



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2007-25392
Procesado: Rafael León Restrepo Moreno
Delitos: Concusión, Revelación de secreto,
Constreñimiento ilegal y Abuso de
autoridad.
Asunto: Apelación de sentencia absolutoria.
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 023

Medellín, diez de febrero de dos mil diez

Hora: 4:30 p.m.

1. VISTOS

Escuchadas las alegaciones de las partes e intervinientes, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y el representante de las víctimas en contra de la sentencia absolutoria que puso fin a la primera instancia de este proceso.

2. LOS HECHOS

A raíz de que el 20 de noviembre de 2007 el señor *Rafael León Restrepo* fue capturado en el parque de Berrio de Medellín cuando esperaba a *Zulma Edith Zapata Restrepo*, quien recibía el aparente dinero de una concusión, se indagó sobre otros casos que llevaron estos investigadores y se pudo establecer que efectuaron en esta misma ciudad ese mismo año, una concusión continuada a *Martha Yolima Galeano Ramírez* por sumas que ascienden a \$ 500.000,

posteriormente \$ 5.000.000 y ulteriormente \$ 10.000.000 pues aunque pretendían obtener \$ 20.000.000 la aprehensión mencionada lo frustró. Igualmente, hicieron víctima de concusión a *Jennifer Chised Quiroz* por \$ 8.000.000 quien por virtud del dinero pagado exigió que se le mostraran las pruebas que supuestamente había en su contra en una indagación de homicidio, lo cual efectivamente hizo *Zulma Edith Zapata Restrepo* estando en compañía del procesado.

Así mismo, se le atribuyó al Sr. *Rafael León Restrepo* el que omitiera denunciar un secuestro del que habría sido víctima *Martha Yolima Galeano Ramírez* y de que determinara a *Jennifer Chised Quiroz* a constreñir a esta misma, como forma de obtener la distribución correcta de una herencia

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

La impugnación de la fiscalía se enfoca en tres aspectos; el primero, cuestiona la duda de la juzgadora sobre los delitos de revelación de secreto y abuso de autoridad por omisión de denuncia; el segundo objeta la absolución del acusado por los delitos de concusión y determinación para el constreñimiento ilegal y como tercer punto pretende demostrar la coautoría de *Rafael León Restrepo* por todos los delitos por los cuales fue acusado, puesto que coincide con la sentenciadora en que los delitos fueron cometidos, pero se distancia de la misma al considerar que la responsabilidad del procesado sí está acreditada.

3.1. Respecto a la omisión de denuncia, la fiscal apelante censura que la jueza omitió valorar la prueba, específicamente la declaración de la señora *Martha Yolima Galeano* (11:55), la que considera un medio directo de conocimiento del suceso, que se habría producido cuando ésta le contó de su secuestro a *Zulma Zapata*, quien estaba acompañada del acusado, por lo cual, a su juicio, sabía de lo

que estaban hablando y no obstante ello, omitió tomar cartas en el asunto. Sostiene que esta atestación merece credibilidad y es corroborada por el señor *Juan David Galeano*.

También, cuestiona el precario análisis que se habría hecho en la sentencia sobre la existencia del delito de revelación de secreto, del que daría cuenta *Jennifer Chised Quiroz* (32:30) cuando asevera que le fue entregado un informe de la investigación de un homicidio en el que se le consideraba indiciada, dicho que no habría podido desvirtuar la defensa. Critica a la juzgadora por no tener en cuenta la imputación que hace esta testigo, pese a que se trataría de una prueba directa cuyo valor no habría sido descartado. La fiscalía, entonces, sostiene que el procesado sabía que se entregaban documentos reservados a la indiciada de homicidio; que conocía la información contenida en dichos documentos y tenía el deber de salvaguardar el secreto que era plasmado en ese informe. Agrega que en estas circunstancias carece de importancia determinar quién hizo efectivamente la entrega material del informe a *Jennifer Chised Quiroz*, pues, a su juicio, lo importante es que se estaba revelando esa información y que el señor Rafael Restrepo la conocía pues había realizado también el informe.

Alega la fiscalía que está clara la responsabilidad del acusado en cada una de las concusiones, la que estaría demostrada con medios de acreditación de diverso tipo, esto es, directo e indirecto. La prueba directa estaría constituida por el testimonio de *Zulma Zapata*, quien admite que fue la autora material e igualmente que se trató de un plan diseñado con el señor *Rafael Restrepo Moreno* y no que éste la obligara en algún momento a realizar estas conductas punibles, como cree lo entendió la señora Juez.

Reprocha la fiscalía que la sentenciadora de primera instancia no le de credibilidad a la declaración de esta testigo a la luz de la sana crítica. Así, echa de menos un mejor análisis del testimonio de *Zulma Zapata*, despreciado porque habría declarado motivada por la

venganza ya que el acusado se casó con otra mujer, y además la jueza desestimó los indicios que impiden considerar que esta testigo falta a la verdad, aunque reconoce que la misma se habría sentido sola y traicionada.

En cuanto a este último punto, es decir, los indicios que la jueza no habría analizado, señala el de la oportunidad para delinquir, por ser el procesado también del C. T. I. y estar presente en el lugar de los hechos; el de capacidad para delinquir; el de conducta posterior, deducido de que el acusado *Rafael Restrepo Moreno* no quiso dar las grafías que se le pedían para realizar el cotejo grafológico con la carta enviada a *Zulma*; así como el de las malas justificaciones que se habrían producido cuando dio dos explicaciones diferentes sobre que se recogía dinero de una natillera cuando fue capturado y también sobre la carta mencionada, porque para ese momento entendía que ella era inocente.

Alega la fiscalía que la señora *Sonia*, esposa de *Rafael*, mintió aseverando que con el producto de un CDT su esposo compró una Moto, pues según el estudio financiero, sólo se encontraron créditos de préstamo y cuenta de nomina. Al respecto, concluye que también faltó a la verdad el procesado cuando dijo que la compró con ahorros, ya que únicamente contaría con su salario, el que no sobrepasa el millón de pesos.

Para acabar, la fiscalía se refiere al tema de la coautoría, aclarando que así se le atribuyó la responsabilidad al acusado en la alegación final del juicio oral y no como mero determinador, salvo en cuanto la pareja de investigadores si determinaron a *Jennifer* y *Ricardo* a constreñir a *Martha Yolima*. Cita doctrina sobre la coautoría, realzando que los funcionarios del C.T. I. tenían al respecto la posición de garantes, por todo lo cual solicita la revocatoria de la sentencia.

3.2. El representante de las víctimas alega que el señor *Rafael Restrepo Moreno* tenía conocimiento del informe entregado a *Jennifer Chised Quiroz* y que éste era garante de la reserva de esa información por su calidad de servidor público, por lo cual tendría un codominio funcional del hecho, sin que el delito pueda considerarse de propia mano.

Frente al abuso de autoridad por omisión de denuncia, afirma que la sentenciadora desconoció que el acusado estuvo presente escuchado la conversación entre *Zulma* y *Martha Yolima* e intervino en la misma, cuando respondió asertivamente a una pregunta, lo cual denota que conoció lo sucedido. Remarca que la modalidad típica de realización del comportamiento del imputado en este caso es meramente omisiva, es decir, la ilicitud del acto se fundamenta en la no realización de la conducta mandada por la ley.

Su tesis principal en la reconstrucción de los acontecimientos es que ninguna prueba por si misma tendría la entidad para brindarnos certeza de la responsabilidad del procesado; pero una valoración en conjunto produce la convicción necesaria para condenar. Propende por que se le de credibilidad de *Zulma Zapata*, pues no encuentra justificado que las imputaciones que lanza en contra del acusado sean fruto de la venganza y los celos ya que la ruptura de la pareja ocurrió por iniciativa de la dama y antes del matrimonio del acusado con Sonia. Lo anterior para deducir responsabilidad en el delito de concusión.

3.3. El defensor, refiriéndose a lo alegado tanto por la fiscalía como por el apoderado de la víctima, critica el desenfoque de la argumentación de los recurrentes pues, en su entender, no atacan la sentencia ni la valoración probatoria, sino que se dedican a realizar conjeturas.

Puntualiza que la discusión no versa sobre la existencia de los delitos atribuidos a su defendido sino sobre su participación. De entrada, enfatiza al respecto que la prueba documental no prueba nada.

En lo que atañe a la omisión de denuncia, precisa que la prueba sólo da cuenta de que al acusado se le pregunta si se puede aumentar el valor de los bienes no sobre si se denuncia el suceso, el cual no se lo habría comentado la víctima y no se puede inferir su conocimiento por el hecho de que se encontraba cerca de quienes hablaban. Además de que lo expuesto por *Martha Yolima Galeano* le resulta un relato muy perfecto para creerle y no se sabe si se ha investigado el secuestro, ni si realmente ocurrió.

Frente a la Revelación de secreto, sostiene que no se probó por parte de la fiscalía que el acusado efectivamente conociera qué era lo que se estaba entregando; puesto que *Jennifer Chised Quiroz* dijo que el informe lo recibió de *Zulma*, por lo cual entiende que no hay prueba directa de la realización de esta conducta en contra de su defendido, circunstancia que obliga, en su opinión, a la fiscalía a efectuar conjeturas que afectan la presunción de inocencia. Agrega que se impugnó la credibilidad de la testigo mencionada por lo que hizo al amenazar a *Martha Yolima Galeano* y por otros aspectos que ella misma narra en su declaración sobre su vida, circunstancias que no la hacen digna de credibilidad, como lo consideró la jueza de primer grado, además de que hace inferencias no comprobables, como el atribuirle un susurro al acusado durante una conversación que tuvo con *Zulma*.

Se detiene en lo expuesto por *Zulma Zapata* para censurar que sostenga que no se habría beneficiado del dinero que recibió y que había actuado por amor; no obstante, sostiene que se contradice cuando dice que también actuó por codicia. Enfatiza que los restantes testigos no informan de la participación del procesado, de quien no se

pude inferir por su trato de compañero sentimental y de trabajo de *Zulma* su responsabilidad. Arguye que el hecho de que ella le prestará dinero evidencia que el acusado no tenía ingresos de las concusiones.

Rechaza que el derecho a no autoincriminarse sea tomado en contra del procesado y que se extraigan de la carta erótica y sentimental del procesado a *Zulma* elementos de cargo, con mayor razón cuando no se refiere a los hechos por los cuales se procede sino a otro suceso.

Frente al estudio patrimonial, reafirma que no le corresponde a la defensa demostrar de dónde obtuvo el dinero el procesado para comprar una motocicleta sino a la fiscalía, pese a lo cual le hizo llegar a esta entidad por fuera del juicio oral una explicación de ingresos económicos sustentada en bienes anteriores que había tenido el acusado. Alega que éste si tenía un CDT producto de una venta de un vehículo particular. Sobre los estudios de sicología de *Rafael*, puntualiza que apenas se graduó recientemente.

Censura que se tomen razones morales para incriminar al procesado y se refiere a los indicios deducidos para rebatirlos, sosteniendo que el acusado no ha mentido ni ha suscrito el informe que se tiene como elemento material probatorio, que fue firmado por la fiscal 98 lo cual podría ser una falsedad; que en las oficinas del C. T. I. no se cometió ningún delito, pues así no puede considerarse repartir una herencia.

En síntesis, insiste en que sobre la concusión no existe ninguna prueba directa, salvo el testimonio de *Zulma* que es inverosímil y contradictorio; también arguye que ni la fiscalía ni el representante de las víctimas argumentaron acerca de la determinación al constreñimiento ilegal. En lo que atañe al delito de revelación de secreto, advierte que no existe prueba directa que *Rafael* lo haya realizado y sobre el abuso de autoridad por omisión de denuncia,

recalca que la fiscalía solicitó condena como autor, autoría que no se configuraría en el contexto fáctico.

4. EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER Y LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR

Procede examinar si la prueba de cargo recaudada en el juicio oral es suficiente para arribar a la certeza de la responsabilidad atribuida al Sr. *Rafael León Restrepo Moreno* en los delitos por los cuales fue acusado.

De la sentencia de primer grado que se integra a ésta en cuanto se conserve su sentido y sus soportes, sólo reseñaremos lo allí consignado para sustentar los aspectos impugnados.

La jueza de primera instancia encontró probada las conductas punibles atribuidas al procesado, pero no su responsabilidad por cuanto consideró que el único testimonio que señala al acusado como responsable es el de *Zulma Edith Zapata Restrepo*.

Estima que se trata de un testimonio insular por cuanto los demás no logran con suficiencia establecer la coautoría del procesado, ni se logró obtener evidencia que lo comprometiera, pues no hay rastro alguno en su memoria USB, el teléfono celular o su agenda que lo comprometan. Además el informe entregado a *Yenffer Shisel* lo hizo la señora Zapata.

Adicionalmente, la prueba documental, incluyendo el libro de registro de entradas a las instalaciones del C. T. I. y la constancia de la fiscal 98 sobre pretensiones económicas de la investigadora *Zulma Zapata* no demuestran la responsabilidad penal del justiciable. De modo similar, no estimó que se hubiera autenticado la cotización de una valiosa motocicleta y en todo caso, ello no sería significativo

puesto que de la indagación del valor de mercancías costosas no se sigue la indicación de la comisión de una conducta punible.

En cuanto a la misiva que le enviara el acusado a *Zulma Zapata*, la sentenciadora no encuentra en la manifestación de que declare a su favor una admisión de responsabilidad ni un indicio de la misma.

En fin, entiende que la única prueba directa que obra en contra del procesado es la del testimonio de *Zulma Zapata*, pero le resta credibilidad al considerar que no es cierto que actuara por puro amor y más bien lo hacía por ambición; además de que varios pasajes muestran que actuaba procurando que el acusado no se enterara de su actuar, lo cual le resulta relevante como indicio de que Rafael no estaba comprometido con la comisión de los delitos, por lo que le surge la hipótesis de que más bien pudo ser utilizado por la confesa delincuente. No existiría entonces prueba que comprometan la responsabilidad del acusado y lo que obran serían meras conjeturas de la fiscalía, insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, la que obliga a resolver las dudas a favor del procesado, labor en la cual procede a absolver al Sr. *Rafael León Restrepo Moreno* de todos los cargos formulados.

5. LAS CONSIDERACIONES

Al no observarse oficiosamente motivo de nulidad de la actuación procesal, la Sala ingresará de una vez en el fondo del asunto que se centra en la valoración probatoria de la responsabilidad del acusado en los delitos atribuidos, sobre los cuales es menester hacer un examen específico respecto a cada uno de ellos, no sin antes responderle a la defensa que en las alegaciones de la fiscalía y el apoderado de las víctimas se encuentran verdaderas censuras al examen probatorio realizado por la sentenciadora, así el defensor, desde su particular postura y conforme a sus intereses, los califique de meras conjeturas.

5.1.- Sobre la omisión de denuncia

Pese a que sobre el punto se ha discutido la prueba, no puede perderse de vista que en el derecho aún la discusión de lo fáctico, debe tener un claro referente jurídico. En el caso se trata de la demostración de los elementos estructurales de la infracción al ordenamiento penal y de la responsabilidad.

Por eso es necesario reparar que para la acreditación del tipo objetivo de la omisión de denuncia debe conjuntamente obrar prueba indudable del i) conocimiento de la comisión de una conducta punible ii) que ésta sea investigable de oficio y iii) pese a esto, el servidor público no de cuenta a la autoridad de la realización del delito.

La disputa, sin mucha claridad, se ha centrado en el primero de estos elementos. Al respecto, juzga la Sala que puede considerarse demostrado que el acusado intervino en una conversación que se desarrollaba entre *Martha Yolima* y *Zulma Zapata* en la que esta última la instigaba a que no denunciara un secuestro porque no sabía con quien se estaba metiendo, pero que denunciara el hurto de sus bienes acaecidos coetaneamente y si quería le diera un mayor valor, lo cual llevó a que se le preguntara al acusado si esto podía hacerse y que el mismo asintiera en ello. (3º pista del juicio oral, minuto 12)

Los reparos de la defensa sobre la credibilidad de esta testigo con base en la perfección de su exposición, no son admisibles pues el modo como narra los sucesos no torna sospechoso su testimonio. En sus respuestas al interrogatorio como al contrainterrogatorio se percibe espontaneidad, coherencia y objetividad. Esto último porque no exagera sobre el comportamiento del procesado en cuanto a su responsabilidad.

Más interesante resulta la discusión sobre su contenido o identidad, esto es, si lo que sostiene la testigo permite establecer, fuera de duda razonable, el conocimiento de la comisión del secuestro del que habría sido objeto *Martha Yolima*.

Por supuesto que resulta especulativa la tesis defensiva de que *Rafael Restrepo* dio asentimiento al incremento de la cuantía de lo hurtado, pero no a que se dejara de noticiar el secuestro; sobre todo cuando sobre el punto quien conainterrogaba guardó discreto silencio. Con todo, no deja de ser cierto que la conversación iba dirigida a determinar una alteración en la modalidad y cuantía del suceso que se denunciaría y no tanto a que no se diera la noticia criminal, cuya iniciativa se suponía quedaba siempre en cabeza de *Martha Yolima Galeano Ramírez*, desde el punto de vista fáctico, pues los servidores públicos por ser policías judiciales tenían jurídicamente a su cargo recibir la denuncia o remitir a la ciudadana a la autoridad para tal fin, lo que eventualmente podría originar otro tipo de infracción al ordenamiento penal por ejercer funciones públicas diversas de las que legalmente les correspondían, asunto en el que no cabe ingresar por respeto al principio de congruencia.

Al margen de ello, acierta la jueza al considerar que no está acreditado que el acusado conociera del delito investigable de oficio que omitió denunciar puesto que no le constaba su realización y la conversación que oía es insuficiente para predicar conocimiento en el procesado. En otras palabras, escuchaba una versión, como lo revela que haya participado en ella, pero no le constataba hecho distinto a que una persona sostenía haber sido víctima de ciertos delitos, caso en el cual la responsabilidad de poner en conocimiento de la autoridad su existencia le correspondía a *Martha Yolima Galeano Ramírez*.

En consecuencia, procede confirmar la absolución; no obstante, la Sala quiere remarcar que este episodio cuando menos, revela una actuación solidaria del procesado con las acciones que por fuera de las

reglas que rigen la actividad de la policía judicial adelantaba su compañera y amante.

5.2 sobre la revelación de secreto

El artículo 418 del Código Penal demanda para la configuración de este tipo penal que el servidor público de manera indebida dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto. El punto en discusión sobre la responsabilidad del procesado se ha centrado en que éste no conocería lo que *Zulma Edith Zapata Restrepo* le entregó a *Jennifer Chised Quiroz* y en todo caso, que el no habría hecho la entrega.

Dicho de otro modo, implícitamente se ha admitido la configuración de la conducta punible, lo cual supone que el documento entregado a la particular era reservado, explicable por demás porque se estaba en la indagación y no se había iniciado la actuación procesal que, según el principio rector contenido en el artículo 18 de la Ley 906, es pública. También se percibe claramente establecido que el darle a conocer el informe policivo a *Jennifer Chised Quiroz* fue un acto indebido, como quiera que no tenía ningún fin institucionalmente admisible, sino justificar una concusión.

Ahora bien, sobre el conocimiento del procesado de que se estaba revelando indebidamente un documento reservado y que coonestaba con ello teniendo el deber de impedirlo, la sala juzga suficiente el dicho circunstanciado de *Jennifer Chised Quiroz* y el respaldo objetivo de que tuviera en su poder el informe aludido. No comparte la Sala la descalificación que se hace de la credibilidad de esta testigo que al respecto se percibe espontánea y sincera; sus cualidades personales no entran en juego definiendo el punto en cuestión. En otras palabras, no se percibe una relación directa entre su eventual intervención en un homicidio, así como en

constreñimientos o amenazas con la explicación de cómo obtuvo el informe policivo. Fácilmente se colige que si le asistiera un ánimo incriminatorio en contra del acusado bien pudo haber hecho aseveraciones de una conducta más comprometedora.

Según lo expuesto por esta testigo, y atendiendo al conocimiento previo que tenía el acusado de que era una sospechosa o eventual indiciada en una investigación por homicidio, pues la habían entrevistado - el procesado admite que conversó con ella para establecer su arraigo - y había percibido la repartición de la herencia, no es admisible entender que desconociera qué tipo de documento se le entregaba.

De entrada, la situación se presenta como notoriamente anómala pues no hay justificación para que un investigador deba imprimir un archivo para entregarle a un sospechoso que con alguna insistencia y sin ningún derecho se lo reclama. Así mismo, haya o no impreso el documento el acusado tenía acceso a su producción e identificación como que se encontraba locativamente con quien lo entregó previa impresión del computador; había mediado la reiteración de la petición de *Jennifer Shisel* para que se le entregaran las pruebas por las que consideraba que había pagado, entre una y otra petición medió cierto tiempo en la que estuvieron a solas el procesado y *Zulma Zapata*, de modo que la aseveración de la testigo de que el acusado si conocía de que se trataba el documento resulta siendo una afirmación sustentada y fundada en lo que el contexto y el entendimiento natural producen en una situación como la de que hablamos.

De otro lado, no puede pensarse que la revelación la hacía sola *Zulma Edith Zapata Restrepo*. El hecho de que los investigadores laboren en pareja no solo conlleva la posibilidad de apoyo sino de mutuo control, el que en este caso no funcionó. Le asiste razón a los recurrentes cuando les atribuyen posición de garante a los

investigadores sobre los documentos reservados la cual fue desatendida. De todos modos, natural y jurídicamente la participación de la revelación de secreto se concreta en la omisión de impedirla, pudiendo hacerlo.

En un contexto de actuación así, es irrelevante que el documento no tenga la firma del investigador acusado, pues el tipo penal no exige que se divulgue un documento original, al tiempo que el mismo escenario pone de presente que no se trata de un delito de propia mano, como que aquí para que se cumpla el fin perseguido por los sujetos agentes, basta el aporte causal de entregar el documento y el de no impedirlo, teniendo el deber jurídico de hacerlo. La revelación del secreto se presentó mediante una acción compleja, pues la Sra. *Zulma Edith Zapata Restrepo* no lo hizo sigilosamente en la soledad sino en compañía de quien tenía el deber jurídico de impedir dicha revelación, por lo cual jurídica y naturalmente se conforma una acción compleja en la que una entrega la información y el otro no lo impide.

Para la Sala, en las dos situaciones estudiadas hasta ahora aparece como constante un actuar retraído del procesado; pero ello no nos convence de que sea ajeno a los fines y propósitos que explícitamente realizaba *Zulma Edith Zapata Restrepo*.

En consecuencia, la sala encuentra responsable al procesado de la comisión de este delito como coautor. Tanto en la acusación como en la alegación final la fiscalía sostiene que la modalidad del delito es la señalada en el inciso 2º del artículo 418 del código penal, esto es, porque la conducta generó perjuicio; sin embargo el tribunal no encuentra especificado en qué consistió el perjuicio ni mucho menos encuentra prueba del mismo, causa por la cual procede degradar la conducta a la modalidad del primer inciso y por ende, la sanción que se impondrá es de multa y pérdida del empleo o cargo público.

5.3. Sobre la concusión

Lo expuesto en precedencia no deja de ser un elemento suasorio que obra en contra del procesado también sobre la realización de este punible que no fue imputado como concurso sino como un delito continuado, por cuanto el actuar mancomunado frente a las situaciones irregulares tenía un sustrato de orden económico.

De la participación retraída, de apoyo y de orden intelectual, del procesado da cuenta el testimonio de *Zulma Edith Zapata Restrepo*; testimonio que ha sido glosado por no considerarse creíble que no le interesara el dinero sino que actuara únicamente por amor; por tratarse de una persona manipuladora, dominante e intrigante y declarar por venganza, dado que el acusado, que había sido su amante, se casó con otra mujer.

Aunque es de reconocer que la declaración de esta testigo ofrece dificultades, como cuando dice que actuaba delictivamente por amor, pero al tiempo y sin que se pidiera mayor explicación se admite que también se hacía por codicia; así como le asisten razones para tener resentimiento en contra del procesado, lo cierto es que ello, ni siquiera sumándole las características de personalidad que le dedujo la jueza, desvirtúa por si mismo la credibilidad que sobre el punto pueda dársele.

De los motivos de desconfianza al dicho de esta testigo ya expuestos, la sala le resta trascendencia al relacionado con el actuar por amor o por codicia, así como las manifestaciones aparentemente contradictorias sobre la presencia del acusado cuando recibía el dinero. En cuanto a lo último, es claro que la Sra. *Zulma Edith Zapata Restrepo* se refiere a una presencia cercana a los lugares donde recibía el dinero, mientras que se percibe un afán defensivo pero al tiempo se reconoce la incidencia de la codicia.

También sobre las características personales de esta testigo, encuentra la Sala que si bien ellas pueden estar presentes, este factor debe evaluarse en concreto, es decir, en su relación con quien era su novio o amante, frente a la cual no hay bases para considerar que sea una persona fácilmente manipulable si se considera de un lado, su experiencia en el C. T. I. por más de 10 años y de otro, su formación profesional en la psicología, para lo cual es irrelevante la fecha de grado, que fue a mediados de 2008.

Así mismo, los motivos de resentimiento, específicamente, el hecho de que el acusado se casara en poco tiempo con la madre de su hijo y no con la testigo, resulta disminuido por el propio procesado quien en su declaración da cuenta de la terminación de la relación antes del matrimonio. Pero quiere remarcar la Sala que resulta ilustrativa la alegación de la fiscalía sobre las dificultades que debió superar para obtener la carta que esta testigo conservaba en su poder, lo cual indica que no fue su iniciativa el incriminar al procesado. También es menester cavilar que este motivo puede explicar que se haya roto la solidaridad con el acusado, lo cual no conlleva necesariamente a faltar a la verdad.

Por eso, le resulta más útil a la Sala examinar el testimonio aludido frente a las restantes pruebas de cara a reconstruir lo que realmente ocurrió. Para que una pareja de colegas a la vez de amantes, participaran objetivamente en actividades ilegales como ocurrió cuando menos en dos casos de cobro de dinero, (nos referimos al episodio en el que fueron capturados así se trate de otra conducta punible juzgada por aparte y en el anterior del Éxito), y uno de ellos sea ajeno a los acontecimientos, es porque se presenta la hipótesis que la jueza creyó encontrar sugerida, esto es, porque el responsable manipulaba o utilizaba a quien era ajeno a las delincuencias.

Esta hipótesis tropieza con el obstáculo insalvable de la responsabilidad que hemos encontrado en *Rafael León Restrepo* en la

revelación de secretos, cuyo sustrato era una anterior concusión y el derecho que le creía asistir a quien había pagado por obtener la información.

Adicionalmente, la carta (evidencia No. 21 folio 213) en la que el procesado pide se declare en su favor no deja de ser un indicio así sea leve, sobre todo si se le aneja el pago de abogados para la Sra. *Zulma Edith Zapata Restrepo*, las promesas de no abandono y de protección para su hijo. Es cierto que no resulta claro que con la misiva se esté reconociendo la responsabilidad, por lo cual este documento no puede ser mirado como una prueba concluyente, pero tampoco se puede ignorar que connota la preocupación del procesado por lo que pudiera decir su compañera sentimental y de trabajo y de que se pretende garantizar su lealtad.

El hecho de que la carta se refiera a otra investigación no resulta significativo, pues lo que está indicado es la asociación entre los investigadores para realizar concusiones y los hechos atribuidos en este proceso eran recientes, como quiera que su aprehensión frustró la culminación de la obtención de todo el dinero pretendido en un caso.

La postura procesal para la autenticación de la carta en mención puede ser valorada pues ello no implica que se esté tomando el derecho a no autoincriminarse como un indicio sino el comportamiento evasivo para la realización del cotejo grafológico, lo cual adicionalmente pone de presente que subjetivamente la misiva era entendida por el procesado como comprometedora.

La valoración del testimonio de *Zulma Edith Zapata Restrepo*, en consonancia con las restantes evidencias, permite deducir sin duda alguna la responsabilidad del procesado en la concusión continuada que le atribuye la fiscalía, de la cual hay que excluir los primeros \$ 200.000 pesos que fueron dados como un regalo y podrían constituir

otro tipo de infracción; pero no una concusión ni siquiera implícita que demanda de todos modos el constreñimiento o la inducción para la dación y no como en este caso que la entrega de dinero resulta de iniciativa de la particular; o cuando menos se puede albergar la duda de que sea producto de la inducción de los servidores públicos.

Otro elemento que sin ser contundente obra en contra del procesado es la que la testigo *Jennifer Chised Quiroz* haya percibido susurros que le atribuye a *Rafael*, pues si bien es cierto que muy difícilmente tenía capacidad para establecer que el susurro es del acusado, lo cierto es que pone de presente que *Zulma Zapata* no actuaba sola. Dado que el procesado permanencia asiduamente y con vínculos afectivos y laborales junto a esta dama, no puede desconocerse que se constituye en un indicio en contra del mismo.

La situación patrimonial no fue esclarecida para deducir indicios en contra del procesado, sobre todo cuando la prueba testimonial aunque sin mucha precisión da cuenta de la existencia de ciertos bienes que podrían amparar la tenencia de algunos ahorros, pero ciertamente si la defensa no probó la existencia del C.D.T. asunto que fácil le resultaba no puede aspirar a que se le tenga como verdadero.

Sobre un punto colateral al anterior, la defensa cree encontrar algún contraindicio en que el procesado recibiera dinero prestado de *Zulma Zapata*; pero ello no puede tener ese poder suasorio puesto que se ignora el destino cierto de los dineros fruto de la concusión, al tiempo que la mención de que recibía regalos cuantiosos de su compañera, de ser cierto —pues ello fue solo objeto de la aseveración del acusado—, bien lo podía alertar sobre sus ilícitos ingresos.

En consecuencia, observándose reunidos los demás elementos que configuran el punible en mención, entre ellos la calidad de servidor público del acusado por estipulación probatoria; el constreñimiento y la inducción para la entrega de dineros con lo

expuesto por *Martha Yolima Galeano Ramírez* y *Jennifer Chised Quiroz* procede fijar la pena conforme al artículo 404 del Código Penal teniendo en cuenta que se trata de una conducta delictiva continuada, no sin antes hacer lectura de sentido del fallo y dar curso a la audiencia del artículo 447.

5.4. Sobre la determinación al constreñimiento ilegal

Le asiste razón a la defensa en que este punible no le ofreció a la fiscalía o al apoderado de las víctimas mayores comentarios sobre el fondo del asunto, pues no hay una alusión específica y detallada a por qué se debe condenar por este punible. Esto por si mismo es causa eficiente para que en un sistema de justicia rogada no se remueva la fuerza del fallo absolutorio.

No obstante, por si pudiera entenderse que implícitamente se presentan reparos sobre el mismo, es preciso puntualizar que también en el testimonio de *Zulma Edith Zapata Restrepo* el punto fue ignorado en el interrogatorio, deficiencia de la fiscalía que se presentó frente a los restantes delitos pues todo se englobó en la conducta concusionaria.

En otras palabras, se supone que todos los delitos fueron cometidos en coautoria, sin embargo ello debió ser materia de prueba por cada infracción y tema de debate, pues no es posible descartar que algunas conductas fueran insulares frente a la mancomunidad de acción.

En consecuencia, se procederá a confirmar la absolución por este delito.

5.5. LA ARGUMENTACION SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SU DETERMINACION

Como con base en las anteriores consideraciones la Sala consideró que se debía revocar parcialmente la sentencia absolutoria de primera instancia y, en su lugar, declarar la procedencia de la condena del procesado por los delitos de Revelación de secreto y Concusión se procedió a realizar audiencia de sentido del fallo y del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en la cual se escucharon las siguientes alegaciones.

5.5.1. Intervención de la fiscalía:

Considera la fiscalía que la pena debe fijarse dentro del cuarto mínimo, toda vez que el procesado no cuenta con antecedentes penales; sin embargo, estima que la pena a imponer no puede ser la mínima, atendiendo a la gravedad de los delitos cometidos. Solicita que, por prevención general y especial, se imponga una pena ejemplar porque si bien son muchos los servidores públicos que están involucrados en el sistema, la policía judicial es la base del mismo. De otro lado, advierte que en este caso no procede el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por cuanto no se cumple el factor objetivo ya que la pena a imponer supera el tope máximo dispuesto en la ley.

5.5.2. El abogado de las víctimas se abstuvo de realizar consideraciones sobre las consecuencias punitivas del punible.

5.5.3. La intervención de la defensa.

Sostiene el defensor que no existen antecedentes penales en contra del procesado ni circunstancias de mayor punibilidad y tampoco se solicitaron ni se probaron en el momento procesal oportuno, por lo

que solicita que se parta del primer cuarto y se imponga la pena mínima.

De otro lado, estima que el procesado cumple con los aspectos objetivos y subjetivos para otorgarle la calidad de padre cabeza de familia porque es la única persona que vela por el sustento de sus hijos menores *Oscar León Restrepo López* de 8 años de edad y *María Alejandra Restrepo López* de 7 meses de edad. Indica que la señora *Sonia López Jaramillo*, cónyuge del procesado, dada su condición de estado de gravidez, fue despedida de su trabajo y actualmente no se encuentra laborando, por lo que el único sustento económico de la familia *Restrepo López* lo brinda el procesado.

En su opinión, la presencia del procesado en su residencia se hace necesaria para que se garantice el estímulo afectivo y moral que se requiere en el momento de la primera infancia y buscar que de alguna forma se contribuya con el sustento económico de su familia. Señala que conforme con la sentencia C-318 de 2008 se puede acceder a la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria. Indica que el procesado estuvo en privado de su libertad en su residencia durante 6 meses y cumplió con todas las obligaciones y los requerimientos efectuados por el juzgado, con lo cual se infiere que no se hace necesario desde ya privarlo de su libertad en prisión intramuros.

Solicita que al momento en que se imponga la multa, la misma sea la mínima y en su pago se difiera en la mayor cantidad de meses posibles, ya que se condena por el delito de Revelación de secreto que conlleva a que sea separado de su cargo y quede desempleado.

5.5.4. Escuchadas a las partes se procederá a determinar la pena, empezando por la que corresponde a la violación de secretos, la que por su naturaleza divergente no permite acumulación jurídica. Para reprimir la conducta realizada se impone la pena de pérdida del

empleo o cargo público que ejercía el procesado en el momento de los hechos, por expresa disposición del artículo 418 del Código Penal. La pena de multa se tasa conforme al artículo 39 de la misma codificación, para lo cual se establece el nivel de ingresos del acusado, el cual se ubica en el segundo grado pues con base en el salario de que da cuenta el informe que obra a folio 219 se tiene que el mismo percibía ingresos superiores a diez salarios mínimos y menos de cincuenta.

La Sala accede a la petición de la defensa de que la sanción pecuniaria sea mínima no sólo por la situación económica del procesado, sino también porque la fiscalía no concretó el daño que originó la infracción al ordenamiento penal. Por consiguiente se impondrá una unidad de multa de segundo grado, que equivale a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes del año 2007, época en que fue cometida la conducta.

En cuanto a la concusión, que según el artículo 404 del código penal, modificado por la ley 890 de 2004, se reprime con prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) 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, se accede a la petición de las partes de que se determine en el primer cuarto, el cual oscila entre 96 meses y 117 meses de prisión. Dentro de este rango la Sala considera que dada la gravedad del punible sustentada en la alegación de la fiscalía por el campo jurídico en el que se efectuó la concusión continuada se impondrá la pena de 100 meses y dado que se trata de un delito continuado, contemplado así en la acusación, en la alegación y aceptado bajo esta modalidad en la sentencia, se incrementará en una tercera parte, lo cual corresponde a 33 meses y diez días, lo cual arroja en definitiva una pena de 133 meses y 10 días.

La pena de multa acompañada a la de prisión será de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, más una tercera parte, lo cual suma 88.88 meses de salario de esa clase del año 2007. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por igual tiempo del señalado para la prisión, pues no tiene sentido que sea menor por haberse ocupado la norma que consagra la concusión expresamente de su procedencia y porque en últimas esta pena se asimila a la accesoria que afecta los mismos derechos.

Atendiendo a la alta pena impuesta y a la señalada en la ley no cabe suspender condicionalmente la ejecución de la pena ni otorgar la prisión domiciliaria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 38 del Código Penal.

Ahora bien, en lo atinente a la solicitud de sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria por considerarse al procesado como padre cabeza de familia, debe partirse de que el legislador se ocupó de definir el concepto *madre cabeza de familia*, el que mutando lo pertinente es el mismo que aplica para el padre cabeza de familia. Así el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 regula la definición de este concepto, causa por la cual a ella debe atenerse el interprete. Al examinar el texto de esta norma se tiene que para adquirir dicha condición se requiere no sólo tener a cargo el hijo menor en forma permanente sino también la ausencia continua o la incapacidad de diverso tipo del otro cónyuge o compañero permanente y estar privado de la "ayuda de los demás miembros del núcleo familiar".

Cuando la Corte Constitucional extendió el beneficio¹ requirió a los jueces para que impidan que mediante posiciones meramente estratégicas, un hombre invoque su condición de ser cabeza de familia tan sólo para acceder en beneficio personal a la prisión domiciliaria. Por ello, el juez debe valorar (i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que

¹ Ver la sentencia C-184 de 2003

quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.

Mirando el caso concreto, juzga la Sala que pese a las normales penurias que una familia afronta cuando el jefe del hogar es encarcelado, lo cierto es que se cuenta con la madre cabeza de la familia, circunstancia reconocida en su misma alegación por el apelante, pues esta circunstancia no muta porque se encuentre desempleada o en embarazo, es decir, de todas maneras se cuenta con la progenitora como jefe del hogar. Por consiguiente, tal solicitud será despachada desfavorablemente.

Como se revoca la sentencia que levantó las medidas cautelares es del caso que estas se restablezcan, pues de otro lado, como se dispuso en la audiencia del sentido de fallo, el incidente de reparación integral se podrá adelantar a la ejecutoria de esta providencia, siguiendo los lineamientos de la sentencia del 19 de febrero de 2009, Rd. 30.237 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Revocar la sentencia recurrida en cuanto absolvió a *Rafael León Restrepo Moreno* de los delitos de Revelación de secreto y Concusión y en su lugar declararlo penalmente responsable de los mismos.

Segundo: En consecuencia, se condena al señor *Rafael León Restrepo Moreno* a descontar la pena principal de ciento treinta y tres (133) meses y diez (10) días de prisión en el establecimiento que para el efecto le señale el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y multa acompañada a la pena de prisión por valor de ochenta y ocho punto ochenta y ocho (88.88) salarios mínimos legales mensuales vigentes al año dos mil siete (2007). Como multa autónoma se le condena al pago de una unidad de multa de segundo grado, que equivale a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes del año 2007 y pérdida del empleo o cargo público que ejercía el procesado en el momento de los hechos.

Tercero: Accesoriamente se le impone la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

Cuarto: No concederle a *Rafael León Restrepo Moreno* el mecanismo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad ni la prisión domiciliaria por no cumplir los requisitos para ello.

Quinto: Se le abonará como parte cumplida de la sanción aflictiva impuesta al procesado, el tiempo que ha estado privado de su libertad con ocasión de este proceso.

Sexto: Se restablecen las medidas cautelares decretadas en la presente actuación y que fueron levantadas por el juez de primera instancia.

Séptimo: Por el Centro de Servicios compúlsense copias del presente fallo, una vez ejecutoriado, con destino a las autoridades

pertinentes, de conformidad con lo señalado en los artículos 166 y 462 del Código de Procedimiento Penal.

Octavo: Ejecutoriada esta sentencia, remítase la actuación al reparto de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para lo de su cargo.

Noveno: Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que, conforme a lo dispuesto por el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, se podrá interponer, mediante demanda, ante este Tribunal dentro del término común de 60 días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO