



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 11 de marzo de 2021

Honorable Magistrados
SALA DE CASACION PENAL Dr. EYDER PATIÑO CABRERA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.

Ref. CASACIÓN PROCESO No. 56.584
Procesado: Fredy Alexander Muñoz Palacios
Delito: Hurto por medios informáticos

Honorable Magistrados,

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política y lo previsto por el Acuerdo Número 020 del 29 de abril de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta Delegada procede a presentar, alegatos de refutación, frente a la demanda de casación interpuesta por el condenado, contra la sentencia del 9 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual, confirmo con modificaciones, la condenatoria emitida el 8 de marzo de 2019, por el Juzgado 38 Penal Municipal de la misma ciudad, contra el enjuiciado Fredy Alexander Muñoz Palacios, por el delito de hurto por medios informáticos.

1. DE LOS HECHOS

La situación fáctica fue resumida por el Tribunal Superior de Bogotá, del siguiente tenor literal:¹

“Se inicia la investigación con la denuncia instaurada por el Dr. Alberto Morales Tamara, el 17 de abril de 2018, en representación del Banco DAVIVIENDA, en razón a las investigaciones internas llevadas a cabo por la entidad en razón a un alerta reportada por una funcionaria del banco en la que se evidenció la manipulación indebida de la base de datos con la que se logró el hurto por medios informáticos, mediante la modalidad de transacciones ilegales por ventanilla y en ATM—Cajeros Automáticos-, por valor de 643.220.000.00 millones de pesos, dineros hurtados a la entidad bancaria a través de los canales virtuales con destino a 24 cuentas de ahorros que recibieron "abonos" de forma irregular, pudiéndose establecer que lograda la transacción ilícita cada beneficiario procedió a cumplir de manera inmediata con la respectiva planificación de la operación bancaria, es decir, retirando rápidamente del banco el dinero ajeno obtenido para luego entregar a FREDY ALEXANDER MUÑOZ PALACIOS, la suma de \$29.900.000.00 y a SERGIO ESTEBAN MARTÍNEZ PALACIOS, quien recibió un valor total de \$64.750.000.00,

¹ Fls. 1 y 2 fallo del Tribunal.



personas que no tenían ningún vínculo ni de tipo laboral ni personal con dicha entidad”.

2. DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente formuló los siguientes cargos contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, sobre el cual se ocupará esta Agencia del Ministerio Público.

2.1. CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

La demanda censuró la sentencia del Tribunal, con fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por cuanto en su sentir, violó los artículos 29 de la C.N. y artículo 6 del C.P.: *“Me permito invocar como causal de casación la primera de las indicadas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal, por considerar la sentencia objeto de casación violatoria del Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y artículo 6° de la Ley 906 de 2004, norma que establece que, nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio”*.²

Adujo, que el Tribunal incurrió en la aplicación indebida del artículo 105 de la Ley 906 de 2004: *“El Tribunal incurrió en el error in iudicando por error de derecho por aplicación indebida e impertinente del artículo 105 de la Ley 906 de 2004 que conllevó a la vulneración del debido proceso que predica el Artículo 29 de la Constitución Nacional.”*³

En síntesis, planteó que el Tribunal impuso al acusado, un extraño condicionamiento para conservar el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, consistente en que debería reparar la totalidad de los daños causados con la conducta delictual, cuando dicha imposición solamente se podía aplicar dentro del trámite del incidente de reparación integral: *“El ad quem concedió al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena con un periodo de prueba de tres (3) años, previa suscripción de diligencia de compromiso, imponiendo una caución equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes (3 S.M.L.M.V.). No obstante, le impuso al acusado, un extraño condicionamiento para conservar el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena deberán reparar la totalidad de los daños causados con la conducta delictual de las que se les halló penalmente responsables o bien, asegurar su, resarcimiento mediante el medio idóneo que se acuerde con la víctima, Cuando: “Dicha imposición solamente se puede aplicar dentro del trámite del incidente de reparación integral que señalan los artículos 101 y siguientes de la Ley 906 de 2004”*.⁴

2.2. CARGO SEGUNDO: Violación directa de la ley sustancial

En este cargo, la censura adujo que el fallo de segundo grado, violó los artículos 2, 4, 13, 29, 31 inciso último, 85, 93 y 94 de la C.P. y el inciso último del artículo 20 del C.P.P.: *“Me permito invocar como causal de casación la segunda de las indicadas*

² Fls. 6 y 7 de la demanda de casación.

³ Fl. 7 de la demanda.

⁴ Fls. 7 y 8 de la demanda.



*en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal, por considerar la sentencia objeto de casación violatoria de los Artículos 2, 4, 13, 29, 31 inciso último, 85, 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia; Ley 906 de 2004 artículo 20 inciso último”.*⁵

En relación con el yerro que le atribuye al fallo de segunda instancia, aseveró que éste le agravó la situación al procesado, pues le impuso una caución que en primera instancia había sido más benévola: *“Así las cosas, a pesar de que el ad quem hizo una rebaja considerable en la pena impuesta al procesado y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se tiene que este le agravó la situación al procesado al imponerle de forma superlativa una caución que en primera instancia fue más benévola, dando al traste con el contenido del Artículo 31 de la Constitución Política de Colombia”.*⁶

Concluyó la censura, que, con la decisión de la corporación judicial, le fue vulnerado el principio de la no reformatio in pejus: *“Entonces la no reformatio in pejus garantizada en nuestra Norma Superior y en nuestro instrumento adjetivo penal, fueron vulnerados por el ad quem al modificar la sentencia penal, imponiéndole al acusado una caución superior a la impuesta por el a quo, agravando su situación y es ahí en donde se demuestra el error en que incurrió el fallador de segunda instancia.”*⁷

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar parcialmente la sentencia del Tribunal de Bogotá, del 9 de julio de 2019

3.1. AL CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

La demanda censuró la sentencia del Tribunal, de estar incurso en la aplicación indebida del artículo 105 de la Ley 906 de 2004, pues impuso al acusado un condicionamiento para conservar el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, consistente en que debería reparar la totalidad de los daños causados con la conducta delictual, cuando dicha imposición solamente se podía aplicar dentro del trámite del incidente de reparación integral.⁸

El problema jurídico a resolver en el sub examine, se contrae a determinar si el fallo del Tribunal está incurso en el yerro alegado, al aplicar indebidamente el artículo 105 del C.P.P., como lo señala la censura, pues la reparación de la totalidad de los daños causados con el delito, solo se podía imponer dentro del trámite del incidente de reparación integral.⁹

1. Al respecto, hay que resaltar que el artículo 102 del C.P.P., establece la procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral y señala al efecto, que el juez deberá convocar dentro de los ocho días siguientes a la audiencia pública, con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal.¹⁰

⁵ Fl. 19 demanda de casación.

⁶ Fl. 21 de la demanda

⁷ Fl. 25 de la demanda.

⁸ Fls. 6 y 7 de la demanda de casación.

⁹ Fls. 7 y ss. de la demanda.

¹⁰ ARTÍCULO 103. TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL. <Artículo modificado por el artículo 87 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en



“ARTÍCULO 102. PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL. <Artículo modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.”

2. Por su parte, el artículo 103 del C.P.P. regula el trámite del incidente de reparación integral y prevé que, en la audiencia respectiva, el incidentante deberá formular oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que pretende hacer valer:¹¹

3. A su vez, el artículo 104 ídem, regula el trámite de la audiencia de pruebas y alegaciones, la cual inicia con una invitación por parte del juez a los intervinientes a conciliar. Si se logra el acuerdo, su contenido se incorporará a la decisión, de no ser así, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones:

“ARTÍCULO 104. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGACIONES. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones. PARÁGRAFO. La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas. Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.”

4. El artículo 105 ídem, que estima la censura fue infringido por el fallo del Tribunal, indica que el juez deberá adoptar la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia:

“ARTÍCULO 105. DECISIÓN DE REPARACIÓN INTEGRAL. <Artículo modificado por el artículo 88 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia.

contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y está fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba.



5. El fallo del *a quo*, en la emisión de la sentencia condenatoria contra el reo, **FREDY ALEXANDER MUÑOZ PALACIOS**, por el delito de hurto por medios informáticos, en su numeral Cuarto del resuelve, indicó que la víctima podía promover incidente de reparación dentro de los treinta 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo.¹²

“CUARTO: La víctima puede promover incidente de reparación dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada esta decisión.”

6. Para la imposición de la condena contra el enjuiciado, el juez de primer grado recalcó, respecto al disfrute del sustituto penal de la prisión domiciliaria, adujo que debía cumplir las obligaciones de que trata el numeral 4 del artículo 38B del C.P., y para tal efecto, debían suscribir diligencia de compromiso y otorgar caución prendaria de dos S.M.L.M.V.:¹³

“Para que los prenombrados puedan disfrutar del sustituto penal aludido se reitera que deben cumplir las obligaciones de que trata el numeral 4° del artículo 38B, para el efecto deben suscribir diligencia de compromiso, y otorgar caución prendaria que se fija en el monto de dos (2) s.m.l.m.v cada uno, o el otorgamiento de la 'póliza judicial por este monto; quedando los prenombrados a disposición del Inpec para el cumplimiento del referido sustituto penal, al que se oficiará por intermedio del Centro de Servicios Judiciales.”

7. Por su parte, el fallo del Tribunal de Bogotá, mediante Sentencia del 9 de julio de 2019, revocó el numeral tercero del fallo del *a quo*, y concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de tres años, previa suscripción de diligencia de compromiso contentiva de las obligaciones previstas en el artículo 65 del C.P., y ordenó que, para el cumplimiento del mismo, debían garantizarlo con una caución equivalente a tres (3) S.M.LM.V.:¹⁴

“En consecuencia, se revocará el numeral tercero de la sentencia enervada, para en su lugar, conceder a Fredy Alexander Muñoz Palacios y Sergio Esteban Martínez Palacios la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de tres (3) años, previa suscripción de diligencia de compromiso contentiva de las obligaciones previstas en el artículo 65 ibídem, cuyo cumplimiento deberán garantizar con una caución equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada uno.”

8. Ahora, en relación con la pretensión del demandante, referida a casar el fallo por la aplicación indebida del artículo 105 del C.P.P.,¹⁵ se dirá que le asiste razón, toda vez que, la corporación de segundo grado, estableció una condición consistente en que los procesados debían reparar la totalidad de los daños causados con la conducta punible o asegurar su resarcimiento mediante el medio idóneo que se acuerde con la víctima, y les concedió un plazo de un año, siguiente a la ejecutoria de la providencia adiada el 9 de julio de 2019, con la advertencia de revocarles dicho beneficio:¹⁶

¹² Fl. 6 fallo del *a quo*.

¹³ Fl. 5 fallo de primer grado.

¹⁴ Fl. 11 fallo de segunda instancia.

¹⁵ Fl. 6 de la demanda de casación.

¹⁶ Fls. 11 y 12 fallo de segundo grado.



“Además de las obligaciones señaladas en la normativa mencionada, los procesados deberán reparar la totalidad de los daños causados con la conducta delictual de la que se les halló penalmente responsables o bien, asegurar su resarcimiento mediante el medio idóneo que se acuerde con la víctima, para lo que contarán con plazo de un (1) año siguiente a la ejecutoria de la presente providencia, so pena de que se revoque su beneficio. La vigilancia del cumplimiento de esta obligación, le corresponderá al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que por reparto conozca de la presente actuación.”

9. Como se puede apreciar, el fallo de segunda instancia aplicó indebidamente el artículo 105 de la Ley 906 de 2004, como lo reclama la censura, pues estableció una condición propia del incidente de reparación integral y no de la sentencia que puso fin al proceso, con el propósito de que los procesados resarcieran el patrimonio económico de la víctima, dentro del año siguiente a la ejecutoria del fallo.¹⁷

10. En este contexto, el fallo de segunda instancia interpretó y aplicó indebidamente las reglas fijadas en el artículo 105 del C.P.P., pues es dentro del trámite de las audiencias del incidente de reparación integral y mediante sentencia, que el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, con el propósito de reparar los daños causados con la conducta criminal y no antes:¹⁸

“Además de las obligaciones señaladas en la normativa mencionada, los procesados deberán reparar la totalidad de los daños causados con la conducta delictual de la que se les halló penalmente responsables o bien, asegurar su resarcimiento mediante el medio idóneo que se acuerde con la víctima, para lo que contarán con plazo de un (1) año siguiente a la ejecutoria de la presente providencia, so pena de que se revoque su beneficio.”

11. Adicionalmente, nótese que el juez de primera instancia, en acatamiento a las reglas y fundamentos para la procedencia de la concesión de la prisión domiciliaria, contenidos en el artículo 38B del C.P., estimó que se debía comprobar el cumplimiento de las exigencias del ordinal cuarto de dicho artículo y, para ello, debía otorgar al procesado caución prendaria, la cual fijó en el monto de dos (2) S.M.L.M.V.:¹⁹

¹⁷ Fls. 7 y ss. de la demanda.

¹⁸ Fl. 6 fallo del a quo.

¹⁹ ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> 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:

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del INPEC para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.



“Para que los prenombrados puedan disfrutar del sustituto penal aludido se reitera que deben cumplir las obligaciones de que trata el numeral 4° del artículo 38B, para el efecto deben suscribir diligencia de compromiso, y otorgar caución prendaria que se fija en el monto de dos (2) s.m.l.m.v cada uno, o el otorgamiento de la póliza judicial por este monto.”

12. Aparte de que el *ad quem* aumentó el monto de la caución, ordenó que los procesados deberían reparar la totalidad de los daños causados con la conducta delictual, cuando esta imposición solamente se podía aplicar dentro del trámite del incidente de reparación integral, como lo regulan los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, ya que es dentro de dicho trámite incidental que el juez debe tomar la decisión que ponga fin al mismo mediante sentencia, como lo ordena el artículo 105 del C.P.P.: *“En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia”*.²⁰

13. La Corte Suprema de Justicia, en el fallo con radicación No. 34.145, señaló que el incidente de reparación integral, es un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito:²¹

“El incidente de reparación integral adoptado en la sistemática de la Ley 906 de 2004, es un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, agotadas, por supuesto, las etapas procesales de investigación y juicio oral.

Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito -reparación en sentido lato- y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional. (...)

Por lo tanto, la acción de reparación integral es una acción civil al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable. En ese sentido, cuando se busca –como en la generalidad de los casos y, particularmente, el que ahora nos ocupa- la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, procede la aplicación de los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 para su establecimiento.”

14. Todo ello, obedece a un cambio fundamental previsto en la Ley 906 de 2004, en relación con el procedimiento tradicionalmente consagrado para garantizar la reparación de los perjuicios causados a la víctima del delito, ya que las normas

²⁰ ARTÍCULO 105. DECISIÓN DE REPARACIÓN INTEGRAL. <Artículo modificado por el artículo 88 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de abril de 2011. Radicación No. 34.145. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.



anteriores estaban precedidas por los principios característicos de un sistema de justicia retributiva, que consideraba la reparación como la consecuencia normal y lógica de la conducta punible y por lo mismo, obligación incuestionable ligada a la declaración de culpabilidad. Y no como acaece ahora, dentro del marco de la justicia restaurativa, en que se acogió la fórmula de solución a los conflictos derivados del delito, y por esto, el incidente de reparación integral debe adelantarse en acatamiento estricto al esquema propio del sistema de la Ley 906 de 2004, es decir, mediante la celebración de audiencias y con aplicación de los principios generales de la oralidad de los procedimientos.²²

15. Por lo anteriormente elucidado, es manifiesto que la indemnización de perjuicios se debe incoar a través de un incidente y no como lo resolvió el fallo del Tribunal, toda vez que el trámite del incidente de reparación integral tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, ya que constituye un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite del proceso penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener la declaración de responsabilidad penal del procesado, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito y por esto, el cargo primero propuesto deberá ser atendido favorablemente y se deberá casar el fallo de segundo grado.²³

3.2. AL CARGO SEGUNDO: Violación directa de la ley sustancial

En este cargo, la censura adujo que el fallo de segunda instancia, violó los artículos 2, 4, 13, 29, 31 inciso último, 85, 93 y 94 de la C.P. y el inciso último del artículo 20 del C.P.P., toda vez que éste le agravó la situación al procesado, pues le impuso una caución que en primera instancia había sido más benévola.²⁴

Al respecto, se dirá que el cargo no está llamado a prosperar, toda vez que el fallo de la corporación judicial, no agravó la situación del procesado como lo argumenta el recurrente, como se procede a analizar: Al desatar el recurso de apelación el Tribunal de Bogotá, encontró que la pena impuesta a los procesados no se correspondía y como consecuencia procedió a reducir la misma, por lo cual señaló:

“En consecuencia, se revocará el numeral tercero de la sentencia enervada, para en su lugar, conceder a Fredy Alexander Muñoz Palacios y Sergio Esteban Martínez Palacios la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de tres (3) años, previa suscripción de diligencia de compromiso contentiva de las obligaciones previstas en el artículo 65 ibídem, cuyo cumplimiento deberán garantizar con una caución equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada uno.”

El juzgado de primera instancia encontró que la pena imponible era de 54 meses de prisión, por lo que concedió la prisión domiciliaria, sin embargo, el Tribunal al estudiar la apelación halló razón en el recurso en cuanto se observó que la pena se impuso adicionando un agravante que no fue imputado y sobre el cual no se hizo acusación y menos aún allanamiento a cargos, con lo cual preciso el Tribunal ello iba en contravía del principio de congruencia.

²² Artículos 102 y ss. de la Ley 906 de 2004.

²³ Fls. 6 y ss. de la demanda.

²⁴ Fl. 19 demanda de casación.



Atendiendo al caso en concreto, encontró el Tribunal que la acusación y aceptación de cargos se concretó únicamente por el delito de hurto por medios informáticos consagrada en el artículo 269 I del Código Penal. No obstante, el juez de primera instancia al momento de hacer la dosificación de la pena incluyó el agravante del artículo 269 H, específicamente los relacionados en los numerales 1 y 5, que no fueron objeto de acusación y aceptación de cargos. Pero además el juez señaló en la parte resolutive que el delito era en concurso homogéneo y sucesivo, sin que fuera ello tampoco objeto de acusación. Luego entonces, al puntualizarse la acusación por parte de la Fiscalía en el delito de *“Hurto por medios informáticos y semejantes, sin circunstancia de agravación alguna, se impone necesario para esta Corporación corregir la decisión de primera instancia, para lo cual, se procederá con la dosificación por este delito”*

Como consecuencia de lo anterior, la pena fue redosificada y reducida a 36 meses y producto de ello se concedió el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrada en el artículo 63 del Código Penal, por un periodo de tres años. Señalo el Tribunal que para entrar a gozar de este beneficio se debía garantizar la misma mediante la suscripción de diligencia de compromiso y el pago de caución equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales para cada uno y suscribir diligencia de compromiso conforme al artículo 65 del Código Penal.

De lo anterior se concluye, en primer lugar, que la pena de prisión se redujo considerablemente a los procesados. Ello condujo a que se cambiara igualmente los beneficios, entre ellos se concedió el beneficio de la ejecución condicional de la pena por un periodo de tres años.

Se indica en la demanda que se agravó la situación del procesado al cambiar la caución impuesta por el juez de primera instancia, lo cual no es cierto. Obsérvese que la caución impuesta por el Juez de conocimiento fue para garantizar el beneficio de la prisión domiciliaria, contemplado en el artículo 38 B del Código Penal, medida que fue revocada por el Tribunal y que desapareció con la decisión del juzgador de segunda instancia, dando lugar a la libertad condicional en los términos de los artículos 68 A del Estatuto de las Penas y a las obligaciones del artículo 65 de la misma codificación, lo que significa que si bien en las dos instituciones esto es prisión domiciliaria y libertad condicional se habla de caución como garantía, cada una tiene connotación y alcance diferente.

En conclusión, el Tribunal al desatar el recurso de apelación, impuso una pena de prisión de 36 meses y concedió la ejecución condicional de la pena. Como puede verse, este es un subrogado nuevo que no fue contemplado en la primera instancia y por ser un beneficio concedido en el fallo del Tribunal, esta instancia estimó que debía ser garantizado con caución de tres salarios mínimos. Por lo tanto, los tres salarios mínimos a los que hace alusión lo son para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se contraen como consecuencia de un instituto jurídico o subrogado que es diferente al de la prisión domiciliaria a la que hizo referencia el juez de primera instancia, con lo cual, no puede decirse que se agravó la situación del apelante único; lo que queda claro esta caución no es consecuencia de la prisión domiciliaria sino la garantía que se requiere para otorgar el beneficio de la ejecución condicional de la pena, en los términos de los artículos antes citados.



Además, debe tenerse en cuenta la caución a que hace alusión la sentencia no tiene el carácter de ser una pena, ni una sanción impuesta al condenado, sino una garantía que tiene por objeto asegurar o afianzar el cumplimiento de unas obligaciones que suscribe el procesado, pero además esta caución tiene carácter devolutivo al cumplimiento de esas obligaciones y cuando se extingue la pena²⁵

Por todo lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público, considera que, al imponer una caución a los procesados aparentemente más gravosa por lo económico, no afectó el principio de la *non reformatio in pejus*, por cuanto, esta última se concibe para garantizar el beneficio de la ejecución condicional de la pena otorgada a los procesados, en tanto que la impuesta por el juez, lo fue con la finalidad de garantizar la prisión domiciliaria que es otro beneficio diferente; pero además la caución no tiene carácter de pena o sanción sino que es una garantía para el cumplimiento de un nuevo beneficio el cual empezaran a disfrutar al cabo del cual le será devuelto el monto de la caución. Luego si fuese una pena, no tendría tal característica.

En este orden de ideas, para esta Agencia del Ministerio Público, estima procedente que la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia disponga, casar la sentencia impugnada frente al primer cargo de la Sentencia Proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, al aplicar indebidamente el artículo 105 del C.P.P., relativo al trámite del incidente de reparación integral y desestimar la violación al principio de "*non reformatio in pejus*".

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal

²⁵ Sentencia C-316 de 2002. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. *En materia penal, la finalidad de las cauciones es asegurar la comparecencia al proceso del sujeto investigado. En esos términos, la caución penal es del primer tipo, es decir, asegura, garantiza y afianza el cumplimiento de un compromiso adquirido durante el proceso: el de hacerse presente en él. El hecho de que en materia penal la caución no tenga una función indemnizatoria es consecuencia de la naturaleza misma del procedimiento: ya que en la causa penal no es dable hablar de pretensiones y, por consiguiente, de contraparte, la caución como mecanismo indemnizatorio de los posibles perjuicios ocasionados mediante el ejercicio de actuaciones procesales no tiene aplicación en tales diligencias.*