

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, primero (01) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Radicado: 050016000206201413970
Procesados: Carlos Mario Hernández Calle y otros
Delitos: Hurto por medios informáticos
Concierto para delinquir
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 5- Aprobada por acta No. 7 de la fecha.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia condenatoria
Lectura: 20 de febrero de 2018

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los defensores, en contra de la sentencia del 25 de enero de 2017 proferida por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, que condenó a los señores **Carlos Mario Hernández Calle, Maira Alejandra Tarazona Cárdenas, Mili Yiseth Jerez Carvajal, Edison Geovanni Maldonado Remolina, Jarvin Nicolás Sarmiento Álvarez y Melber Ricardo Asela**, al haber sido hallados penalmente responsables en calidad de coautores del delito de hurto por medios informáticos y semejantes agravado; al señor **Diego Fernando González**, como coautor de un concurso homogéneo de tres (3)

hurtos por medios informáticos agravado en la modalidad tentada, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir y a **Luis Fernando Foronda Betancur** por un concurso homogéneo de cinco (5) hurtos por medios informáticos agravados y uno (1) tentado, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

La empresa BANCOLOMBIA fue víctima de un acceso ilícito a su sistema informático y de un fraude millonario aproximado de \$160.617.546.838.00, de lo cual se percataron cuando siendo las 3 p.m. del 18 de enero de 2014 se generó una alerta por seguimiento transaccional por retiros muy altos desde cuentas que tenían saldos bajos, pues los retiros realizados por los clientes no coincidían con el registro de saldos disponibles y al analizar los movimiento de las cuentas receptoras, no se observó el medio por el cual ingresaron esos fondos, es decir, no recibieron las transferencias por los medios legales establecidos. Además, se identificó que el saldo de las cuentas al inicio del día en depósitos (DBAL) era diferente al de canales (SCIFFSALDO), el cual debía ser siempre igual.

Dicha situación irregular, llevó a la entidad financiera a realizar una investigación interna, con la cual se logró identificar las cuentas y el saldo modificado, e incluso reversar las operaciones, lo que permitió que la materialización del fraude no superara el 5%, estableciéndose por parte de la Fiscalía que para la comisión de los delitos de hurto informático se emplearon credenciales de empleados de UNISYS y de BANCOLOMBIA, las cuales fueron utilizadas de manera abusiva para la comisión de los delitos.

Se estableció que los días 11, 13 y 18 de enero de 2014 se realizaron en total 359 modificaciones de saldo, de 356 cuentas. También se determinó que quienes efectuaron el fraude tenían un conocimiento amplio sobre los roles, las relaciones de confianza existentes entre BANCOLOMBIA y UNISYS, las plataformas del banco, con un alto perfil profesional y conocimientos tecnológicos avanzados.

Además, por la forma en que se materializó el fraude, específicamente para el 18 de enero de 2014, se puede deducir la existencia de una red delincencial, pues el ataque a los sistemas lógicos inició a las 9:45 a.m. con el ingreso por acceso remoto y luego elevaron privilegios a una cuenta del sistema Iseries Medellín, posteriormente realizaron la primera modificación de saldos de acuerdo a los registros de Firewall a las 10:38 a.m. y la última a las 03:28 p.m. lo que permite concluir que los defraudadores conocían las cuentas de destino y dado el tiempo que duró el ataque, se deduce que realizaron de forma manual la modificación sobre cada una de las cuentas.

El defraudador accedía por medio de la plataforma, usando nombre de usuarios internos a la red del banco, efectuaba algunas modificaciones y procedía a insuflar o generar cambios en los archivos de saldos de 359 cuentas, luego de lo cual se materializa el fraude con las modalidades de retiros por sucursales, compras en comercios, compras virtuales, pagos de facturas, transferencias de fondos y retiros ATH.

Se determinó que **Diego Fernando Gonzales Hernández y Luis Fernando Foronda**, reclutaban personas para que se prestaran a recibir dineros en sus cuentas de ahorros de Bancolombia, los cuales fueron retirados el mismo día

para entregárselos a ellos. El primero fue señalado por Iván Alberto Hernández Calle, José Manuel Gómez Franco y Edwin Alexander Ardila Palacio, como la persona a quien le prestaron sus cuentas bancarias. Respecto al segundo, efectuaron el mismo señalamiento Gilberto Gutiérrez Baena, Dayana Lizeth Galeano Agudelo, Uriel Hernando Bolívar Bermúdez, Lina María Velásquez Restrepo y Marcela Velásquez.

Por su parte, **Carlos Mario Hernández Calle, Maira Alejandra Tarazona Cárdenas, Mili Yiseth Jerez Carvajal, Edison Geovanni Maldonado Remolina, Jarvin Nicolás Sarmiento Álvarez y Melber Ricardo Asela**, el 18 de enero de 2014 recibieron en sus cuentas de ahorros de Bancolombia, millonarias sumas de dinero al ser modificadas en el siguiente orden: **Hernández Calle:** valor modificado \$93.483.920, valor retirado: \$35.604.524; **Tarazona Cárdenas:** valor modificado \$52.397.443, valor retirado: \$43.501.529; **Jerez Carvajal:** valor modificado \$49.397.700, valor retirado: \$47.959.999; **Maldonado Remolina:** valor modificado \$80.000.000, valor retirado: \$79.600.000; **Ricardo Asela:** valor modificado \$69.787.946, valor retirado: \$49.226.148 y **Sarmiento Álvarez:** valor modificado \$61.433.314, valor retirado: \$60.976.511, sin soporte que demuestre que el dinero ingresó de manera lícita a las mismas.

El mismo día que estos ciudadanos recibieron el dinero en sus cuentas, procedieron a retirar lo que más pudieron y a efectuar transacciones en diferentes establecimientos comerciales en los que adquirieron de manera inusual joyas o electrodomésticos en una gran cantidad.

3. DESARROLLO PROCESAL

Con ocasión de lo anterior, el día 17 de diciembre de 2014 ante el Juzgado Veintiocho Penal Municipal de Medellín, se realizaron las audiencias preliminares de control posterior a la diligencia de registro y allanamiento y los resultados obtenidos, así como la legalización a la captura de los procesados.

El 18 de diciembre siguiente, se efectuó la audiencia de formulación de imputación a los 16 detenidos, pero solo se allanaron a los cargos los señores **Hernández Calle, Tarazona Cárdenas, Jerez Carvajal, Maldonado Remolina y Sarmiento Álvarez**, en calidad de coautores del delito de hurto por medios informáticos agravado (Arts. 269 I, 269 H N. 1 y 58 numerales 5 y 10 del C.P.).

El 19 del mismo mes y año, se impuso a los señores **Hernández Calle, Tarazona Cárdenas, Jerez Carvajal, Maldonado Remolina y Sarmiento Álvarez**, medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de domicilio.

Respecto al señor **Diego Fernando González Hernández**, en audiencias preliminares realizadas el 2 de febrero de 2015 por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Medellín, se legalizó el procedimiento de captura en virtud de la orden expedida el 12 de diciembre de 2014 por el Juzgado 18 Penal Municipal de la ciudad, se le formuló imputación como coautor de un concurso homogéneo y sucesivo de tres hurtos por medios informáticos y semejantes en la modalidad tentada, agravado por cometerse sobre redes de sistemas informáticos o de comunicación del sector financiero, en concurso heterogéneo en calidad de autor con el delito de delito de concierto para delinquir, cargos que fueron aceptados por el procesado y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su residencia.

En cuanto a **Melber Ricardo Asela**, las audiencias preliminares se realizaron el 19 de febrero de 2015 ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante de Cúcuta, se legalizó el procedimiento de captura, se le formuló imputación como coautor del delito de hurto por medios informáticos agravado conforme al artículo 269 H numeral 1, con las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 5 y 10 del artículo 58 del Código Penal, cargo que fue aceptado por el imputado. Además, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio.

Finalmente, respecto al señor **Luis Fernando Foronda Betancur**, las audiencias preliminares se realizaron el 26 de febrero de 2015 ante el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal de Medellín, se legalizó el procedimiento de captura, se le formuló imputación como coautor de un concurso homogéneo de cinco (5) hurtos por medios informáticos agravados y uno (1) tentado, en concurso heterogéneo como autor del delito de concierto para delinquir, con las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 5 y 10 del artículo 58 del Código Penal, cargos que fueron aceptados por el imputado. Además, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

La Fiscal 23 Seccional de Medellín presentó escrito de acusación con allanamiento a cargos el 18 de marzo siguiente, siendo asignado el asunto al Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, despacho en el cual se convocó a las partes e intervinientes para realización de audiencia de verificación de allanamiento, pero no pudo realizarse por la reiterada inasistencia de los defensores o los procesados.

En cumplimiento del Acuerdo CSJAA16-1879 del 26 de septiembre del 2016, se remitió el proceso al Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, donde se dio trámite a la audiencia de individualización de la pena los días 4 y 16 de noviembre de 2016. El 25 de enero de 2017 se efectuó la audiencia de lectura de fallo.

Contra la sentencia de primera instancia los defensores interpusieron los recursos de apelación que ahora se resuelve, sin embargo esta Sala en proveído del 19 de julio de 2017, declaró la nulidad parcial de la sentencia proferida el 25 de enero del año que transcurre, para que el juez de primera instancia se pronunciara sobre la petición efectuada por algunos de los defensores respecto a la concesión de la prisión domiciliaria por la condición de madre o padre cabeza de familia, pues el *a quo* consideró que la competencia para pronunciarse la tenía el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

En virtud de lo expuesto, el juez de primera instancia acatando lo decidido por esta Corporación, emitió sentencia el 20 de octubre de 2017, modificando el numeral cuarto de la providencia proferida el 25 de enero de 2017, en el sentido de conceder a los señores **Hernández Calle, Tarazona Cárdenas, Maldonado Remolina y Asela** la prisión domiciliaria por su condición de padre o madre cabeza de familia, conforme a lo establecido en el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 , el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 y el artículo 38 del Código Penal, decisión frente a la cual no se interpusieron recursos.

En virtud de lo expuesto, procede esta Corporación a desatar los recursos de alzada interpuestos por los defensores contra la sentencia del 25 de enero de

2017, a excepción de lo relativo a la no concesión de la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia, pues este asunto fue resuelto en la sentencia emitida el 20 de octubre de 2017 y frente a ello no se interpusieron recursos.

4. LA SENTENCIA APELADA

El juez *a quo* al considerar que la Fiscalía había aportado los elementos materiales probatorios, evidencia física y la información legalmente obtenida necesarios, y como consecuencia del allanamiento a cargos, profirió sentencia condenatoria en contra de los señores **Carlos Mario Hernández Calle, Maira Alejandra Tarazona Cárdenas, Mili Yiseth Jerez Carvajal, Edison Geovani Maldonado Remolina, Jarvin Nicolás Sarmiento Álvarez y Melber Ricardo Asela**, al haber sido hallados penalmente responsables en calidad de coautores del delito de hurto por medios informáticos y semejantes agravado; al señor **Diego Fernando González**, como coautor de un concurso homogéneo de tres (3) hurtos por medios informáticos agravados en la modalidad tentada en concurso heterogéneo con concierto para delinquir y a **Luis Fernando Foronda Betancur** por un concurso homogéneo de cinco (5) hurtos por medios informáticos agravados y uno (1) tentado, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir.

Sostuvo que si bien es cierto la defensa solicitó no tener en cuenta para la tasación de la pena las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los numerales 5 y 10 del artículo 58 del Código Penal, en razón a que no se acomodan a las circunstancias fácticas por cuanto no encajan en la conducta endilgada, también lo es que el allanamiento a cargos comporta una

aceptación incondicional de la culpabilidad penal, por lo que de darse una inconformidad con los términos de la imputación, lo propio es negarse al allanamiento y debatir en concreto la discrepancia en orden a un eventual preacuerdo o en el escenario del juicio.

Adujo respecto a la circunstancia específica de agravación contenida en el numeral 1 del artículo 269-H, que se estructura cuando el hurto recae sobre sistemas informáticos del sector financiero, aspecto fáctico no contenido en el numeral 5 del artículo 58 del Código penal. Además, que se imputó la circunstancia genérica de agravación contenida en el numeral 10 de la citada disposición, la cual solo puede ser considerada para el delito de hurto y no para el concierto para delinquir.

Consideró que en el caso del ciudadano **Melber Ricardo Asela**, teniendo en cuenta que la conducta por la que se le investiga en estos momentos fue cometida en enero de 2014 y la sentencia aportada por el ente acusador fue proferida el 22 de septiembre de 2010, por hechos acaecidos el 14 de septiembre de 2009, no han pasado 5 años y se constituye en un antecedente.

En cuanto al sustituto de la prisión domiciliaria, estimó que conforme lo establecido en el artículo 38 B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, no se cumple con el requisito objetivo para ninguno de los procesados, además no existe la menor duda que la comisión del punible amerita un enérgico reproche, que debe materializarse en tratamiento penitenciario, toda vez que estos ciudadanos hacían parte de una organización criminal y desde el principio aceptaron su responsabilidad.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

5.1. Defensor de Jarvin Nicolás Sarmiento Álvarez.

El defensor del señor **Sarmiento Álvarez**, se encuentra inconforme con la sentencia de primera instancia por cuanto no concedió a su representado el sustituto de la prisión domiciliaria con fundamento en la gravedad de la conducta, sin tener en cuenta su grado de participación, esto es, que recibió dineros en su cuenta de ahorros, los cuales retornó a un tercero, desconociendo que eran fruto de una sustracción por medios electrónicos a una entidad bancaria.

Adicional a ello, desde el 19 de diciembre de 2014 el señor **Sarmiento** estuvo en detención preventiva en su lugar de domicilio, sin que se tenga novedad alguna por parte del INPEC, lo que evidencia un enrutamiento por el cauce del buen proceder.

Finalmente solicitó corregir la tasación de pena efectuada por el juez de primera instancia, como quiera que si la pena se fijó en el mínimo del cuarto medio, esto es 154.5 meses y por la aceptación de responsabilidad se efectuó una rebaja del 50%, no debió quedar en 77 meses y 27 días, ya que se prolongaría en 20 días la privación de la libertad.

5.2. Defensora de Mili Yiseth Jerez Carvajal

Se encuentra inconforme con la decisión del juez de primera instancia, por cuanto no se concedió la prisión domiciliaria a su prohijada, pese a que un juez de control de garantías le otorgó la detención preventiva en su residencia,

además no obstante el *a quo* tuvo en cuenta el aspecto de la punibilidad, podía determinar si era viable que cumpliera la pena en su residencia, dado que las condiciones valoradas en la imputación permanecieron vigentes al momento de la sentencia.

5.3. Defensor de Melber Ricardo Aselga.

El motivo de disenso con la decisión de primera instancia, radica en tres circunstancias:

a. Solicitó no tener en cuenta para determinar el cuarto punitivo en el proceso de dosificación de la pena, el antecedente penal que reposa en contra de su prohijado, por cuanto la norma tiene un vacío normativo dado que no indica desde cuando se cuentan los cinco (5) años, por lo que por favorabilidad, no se deben contabilizar desde la fecha de la primera sentencia hasta la comisión de los últimos hechos, sino hasta la emisión de la segunda sentencia. Así, si la primera sentencia se emitió el 22 de septiembre de 2010, y la segunda sentencia se profirió el 25 de enero de 2017, han transcurrido 6 años y 4 meses, superándose el término de 5 años.

b. Se vulneró el principio constitucional del *non bis in ídem*, por cuanto se condenó a su prohijado por el tipo penal descrito en el artículo 269-I del Código Penal y además se le agravó la conducta conforme al numeral 1 del artículo 269-H, dándose de esta manera una doble agravación de la conducta en cuanto al sistema financiero.

c. Se encuentra inconforme con que se condenara a su representado por la agravante genérica descrita en el numeral 5 del artículo 58 del Código Penal,

por cuanto no se precisó por el juez de primera instancia, en qué consistió la indefensión de Bancolombia ni la superioridad de los procesados, solo el *modus operandi* propio de la comisión del delito informático.

5.4. Defensor de Carlos Mario Hernández Calle.

Aduce que el hurto por medios informáticos fue mal tipificado por el ente acusador en cuanto a la circunstancia genérica de agravación punitiva contenida en el numeral 5 del artículo 58 del Estatuto Penal, por cuanto no se presentó ocultamiento en tanto todos los cajeros electrónicos y sucursales bancarias se encuentran monitoreadas mediante dispositivos electrónicos de vigilancia y resguardados por la fuerza pública.

Tampoco se trató de un abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, pues Bancolombia es una entidad multimillonaria que administra gran parte de los recursos de todo el país; y mucho menos aprovechando circunstancias de tiempo modo y lugar que dificultaran la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe, por cuanto son inherentes al tipo, lo que constituye una violación a la prohibición constitucional de prohibición de doble incriminación toda vez que el delito no existe si no se recurre a él mediante engaños o redes electrónicas para su comisión.

Aunado a ello, no se debe dar aplicación a la causal contenida en el numeral 10 del mismo artículo, por cuanto a su defendido no le imputaron el delito de concierto para delinquir y se acordó con la Fiscalía la aceptación de cargos sin ninguna agravante.

Así mismo solicita que de accederse a la anterior petición, esto es, no sancionar a su prohijado por las circunstancias genéricas de mayor punibilidad, se le conceda el subrogado de la prisión domiciliaria, ya que cumple con los requisitos subjetivos y objetivos del artículo 38 del Código Penal.

5.5. Defensor de Luis Fernando Foronda Betancur.

Se presenta una vulneración a los principios de legalidad y *non bis in ídem*, como quiera que la conducta por la que fue condenado su prohijado se agravó en tres oportunidades, en tanto se le imputó el tipo penal establecido en el artículo 269 I del Código Penal (que remite a la pena del hurto calificado) y la agravante descrita en el numeral 1 del artículo 269 H, cuando lo consagrado en el primero subsume la agravante del segundo. Además, se le imputó el delito de concierto para delinquir.

La misma situación se presenta al endilgarle las causales genéricas de agravación descritas en los numerales 5 y 10 del artículo 58 del Código Penal, pues respecto a la primera no existe claridad en el presunto estado de indefensión que unos ciudadanos sometieron al emporio bancario de Bancolombia y en cuanto a la segunda causal, se encuentra subsumida en el delito de concierto para delinquir, por lo que se debe redosificar la pena impuesta y partir del primer cuarto de movilidad, toda vez que no concurren circunstancias de mayor punibilidad.

De acceder a tal petición, solicita conceder la prisión domiciliaria a su representado por cumplirse con requisitos establecidos en el artículo 38 B del Código Penal.

5.6. Defensor del señor Edison Geovanni Maldonado Remolina

El defensor del señor **Maldonado Remolina**, se encuentra inconforme con la sentencia de primera instancia, respecto al factor punitivo, solicitando la inaplicación de las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 5 y 10 del Código Penal.

Aduce que en el caso concreto la decisión de primera instancia desborda los principios de razonabilidad y ponderación, sin atención a los fines de la pena, por lo que se debe imponer la pena mínima, máxime cuando las causales genéricas de agravación atribuidas en la sentencia de instancia, no tienen cabida en el presente evento, pues lo que no se imputó no se puede agravar.

Además, se negó a su representado la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión sin argumentación.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia.

Esta Colegiatura es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por los defensores, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Del caso concreto

De conformidad con los argumentos planteados por los apelantes los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

1. Si se presenta una vulneración al principio de prohibición de doble incriminación al endilgarle a los procesados: (i) la conducta punible establecida en el artículo 269 I del Código Penal, agravada por el numeral 1 del artículo 269-H, ibíd., (ii). la causal genérica de mayor punibilidad referente a la coparticipación criminal, a quienes fueron condenados por el delito de concierto para delinquir. Y si conforme a la imputación fáctica realizada por la Fiscalía, resultaba inaplicable la causal genérica de mayor punibilidad establecida en el numeral 5 del artículo 58 del Código Penal.

2. Si para el otorgamiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, deben analizarse otros factores aun cuando no se cumpla con el requisito objetivo previsto en el numeral 1 del artículo 38B del Código Penal.

3. Sí en el caso concreto la sentencia condenatoria emitida el 22 de septiembre de 2010 por el Juzgado Sexto Penal Municipal de San José de Cúcuta, en contra del señor **Ricardo Aselga**, no debe tenerse en cuenta como un antecedente penal en su contra para determinar el cuarto en el que se movió el fallador en el proceso de dosificación de la pena, en tanto a criterio de la defensa el término de 5 años debe contabilizarse desde la fecha de emisión de la primera sentencia condenatoria hasta cuando se profiere la segunda providencia en su contra y no hasta la fecha de los últimos hechos, obrando en favor de su representado la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales.

4. Si el juez de primera instancia erró en la tasación de la pena efectuada respecto al señor **Sarmiento Álvarez**, en tanto pese a que se ubicó en el mínimo del cuarto medio, esto es, 154.5 meses y por la aceptación de responsabilidad se efectuó una rebaja del 50%, determinó que la pena en definitiva a descontar era de 77 meses y 27 días de prisión, prolongando en 20 días la privación de la libertad.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, teniendo en cuenta que los defensores plantean una controversia respecto a los términos en que fue planteada la imputación de cargos por la Fiscalía, la Sala acudirá a la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 10 de mayo de 2006, en el radicado 25.389, en la cual se precisó:

“La prohibición de la retractación implica la imposibilidad de controvertir la aceptación, los términos y alcances de la imputación, para negar o modificar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que fue objeto del preacuerdo o trocar las circunstancias convenidas sobre tales elementos, sin que haya existido ilegalidad en la calificación jurídica de los hechos admitidos, todo con el fin de buscar beneficios que no fueron materia del preacuerdo y que por ende tampoco condicionaron al consentimiento que condujo a la terminación anticipada del proceso, como el aducir en la audiencia de individualización de la pena cualquiera de las situaciones a que se hizo alusión en el número 2.2., para efectos penales, pues son ajenas al compromiso adquirido por el fiscal y el imputado.

A este respecto, la Sala¹ precisó en providencia del 20 de octubre de 2005, que “es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad”. – Subrayas del despacho-

Posteriormente la misma corporación en sentencia del 27 de julio de 2016, radicado 43.395, anotó que cuando se aceptan unilateralmente cargos ante el juez de garantías o el juez de conocimiento, ya no es posible su retractación y su invalidación solo procede por vicios del consentimiento o violación de garantías fundamentales.

¹ C.S. de J., Sen. de Cas., 20-10-2005, Rdo. 24.026.

Así las cosas, la regla general es que si el procesado acepta los cargos que se le imputaron y el juez emitió la decisión en consonancia con esa imputación, no puede luego cuestionar los términos en que le fueron formulados, pues ello comportaría una retractación inaceptable del allanamiento e incluso develaría una falta de interés jurídico para recurrir, pues la aceptación de responsabilidad realizada de manera libre, consciente, libre, informada y asesorada por sus defensores impide la impugnación del fallo con el propósito de deshacer los efectos de su consentimiento, a menos claro está, que lo que se pretenda sea la invalidación del allanamiento por vulneración a garantías fundamentales.

En el asunto objeto de estudio aunque se presentó un allanamiento a cargos por parte de todos los procesados en la audiencia de formulación de imputación, momento en el cual la Fiscalía además de precisarle los delitos endilgados a cada uno de ellos, expresó que también se imputaban las circunstancias genéricas de mayor punibilidad descritas en los numerales 5 y 10 del artículo 58 del Código Penal, lo cierto es que advierten los defensores que se presenta una vulneración a garantías fundamentales que se concreta en una violación al principio *non bis in ídem*, por lo que se debe analizar de fondo el asunto, determinando si es procedente invalidar el allanamiento a cargos o readecuar la pena inaplicando las agravantes genéricas o específicas en virtud del principio de trascendencia de las nulidades.

En primer lugar, se debe analizar si al endilgarle a los enjuiciados la conducta punible establecida en el artículo 269 I del Código Penal, agravada por el numeral 1 del artículo 269-H, ibíd., se presenta una vulneración al principio de *non bis in ídem* o prohibición de doble incriminación, para lo cual se transcribirán las normas en cita. Veamos:

ARTÍCULO 269I. HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES. <Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que, superando medidas de seguridad informáticas, realice la conducta señalada en el artículo 239 manipulando un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante, o suplantando a un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 240 de este Código.

Por su parte, la agravante del numeral 1 del artículo 269-H, es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 269H. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. <Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> 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:

1. Sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros. (...)

De la lectura de las normas transcritas advierte la Sala, que, aunque puede presentarse una discusión dogmática en torno al planteamiento que hace la defensa, lo que ameritaría un profundo análisis sobre los elementos de cada una de las normas en cita, lo cierto es que, en el caso concreto, los procesados renunciaron a cualquier controversia sobre la imputación, misma que podría presentarse en el escenario del juicio oral, por lo que al aceptar cargos en esos precisos términos, no pueden pretender que en segunda instancia se inaplique la agravante cuando ello comportaría una retractación inadmisibles en esta instancia, máxime cuando el mayor reproche deviene de la calidad especial del sujeto pasivo, esto es, redes o sistemas informáticos del sector financiero.

Ahora, en lo atinente a la causal genérica de mayor punibilidad descrita en el numeral 10 del artículo 58 del Estatuto Penal, esto es “obrar en coparticipación criminal”, encuentra la Sala que efectivamente fue valorada doblemente para agravar la conducta de los enjuiciados que fueron

condenados por el delito de concierto para delinquir, esto es, **Diego Fernando González y Luis Fernando Foronda Betancur**, toda vez que al endilgarles esta conducta se hacía improcedente imputarles la causal genérica de la coparticipación porque ello devendría en la valoración de una misma circunstancia en dos oportunidades, sin embargo en virtud del principio de trascendencia de las nulidades, no es necesario invalidar el allanamiento a cargos o readecuar la pena por esa sola circunstancia toda vez que también se les imputó la circunstancia genérica de mayor punibilidad establecida en el numeral 5 del artículo 58 del Código Penal, con lo cual no tendría variación alguna la pena impuesta a los enjuiciados, en atención a que en el caso concreto se partió del mínimo del cuarto medio del delito más grave para ambos acusados y no se tuvo en cuenta para individualizar la pena que se imputaron dos circunstancias genéricas de agravación.

Por último, respecto a la causal genérica de agravación establecida en el numeral 5 del artículo 58 del Código Penal, consistente en *“ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento o aprovechando las circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o participe”*, advierte la Sala que si bien es cierto en un debate probatorio se podría discutir la aplicación de tal circunstancia dada la naturaleza del delito de hurto por medios informáticos, también lo es que los defensores y procesados optaron por aceptar la imputación de manera incondicionada operando el principio de irrevocabilidad a la luz del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Adicional a lo expuesto, se debe señalar a los defensores que no es procedente en esta instancia cuestionar aspectos como el grado de intervención en el ilícito de sus representados o el desconocimiento de la defraudación por parte

de quienes prestaron sus cuentas de ahorros para que fueran insufladas, en tanto aceptaron responsabilidad como coautores del delito de hurto por medios informáticos agravado.

Así las cosas, la respuesta al primer problema jurídico es negativa, como quiera que no se presenta una afectación a garantías fundamentales que imponga invalidar el allanamiento a cargos o redosificar la pena, pues aunque se advierte una vulneración al principio de prohibición de doble incriminación al imputarles la coparticipación criminal a quienes fueron condenados por el delito de concierto para delinquir, como se dijo, ello no incide en la tasación de la pena, ya que también les fue endilgada la causal genérica establecida en el numeral 5 del artículo 58 del Código Penal. Además, no se encuentran legitimados para presentar oposiciones vía recurso de apelación a la tipificación realizada por la fiscalía respecto a la causal establecida en el 5 del artículo 58 ídem, en tanto se allanaron a los cargos de manera libre, consciente y voluntaria, debidamente informados y asesorados por sus defensores.

Prosiguiendo en su orden, el segundo problema jurídico a resolver, comporta determinar si para el otorgamiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, deben analizarse otros factores aun cuando no se cumpla con el requisito objetivo previsto en el numeral 1 del artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, el cual se aplica por favorabilidad en el caso concreto por las siguientes razones:

1. Amplió el término a una pena mínima prevista en la ley de cinco (5) a ocho (8) años.

2. Eliminó el requisito subjetivo, esto es, analizar si el desempeño familiar, personal, laboral y social del condenado permiten deducir, que no colocará en peligro a la comunidad y evadirá el cumplimiento de la pena, bastando entonces demostrar el arraigo familiar y social.

3. los delitos por los que se procede no son de aquellos incluidos en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000.

En efecto, el artículo 38 B del Código Penal, establece los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria, el cual es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.
En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.
4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: (...)”

En tal sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de marzo de 2016, radicado 45181, M.P. Eugenio Fernández Carlier, precisó respecto a la exigencia señalada en el numeral 1 del artículo 38 B del Código Penal, que consiste en que el delito por el cual se impone la condena prevea una pena mínima igual o inferior a ocho años de prisión, aclarando que dicho tiempo se refiere a la sanción legal en abstracto y no a la efectivamente impuesta en cada caso.

Así, analizó que para constatar el límite punitivo mínimo de la conducta por la cual se procede a fin de verificar el elemento subjetivo, se debe tener en

cuenta aquellas circunstancias con virtud para modificar los extremos de la pena establecidos en el precepto, esto es las circunstancias específicas y genéricas que lo califican, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad, pero no aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta punible por no encontrarse vinculados con la ejecución, como la confesión, la reparación en delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la sentencia anticipada, etc.

En virtud de lo expuesto, teniendo en cuenta que en el caso concreto los enjuiciados fueron condenados con base en el marco punitivo establecido para el delito de hurto por medios informáticos agravado por el numeral 1 del artículo 269 H del Código Penal en calidad de coautores, el cual se encuentra sancionado con una pena de prisión que fluctúa entre 108 a 294 meses de prisión, lo que implica que la pena mínima establecida para el delito es de 9 años de prisión, no se cumple el factor objetivo, lo que hace innecesario pronunciarse respecto a los demás requisitos y hace inviable la concesión del sustituto penal, resultando intrascendente entonces el aporte al delito o que permanecieran las condiciones por las cuales se les otorgó la detención preventiva en su domicilio.

Superado este punto, se debe resolver el tercer problema jurídico planteado, esto es, si la sentencia condenatoria emitida el 22 de septiembre de 2010 por el Juzgado Sexto Penal Municipal de San José de Cúcuta, en contra del señor **Melber Ricardo Aselga**, no debe tenerse en cuenta como un antecedente penal en su contra para el proceso de dosificación de la pena, pues al solo obrar circunstancias de mayor punibilidad el juzgado partió del mínimo del cuarto máximo.

Debe precisarse que para determinar el cuarto punitivo en que se habría de dosificar la pena, a **Melber Ricardo Aselga** le fueron enrostradas las causales genéricas de mayor punibilidad descritas en los numerales 5 y 10 del artículo 58 del Código Penal, por lo que al no obrar la de menor punibilidad consistente en la carencia de antecedentes penales en virtud de una sentencia condenatoria emitida en su contra el 22 de septiembre de 2010 por hechos acaecidos el 13 de septiembre anterior, la pena se tasó en el mínimo del cuarto máximo.

Ahora, el defensor cuestiona el término a partir del cual debieron contabilizarse los cinco años para tener como vigente el antecedente penal en su contra, como si se estuviera analizando lo preceptuado en el artículo 68 A ibid, para efectos de la concesión de beneficios o subrogados penales, pues esta norma prohíbe la concesión de los mismos cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Sin embargo, para estos efectos no hay un límite de temporalidad para valorar los antecedentes penales, como sí, para la concesión de beneficios o subrogados, por cuanto constitucional y legalmente los antecedentes penales son las sentencias penales condenatorias ejecutoriadas que figuran en contra de una persona de manera intemporal, a no ser que por propia disposición del legislador le fije un límite.

A efectos de brindar claridad acerca de lo que constituye un antecedente penal, el primer referente es la Constitución Política que en su artículo 248 definió:

“Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.”

La Corte Constitucional en sentencia T- 444 de 1992, cuando estableció los alcances del *habeas data*, y los límites que deben tener los organismos de seguridad del Estado en la difusión de la información atinente a los antecedentes penales y contravencionales de los ciudadanos determinó:

Por "antecedente" debe considerarse única y exclusivamente las condenas mediante sentencia judicial en firme al tenor del artículo 248 constitucional. Esta regla se predica, entre otros efectos, para los certificados sobre conductas y antecedentes.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 20.597 del 20 de febrero de 2004, al resolver un cargo de violación directa por errónea interpretación del artículo 61 del código penal de 1980, esclareció:

“La situación frente al nuevo estatuto es distinta. El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero, **implica la existencia de una condena judicial definitiva** (artículos 248 de la Constitución Nacional, y 7º del estatuto procesal penal), al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo...” negrillas de la Sala

La directriz constitucional debe comprenderse esencialmente como desarrollo del principio de presunción de inocencia, sin embargo expresa con claridad que se configura como antecedente penal toda sentencia judicial definitiva o en firme, aun cuando se haya cumplido la pena.

Por lo anterior, y conforme la normativa penal antes referida, no era posible reconocer al procesado **Melber Ricardo Aselga** la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales y por tanto al solo obrar

circunstancias genéricas de mayor punibilidad, el ejercicio de dosificación realizado por el *a quo* fue correcto al ubicarse en el cuarto máximo para determinar la pena.

Finalmente, se dará respuesta al último problema jurídico planteado, esto es, si el juez de primera instancia erró en la tasación de la pena efectuada respecto al señor **Sarmiento Álvarez**, en tanto pese a que se ubicó en el mínimo del cuarto medio, esto es, 154.5 meses y por la aceptación de responsabilidad se efectuó una rebaja del 50%, determinó que la pena en definitiva a descontar era de 77 meses y 27 días de prisión, prolongando en 20 días la privación de la libertad.

En efecto se advierte un error en el proceso de tasación definitiva de la pena, pues si el titular del despacho determinó que iba a imponer la pena mínima del cuarto medio, esto es de 154,5 meses de prisión, que se traducen en 154 meses y 15 días, al realizar la rebaja del 50% por el allanamiento a cargos, la pena de prisión en definitiva a descontar por el procesado sería de 77 meses y 7,5 días de prisión y no como lo determinó el fallador en 77 meses y 27 días de prisión, por lo que se modificará la sentencia en este aspecto, no solo respecto al señor **Sarmiento Álvarez**, sino en relación con los procesados donde se evidenció similar situación en virtud del principio de igualdad, esto es, **Carlos Mario Hernández Calle, Maira Alejandra Tarazona Cárdenas, Mili Yiseth Jerez Carvajal, Edison Geovani Maldonado Remolina**, pues aunque sus defensores no lo plantearon les resulta favorable.

En este orden de ideas, estima la Sala que en este caso concreto se debe confirmar en la sentencia condenatoria proferida en contra de los señores **Carlos Mario Hernández Calle, Maira Alejandra Tarazona Cárdenas, Mili**

Yiseth Jerez Carvajal, Edison Geovani Maldonado Remolina, Jarvin Nicolás Sarmiento Álvarez y Melber Ricardo Asela, Diego Fernando González y Luis Fernando Foronda Betancur, como quedo establecido a lo largo del análisis efectuado, con la modificación del monto de la pena prisión y la correspondiente inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas respecto a los señores **Sarmiento Álvarez, Hernández Calle, Tarazona Cárdenas, Jerez Carvajal, Maldonado Remolina** .

7. DECISIÓN:

Por lo anterior, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia del 28 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, en lo atinente al monto de la pena de prisión impuesta a los señores **Jarvin Nicolás Sarmiento Álvarez, Carlos Mario Hernández Calle, Maira Alejandra Tarazona Cárdenas, Mili Yiseth Jerez Carvajal, Edison Geovani Maldonado Remolina**, en tanto no será de 77 meses y 27 días de prisión, sino de 77 meses y 7,5 días de prisión a descontar en el establecimiento carcelario que para el efecto determine el INPEC.

En lo demás queda en firme la sentencia.

SEGUNDO: Frente a esta decisión procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado