendiendo documento público¹⁵"*; en estas condiciones, utilizó a una funcionaria como instrumento para que realizara los oficios, siendo esta una competencia exclusiva de aquella por eso se le debe reprochar su autoría mediata pero en la obtención del documento público.

(V) Violación de datos personales:

i) La conducta resulta atípica pues si se censura al acusado el haber accedido al número de la cédula de Weimar Adolfo Acevedo Gómez, aquella es una facultad que la ley le otorgaba para acceder a las bases de datos de la policía judicial.

ii) La información con la que cuenta el FOSYGA no es privada; igual, tampoco se logró demostrar que la suministrada por SURAMERICANA Y TIGO haya llegado a conocimiento del procesado, para que pueda predicarse que aquél se la entregó a alias "Juancho".

¹⁵ Folio 244 carpeta 7.

Finalmente, y luego de anunciar su inconformidad con las razones del Tribunal para negar los mecanismos sustitutivos de la pena tras advertir que ello es competencia de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad¹⁶, estima que la pena de multa impuesta no podía ser objeto del incremento de la Ley 890 de 2004, pues el legislador no se refirió al aumento de la misma y siendo ello así, al disponer su aumento, se desconoce el principio de legalidad¹⁷.

Los traslados

La Sala en aras de evitar inútiles repeticiones, destaca que tanto el representante del Ministerio Público como la Fiscalía, demandan la confirmación de la decisión discutida; sin embargo, se impone aclarar que el representante del ente acusador demandó la declaratoria de desierto del recurso frente a dos de los cargos de peculado por apropiación, así como la reducción de la multa respecto de los peculados, tras considerar que imponer la agravante contemplada en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004¹⁸, es realizar una interpretación extensiva y permitir una analogía que quebranta el principio de legalidad.

CONSIDERACIONES

I. La competencia.

¹⁶ Sobre este específico punto no presentó ningún argumento para refutar la actuación del Tribunal, simplemente manifestó su extrañeza.

¹⁷ Con tal postura coadyuva la tesis del Magistrado que salvo el voto en este punto.

¹⁸ Esto es agravarla en 1/3 parte.



1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a **Rafael Álvarez Espinel** por el delito de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y heterogéneo, con falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, cohecho propio, falsedad ideológica en documento público y violación de datos personales.

2. También oportuno es señalar, que esta intervención se circunscribe a los motivos de disenso expuestos por el apelante frente al fallo, más aquellos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, no pudiendo el superior agravar la sanción impuesta en la sentencia condenatoria, en ningún caso, por la condición de apelante único.

3. Como metodología, la Sala, abordará las censuras relacionadas con cada uno de los delitos.

1. Peculados por apropiación

Así lo define el Código Penal:

ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus

funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado 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 por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Es considerado un ilícito de resultado, eminentemente doloso cuya descripción típica tiene la siguiente estructura básica:

i) Tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor; ii) el bien jurídico tutelado por el legislador es la administración pública; iii) Que se abuse del cargo o de la función apropiándose o permitiendo que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones¹⁹.

¹⁹ La relación entre el funcionario (sujeto activo) y los bienes oficiales no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté atada al ejercicio de un deber funcional



De la apropiación de los 30.000 dólares.

La Sala encontró, como hechos probados, los siguientes:

- 1) Que el 11 de mayo de 2009, el para entonces Fiscal 148 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín, destacado ante el C.T.I., **Rafael Álvarez Espinel**, participó en la diligencia de allanamiento en la que se incautaron 60.000 dólares, dinero que después de ser cuantificado no permitió que fuera puesto en cadena de custodia, sino que ordenó su traslado en forma irregular a su oficina.
- 2) El 12 de mayo, el acusado solicitó el acompañamiento de Blanca Patricia Bedoya, única funcionaria con experiencia de su despacho, para que le asistiera a una diligencia de allanamiento (actuación inusual), en el mismo momento en que se iba a recibir el dinero en su oficina, con lo que se facilitó que fuera una funcionaria sin experiencia (Johana Bojacá) la que en forma irregular y siguiendo sus instrucciones telefónicas recibiera la evidencia.
- 3) Ante los funcionarios que llevaron la evidencia, el acusado mintió sobre las razones por las que no se consignaba el dinero incautado, pues advirtió que su despacho no contaba con una cuenta en la que pudieran ser consignados, cuando lo cierto es que sí existía una en el Banco Agrario.



4) Las únicas personas que tenían llave de acceso al compartimento donde fue guardado el dinero eran la señora Johana Bojacá²⁰ y el señor Fiscal acusado.

5) El 13 de mayo siguiente, ante una amenaza de evacuación, la señora Johana Bojacá, se percató de que el paquete fue manipulado, dando aviso del suceso al acusado quien guardó silencio sobre tal circunstancia.

6) Ese mismo día y después de realizar otras diligencias, el Fiscal autorizó a la investigadora Blanca Patricia Bedoya para que se fuera a su casa a las 4.30 de la tarde, quedando solo en la oficina pues Johana Bojacá no se encontraba dentro de las instalaciones; posteriormente cuando la señora Bojacá ingresó a la oficina, observó el maletín del Fiscal, quien al verla regresar, extrañamente ofreció llevarla de inmediato a su casa.

7) El 14 de mayo, Johana Bojacá se percató de que el maletín del fiscal no estaba, por lo cual supuso que él había regresado, sin embargo ante su angustia por la manipulación del paquete y la falta de atención del Fiscal le comunicó lo sucedido a Andrés Calle, Jefe de la Sección Investigativa del Cuerpo Técnico de Investigaciones.

8) En horas de la tarde de ese mismo día, la señora Bojacá le insistió al acusado para que revisaran el paquete, y al hacerlo se advierte que se encuentra nuevamente empacado, pero que ha mermado su contenido, y aunque las funcionarias del despacho

²⁰ Funcionaria inexperta y recién nombrada en esa dependencia.



insisten en que se realice el conteo del dinero, el Fiscal se muestra evasivo y pretende retirarse del lugar o posponer su verificación para el día siguiente, a lo que se opuso la señora Blanca Patricia Bedoya, quien al realizar el conteo advierte que había sido sustraída la mitad, esto es, 30.000 dólares.

9) Al ser interrogado el Fiscal acusado por las razones que lo llevaron a ordenar que el dinero fuera trasladado a su oficina, no brindó ninguna respuesta al Director Seccional de Fiscalías.

10) En relación con los anteriores hechos, lo primero que se impone es recordar que el indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica.

11) Al afirmar la defensa que aunque el Tribunal anuncia hechos indicadores pero no se ocupó de las inferencias lógicas, incurre en relevantes contradicciones, pues es precisamente de ahí, de los hechos indicadores, de donde edificaron las distintas inferencias que lo llevaron a concluir el juicio de responsabilidad. Veamos:

El indicio de mentira: el fiscal faltó a la verdad para que los dineros fueran llevados a su oficina alegando que no había una

cuenta para depositarlos, cuando lo cierto es que existía una en el Banco Agrario.

El indicio de la oportunidad: con el traslado de los dineros a su despacho y la apropiación de una suma exacta, se colige que quien la sustrajo tuvo el tiempo y la oportunidad de contar el dinero, maniobrar el paquete y después tapanlo con cintas que no correspondían a las que inicialmente fueron adheridas con la evidencia. Ello permite inferir que fue alguien que tenía acceso a la oficina, detalle que resulta relevante si se tiene en cuenta que el acusado para la época de los hechos, procuró quedarse solo en la oficina, despachando de manera insólita a las funcionarias del despacho.

El indicio de la clandestinidad: con su inicial silencio y la actitud pasiva que asumió para tomar medidas tales como, revisar el paquete una vez se constató su manipulación o poner de inmediato en conocimiento lo sucedido a sus superiores.²¹.

El indicio de la mala justificación: al no brindar una respuesta razonable a sus superiores frente a las inconsistencias en el procedimiento adelantado con tales sumas de dinero, lo que a la postre facilitó su desaparición.

12. Frente a este panorama, no surge como especulativa la conclusión a la que llegó el Tribunal, pues si se tiene en cuenta, no solo la cantidad exacta de dinero substraído, y se le adicionan

²¹ Sentencia del 4 de mayo de 2006, radicado 22328, la Sala ha reconocido la existencia de este indicio.

los indicios estructurados, y veladamente olvidados por el recurrente, se demuestra fehacientemente el recorrido antijurídico realizado por el sentenciado y su responsabilidad en la apropiación del dinero.

13. Por tanto, ni en una interpretación benévola se podría especular sobre la posibilidad de duda probatoria como la que se invoca, pues la multiplicidad de pruebas en contra del acusado eliminan la incertidumbre por la que se aboga.

***La apropiación de \$1.160.000 y 821.000 pesos,
incautados en dos allanamientos.***

1. Los ataques de la defensa al fallo del Tribunal en estos dos peculados los hace consistir en que: i) los procedimientos irregulares al legalizar el dinero no demuestran su intención de apoderarse de las sumas incautadas, ii) pese al tiempo que transcurrió desde la confiscación²² los dineros fueron devueltos, por tanto, no existió ánimo apropiativo y en consecuencia las conductas se revelan atípicas.

2. No le asiste razón al profesional del derecho, toda vez que los comportamientos de su representado se adecuan a las prescripciones del delito de peculado por apropiación por los que se le sentenció en primera instancia; y no podría ser de otro modo, porque antes que edificarse la atipicidad, lo que se

²² En el primer caso la doctora Zulay Andrea Rico Arboleda, apoderada de Luis Fernando Zapata, dueño de la suma incautada, sostuvo en forma confusa que parte del dinero le fue devuelto por el acusado en una audiencia de la que no precisó la fecha y por ello le fueron expedidas copias ante la Fiscalía General de la Nación. En el segundo caso, el reintegro del dinero se dio un año después de incautado.



prueba es la estirpe dolosa en la apropiación de los dineros, conductas que atentaron contra la administración pública, lo cual se verifica al estudiar las pruebas:

i) El acusado tenía la condición de servidor público y actuó en las dos diligencias; ii) los dineros fueron recibidos por él, luego era el custodio de tales peculios; iii) Impidió la legalización de las evidencias y su sometimiento a cadena de custodia, sin que los hubiera consignado en las cuentas oficiales; iv) el registro sobre la devolución de parte de las sumas incautadas ocurrió pasados varios meses, ante el requerimiento que le hicieran los Fiscales a cuyo cargo quedaron los procesos y bajo procedimientos no oficiales.

3. Por el contrario un proceder adecuado le imponía: i) someter el dinero a cadena de custodia; ii) consignarlo; iii) registrar el depósito judicial; iv) de ser procedente adelantar la correspondiente investigación y/o devolver el dinero si correspondía a sus titulares, nada de lo cual realizó.

4. Por ello, no se puede hablar de la inexistencia del ánimo de apropiación, o de eventuales conductas negligentes, que a la postre desencadenaron en los procedimientos irregulares como lo sugiere la defensa, pues una tal forma de proceder supone una omisión a los deberes de cuidado, un dejar hacer, que no fue lo que ocurrió en estos eventos en los que el procesado claramente planeó todo un camino criminal, que paso a paso fue cumpliendo prevalido de su condición de servidor público, tratando de justificar los pormenores de sus acciones ilícitas y devolviendo



parte de las sumas de dinero apropiadas²³ meses después y solo ante el requerimiento de sus compañeros, cuando quedaba en evidencia su ánimo apropiativo.

5. Por tanto, no constituyen hechos aislados los comportamientos del ex Fiscal, pues fueron múltiples las circunstancias, que sumadas y valoradas en su integridad, permiten establecer que el doctor **Álvarez Espinel**, se apropió de los dineros mediante actos y manifestaciones externas dirigidas inequívocamente a su consumación y que estructuran el juicio de responsabilidad penal.

6. Dígase además que en punto de la faz subjetiva de estas conductas, que a partir de la sólida experiencia del procesado como servidor público en la Fiscalía, debió saber que todas las sumas de dinero incautadas en cualquier diligencia de carácter judicial debían ser sometidas a procedimientos especiales para garantizar su custodia, sin que resulte atendible argüir que se trató meras irregularidades, pues lo que se exhibe es su desapego a la rectitud del comportamiento que debía observar como servidor público y su pretensión de alcanzar toda suerte de beneficios indebidos, en circunstancias demostrativas de su actuar eminentemente doloso, sin que se perciba la concurrencia de ninguna casual excluyente de responsabilidad.

En éstas condiciones y por los argumentos expuestos es que la Corte imparte confirmación a la decisión apelada por razón de los 3 peculados por los que fue condenado.

²³ En el caso del \$ 1.160.000 la abogada que dijo haber recibido el dinero solo reconoció que le había devuelto \$ 1.000.000; en el segundo evento devolvió la misma suma incautada a su propietario.

(II) Destrucción, supresión u ocultamiento de documentos públicos.

1. El artículo 292 del Código Penal define este delito, así:

ARTICULO 292. DESTRUCCION, SUPRESION U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PUBLICO: El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si se tratare de documento constitutivo de pieza procesal de carácter judicial, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Significa lo anterior que para para su estructuración se requiere que el agente, destruya, suprima u oculte el documento que pueda servir de prueba sin que se exija la demostración de la finalidad específica perseguida con la ejecución de la conducta.

2. El pedido de absolución de la defensa surge de cuestionar las pruebas valoradas y los indicios que permitieron edificar su responsabilidad, por el ocultamiento de unos pagarés que fueron encontrados en una diligencia de allanamiento practicada el 9 de julio de 2009 en la ciudad de Medellín.

3. Frente a este proceso, la Sala encontró, como hechos probados, los siguientes:

(I) En la diligencia de allanamiento practicada el 9 de julio de 2009 en el municipio de Envigado²⁴, Álvarez Espinel fungió como Fiscal comisionado para la legalización de las órdenes.

(II) En la referida actuación, además de armas de fuego fueron incautados 3 pagarés, los que hicieron parte de la documentación de 15 folios, diligencia que culminó a las 10:30 de la noche.

(III) Al día siguiente el acusado, alegando el posible vencimiento de términos, requirió al funcionario investigador para que le entregara los elementos materiales probatorios recaudados, documentos que según le dijo, no debían ser sometidos a cadena de custodia por hacer parte de la carpeta y por tal razón le fueron entregados.

(IV) Momentos después, el funcionario investigador, le narró lo sucedido a su compañera, quien de inmediato le indicó que todos los documentos debían someterse a cadena de custodia, motivo por el cual pretendió requerir al Fiscal para que se los devolviera, sin embargo aquél ya había salido de la oficina.

(V) Ese mismo día el acusado acudió ante el Juzgado 17 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Medellín y

²⁴ Calle 36 D sur numero 27D-166.



legalizó el procedimiento, presentando tan solo 11 folios contentivos de los documentos.

(VI) El 13 de julio de 2009, cuando le devuelven al investigador los documentos, notó que los folios de los originales no coincidían con las copias y que en los primeros faltaban los 3 pagares incautados en la diligencia, por lo que al exhortar al acusado sobre el faltante, aquel le indicó que no recordaba quien le había pedido la carpeta para sacar fotocopias.

4. En relación con estos hechos convergen distintos indicios, de responsabilidad. Veamos:

(I) El indicio de mentira: el fiscal faltó a la verdad cuando le dijo al investigador que los documentos no requerían cadena de custodia y que los necesitaba de manera urgente ante el inminente vencimiento de términos.

(II) El indicio de la mala justificación: al ser indagado **Álvarez Espinel** por la suerte de los documentos, no brindó una explicación satisfactoria e intentó infructuosamente trasladar la responsabilidad en sus colaboradores, al señalar que uno de ellos le pidió la carpeta para sacar fotocopias, afirmación que fue claramente desmentida en juicio.

(III) El indicio de oportunidad: Los documentos le fueron entregados al Fiscal en 15 folios de los que previamente se sacaron fotocopias, sin embargo, en la audiencia de legalización



ante el juez de control de garantías, solo presentó 11, siendo el acusado la última persona que tuvo en sus manos los originales.

5. En esas condiciones, razonable es colegir la inequívoca intención del acusado de obtener los títulos valores que le fueron confiados, los que ha debido legalizar conforme a los procedimientos y someterlos a cadena de custodia.

6. Eso fue lo que con acierto jurídico sopesó el Tribunal para concluir que el doctor **Álvarez Espinel** deliberadamente ocultó los pagarés, que como piezas procesales tenían la connotación de documentos públicos, afectando con ello no sólo la confianza que el conglomerado social deposita en los documentos públicos con fuerza probatoria, sino también la adecuada marcha de la administración de justicia al truncar el desarrollo normal de una investigación.

7. Del contexto que se trae se desprende, no solo que fue en sus manos que desaparecieron los documentos, sino también y necesariamente, que fue el autor de la conducta delictiva investigada como que su extraño comportamiento apuntó siempre a evitar que los pagares encontrados fueran formalizados como evidencia procesal, lo que a la postre alcanzó con su ilegítimo proceder²⁵.

8. No se puede olvidar que en su intento por derruir la decisión de condena el recurrente funda múltiples aristas acerca de lo

²⁵ La Corte llama la atención en el sentido de resaltar que el delito por el cual se debió procesar era el que se contiene en el sistema de enjuiciamiento actual y no la mera falsedad.

que pudo suceder: i) que uno de los asistentes se los pidió para sacar fotocopias; ii) que es un *trama* de los investigadores del C.T.I., hipótesis que se quedan en el campo de la especulación al no tener algún soporte probatorio.

9. De allí que a los argumentos adicionales de la defensa, dirigidos a demeritar el juicio de reproche en contra de su asistido sobre la base de cuestionar aspectos contingentes de los que no se derivó la responsabilidad, tales como la presencia de un abogado en la oficina del fiscal, o el testimonio de José Arley Vanegas Herrera que califica como prueba de referencia, son argumentos sofisticos, por cuanto, la responsabilidad se derivó de la prueba anteriormente referida, sin que de los medios de conocimiento que cuestiona, además sin fundamento, se haya derivado en exclusiva, el juicio de responsabilidad.

Bajo estas consideraciones, y por razón de esta conducta punible, el fallo será confirmado.

El cohecho propio

1. El legislador así lo definió:

ARTICULO 405. COHECHO PROPIO. El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

*públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.
(Subraya fuera de texto)*

2. La censura se contrae a señalar que la actuación del ex fiscal, al aceptar bajo promesa remuneratoria, realizar una búsqueda selectiva de datos por fuera de su marco funcional, lo convierte en particular; por ello, al no actuar como servidor público, la conducta se revela atípica.

3. Al efecto baste señalar que la discusión en torno a la tipicidad del cohecho propio, se propone desde una lectura sesgada e insular del artículo 405 del Código Penal pues se fundamenta a partir de una premisa equivocada, esto es, que **Álvarez Espinel** cuando realizó las labores de búsqueda no desplegó ningún acto propio de su cargo, y por tanto, al actuar por fuera de sus competencias lo hizo como particular.

4. Esa interpretación artificiosa, exhibe el dislate de la defensa en su proposición, pues al desarrollar su argumentación, sesgadamente no se ocupó en analizar el segundo ingrediente normativo del tipo, esto es, *“ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales”*, siendo precisamente esta la modalidad delictiva que agotó el Fiscal con su comportamiento pues, bajo la promesa de un pago, accedió a las bases de datos para suministrarle a su interlocutor (*alias juancho*), información sobre una persona, lo que constituye sin lugar a dudas, un acto contrario a los deberes oficiales que se le imponían como fiscal.

5. La Corte, alrededor de los elementos estructurales del delito de *cohecho propio* imputado, encuentra, al igual que el Tribunal probada su tipicidad objetiva y subjetiva, del mismo modo que su carácter antijurídico y culpable, en cuanto aparece que, en ejercicio del cargo y sus funciones, aceptó promesa remuneratoria para desplegar actuaciones contrarias a sus deberes oficiales.

6. De allí que los actos ejecutados por el procesado desde su condición de fiscal no estuvieron signados por el interés objetivo y propio de la administración de justicia, sino alentados por la promesa de una “*liguita*” que una persona interesada en el resultado de la indagación, le instó a realizar y que paladinamente ejecutó.

7. Dígase entonces, que los argumentos de la defensa enderezados a sostener que cuando el procesado actuó contrariando sus deberes lo hizo como un particular, desconocen la verdad que revela la prueba y que demuestran la existencia de un compromiso o contubernio directo y voluntario entre el Fiscal y la parte interesada, orientado a la obtención de recíprocos beneficios personales, merced al cargo del procesado y la capacidad corruptora de “*juancho*”, cimentada en su poder económico, actuación que estructura el juicio de responsabilidad y que amerita por la Sala la confirmación de la condena.

Falsedad ideológica en documento público.

1. La conducta por la que se acusó al Fiscal,

ARTICULO 286. FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO. El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.

Este punible se estructura cuando el servidor público en ejercicio de sus funciones certifica como verdad aquello que en esencia no lo es, ya sea total o parcialmente, y lo consigna sobre un documento que pueda servir de prueba.

2. La crítica del estrado defensivo se circunscribe a resaltar, que la elaboración del oficio es una actuación ajena al rol del fiscal, luego su actuación solo se le puede imputar a título de autor mediato en el delito de obtención de documento público falso, consagrado en el artículo 288 del Código Penal²⁵, dado que no fue aquél quien confeccionó los documentos que se cuestionan.

Esta tesis, le permite invocar, la atipicidad de la conducta de falsedad ideológica en documento público, pues estima que el delito de obtención de documento público falso tipifica en forma autónoma el comportamiento enrostrado al acusado, que no fue otra que inducir en error por fuera de su ámbito de competencia a una funcionaria pública para que -esta sí- dentro de su rol, realizara dos oficios cuyo contenido era falso.

²⁵ ARTICULO 288. OBTENCION DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. El que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.



3. De entrada la Sala advierte el yerro en la propuesta, cuando lo que se pretende es estructurar un tipo penal distinto en relación con la conducta desplegada por el procesado, pues la hipótesis que insinúa el defensor, siempre se verá desplazada, si la persona que induce en error no es un particular cualquiera sino un funcionario que conoce de la falsedad y se vale de su investidura para lograr que otro la consigne en el documento; por manera tal, que la actuación del particular que se vale del funcionario, sólo entra en escena en defecto de la primera, esto es, cuando quien induce en error a un servidor público no tiene ninguna relación funcional con el documento espurio que se confecciona.

Desde luego en los eventos de falsedad ideológica en documento público la responsabilidad del autor o autores directos y materiales no ofrecen duda alguna, sin embargo, destaca la Sala, este tipo de infracciones no son de propia mano porque la ilicitud que caracteriza estas conductas no depende exclusivamente de la actividad personal del agente que las desarrolla.

En ello radica el error del recurrente al fundamentar su postura, pues no es posible excluir de este tipo de conductas, la coautoría o la autoría mediata pues la condición de autor se predica no solamente de quienes ejecutan concretamente la acción falsaria, sino también de aquellos que sin llevarla a cabo materialmente, por su condición funcional tienen el dominio sobre el hecho.



En el caso concreto, la sentencia condenó a **Álvarez Espinel**, porque sabiendo de la falsedad de la información, le ordenó a su asistente de criminalística realizar materialmente unos oficios para obtener unos datos sobre una persona que no era objeto de ninguna investigación, búsqueda que además dijo, hacia parte de una indagación que ninguna relación tenía con la información suministrada.

En consecuencia se tiene, que con independencia de quien haya sido la persona que ejecutó su orden, quien introdujo los datos falsos fue el acusado, luego solo él, fue el autor de la falsedad ideológica, pues la hipótesis de quien hace insertar información en un documento, contempla una autoría ajena por completo a la relación funcional que se predica en este evento.

Debe recordarse que el delito de falsedad ideológica, tipifica una falsedad "de contenido", pues el documento es formalmente auténtico y emitido por el funcionario competente para ello; en este evento, la competencia para solicitar información en la base de datos para que hiciera parte de las investigaciones penales, es propia del Fiscal (como funcionario del ente acusador, director de la investigación) y no de sus asistentes quienes como ejecutores materiales no tienen la facultad legal de indagar *motu proprio* en bases de datos, cualquier información sobre los particulares.

La Sala concluye que la premisa en la que se sustentó el reparo no guarda correspondencia con la realidad procesal, pues pretendió el defensor *-sin conseguirlo-* convertir al ex fiscal en

un particular, cuando como quedó demostrado reunía todas las calidades especiales exigidas por el tipo penal por el que fue condenado lo que torna impróspera su censura.

Violación de datos personales.

1. Conducta punible que se encuentra consagrada en el artículo 269F del Código Penal:

VIOLACIÓN DE DATOS PERSONALES. El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. La petición defensiva apunta a la absolución-, por ausencia de tipicidad al considerar que: i) el acusado sí estaba facultado por la ley para acceder a las bases de datos; ii) la información recogida no es privada, y, iii) no se probó que aquél la hubiera entregado.

Para la Corte, se ofrecen verdaderamente precarios los argumentos del recurrente lo que de entrada anuncia su desatención.

3. A través de la Ley 1273 de 2009, el legislador estableció un nuevo bien jurídico “de la protección de la información y de los datos”



encaminado a que *“se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones...”*.

4. El artículo 269F *“violación de datos personales”*, en su aspecto típico contiene un elemento subjetivo que se concreta en la intención de quien indebidamente obtiene el dato, de perseguir un provecho para sí o un tercero, y como elemento normativo, la condición de que el autor no se encuentre autorizado para acceder a la información.

5. El argumento central de la defensa consiste en que el Fiscal se encontraba autorizado para acceder a las bases de datos de la Policía Judicial, por lo que en consecuencia la conducta resulta atípica.

6. Para la Sala, la propuesta defensiva no es de recibo, por cuanto olvida el recurrente, que el procesado podía acceder a información privilegiada en las bases de datos, siempre que su actuación estuviera guiada por un interés funcional por cusa del debido proceso.

7. Tan cierto resulta ello que el Fiscal se inventó la existencia de un proceso para procurar la información y de esa forma disfrazar su actividad investigativa, pues tal y como lo dispone el artículo 212 de la Ley 906 de 2004, ese acceso es permitido, en aquellos casos en que se cumplan labores de control de policía judicial, lo que aquí no ocurrió, luego en estas condiciones **Álvarez Espinel** no se encontraba facultado para ello.

8. Dígase además, que la tesis invocada en cuanto a que la información del FOSYGA no es privada, y que igual no se demostró que el acusado hubiera obtenido la información y que éste se la hubiera transmitido a alias “*juancho*”, son argumentos verdaderamente deleznable, y ameritan dos respuestas. **Una.** El delito de violación de datos personales no determina que la información obtenida tenga la connotación de privada, como tampoco que se acredite su transmisión. **Dos.** A través de las interceptaciones telefónicas correspondientes a los días 25²⁶, 26 de noviembre²⁷, y 1 de diciembre de 2009, en las que se registran los distintos diálogos sostenidos entre el procesado y alias “*juancho*”²⁸, se demuestra *contrario al pensamiento de la defensa*- que obtuvo la información requerida y que éste a su turno la transmitió a su interlocutor, quien a cambio le canceló \$ 200.000.

En estas condiciones, plenamente acreditada se encuentra su responsabilidad en la conducta enrostrada y por tanto la condena por este delito será ratificada.

²⁶ Apartes de la conversación sostenida el 25 de noviembre:

Rafael: Ah bueno por allá le dejé el datico ayer con virgen.

Juancho: Sí, sí, sí, mi Dios te pague, pero entonces venga y ese man? el hombrequito que?”

Rafael: Y entonces el hombre está vinculado con Suramericana. entonces estamos averiguando.

(...)

Rafael: Medicina y todo con ellos, entonces estamos averiguando.

(...)

Juancho: Y bueno ¿y que liguita le mandamos o que?

Rafael: No lo que usted considere hermano porque acuérdesese que esta gente apenas tengan esa otra parte lista, ya ellos saben donde son las casas y todo, usted vera...

²⁷ “Conversación del 26 de noviembre:

Juancho: Vaya que yo le hice una transferencia y reclama 200.000 mil pesitos pa’ que vaya y tome fresquito.

Rafael: A bueno. Entonces arrimo donde su señora?

Juancho: Sí se los reclama a virgen listo?

Rafael. Listo.

²⁸ Folios 177 a 183 carpeta 7: El Tribunal en su sentencia los transcribió la totalidad de las conversaciones.

La pena de multa

Sobre la glosa final, el impugnante lacónicamente alega vulnerado el principio de legalidad al incrementarse la pena de multa en los peculados, tras advertir que carece de fundamento el incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues el legislador no lo consagró de manera expresa; sobre este puntual aclara la Sala, que en relación con el carácter inmodificable de esta sanción se ha indicado:

“Referente a esta sanción pecuniaria se ratifica el parámetro jurisprudencial que haciendo énfasis en el principio de proporcionalidad indica que se deben atender los mismos criterios de ponderación seguidos para la sanción aflictiva de la libertad, además, porque la Corte desde la sentencia de 30 de enero de 2008 (Radicación 25818), al analizar la pena pecuniaria prevista en el artículo 133 del anterior Código Penal del delito de peculado por apropiación varió el anterior criterio de autoridad que consideraba tal sanción como pétrea o inmodificable, al destacar ahora que no equivale en todos los casos al valor de lo apropiado.”²⁹

El Tribunal entonces, no vulneró el principio de legalidad. Acudió sí, al criterio de proporcionalidad tal y como lo dispuso el legislador en relación con la pena no privativa de la libertad, esto es, incrementó la sanción de multa, atendiendo lo previsto en la Ley 890 de 2004 que aumentó las penas en una tercera parte, y la multa en este preciso evento lo es.

²⁹ Sentencia 25224 del 14 de octubre de 2009.



Con la referida interpretación se garantiza, de una parte, el principio de legalidad, pues se respetan los límites dispuestos por el legislador³⁰, y de otra, se materializa una consecuente política criminal que debe estar sujeta al principio de proporcionalidad entre el daño ocasionado y la pena impuesta.

De manera que las consideraciones anteriores llevan a colegir que el apelante y el fiscal como sujeto procesal no recurrente carecen de razón en su reparo, motivo por el cual la decisión será ratificada.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.


JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

³⁰ Que incrementó las penas previstas en los tipos penales de la parte especial del Código Penal.



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

