

Proceso: 05 001 60 00000 **2024-00443**
Delito: Concierto para delinquir, hurto por medios informáticos y
Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicaciones
Procesados: Edison Augusto y Fradis Armando Ferraro Maya
Procedencia: Juzgado 10 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación de auto que imprueba preacuerdo
Decisión: Revoca
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto No: 032-2024

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DECIMOSEGUNDA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintidós (22) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto aprobado según acta Nro. 136

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la fiscalía en contra del auto del 24 de septiembre pasado, por medio del cual el Juez 10° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, improbió el preacuerdo suscrito con la defensa de **Edison Augusto y Fradis Armando Ferraro Maya**, dentro de la causa seguida en contra de aquellos por los delitos de concierto para delinquir, hurto por medios informáticos y obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicaciones

1. HECHOS

Según el escrito de acusación, son los siguientes:

“Edison Augusto Ferraro Maya y Fradis Armando Ferraro Maya se han asociado, han acordado realizar conductas delictivas de manera permanente y reiterada, de manera dolosa, intencional, planeada y coordinada con otras personas que si bien se

encuentran claramente individualizadas no lo están aún identificadas, encontrándose sí señaladas al interior de ANDINA DE SEGURIDAD DEL VALLE, empresa encargada de investigar los fraudes Bancarios y eventos delictivos de los que son objeto BANCOLOMBIA y sus clientes.

(...)

Ese acuerdo se ha dado y mantenido en el tiempo para efectos de realizar las siguientes acciones que constituyen las siguientes conductas delictivas:

Acudir a los cajeros electrónicos de Bancolombia con la finalidad de vandalizar la tarjeta lectora de los cajeros electrónicos de la entidad para que los mismos queden fuera de servicio. Dicha vandalización la realizan aplicando sobre una tarjeta Bancaria sustancia pegajosa conocida como pegatina, lo que genera que al introducir la tarjeta bancaria ya impregnada de la sustancia en la ranura lectora de las mismas, los pines que se encuentran en la lectora de la ranura no cumplan su función, no puedan leer, detectar la tarjeta y resulte imposible realizar cualquier transacción quedando fuera de servicio el cajero electrónico. Al serle aplicada la sustancia en las tarjetas que introducen en la lectora de los cajeros, los pines que se encuentran al interior de la lectora que cumplen la función de detectar la tarjeta, leerla y establecer comunicación entre el cajero y el sistema informático de la Entidad Financiera, se aíslan, impidiendo leer la tarjeta, detectarla e impidiendo que se genere la comunicación entre el cajero electrónico y el sistema informático de BANCOLOMBIA, hasta tanto los cajeros sean intervenidos, limpiadas las lectoras o reparadas según el caso. De esta manera quedan fuera de servicio.

Dicha acción constituye en sí misma el punible de obstaculización ilegítima de sistema informático, contemplado en el artículo 269 B del C. Penal.

Una vez vandalizadas las lectoras de los cajeros electrónicos, abordan a los clientes/usuarios de la Entidad que acuden a dichos cajeros ya vandalizados a utilizar los servicios de los mismos, simulando prestarles ayuda con la transacción que no podrán realizar dada la acción previamente realizada por el grupo, y esto lo hacen para efectos de realizar el cambio de sus tarjetas bancarias por otras de similares características portadas por el grupo, visualizar la clave transaccional digitalizada por el usuario del (sic) cajero para finalmente marcharse a hacer retiros o transferencias de sumas de dinero desde las cuentas de dichos usuarios, utilizando su tarjeta bancaria y su clave transaccional, conducta que se realiza en detrimento del patrimonio de estos y correlativamente incrementa de manera ilícita el patrimonio del grupo.

Dicha acción constituye en sí misma el punible de Hurto por medios informáticos consagrada en artículo 269 1 del C. penal.

Para materializar ese acuerdo en Medellín, área metropolitana y Oriente Antioqueño, han establecido previamente los roles a desempeñar, se han distribuido las funciones y aportes de cara al éxito de la finalidad criminal, se alternan los eventos a los que acuden, los cajeros a los que acuden, pero no los roles, situación que realizan de la siguiente manera:

(...)”

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1 Entre el 17 y 23 de mayo de 2024, ante el Juzgado 39 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por los delitos de concierto para delinquir en concurso homogéneo y sucesivo con obstaculización ilegítima de sistema informático o de red de telecomunicación agravado y hurto por medios informáticos agravado, art. 29, 31, 340, 269b, 269h-1, 269i y 269h-5 del C.P., en contra de **Edison Augusto Ferraro Maya** a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión. No hubo allanamiento a cargos.

2.2 El 14 de junio de 2024, el Juzgado 18 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, efectuó las audiencias preliminares para el procesado **Fradis Armando Ferrero Maya**, en esa oportunidad se legalizó el procedimiento de captura, se formuló imputación por los mismos delitos de su antecesor y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia. Tampoco se allanó a los cargos.

2.3 La Fiscalía 251 Seccional de Medellín, radicó el escrito de acusación, asunto que le correspondió por reparto al Juez 10 Penal del Circuito de esta ciudad quien instaló la audiencia de formulación oral de los cargos el 26 de agosto de 2024. Luego de sanear la actuación la fiscalía anunció haber llegado a un preacuerdo con los procesados y su defensa.

Presentación del preacuerdo

Luego de individualizar a los procesados indicó que el preacuerdo consistía en que éstos se *“declaran culpables del concurso heterogéneo de los delitos de concierto para delinquir, obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación a razón de 39 casos de este delito de obstaculización y es en concurso homogéneo y el delito de hurto por medios informáticos y semejantes. Para Edison 4 delitos de hurto y para Fradis Armando 2 delitos de hurto y el delito de obstaculización para ambos 39 y el concierto 1”*.

Enseguida indicó que la infracciones corresponden a los artículos 340, 269I, 269H numeral 5°, 240, 269B y 269H del C.P., y continuó *“ellos se declaran culpables de estos delitos a título de autores para el concierto para delinquir y coautores para los otros delitos, modalidad dolosa. Para efectos de reconocerles un beneficio, porque solamente es para efectos de reconocerles un beneficio, atendiendo a que la pretensión de ellos es pagar, hacer el pago de una indemnización integral de los perjuicios ocasionados tanto a Bancolombia como a las víctimas, personas naturales, la Fiscalía dispuesto a hacerles una rebaja del 50% y también por el preacuerdo, la rebaja será del 50% en esa medida al momento de tasar las penas”*, aclaró que ese 50% por indemnización es solo para el delito de hurto y 50% para todos los delitos por el preacuerdo.

Explicó que se partiría de la pena más alta que en este caso es la consagrada en el delito de obstaculización que tiene pena de 72 meses, más 95 meses por los otros 38 delitos de obstaculización para Edison y 4 hurtos sería 5 meses por cada hurto para un total de 20 meses, más 5 meses por el concierto, es decir que son 72 meses + 95 + 20 + 5 = 192 meses menos el 50% por el preacuerdo = **96 meses para Edison;** y los mismos ítems para Fradis Armando, pero para éste serían 10 meses por el hurto, porque fueron 2 para un total de 182 meses menos el 50% por el preacuerdo = **91 meses para Fradis.**

Enseguida enunció los elementos materiales probatorios que soportarían dicha negociación y respecto del reintegro de que trata el art. 349 del C. de P.P., aclaró que la víctima María Fernanda tasó los perjuicios en \$4.000.000 y aún se le adeuda \$310.000 para el 50% del reintegro y que Bancolombia tasó los perjuicios en \$18.905.000.

Los procesados indicaron que esos eran los términos del preacuerdo y que comprendían las consecuencias negativas de su aceptación de responsabilidad penal, por esa razón aceptaron la negociación de manera voluntaria y libre de cualquier coacción, así mismo dijeron conocer que no podrán retractarse¹.

2.4 El 24 de septiembre último cuando se dio continuidad a la audiencia de verificación de preacuerdo, la fiscalía anunció que los procesados habían realizado el reintegro del incremento patrimonial para la víctima María Fernanda Vargas en un 50% y garantizado el resto con una letra de cambio y que para Bancolombia no operaba esta figura, empero, al no haber realizado el pago de los perjuicios ajustó la negociación en los siguientes términos:

“(i) Los procesados aceptan su responsabilidad penal como autores responsables dolosos de los delitos de HURTO POR MEDIOS INFORMATICOS 2691, 269H, (numeral 5) 240 del C.P., OBSTACULIZACION ILEGITIMA DE SISTEMA INFORMATICO RED DE TELECOMUNICACIONES, en 39 ocasiones, (ARTS 269B 269H) CONCIERTO PARA DELINQUIR (ART. 340). Se parte del delito de HURTO cuya pena mínima es de 90 meses y como son 4 hurtos para EDISON se tasan en 4 meses cada uno de los restantes; decir 12 meses más; por los 39 delitos de OBSTACULIZACION ILEGITIMA DE SISTEMAS INFORMATICOS (39) cada uno se tasa en 2,5 meses equivalente 97,5 meses; y, por el CONCIERTO PARA DELINQUIR, se le suma meses 4 para un total de 203,5 Se le rebaja el 50% por aceptar cargos; quedando en 101,75 meses de prisión para EDISON. La Multa la deja criterio del Juez.

En el caso de FRADIS se parte de 90 meses por el delito de Hurto, se le suman 4 meses por otro delito de Hurto (por cuanto por los otros dos Hurtos ya fue condenado en el caso del señor JUAN DIEGO, se le suma 97,5 por el equivalente los 39 delitos de Obstaculización ilegítima de sistema informático o telecomunicación, y 4 meses más por el Concierto para Delinquir, quedando en

¹ Audiencia de acusación, muta a preacuerdo del 26 de agosto de 2024. Minuto: 17:20

195,5 se le rebaja la mitad (50%) quedando en 97,75 meses de prisión. La Multa la deja consideración de la Judicatura”².

3. LA DECISIÓN RECURRIDA

El Juez de primera instancia luego de verificar los términos de la negociación con los procesados y su defensa indicó que la pena acordada no respetaba el principio de legalidad de las penas, ni el de proporcionalidad, pues la rebaja del 50% solo precede en la audiencia de formulación de imputación y aquí se pactó luego de radicado el escrito de acusación. Por lo que, si bien, no procede la limitante del inciso final del art. 352 de la ley 906 de 2004 que hace referencia a la rebaja de una tercera parte, tampoco el amplio margen del inciso 1º del canon 351 ibídem de hasta el 50%.

Refirió que el preacuerdo tiene dos formas o clases de beneficio, uno, la concesión de una figura jurídica que rebaja la pena, como la complicidad para efectos punitivos, o la ira e intenso dolor; y dos, la rebaja porcentual, regulada en los art. 351, 352 inc. 2º y 356 numeral 5º del C. de P.P, la fiscalía optó por esta segunda forma.

Agregó que en este asunto ya se había radicado el escrito de acusación, no se indemnizó a la víctima Bancolombia, entonces teniendo en cuenta el alto número de delitos, la pena pactada es desproporcionada e irracional. De esa manera improbo el preacuerdo.

La delegada de la fiscalía recurrió la decisión.

4. APELACIÓN

De acuerdo con el acta de continuación de verificación de preacuerdo realizada el 24 de septiembre pasado, la fiscalía al momento de sustentar su inconformidad

² Continuación audiencia de verificación de preacuerdo del 24 de septiembre de 2024. Acta044ImpruebaPreacuerdo20240924.

solicitó que la decisión fuera revocada y como consecuencia de ello, se le imparta legalidad al preacuerdo, en su sentir no se violó el principio de legalidad por cuanto la audiencia se hizo en dos momentos; en la primera sesión se dijo que se degradaba la participación de coautores a cómplices y que el beneficio era que se les rebajaba el 50% de la sanción, y en esta solo se cambió la tasación de la pena, misma que no considera desproporcionada porque el legislador al fijar esas penas permitió tales rebajas, además en este momento procesal es válido otorgar dicha rebaja.

5. NO RECURRENTES

La defensa indicó que la fiscalía en la sesión pasada dijo que la conducta se degradaba de coautores a cómplices y por ello la pena debe tasarse con la rebaja del 50%.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 De conformidad con lo dispuesto en el art. 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala de Decisión es competente para desatar el recurso de apelación que interpuso la delegada de la fiscalía.

6.2 El problema jurídico propuesto por la recurrente tiene que ver con establecer si en este preciso asunto había motivos para aprobar el preacuerdo descartando la crítica que el fallador expuso en punto del principio de legalidad de la pena, pues se pactó una rebaja del 50% de la misma sin tener en cuenta el momento procesal en que se llevó a cabo dicha negociación.

Antes de descender al objeto de la censura, es necesario realizar dos aclaraciones preliminares, la primera tiene que ver con que ha sido criterio de quien funge como ponente en este asunto, abstenerse de resolver la alzada cuando sólo una de las partes interpone el recurso de apelación contra el auto que imprueba un preacuerdo. La razón tiene que ver con el carácter bilateral del instituto que obliga la insistencia en su aprobación por vía de recursos, de consuno por sus protagonistas, fiscalía y acusado, pues de lo contrario se entendería que la parte no recurrente está conforme

con la decisión del juez, lo que significa su retractación. Los demás integrantes de la Sala han entendido que siempre ha de resolverse de fondo la apelación.

No obstante lo anterior, en el *sub judice*, se evidencia que la defensa como no recurrente coadyuvó la postura de la fiscalía y solicitó que se impartiera aprobación al preacuerdo en los términos en que fue pactado, indicando, como lo hizo su antecesora que en este asunto se planteó una degradación de coautores a cómplices y en ese sentido resultaba procedente la rebaja del 50% de la pena a imponer, circunstancia que aconseja a la Sala resolver de fondo el recurso interpuesto por la fiscalía.

Y la segunda, tiene que ver con que no fue posible escuchar los registros de la sesión de audiencia del 24 de septiembre pasado en la que se ajustó el preacuerdo, el a quo tomó su decisión y la fiscalía recurrió, pues de acuerdo con la constancia allegada por el Juzgado 10 Penal del Circuito por un error involuntario la diligencia no se grabó. No obstante, las partes suscribieron el acta de esa fecha en señal de aprobación, circunstancia que para la Sala no genera un motivo invalidante de la actuación.

6.3 Hechas estas aclaraciones, se encargará la Sala de resolver el problema jurídico y para ello considera necesario insistir en una breve reseña sobre la figura de los preacuerdos a la luz de la reciente jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, luego de lo cual se aplicarán esos insumos al caso concreto.

6.4 Pues bien, como institutos de derecho penal premial y consensuado adoptados por la Ley 906 de 2004, se encuentran, de un lado los allanamientos a cargos, actos esencialmente unilaterales, caracterizados porque una vez el encartado conoce la imputación o los cargos que en su contra formula la fiscalía decide de manera voluntaria e informada aceptarlos a cambio de una reducción o rebaja en la pena que recibirá del juez, cuyo monto depende fundamentalmente del momento procesal en que se produce la aceptación. Insiste el Tribunal en que se trata de un acto unilateral del acusado, pues la fiscalía no participa en forma determinante en

su concreción, al punto que no puede oponerse a su realización a fin de agotar el proceso a través de su trámite ordinario.

De otro lado están los preacuerdos entre Fiscalía e imputado o acusado, estos sí de carácter bilateral, que nacen del consenso entre aquellos acerca de los términos de la imputación, de modo tal que el procesado decida declararse culpable del delito imputado o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal elimine alguna agravante o cargo específico o adecue la conducta de una determinada manera que comporte un resultado más favorable desde la punibilidad para el acusado³.

Salta a la vista que se trata de institutos diferentes, perfectamente diferenciables y diferenciados, así estén reglados de manera simultánea y en ocasiones indistinta por el legislador. Lo cierto es que se trata de instituciones ontológicamente diferentes.

El artículo 348 de la Ley 906 de 2004, se encarga de señalar las finalidades de estas formas de terminación anticipada del proceso, entre las cuales resulta oportuno resaltar lo plasmado en su inciso segundo en el sentido de que *el funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigar la administración de justicia*. De ese aparte normativo resulta esencial y concreto el deber señalado en último lugar, pues es claro que no se puede pregonar la existencia inconcusa de una política criminal del estado y las directrices de la Fiscalía no siempre son consistentes. Entonces, el mandato claro plasmado en la norma está determinado porque con la aplicación de estos institutos se aprestigue la administración de justicia o, desde una formulación negativa del fin, que con ellos no se desprestige la administración de justicia. Se trata de un imperativo, casi de un mandato de optimización, cuyo incumplimiento debe generar efectos en punto de la aceptación y procedencia del instituto.

La obtención en la práctica de esa finalidad, claramente expresada en la ley no ha estado libre de dificultades. Primero con la implementación de los allanamientos.

³Sentencia del 23 de julio de 2009, radicado 31.063 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

En los albores del sistema esta fue la herramienta más utilizada por los defensores a cambio, casi siempre de las rebajas máximas, en la mayoría de los casos del 50% de las penas a imponer sin absolutamente ninguna consideración adicional. Expresado de diferente manera, estas concesiones no siempre resultaban proporcionales a la gravedad de la conducta, a los derechos de las víctimas, etcétera. Esta realidad hizo que, en casos de flagrancia, entre las muchas interpretaciones posibles en punto del monto de las rebajas por allanamiento se optara por aquella que ofrecía los más precarios beneficios⁴. Una tal realidad, llevó a que el allanamiento se hiciera casi inaplicable y que las partes dirigieran su atención y concentraran sus esfuerzos creativos hacia los preacuerdos. Fue así, como se pasó de la obtención casi generalizada de beneficios punitivos de un 50% a otros en porcentajes muy superiores, de más del 80%, pero además con efectos en sede de la libertad de los procesados dado el monto de las penas acordadas, sin que el juez pudiera intervenir en aplicación de la línea jurisprudencial decantada para entonces.

Así las cosas, puede decirse que se empezó por un uso desmedido de los allanamientos, que incumplía el fin anunciado de aprestigiar la administración de justicia, para seguir con el uso en condiciones semejantes o aún más desmesuradas de los preacuerdos, con los mismos resultados frente al deber o fin expuesto.

En ese estado del arte, surgió la Sentencia SU-479 de 2019, que consideró improcedentes los preacuerdos que incorporaban una calificación jurídica favorable al acusado sin un sustento probatorio mínimo que la respaldara al considerar que de esa manera se solían conceder rebajas desproporcionadas. Esto concluyó la Corte al respecto:

“En suma, de acuerdo con los precedentes constitucionales referidos y particularmente a la Sentencia C-1260 de 2005 que hace tránsito a cosa juzgada, la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa,

⁴ Sentencia C-645/12 que señaló con criterio de autoridad la interpretación que debía darse el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 que modificaba el artículo 301 de la ley 906 de 2004, referido a la flagrancia, cuyo tenor era el siguiente: Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ parte del beneficio de que el artículo 351 de la ley 906 de 2004.

deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso”.

El criterio acabado de exponer, como reacción al uso irresponsable que de los preacuerdos hicieron las partes, sin duda alguna desdibujó el instituto, pues su razón de ser, su esencia, enseña que reconoce beneficios que no están acreditados probatoriamente, pues de estarlo, así sea mínimamente no pueden constituir una contraprestación por la aceptación de responsabilidad, sino que deben ser reconocidos como derechos del imputado o acusado.

El anterior criterio jurídico fue de alguna manera interpretado, y atemperados sus efectos, por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia a partir de la decisión SP2073 2020, radicado 52.227 del 24 de junio de ese año. En efecto, en esa oportunidad la Corte de Casación destacó que los preacuerdos en que se acude a un cambio en la calificación jurídica de la conducta sin una base fáctica que la sustente en efecto desconocen el principio de legalidad y en ocasiones conceden rebajas desbordadas. Así, concluyó que en su lugar ha de acudir a preacuerdos en que la referencia a normas penales no aplicables al caso se dé con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud de la negociación, sin que modifique la calificación jurídica real de la conducta. No obstante, admitió que en este tipo de pactos también podía presentarse, como de hecho ocurre, el que se acuerden rebajas desproporcionadas. Ante esa realidad, mencionó algunas pautas a considerar a fin de evitar ese tipo de concesiones exageradas. Al respecto la Corte concluyó lo siguiente:

“Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por

el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios”.(subrayado por el Tribunal)

De la anterior conclusión se infiere, que la Corte enunció algunos criterios a considerar al momento de evaluar el monto de la rebaja que se va a reconocer a través del preacuerdo. En ningún momento dijo que debiera considerarse uno de ellos de manera exclusiva y aislada o que solo fueran susceptibles de ser utilizados los allí mencionados. Se trata entonces de criterios que hacen reglada la facultad de negociación de los fiscales y que deben ser considerados también por el juez al momento de evaluar el carácter desproporcionado o no de una determinada negociación.

La Corte, posteriormente, en el radicado 51478 del 21 de octubre de 2020, insistió de manera expresa en mencionar los criterios a tener en cuenta al momento de decidir si un beneficio en sede de punibilidad admite la calidad de desproporcionado, citando incluso textualmente el aparte de la sentencia del 24 de junio de 2019. En otros términos, la Corte precisó la existencia de criterios que deben ser valorados en tal dirección, con independencia de la crítica que algunos de ellos puedan admitir por estar relacionados con otros institutos procesales, tal como lo dejó plasmado la aclaración de voto con que cuentan las dos decisiones mencionadas. Es más, en esas aclaraciones de voto se admite la posibilidad de acudir a criterios como la modalidad y la gravedad de la conducta ejecutada a fin de escudriñar o definir si una rebaja es desproporcionada o no.

En sentir del Tribunal, el recurso interpretativo de acudir a los criterios enunciados y otros más que pueden ser útiles en la dirección propuesta, se encuentra avalado por el artículo 348 que irradia la función de las partes y en particular del juez de buscar que con los preacuerdos se evite desprestigiar la administración de justicia.

Es cierto que en esta última decisión (51478 del 21 de octubre de 2020), la Corte realizó la siguiente manifestación:

“La Sala, con criterio mayoritario, en la providencia a la que se ha hecho referencia (52.227), al referirse al beneficio punitivo que la Fiscalía debe otorgar en los preacuerdos por la aceptación de responsabilidad del procesado por el delito cometido, señaló que debe ser proporcional, esto es, no debe conceder descuentos desmesurados, para ello, se debe tener en cuenta el momento procesal en el que se hace la negociación por las partes, de tal forma que la gracia por readecuación típica, la eliminación de una agravante o la consideración de una disminuyente de punibilidad, no puede resultar superior a ese máximo que se permite dado el estado del proceso en que se hace la negociación, pues se haría desproporcionado”.

Sin embargo, la referencia no resulta exacta porque parece sugerir que el único criterio al que ha de acudirse a fin de establecer si la rebaja concedida es desproporcionada es el relacionado con la oportunidad procesal en que se acude a la terminación anticipada del proceso, afirmación que, se insiste, no es exacta, tal como se viene discurriendo. Además, aquella consideración no puede erigirse como *ratio decidendum* de la sentencia, pues en ella se examinó si la negativa de este Tribunal, en particular de esta Sala de decisión, de conceder la suspensión condicional en un asunto en que se acordó una pena de 48 meses por delito de tentativa de homicidio resultaba legal. El asunto relacionado con el monto de la rebaja y su carácter desproporcionado o no, no podía ser objeto de discusión en esa oportunidad por respeto del principio de *Non reformatio in pejus*.

Posteriormente, en otra decisión se tuvo como *ratio decidendum* para improbar el preacuerdo entre la fiscalía y un procesado por el delito de peculado culposo, única y exclusivamente el momento procesal en que se acudió al instituto. En esa decisión insistió la Corte:

“No se trata aquí de interpretaciones restrictivas, o del desconocimiento de los propósitos de la justicia premial como lo plantean las partes. Sencillamente,

las normas procesales referidas no admiten una hermenéutica distinta. El mandato del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando se celebran preacuerdos entre la Fiscalía y el procesado durante el “ámbito procesal” comprendido desde la presentación de la acusación (entendiendo por ésta la etapa correspondiente a la radicación del respectivo escrito) y, hasta el momento en que el acusado es interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el beneficio que puede obtener el enjuiciado consiste en la reducción de la pena en una tercera parte”⁵.

Sin embargo, la Corte acudió a ese único criterio, dejando de lado otros que habrían permitido, en sentir del Tribunal decidir en sentido contrario. Por ejemplo, que se trató de una delincuencia ejecutada en modalidad culposa, que el acusado reparó los perjuicios ocasionados con su omisión al deber objetivo de cuidado y que el monto de lo perdido en realidad no era considerable (No superó el millón de pesos). En esos términos una rebaja del 45% de la pena a imponer, acordada en sede de la audiencia de formulación de acusación, esto es, apenas presentado el escrito de acusación, en sentir del Tribunal podría, eventualmente, catalogarse como no desproporcionada.

Hasta aquí el estado actual de la discusión propuesto por la Corte.

6.5 Al respecto, en opinión del Tribunal, imponer como único criterio para definir el carácter proporcionado o desproporcionado de una rebaja, el de la oportunidad procesal en que se acude al instituto, termina por asimilar en sus efectos los allanamientos y los preacuerdos, generando ahora, la desaparición no declarada de estos últimos. No es una exageración, si las rebajas a conceder en los preacuerdos están determinadas, como en el caso de los allanamientos, única y exclusivamente por el momento procesal en que se acude a ellos, hay que concluir que no se advierte diferencia entre unos y otros.

Una tal equiparación desconoce que el legislador quiso ofrecer a las partes dos modalidades de terminación anticipada del proceso por vía de la aceptación de

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 58316 del 21 de octubre de 2020.

responsabilidad, una de derecho penal premial y otra de derecho penal consensuado, se insiste, perfectamente diferenciables en sus esencias y efectos.

El desbordado uso que de los preacuerdos han venido realizando las partes en el proceso penal, no se soluciona eliminando, sin decirlo, el instituto del ordenamiento legal, a través de una interpretación que lo lleva a su absoluta inaplicación. Eso sería desconocer que la ley otorga las herramientas para corregir esos usos desbordados. Se insiste, el artículo 348 del C. de P.P., cuando se ocupa de las finalidades de los institutos analizados, impone a los funcionarios encargados de su aplicación el deber de observar *las pautas trazadas como política criminal a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento*.

Expresado de diferente manera, nuestra realidad ha desencadenado que el juez, al momento de evaluar si un preacuerdo está reconociendo beneficios que pueden ser desproporcionados, deba valerse de todos los criterios que le puedan ser útiles en dirección a adoptar la mejor decisión posible. Así, el momento procesal en que se pone a consideración del juez el preacuerdo, en sentir de la Sala, puede servir como uno, no el único, de los criterios idóneos para tal fin. Así se desprende expresamente de las decisiones de la Corte citadas en aparte previo de este proveído. Entre esos factores están por ejemplo la gravedad de las conductas ejecutadas, los efectos que sobre la libertad de los pasivos de la acción penal puede generar el preacuerdo, la presencia o no de flagrancia en la captura, la existencia de víctimas, la intensidad del daño a ellas ocasionado, la reparación del mismo por parte del imputado, solo por mencionar algunos de ellos. Todos esos elementos confluyen en la posibilidad de calificar un beneficio como desproporcionado y un acuerdo como inaceptable por desprestigiar la administración de justicia o, en sentido contrario, valiéndose de esos criterios podría llegar a concluirse que un acuerdo no es desproporcionado a pesar de reconocer una rebaja superior a la que correspondería según la etapa procesal por la que avanza la actuación.

La aplicación con carácter absoluto del criterio a que se viene haciendo referencia, se insiste una vez más, llevaría a la inaplicación de modalidades de

acuerdo en que se excluye una agravante, se degrada la participación del acusado en la conducta, o se reconoce una diminuyente de punibilidad, incluso en casos en que esa negociación se realice en los albores del proceso, todo por cuenta de los efectos que en sede de punibilidad generarían algunas de aquellas opciones. Esa no puede ser una interpretación razonable del criterio jurisprudencial examinado.

En criterio del Tribunal no puede interpretarse de manera insular el contenido del artículo 352 del C. de P.P. cuando en su inciso segundo dispone: *Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal* (entre el momento en que se presenta la acusación y aquel en que el acusado es interrogado en juicio sobre su responsabilidad), *la pena imponible se reducirá en una tercera parte*. Esta disposición debe interpretarse de manera sistemática con el contenido del artículo 350 citado en precedencia en el aparte en que explica las modalidades que puede revestir el preacuerdo y con las decisiones de la Corte también ya examinadas. Es más, la Corte ha entendido por años que ese precepto se refiere a los allanamientos no a los preacuerdos.

Del caso concreto

6.6 Pues bien, a **Edison Augusto y Fradis Armando Ferraro Maya** les fue imputada por la Fiscalía General de la Nación la autoría responsable de concierto para delinquir en concurso homogéneo y sucesivo con obstaculización ilegítima de sistema informático o de red de telecomunicación agravado y hurto por medios informáticos agravado, art. 340, 269b, 269h-1, 269i y 269h-5 del C.P. Los mismos cargos fueron incorporados en el respectivo escrito de acusación y el 26 de agosto de este año, cuando se iba a dar inicio a la audiencia de formulación oral de los cargos la fiscalía anunció haber realizado una negociación con el acusado y su defensa, en aquella oportunidad la fiscalía indicó: *“ellos se declaran culpables de estos delitos a título de autores para el concierto para delinquir y coautores para los otros delitos, modalidad dolosa. Para efectos de reconocerles un beneficio, porque solamente es para efectos de reconocerles un beneficio, atendiendo a que la pretensión de ellos es pagar, hacer el pago de una indemnización integral de los perjuicios ocasionados tanto a Bancolombia como a las víctimas, personas*

naturales, la Fiscalía ha dispuesto a hacerles una rebaja del 50% y también por el preacuerdo, la rebaja será del 50% en esa medida al momento de tasar las penas”, circunstancia que la Sala constató con el audio de esa fecha. Lo anterior a efectos de aclarar que no es de recibo que al momento de sustentar el recurso indique que en la primera sesión se dijo que se degradaba la participación de coautores a cómplices y el beneficio era que se les rebajaba el 50% de la sanción.

Y posteriormente en sesión del 24 de septiembre de este año luego de ajustar la tasación de la pena indicó que la rebaja era del 50% por aceptar cargos, quedando entonces las penas en 101.75 y 97.75 meses de prisión para Edison Augusto y Fradis Armando Ferraro Maya, respectivamente, y que la pena de multa la dejaba en consideración del juez de instancia. Así quedó plasmado en el acta de esa fecha, misma que suscribió en señal de aceptación, de ahí que la intelección que hizo el *a quo* respecto de los términos de la negociación fue correcta. De otro lado, nada se dijo respecto de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como el reconocimiento o no de subrogados penales.

El *a quo* tras verificar la aceptación de los cargos por parte de los procesados en los términos atrás descritos, decidió no aprobar el preacuerdo con fundamento en que la sanción pactada no respetaba el principio de legalidad de las penas ni el de proporcionalidad, pues esa rebaja de la pena del 50% solo procedía en la formulación de imputación y en este caso ya se había radicado el escrito de acusación por lo que si bien, no procedía la limitante del inciso 2° del art. 352 del C. de P.P que habla de una tercera parte (33.33%) tampoco el amplio margen del 50%.

No obstante, para este Tribunal ningún reparo merece la pena pactada y tampoco considera que con el acuerdo puesto a su consideración vulnere el principio de legalidad y proporcionalidad de las penas y mucho menos desprestige la administración de justicia. Estas las razones: i) la pena acordada no es desproporcionada de acuerdo con la naturaleza de las conductas ejecutadas. No desconoce el Tribunal que se trata de una pluralidad de delitos que atentan contra la seguridad pública y el patrimonio económico; sin embargo, para su ejecución los procesados no ejercieron en contra de las víctimas ningún tipo de violencia, de

acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes el daño recayó en los lectores de los cajeros electrónicos, circunstancia que si bien es cierto, resulta reprochable, también lo es que no genera un daño mayor al que está inserto en las circunstancias de agravación que les fueran endilgadas; ii) la pena de prisión de 101.75 meses y 97.75 respectivamente para los hermanos Edison Augusto y Fradis Armando Ferraro Maya, es decir el 50% de la pena mínima para el delito de hurto por medios informáticos y semejantes aumentada por cada una de las infracciones, no es insignificante y está sólo algunos meses por debajo de la pena que les correspondería con la rebaja de una tercera parte; iii) además, debe ser cumplida de forma intramural, pues excede la pena que contempla el numeral 1° del art. 63 y el numeral 1° del art. 38B del C.P, ya que supera los 8 años de prisión, en consecuencia no sería procedente concederles la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, lo que parece razonable y ajustado a la naturaleza y gravedad de las conductas aceptadas; iv) las víctimas no manifestaron interés en oponerse al preacuerdo; v) la negociación se presentó antes de la audiencia de acusación, situación que se ve reflejada en el menor desgaste que se le genera a la administración de justicia; y vi) en criterio del Tribunal no cabe duda de que se está ante una negociación, no ante un allanamiento, las partes concurrieron con sus voluntades en la definición de los términos del fallo, algo que se distancia de la simple aceptación de los cargos. Precisamente se acordó el monto de la pena, algo que no acontece en el simple allanamiento donde la facultad de determinar el monto de la pena está radicada en el juez, no en las partes. Así las cosas, decidir como lo hizo el a quo equivale a equiparar los dos institutos, proceder que esta Sala ha considerado inadecuado en punto de la discusión suscitada.

Bajo las circunstancias descritas, en sentir del Tribunal, no resulta acertado ni razonable calificar el preacuerdo como arbitrario o desmesurado. La forma de cumplimiento de la pena de alguna manera resulta compatible con la obtención de sus fines de prevención general y especial, pues el mensaje que se lanza a la colectividad y a los propios imputados es que la ejecución de este tipo de comportamientos es grave, así como graves sus consecuencias, no solo en punto de la restricción de la propia libertad sino en todos los efectos que acompañan esa restricción. Además, la actitud de las víctimas es indicativa de su conformidad con

la sanción a imponer, con lo cual el acuerdo no desprestigia la administración de justicia.

En los términos acabados de exponer, la decisión apelada será revocada y en su lugar se aprobará el preacuerdo puesto a consideración del Juez, disponiendo que la carpeta regrese a ese despacho a fin de que se continúe con el trámite correspondiente.

Por lo expuesto, **la Sala de Decimosegunda de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley, **RESUELVE: REVOCAR** el auto proferido el 24 de septiembre pasado por el Juez 10° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, que improbo el preacuerdo puesto a su consideración por la delegada de la fiscalía y la defensa de **Edison Augusto y Fradis Armando Ferraro Maya**. En su lugar **APRUEBA EL PREACUERDO** y ordena seguir con la actuación en los términos de ley.

Esta decisión se notifica por estrados y contra ella no procede recurso alguno.

En firme, regrese la carpeta al juzgado de origen a fin de que continúe con el trámite propio de la terminación anticipada del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4ad11e482e90a9be9686a3a4c292efa8949d078518f59d52586cbeff0757326e**

Documento generado en 22/10/2024 03:35:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>