



SALA PENAL

Radicado: 05001 60 00000 2021 00002
Procesado: Juan Carlos Duarte Castro
Delitos: Hurto por medios informáticos y
semejantes y Concierto para delinquir
Decisión: Confirma
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta N°: 111

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

**Medellín, diecinueve de septiembre de dos mil
veintidós.**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, en contra de la sentencia proferida el 26 de enero de 2022, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, a través de la cual condenó al señor **Juan Carlos Duarte Castro**, a la pena principal de 3 años y 8 meses de prisión, y a la accesoria

de rigor, luego de aprobar el preacuerdo celebrado entre el procesado y la Fiscalía General de la Nación. Al sentenciado se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como el sustituto de la prisión domiciliaria.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos a los que se contrae el presente proceso, acorde con los elementos de convicción aportados a la actuación y a lo narrado en el fallo de primer grado, tuvieron su acontecer en las siguientes circunstancias temporo espaciales:

Producto de las labores investigativas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, luego de analizar en conjunto varias noticias criminales y de examinar los hechos denunciados en las mismas, se estableció la existencia de una organización criminal cuya finalidad era cometer delitos de Hurto por medios informáticos a usuarios de cajeros automáticos del sector financiero mediante la modalidad de cambiado de tarjeta y transacción abierta.

La primera se presenta cuando el usuario del sector financiero se encuentra realizando una transacción en un cajero automático y es abordado por uno o varios sujetos que lo hacen devolver al cajero haciéndole creer que dejó el cajero bloqueado, en este momento un miembro del grupo simula ayudarlo a realizar la transacción y le pide al usuario que introduzca la tarjeta al cajero y digite la clave, una vez el usuario accede a ello el infractor observa la clave y comienza a manipular la tarjeta del usuario y rápidamente la cambia por una tarjeta de iguales características sin que su víctima se dé cuenta. El infractor se retira rápidamente

del sitio y le pasa la tarjeta y la clave a otro miembro del grupo de la organización para que éste realice el retiro o la transferencia de dinero de la cuenta de la víctima, en otros eventos la misma persona que realiza el cambio de tarjeta hace el retiro o la transferencia, apoderándose así del dinero de la cuenta de la víctima.

La segunda modalidad de hurto, ocurre cuando el usuario de la entidad financiera se encuentra realizando una transacción con su tarjeta en un cajero automático, quien es abordado por personas extrañas, los cuales logran que el cliente pase a un cajero automático contiguo dejando la transacción abierta. En el cajero continuo o “cajero gemelo” lo espera otro de los infractores, quien observa cuando este digita la clave y le pasa la información a su compañero de ilicitud, quien se encarga de realizar el retiro de dinero o la transferencia desde el cajero automático donde estaba inicialmente el cliente, apoderándose así del dinero de éste.

Como resultado de las pesquisas desarrolladas por el ente acusador, se logró la individualización e identificación de varios miembros de la banda delincuencia, entre ellos, **Juan Carlos Duarte Castro**, obteniéndose además conocimiento de su participación en 7 eventos que tuvieron lugar entre los años 2015 y 2017, en los cuales resultaron víctimas los ciudadanos Luis Eduardo Sierra Aguilar, Óscar Alonso Osorio Cardona, William Ignacio González, Luz Gladis Zapata Arredondo, Odilma Loaiza Martínez, Haydee Estrada Velásquez y Hans de Jesús Wagner Jaramillo.

La Fiscalía General de la Nación solicitó la emisión de orden de captura en contra de **Juan Carlos Duarte Castro**, haciéndose efectiva la aprehensión el 22 de febrero de 2021.

En esa misma fecha se llevaron a cabo las audiencias preliminares concentradas ante el Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, diligencia en la cual se legalizó el procedimiento de captura. La representación del ente acusador formuló imputación en contra del señor **Juan Carlos Duarte Castro** por el delito de Concierto para delinquir, previsto en el artículo 340 del Código Penal, en concurso heterogéneo con la conducta punible de Hurto por medios informáticos y semejantes, en concurso homogéneo -7 eventos-, establecida en el artículo 269I, cargos a los cuales no se allanó el encartado. Por solicitud de la Fiscal Delegada, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de domicilio.

Presentada la carpeta, correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, oficina judicial que el 25 de noviembre de 2021, instaló audiencia de formulación de acusación.

En la mencionada fecha, luego de la presentación de los asistentes, la representante de la Fiscalía General de la Nación tomó la palabra y pidió cambiar el objeto de la diligencia, indicando que las partes deseaban celebrar un preacuerdo; así mismo, el defensor puso de presente que se pactó con la representación de las víctimas el pago del incremento patrimonial, haciendo efectivo el pago del 50% y garantizando el otro 50% a través de la firma de unos pagarés. La apoderada judicial de los afectados corroboró

esa información y aportó al Despacho copia de los recibos de pago y pagarés.

Atendiendo a lo anterior, la Fiscal delegado procedió a exponer los términos del preacuerdo suscrito con **Juan Carlos Duarte Castro**, estando éste debidamente asesorado por su defensor:

El señor **Juan Carlos Duarte Castro** se declara penalmente responsable de los delitos de Concierto para delinquir y Hurto por medios informáticos y semejantes, en concurso homogéneo -7 eventos- y, a cambio de esa aceptación, se degrada el grado de participación de autor a cómplice para efectos de la tasación de la sanción a imponer. Así mismo, atendiendo a que el delito de mayor penalidad es aquel contra el patrimonio económico, -3 años-, éste se toma como punto de partida, se imponen 6 meses más por los demás hurtos concursantes y 2 meses adicionales por la conducta de Concierto para delinquir, pactándose, en ultimas, una pena de 3 años y 8 meses de prisión.

Tanto el delegado del Ministerio Público como la apoderada judicial de las víctimas, informan estar de acuerdo con los términos del preacuerdo.

La Juez de Conocimiento procede a constatar que la aceptación de la responsabilidad obedeció a un acto libre, consciente y voluntario por parte del encartado, y contando con la debida asesoría de su defensor. En este punto, se suspende la diligencia en aras de que la Fiscalía aporte de manera digital, la totalidad de los elementos de prueba.

El 1º de diciembre de la pasada anualidad, se da continuidad al trámite y la Juez Tercera Penal del Circuito, decide impartir aprobación al acuerdo celebrado entre las partes y emitió sentido del fallo de carácter condenatorio.

En la audiencia de individualización de pena y sentencia prevista en el artículo 447 del Estatuto Procesal Penal, el Fiscal delegado pidió se diera aplicación a los términos de la negociación celebrada entre las partes y afirma que en este caso no se cumplen los requisitos para la concesión de subrogados penales, atendiendo a que uno de los delitos por los que se procede está excluido de beneficios. Por su parte, el defensor manifiesta que su prohijado tiene arraigo, que no es un peligro para la sociedad, que carece de antecedentes, que el delito no se encuentra enlistado en el artículo 68A del Código Penal, y por tanto se cumplen los requisitos del artículo 63 ibídem; así mismo, pone de presente que **Juan Carlos Duarte Castro** es padre de un hijo menor de edad y la manutención corre por su cuenta.

El 26 de enero de 2022, se profirió el fallo en los términos ya indicados.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

En primer lugar, la *A quo* resaltó que, de los elementos materiales probatorios aportados por el ente acusador, se constató la existencia de las conductas punibles atribuidas y la responsabilidad penal que cabe endilgarle al procesado **Juan Carlos Duarte Castro**.

Así mismo, manifestó que el acuerdo alcanzado por las partes salvaguardaba los derechos y garantías fundamentales, negociación que también incluyó la pena a imponer, la cual se pactó en 3 años y 8 meses de prisión, guarismo que acata el principio de legalidad.

De otro lado, en cuanto a las solicitudes efectuadas por el defensor en el sentido de que se conceda a su prohijado la suspensión condicional de la ejecución de la pena o, subsidiariamente, la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, la funcionaria falladora determinó despachar desfavorablemente tales peticiones.

Manifiesta que, aunque se cumple con el requisito objetivo del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, atinente a que la pena no supere los 48 meses, lo cierto es que contrario a lo manifestado por el defensor, **Juan Carlos Duarte Castro** sí tiene antecedentes penales vigentes, esto es, una sentencia condenatoria emitida el 3 de noviembre de 2017 por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Bogotá por similar delito al que aquí se juzga. Precisa que uno de los hechos delictivos que aquí se enrostra al procesado, ocurrió el 3 de diciembre de 2017, solo un mes después de haber sido condenado por la misma conducta y donde se comprometió a cumplir cabalmente con sus obligaciones, entre ellas la de no volver a cometer delitos, siendo esta una de las prohibiciones dispuestas por el artículo 63 del Código Penal para la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En cuanto a la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, argumenta la *A quo* que no se

cumplen los requisitos previstos para tal efecto, pues de los elementos de prueba llegados a la actuación por la defensa, se desprende que el menor de edad, hijo de **Duarte Castro**, cuenta con la compañía de su progenitora quien puede hacerse cargo de su manutención, es decir, no se probó que el infante estuviese totalmente desprotegido y no hubiesen otros familiares que estuvieran en condiciones de suplir sus necesidades básicas.

Notificada la sentencia a las partes, el profesional del derecho que representa los intereses del **Juan Carlos Duarte Castro** recurrió la misma en apelación, sustentado el recurso por escrito dentro del término legal.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO:

El apoderado de la defensa inicia su intervención poniendo de presente su desacuerdo con la manifestación de la Fiscal delegada en el curso de la audiencia de individualización de pena, en el sentido de que no se cumplen los requisitos para la concesión de subrogados penales, atendiendo a que uno de los delitos por los que se procede, Hurto por medios informáticos y semejantes, está excluido de beneficios.

Argumenta, y allega jurisprudencia al respecto, que más allá de la remisión que realiza el artículo 269I del Código Penal para efectos de la determinación de la pena, de ninguna manera puede entenderse que el delito de Hurto por medios informáticos y semejantes es el mismo Hurto calificado previsto en el numeral 4 del artículo 240 del mismo compendio normativo. Por ello, arguye que contrario a lo asevero por la representante del

ente acusador, en este caso no existe prohibición o exclusión legal de beneficios.

De otro lado, se opone al motivo por el cual la Juez de primer grado negó a su prohijado el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Manifiesta el recurrente que, aunque por lealtad procesal no puede negar que **Juan Carlos Duarte** si fue condenado en el año 2017 por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Bogotá por similar delito al que aquí se juzga, asegura que dicha afirmación “verdadera” de la *A quo* constituye conocimiento privado, pues no se aportó elemento de prueba alguno que así lo indique y, por el contrario, la Fiscal delegada en la audiencia de individualización de pena, manifestó que el señor **Duarte Castro** carece de antecedentes.

Por lo expuesto pide a la segunda instancia se revoque parcialmente la sentencia de condena proferida en este caso y, en su lugar, se otorgue a **Juan Carlos Duarte Castro** “cualquier beneficio”, pues no existe prohibición alguna respecto a los delitos por los que en este caso se procede.

CONSIDERACIONES:

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias que en primera instancia profieran los Jueces Penales del Circuito.

La función revisora del Tribunal se ha de circunscribir en esta oportunidad, de manera puntual, a los reparos efectuados por el impugnante, y a aquellos que le sean inescindibles.

Inicialmente debe advertir la Colegiatura que le asiste legitimación al recurrente, pues en efecto, a pesar de tratarse de un asunto de justicia premial o consensuada, es procedente su impugnación porque el reparo versa sobre la decisión de la *A quo* de negar a **Juan Carlos Duarte Castro** el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Ahora bien, aunque en su escrito de alzada, el defensor también se refiere a la manifestación hecha por la Fiscal delegada en la audiencia de individualización de pena, en el sentido de que en este caso no se cumplen los requisitos para la concesión de subrogados penales, atendiendo a que el delito de Hurto por medios informáticos y semejantes, está excluido de beneficios, lo cierto es que, tal como se dejó entrever previamente, tal circunstancia no hizo parte del fundamento por el cual la Juez de primer grado negó la concesión del subrogado deprecado, y en tal sentido no es dable que esta Corporación, en sede de segunda instancia, ahonde al respecto.

De tiempo atrás, de manera pacífica y reiterada, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que cuando se hace uso de los recursos se debe proceder a su adecuada sustentación, la que no puede hacerse consistir en genéricos enunciados o defensa de una posición, sino que es preciso que esa argumentación presente las razones del disenso, destaque las falencias fácticas y jurídicas de la providencia y porqué la decisión no resulta acertada.

“No basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera la decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende”¹.

La referencia que el apelante hace a que la conducta de Hurto por medios informáticos y semejantes, no está incluida en el listado del artículo 68A del Código Penal y por ello no está excluida de la concesión de beneficios, no está dirigida a controvertir un argumento utilizado por la Juez de Conocimiento en la sentencia de condena, sino que con ello pretende defender una postura en contraposición de lo considerado por la Fiscalía, y en tal sentido no habilita el conocimiento y pronunciamiento de esta Sala de Decisión en sede de segunda instancia.

En lo atinente al reparo concreto enarbolado por el defensor respecto a la sentencia de condena proferida en contra de **Juan Carlos Duarte Castro**, y que en últimas está dirigido a que se conceda al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en primer lugar, debe precisarse que en lo que atañe a ese subrogado penal, no existe discusión frente a la norma a aplicar por cuanto para la fecha de los hechos, entre los años 2015 y 2017, se encontraba vigente la Ley 1709 de 2014 por la cual el Legislador introdujo importantes cambios para la concesión de subrogados y sustitutos penales.

La norma llamada a regir el asunto es el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014:

¹ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Radicado 37258 del 28 de septiembre de 2011.

“ARTÍCULO 29. *Modificase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:*

Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. *La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

1. *Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*

2. *Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*

3. *Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.”

Este canon nos impone remitirnos al artículo 32 ibídem (que modificó el artículo 68A de la Ley 599 de 2000) el cual introduce un conjunto de prohibiciones, primero, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores y, segundo, respeto a un listado de delitos.

De esta manera, se puede concluir que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014, la concesión del subrogado penal quedó supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos objetivos: (i) que la pena no exceda los cuatro años de prisión, (ii) la ausencia de antecedentes penales y (iii) que

el delito no esté incluido en el listado del inciso segundo del artículo 68A del Código Penal.

Recuérdese que, en este caso, para denegar el referido beneficio, la Juez Tercera Penal del Circuito puso de presente que el señor **Juan Carlos Duarte Castro** sí tiene un antecedente penal, consistente en una sentencia condenatoria emitida el 3 de noviembre de 2017 por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Bogotá por el mismo delito al que aquí se juzga, actuación en la cual fue beneficiario del mismo subrogado que ahora se depreca.

Precisó que uno de los hechos delictivos por los que aquí se condena a **Duarte Castro**, ocurrió el 3 de diciembre de 2017, solo un mes después de haber sido condenado por la misma conducta y donde se comprometió a cumplir cabalmente con sus obligaciones, entre ellas la de no volver a cometer delitos, siendo esta una de las prohibiciones dispuestas por el artículo 63 del Código Penal para la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por su parte, el aquí apelante sostiene en su disenso que esa manifestación de la *A quo* constituye conocimiento privado, pues no se aportó elemento de prueba alguno que dé cuenta de ese antecedente penal.

La Corte Suprema de Justicia en consonancia con la normatividad aplicable, ha sido enfática al indicar que está prohibido para el funcionario judicial adoptar alguna determinación con base en su conocimiento privado, pues ello iría en detrimento

de los derechos de las partes a presentar, conocer y controvertir las pruebas que conduzcan a la verdad declarada en el proceso.

De esta manera se pronunció recientemente la Alta Corporación:

“(...) en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, , según el cual, « Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe», y el artículo 381 ib, «Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.» normas que irradian el proceso de Justicia y Paz, por virtud del principio de complementariedad normativa dispuesta en el artículo 62 Ley 975 de 2005.

Los enunciados normativos citados constituyen una materialización de la garantía constitucional del debido proceso en la medida en que permiten conocer el sustento probatorio que tuvo en cuenta el funcionario judicial al adoptar una determinada decisión, así como el mérito suasorio dado a los medios de prueba acopiados en el proceso y el análisis e inferencia lógica realizados para dar solución a los problemas jurídicos planteados, propiciando así que las partes puedan ejercer debidamente su derecho de contradicción.

Tal exigencia constituye un deber ineludible de los jueces en el Estado Social de Derecho, conforme a los artículos 2, 228 a 230 de la Constitución Política, en la medida en que limitan la arbitrariedad y previenen cualquier abuso del poder con el cual han sido dotados para la resolución de las controversias jurídicas, dentro del respeto a la independencia e imparcialidad que son inherentes a la función judicial.

Adicionalmente se proscribe que el juez pueda decidir con base en su conocimiento privado en detrimento de los derechos de las partes a presentar, conocer y controvertir las pruebas que conduzcan a la verdad declarada en el proceso”².

De esta manera, resulta diáfano el principio según el cual está prohibido aplicar el conocimiento privado del funcionario sobre los hechos, ello con miras a evitar que las decisiones se soporten en opiniones subjetivas. Las decisiones deben acreditarse con pruebas legalmente allegadas, sin que el

² Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP2876-2020. Radicado 55.135 del 5 de agosto de 2020.

funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre los hechos o circunstancias que se debaten al interior de la actuación.

Ahora bien, luego de examinar minuciosamente cada uno de los elementos de prueba allegados a la actuación, encuentra esta Sala de Decisión que no es acertada la aseveración del defensor recurrente al indicar que la Juez Tercera Penal de Circuito de sirvió de su conocimiento privado para negar a **Juan Carlos Duarte Castro** el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En efecto, al inspeccionar los medios de conocimiento allegados en este caso por la Fiscalía General de la Nación, se encontró el oficio No. S- 202100301153 SUBIN - GRUIJ - 1.9³, a través del cual la Dirección de investigación Criminal e Interpol informa que una vez consultada la información sistematizada de antecedentes penales de esa entidad, se corroboró que **Juan Carlos Duarte Castro** fue condenado por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Bogotá en el proceso penal con SPOA 110016000013201601162 a la pena de 14 meses de prisión, luego de ser hallado penalmente responsable del delito de Hurto por medios informáticos y semejantes, actuación en la que fue beneficiado con subrogado penal.

En este orden de ideas, no le asiste razón al recurrente pues, tal como lo indicó la *A quo*, fundamentándose para ello en elementos materiales probatorios legalmente aducidos a la actuación, al momento de proferir la sentencia que aquí se revisa el señor **Duarte Castro** sí tiene antecedentes penales

³ Archivo digital denominado "041Elementos". Folios 52 y 53.

vigentes, esto es, una sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Bogotá, justamente por el mismo delito que aquí se le censura.

Además, como lo advierte la funcionaria falladora, uno de los hechos delictivos que en la presente actuación se enrostra al procesado, ocurrió el 3 de diciembre de 2017, solo un mes después de haber sido condenado por la misma conducta y donde se le concedió un subrogado penal, para lo cual se comprometió a cumplir cabalmente con las obligaciones previstas en el artículo 65 Código Penal, reincidencia criminal que precisamente impide que se pueda otorgar nuevamente el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena – artículos 63 y 68A de la Ley 599 de 2000-.

Como corolario de lo expuesto, no están llamados a prosperar los argumentos de la alzada y, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, por evidenciar que se ajustó a las reglas legales y constitucionales que la rigen.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en **Sala Novena de Decisión Penal**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: CONFIRMAR la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se condenó al señor **Juan Carlos Duarte Castro**. Ello, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de Casación.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.



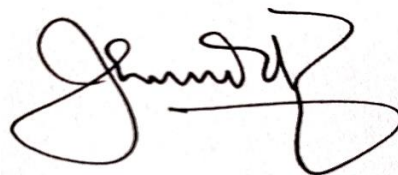
PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Magistrado



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado.