República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Magistrado ponente

La información que permite identificar o individualizar a las personas mencionadas en esta decisión, fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, según lo establecido en la decisión 50621 de fecha 27 de mayo de 2026, para que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer el artículo 15 de la Constitución y demás derechos fundamentales que puedan resultar afectados.

SP592-2022

Radicación 50621.

Acta 43.

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Decide la Sala la demanda de casación y doble conformidad contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín el 14 de marzo de 2017[1], que confirmó la condena proferida contra FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, como autor del delito de concierto para

[1] Fls. 147 ss del c.o. 5.

delinquir y revocó la absolución que a su favor se había proferido en primera instancia por el delito de acceso abusivo a sistema informático, para en su lugar condenarlo también por esta conducta.

De igual manera, revocó la absolución que cobijó a YENNY MARCELA MALAVER MOLINA, condenándola por los delitos de concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático.

HECHOS

YALILE ANDREA VILLA OSORIO y su compañero ERWIN EDUARDO RIVERA DULCEI, con el propósito de defraudar a varias entidades bancarias, entre ellas a Davivienda, conformaron una organización criminal que se inició a partir de enero de 2008 y perduró aproximadamente hasta finales del año 2011, cuando la misma fue desarticulada.

Con tal propósito reclutaban clientes que tenían cuentas de ahorro, corriente, crédito rotativo y tarjetas de créditos en la entidad o para que las abrieran con documentos falsos. Las mismas eran utilizadas para realizar movimientos financieros a través de títulos valores falsos que se hacían efectivos tras aprovechar un problema técnico interno de la entidad *"debido a una desincronización de los sistemas Stratus-FM200 y FACT, en la cual luego de que el Stratus notifica la devolución de cheques (generalmente entre las 15:00 y las 19:00, solo hasta*

el día siguiente a las 06:00 se efectúa la notificación del sistema FM200 (para el caso de credi-express) y a las 07:00 la sincronización del sistema FACT para tarjetas de créditos (…)".

El fraude era posible al contar la organización con el apoyo de funcionarios al interior del banco, entre ellos, FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ y YENNY MARCELA MALAVER MOLINA, aquí acusados, quienes, en calidad de informadores de la entidad, se encargaban de hacer seguimiento a las cuentas, para asegurar el pago de los títulos valores fraudulentos, vulnerando los sistemas de información y aprovechando el momento en que el sistema interno de la entidad no funcionaba. Con ello logró la organización apoderarse de suma superior a los $2.689.863.632.44.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 31 de julio de 2013 la Fiscalía imputó, entre otros, a FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, YENNY MARCELA MALAVER MOLINA, JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, y EGAR, los delitos de concierto para delinquir, falsedad en documento privado, estafa continuada y acceso abusivo a sistema informático agravado[2].

2. El 23 de octubre de 2013[3], radicó escrito de acusación, cuya formulación tuvo lugar el 13 de diciembre

[2] Fl. 62 c.o. 1.
[3] Fls. 238 ss c.o. 1.

siguiente, a instancia del Juzgado 4 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín. Los imputados fueron acusados por los siguientes delitos:

i) Concierto para delinquir para JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, MARÍA ESTHER LÓPEZ, GERMÁN TOVAR SÁNCHEZ, JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, *YENNI MARCELA MALAVER MOLINA*, *FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ* y EGAR;

ii) Estafa en la modalidad de delito continuado, a JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, MARIA ESTHER LÓPEZ, GERMÁN TOVAR SÁCHEZ, *FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ y JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA*;

iii) Falsedad en documento privado, a JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, MARIA ESTHER LÓPEZ y GERMÁN TOVAR SÁNCHEZ;

iv) Acceso abusivo a sistema informático agravado, a JENNIFER CASTELLANO PEDRAZA, *YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ* y EGAR.

En la misma diligencia se allanaron a cargos JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO y GERMÁN TOVAR SÁNCHEZ[4], situación que dio lugar a la ruptura de la unidad procesal con relación a JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, *YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, FREDY DANIEL CUBIDES*

[4] Fl. 378 A c.o. 1.

MUÑOZ y EGAR, en contra de quienes se formuló acusación el 21 de enero de 2014[5], ante el Juzgado 4 Penal del Circuito de Medellín.

3. La audiencia preparatoria se desarrolló en sesiones de 6 y 8 de octubre de 2014. El juicio oral tuvo lugar el 4 de diciembre siguiente y culminó el 13 de mayo de 2016, fecha última en que se anunció el sentido de fallo condenatorio y a la vez absolutorio para algunos procesados. La decisión fue proferida el 22 de junio de 2016 y en ella se dispuso lo siguiente[6]:

> Se condenó a JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA –no demando en casación- a 85 meses de prisión y multa de 163 s.m.l.m.v., como autora responsable del concurso homogéneo por acceder en tres (3) oportunidades de manera abusiva a un sistema informático agravado en concurso homogéneo, y heterogéneo con el delito de concierto para delinquir (artículos 269 A, 269 H, incisos 1 y 2 y 340 del Código Penal).

FREDY DANIEL CUBIDES, fue condenado a 60 meses de prisión -en el numeral 5º-, en su calidad de autor del delito de concierto para delinquir del artículo 340 del C.P., y absuelto por los delitos de falsedad material en documento público, estafa y acceso abusivo a sistema informático –numeral 6º-.

[5] Fls. 378 c.o. 1.
[6] Fls. 71 ss del cuaderno nro. 4.

Por su parte, YENNY MARCELA MALAVER y EG CASTELLANOS, fueron absueltas por los delitos imputados.

4. En contra de decisión absolutoria, la Fiscalía y el apoderado de Davivienda interpusieron recurso de apelación; entre tanto, los abogados de JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA y FREDY DANIEL CUBIDES hicieron lo propio con relación a la decisión que los condenó.

5. Al resolver la alzada, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 14 de marzo de 2017, decidió[7]:

Confirmar la condena contra JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, como autora responsable del concurso homogéneo de delitos de acceso abusivo a sistema informático agravado, en concurso heterogéneo con el de concierto para delinquir; confirmar la decisión respecto de los delitos por los que fue absuelta.

Confirmar la condena por concierto para delinquir expedida en contra de FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ; revocó la absolución por el delito de *acceso abusivo a sistema informático agravado*, para en su lugar condenarlo; confirmó la absolución por los delitos de falsedad material en documento privado y estafa.

[7] Fls. 147 ss del c.o. 5.

Revocó la absolución proferida a favor de YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, condenándola por concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático agravado, en concurso homogéneo.

Con el propósito de sustentar la determinación anterior, señaló el Tribunal que dentro de la actuación quedó demostrado que de la organización criminal liderada por YALILE ANDREA VILLA OSORIO, su compañero sentimental ERWIN EDUARDO HERRERA DULCEY y JORGE HUMBERTO GÓMEZ BARRERA dedicada a defraudar el patrimonio de varias entidades bancarias, entre ellas Davivienda, hicieron parte, entre otros, varios empleados del banco, a saber, FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, y EGAR, quienes laboraron principalmente en las sucursales Kennedy, Restrepo, Centro Comercial Plaza Américas y Hayuelos, indicando respecto de los aquí impugnantes, lo siguiente:

i) Sobre el acusado CUBIDES MUÑOZ, afirmó el Tribunal que su contribución con el grupo delictivo consistió en realizar más de 164 consultas a "*clientes fraude*"[8], en especial a ALDEMAR USME QUINTERO, las que ejecutaba antes y después del fraude bancario, las cuales coincidieron

[8] Los fallos de primera y segunda instancia identifican a los denominados *"clientes fraudes"* como aquellos cuentahabientes que a la organización criminal pertenecieron.

con la liberación de cupos fraudulentos y con la devolución de cheques falsos consignados.

Para el Tribunal, además de otras pruebas, en contra de CUBIDES MUÑOZ, declaró en juicio el condenado JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES, relatando que éste permitió pagar a la organización, por ventanilla, el importe de dos títulos valores fraudulentos, testimonio que fue considerado creíble por cuanto realizó una descripción detallada de la oficina donde se realizó la operación, pese a las divergencias que se presentaron en cuanto al valor de los títulos y el sitio de su pago.

De esa manera, confirmó la condena impuesta a CUBIDES MUÑOZ por el delito de concierto para delinquir con fines de defraudar al banco Davivienda.

En cuanto al delito de acceso abusivo a sistema informático –art. 269 A-, el Tribunal revocó el fallo absolutorio y en su lugar lo condenó, al considerar que inobservó el manual de identificación de clientes con el que contaba la entidad, por tanto, vulneró la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos de los sistemas informáticos.

Explica que, desde lo dogmático, el acceso abusivo a un sistema informático se puede tipificar cuando se accede a éste sin autorización -llamado outsider- o, aunque teniendo

permiso, se excede o se aparta de él -denominado insider-, por lo que en ambos casos es una forma de penetración abusiva a al sistema informático, que contempla no solo el ordenamiento penal colombiano, sino otras legislaciones.

Por manera que, agrega, en el caso del procesado CUBIDES MUÑOZ y de los demás funcionarios del banco condenados, solo estaban autorizados para acceder al sistema a fin de consultar los movimientos de las cuentas de los clientes pero excedieron lo permitido, al realizar consultas a varios de los *"clientes fraude",* con el inequívoco propósito de verificar cuándo se liberan los cupos fraudulentamente cubiertos mediante consignación de cheques falsos, obviamente, aprovechando la desincronización de los sistemas del banco, para luego entregar la información a los fraudulentos cuenta-habientes, quienes inmediatamente utilizaban el nuevo cupo.

Recordó que los funcionarios de Davivienda –que acudieron al juicio como testigos de la Fiscalía- indicaron que en varias ocasiones las consultas se realizaban después de terminada la jornada laboral de los empleados encargados de esta función, en tanto, es regla de la entidad que debe atenderse a todos los clientes que se encuentren en las instalaciones después de culminado el horario ordinario de trabajo.

Razón por la que los acusados tuvieron el dominio del hecho sobre la introducción de las órdenes dadas al sistema

operativo informático, de lo que emerge su conocimiento y voluntad en la realización de la conducta punible de acceder abusivamente al sistema informático, lo que se traduce en el dolo directo que exige la figura delictiva enrostrada.

Por manera que, vulneraron el bien jurídico protegido, de naturaleza pluriofensiva porque afecta un interés jurídico intermedio[9]: de un lado, la seguridad de la información y los datos informáticos -*la lesión de la confiabilidad, integridad y la libre disponibilidad directa de los sistemas informáticos y el peligro indirecto de los datos y la información almacenada en ellos-;* y del otro, un bien jurídico personalísimo en su modalidad de la intimidad.

En consecuencia, para probar la responsabilidad penal de CUBIDES MUÑOZ, no sólo por la infracción contra la seguridad público sino por la información y los datos, se remitió el Tribunal a los testimonios de los funcionarios del C.T.I., JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ y FANNY LORENA ENCISO DÍAZ, quienes, según se indica, de manera pormenorizada dieron a conocer la forma como operaba la organización criminal, en especial, los vínculos del acusado con JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, uno de los principales defraudadores del sistema.

Adicionalmente, varios funcionarios del banco, entre ellos, MÓNICA ANDREA ÁVILA CHAVARRO, en su condición

[9] CSJ SP1245-2015, 11 feb. 2015, rad. 42724.

de auditora del banco; LORENA ENCISO DÍAZ, de la oficina disciplinaria; y YEBRAIL ROMERO VARGAS, funcionario de la oficina jurídica, adujeron que CUBIDES MUÑOZ y otros funcionarios realizaron consultas irregulares a los clientes que defraudaron la entidad, pues, violaron el manual de autenticación del cliente, sin ninguna justificación, siendo sancionados disciplinariamente con su retiro. El último declarante destacó, incluso, que el fraude a la entidad superó los nueve mil millones de pesos.

En consecuencia, condenó al procesado por esta conducta.

ii) En lo que tiene que ver con la absolución de YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, indicó el Tribunal que, contrario a lo sostenido por el Juez de Primera Instancia, quedó probada su responsabilidad en los delitos de concierto para delinquir y acceso abusivo a un sistema informático, aunque no con relación a los delitos de estafa y falsedad, por los cuales confirmó la absolución.

Aseguró el Ad quem, que en la actuación se estableció que la procesada MALAVER MOLINA consultó los productos bancarios de LUIS HERNANDO BEJARANO –uno de los mayores defraudadores del banco- el 20 de octubre de 2010, en dos oportunidades por fuera de su horario de trabajo y cuando no había atención al público, por lo que, al no encontrarse el

cliente en las instalaciones bancarias, incurrió con su actuar en el delito de acceso abusivo a sistema informático.

Igual comportamiento realizó cuando, el 30 de noviembre de 2010, en horas de la mañana, la acusada en solo 4 horas efectúo 15 consultas a BEJARANO, precedidas de 5 transacciones fraudulentas por valor de $23.100.000. Lo mismo ocurrió el 6 de diciembre siguiente con otras 5 transacciones por $6. 800.000.oo, precedidas de consultas irregularidades de la funcionaria.

Además de las consultas al sistema informático, que la acusada realizó respecto de LUIS HERNANDO BEJARANO, lo propio efectúo con HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ, a quien realizó 3 consultas por fuera del horario laboral.

En total, según el Ad quem, fueron 144 consultas irregulares las por ella realizadas en 151 días, resultando desproporcionado que en tantas oportunidades un cuenta-habiente concurriera al banco para esos efectos, cuando bien pudo hacerlo a través del cajero electrónico, utilizando la clave a él asignada.

En ese orden, dice la instancia, resultan contundentes los medios de conocimiento que involucran a la acusada con la empresa criminal, pues, al igual que CUBIDES MUÑOZ, MALAVER MOLINA tuvo contacto telefónico privado con LUIS HERNANDO BEJARANO, el "*cliente fraude*" más cercano a

ella, a quien consultó previamente, el mismo día de las defraudaciones, por fuera del horario laboral.

Concluye el fallo, que la fiscalía no sólo probó el acuerdo criminoso entre los miembros de la banda y algunos "*clientes fraude",* sino también, similar pacto con funcionarios del banco, entre ellos, CUBIDES MUÑOZ y MALAVER MOLINA, como en efecto lo relataron algunos integrantes de la organización, en concreto, JOHN GUILLERMO SILVA FUENTES, JULIO ANTONIO BARRERA GIL, PEDRO AGUILERA BELTRÁN, y el funcionario del C.T.I. JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ, en cuanto indicó el contexto en el que operaba la organización criminal, dado que contactaban a personas que tenían productos bancarios en Davivienda, y a otras para que las abrieran; luego, realizaban las ilícitas operaciones, por cuyo efecto daban a los cuenta-habientes el 10% de la cantidad obtenida.

6. En contra de la determinación anterior, los apoderados de YENNI MARCELA MALAVER MOLINA y FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, además de presentar demanda de casación, interpusieron *recurso de apelación – dígase doble conformidad-* contra la primera condena proferida por el Tribunal, pretensión última rechazada por improcedente mediante auto del 21 de marzo de 2017, en contra del cual interpusieron el recurso de reposición, que fuera confirmado el 21 de marzo siguiente, disponiendo, en

su lugar, conceder el recurso extraordinario de casación ante esta Corte.

LA DEMANDA:

1. Del apoderado de FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ.

En síntesis, estos son los fundamentos de la defensa técnica de **CUBIDES MUÑOZ,** para que se case el fallo de condena:

Primer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho –falso juicio de identidad-.

Según el censor, las sentencias de primera y segunda instancias incurren en *"evidentes errores de hecho"* al desconocer los artículos 7, 340, 380, 381 y 404 del Código de Procedimiento Penal, dado que cimentaron la condena por el delito de concierto para delinquir, básicamente en el relato de JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES, no obstante que se trata de un testigo poco creíble, pues, en juicio aseguró, entre otros aspectos, que el acusado CUBIDES MUÑOZ, en su condición de informador del banco Davivienda, sucursal Barrio Restrepo, autorizó el 3 de diciembre de 2010, en horas de la noche, el pago de 2 cheques fraudulentos, de los cuales no supo su valor, además que la entidad bancaria certificó que fueron cancelados en oficina distinta a aquella en la que permanecía el implicado, quien, además, no tenía facultades para autorizar el pago de cheques de alto valor, por corresponder tal facultad a un funcionario de mayor nivel –

director o subdirector de oficina-, como lo informó NESTOR ELI SÁNCHEZ LIMAS, Director del banco Davivienda sucursal barrio Restrepo.

En cuanto al delito de acceso abusivo a un sistema informático, no es cierto que a través de los testigos JOHN ALEXANDER RESTREPO y JUAN CARLOS REYES MUÑOZ, se hubiera establecido que el acusado consultó los productos bancarios que poseía en Davivienda el testigo SILVA CIFUENTES como *"cliente fraude"*; luego, el relato de éste resulta parcializado, al declarar en contra de su poderdante con el propósito de obtener beneficios jurídicos, como rebaja de pena y concesión de subrogados penales, que le permitieron estar en libertad, tal cual lo aceptó en el juicio.

En consecuencia, resulta necesario casar la sentencia impugnada, y en su lugar, dictar fallo de remplazo absolviendo a su poderdante por ausencia de pruebas, o por duda probatoria, pues, los restantes medios probatorios considerados por los jueces para proferir la sentencia, resultan insuficientes en el cometido de mantener la condena por el cargo de concierto para delinquir.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho –falso juicio de identidad por adición-, en la contemplación material de ambas instancias, con relación a lo indicado por los siguientes testigos:

i) No se analizó, en concreto, que con el testigo NELSON ELI SÁNCHEZ LIMAS, en su condición de Director de la oficina

de Davivienda, se desvirtúa que CUBIDES MUÑOZ hubiera dado la orden de pago de los cheques girados por SILVA CIFUENTES, en tanto, este no dijo que el acusado permaneciera en el banco sucursal barrio Restrepo, en el horario adicional, en su puesto de trabajo –como lo sostuvo el Tribunal-, sino que lo veía por fuera de la entidad realizando actividades propias de su actividad personal, como la venta de suelas de zapatos.

ii) No es cierto que el investigador JHON ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ haya aseverado que actuó como agente encubierto y tampoco dijo que en las comunicaciones interceptadas respecto de comunicaciones entre los líderes de la organización, particularmente, YALILE ANDREA VILLA OSORIO con JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, se mencionara como parte del entramado criminal al acusado CUBIDES MUÑOZ y a su compañera sentimental JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA.

iii) Tampoco se podía estructurar la responsabilidad del acusado, por el delito de concierto para delinquir, con el testimonio de MÓNICA ANDREA AVILA CHAVARRO, por cuanto ésta se refirió a los motivos por los que el sindicado fue destituido en el proceso disciplinario que le siguió el banco, actuación en la que se vulneró el debido proceso por no contar el investigado con abogado.

Lo único cierto es que, la testigo igualmente refirió que en atención al manual de autenticación de clientes del banco Davivienda, el informador sólo puede suministrar datos sobre

los productos bancarios cuando el titular se encuentre presente en la oficina, aspecto que no pudo la fiscalía desvirtuar, en tanto, CUBIDES MUÑOZ consultó a sus clientes en el horario de la oficina y en presencia de los mismos.

iv) En el mismo error incurrió el Ad quem al valorar el testimonio de FANNY VALENCIA ANDRADE, analista de comunicaciones del C.T.I., al afirmar que en las diferentes llamadas telefónicas interceptadas a los distintos miembros de la organización delictiva, se hubiere señalado que el procesado fue uno de los empleados del banco encargado de prestarles colaboración.

v) En lo concerniente con el testimonio rendido por LORENA ENCISO DÍAZ, funcionaria de Davivienda que adelantó los procesos disciplinarios contra los ex empleados aquí investigados, si bien, se refirió a la forma en que se ejecutaba el fraude en contra de la entidad, no afirmó que CUBIDES MUÑOZ hiciera parte de la organización; contrario a ello, dijo que fue destituido por vulnerar el manual de autenticación del cliente cuando realizó consultas de los productos bancarios al cuenta-habiente JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO.

De todas formas, agrega, el proceso disciplinario no puede ser tenido en cuenta en este asunto, por cuanto, al procesado se le vulneró el debido proceso, dado que no contó con abogado.

vi) El testigo YEBRAIL ROMERO VARGAS, no manifestó

que CUBIDES MUÑOZ hiciera consultas a los clientes fraude sin que éstos estuvieran presentes, dado que no fue llamado a juicio para esos efectos.

vii) En cuanto a la valoración del testimonio de NELSON ELI SÁNCHEZ LIMA, insiste, no refirió que CUBIDES MUÑOZ consultara ilícitamente los productos bancarios del señor USME QUINTERO, o que no le informara, como jefe inmediato, que el cuentahabiente tenía sobrecupo y se encontraba en mora, incurriéndose en error de hecho por falso juicio de identidad por adición.

En esas condiciones, de haber valorado en conjunto, como correspondía, los testimonios de YEBRAIL ROMERO VARGAS, FANNY VALENCIA ANDRADE, JOHN RESTREPO VELÁSQUEZ y LORENA ENCISO DÍAZ, no se hubiere declarado responsable al procesado por el delito de concierto para delinquir.

Tercer cargo. Violación indirecta de la Ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad por adición.

Asegura la defensa, que los fallos de instancia catalogan equivocadamente como pruebas las consultas que el acusado realizó a algunos de los productos bancarios que tenían los denominados "*cliente fraude",* especialmente, las del señor USME QUINTERO; sin embargo, tanto la imputación como el escrito de acusación se refirieron a que los fraudes del banco Davivienda "*se presentaron desde el 1ro de septiembre de 2010*

hasta el mes de enero de 2011 en donde se registraron un total de 630 operaciones o consignaciones correspondientes a 136 clientes en donde en 94 de ellos se logró consumar la defraudación económica", marco fáctico que, en su sentir, es el que debe gobernar el proceso.

Lo anterior, por cuanto, la Fiscalía trajo a juicio oral el registro de consultas realizadas por su defendido a los productos bancarios del señor USME QUINTERO, actividad adelantada un año antes de que éste comenzara a ejecutar los hechos que interesan al proceso, sin que ninguna irregularidad represente.

Si bien, a través de los testimonios de JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ y JUAN CARLOS REYES MUÑOZ, se estableció que el acusado realizó consultas del producto de USME QUINTERO, entre el 4 de enero y el 8 de septiembre de 2010, es claro que los fraudes se empezaron a presentar a partir de ésta última data, sin que en los mismos hubiere participado su cliente, toda vez que sólo realizó consultas respecto del cheque 8152996-0, por valor de $94.013.705, consignado el 10 de septiembre de 2010, el cual finalmente no fue pagado, pero sí devuelto.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el señor CUBIDEZ MUÑOZ, desde el 11 de septiembre de 2010, sólo volvió a realizar consultas a los productos del señor USME QUINTERO el 11 de octubre de 2010, fecha a partir de la cual, hasta el 16 de diciembre del mismo año, accedió a los sistemas en su horario laboral, sin que estén asociadas con actos de

fraude contra la entidad bancaria.

Por su parte, durante los días 29 y 30 de diciembre de dos mil diez (2010), se consignaron los cheques 0000590, del BBVA, y IA582662, de bancolombia, cada uno por valor de $198.884.904, los cuales no fueron cancelados pero sí devueltos, realizando el señor CUBIDES MUÑOZ, dentro de su jornada laboral, 2 consultas, el 4 de enero de 2011.

De esa manera, los juzgadores incurrieron en evidente error de hecho por falso juicio de identidad por adición, al afirmar en la sentencia de segunda instancia, que en el caso del señor CUBIDES MUÑOZ, varias de esas consultas se realizaron antes y después de los actos fraudulentos, argumentación que no resulta veraz, por cuanto, el acusado solo realizó 8 consultas, tres de las cuales estuvieron asociadas a eventos de fraude que finalmente no se pudo materializar porque los títulos valores fueron devueltos.

Dice, entonces, que lo único cierto es que dentro del término en que el señor USME QUINTERO hizo evidente su intención de defraudar el patrimonio del banco Davivienda, es decir, entre el 8 de septiembre de 2010 y 4 de enero de 2011, sólo en 8 ocasiones las consultas atribuidas al procesado están asociadas a eventos de consignación y devolución de cheques, demostrándose fehacientemente que su defendido no consultó tales productos tres días antes, mientras hacía canje, o tres días después de un evento asociado a la consignación y efectivo pago de un cartulario fraudulento, por tanto, se equivoca gravemente el Tribunal, cuando sostiene lo contrario.

De igual manera, incurre el Tribunal en falso juicio de identidad por adición cuando afirma que las pruebas valoradas demuestran fehacientemente que las consultas realizadas por el señor CUBIDES MUÑOZ se relacionan *también con la devolución de cheques falsos consignados por (…) otros clientes fraude,* de acuerdo con lo expuesto por los testigos JUAN CARLOS REYES MUÑOZ y JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ; sin embargo, de los testimonios ofrecidos por los señores DANIEL EDUARDO MAHECHA HERNÁNDEZ y LUIS EDUARDO BEJARANO, se desprende que las consultas se hicieron tiempo después de ocurridos los hechos que interesan a este proceso.

Además, insiste, las instancias pretenden atribuir a CUBIDES MUÑOZ la participación en el delito de concierto para delinquir, por los hechos en los que incurrió la coacusada JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, con fundamento en las consultas que ésta realizó a los productos de USME QUINTERO, sólo porque el primero tuvo una relación sentimental con ella.

Desconocen los juzgadores, que la labor de los informadores, en el banco Davivienda, era la de consultar los productos de los clientes, sin importar las veces que éstos lo requirieran, luego, por tratarse de un acto propio de las funciones, no puede considerarse como un indicio en contra del procesado.

Añade, debe tenerse en cuenta que las consultas no

pueden propiciar la liberación de cupos, ni tienen incidencia alguna en el proceso de canje de un título valor, como lo declararon los testigos JHON ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ, NELSÓN ELI SÁNCHEZ LIMAS y JUAN CARLOS REYES MUÑOZ.

Agréguese, de otra parte, que para consultar el estado de los productos de los cuenta-habientes, no se requería acudir a los informadores, sino que se podía acceder directamente a través de internet, teléfono rojo, cajero automático etc., según lo indicaron los funcionarios de Davivienda NELSON ELI SÁNCHEZ LIMAS y OLGA LUCÍA HERRERA NIÑO, por lo que no resulta lógico que, sin necesidad, los miembros de la organización tuvieran que contar con la colaboración de los informadores y compartir con ellos su "botín".

Sobre los errores de hecho por falso juicio de identidad en la contemplación material de los documentos recibidos por FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, de manos de JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, para aumentar sus cupos de crédito en el banco DAVIVIENDA, no desconoce la defensa que dentro de las funciones que tienen los informadores, se encuentra recibir documentos de los clientes para solicitud de crédito -aumento de cupo- y realizar su pre aprobación, empero, corresponde al área de "*fábrica de crédito*" realizar la autorización final, como bien lo aseguraron los testigos NELSON ELI SÁNCHEZ LIMAS y OLGA LUCÍA HERRERA NIÑO, entonces, con ello queda desvirtuada la responsabilidad de su cliente en el delito de concierto para delinquir.

En torno a los errores de hecho, por falso juicio de identidad, en la contemplación de las comunicaciones telefónicas realizadas entre JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO y FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, y de JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA con el primero, reconoce el censor que en juicio se introdujo con el testigo JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ, una hoja contentiva de un "análisis link" sobre un presunto cruce de comunicaciones telefónicas de USME QUINTERO con CUBIDES MUÑOZ, sin que la Fiscalía demostrara cuál fue el tema tratado por los interlocutores, ni cuándo se realizaron las mismas, para conocer si eran coetáneas o no con el momento en que el procesado consultó el estado de los productos bancarios que poseía el señor USME QUINTERO en el banco Davivienda, entre el 8 de septiembre de 2010 y el 4 de enero de 2011.

En consecuencia, como la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia de FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, como coautor del delito de concierto para delinquir, deberá ser absuelvo por ese cargo.

En lo que tiene que ver con el delito de acceso abusivo a un sistema informático, del cual había sido absuelto en primera instancia, refiere la defensa que el Tribunal vulneró la ley sustancial de manera indirecta, al incurrir en falso juicio de identidad por evidente desconocimiento de las reglas de apreciación de las pruebas sobre las que recayó la condena de CUBIDES MUÑOZ, en segunda instancia.

Lo primero, porque de acuerdo con el testimonio rendido

por el investigador RESTREPO VELÁSQUEZ, éste no afirmó o siquiera insinuó que CUBIDES MUÑOZ realizara consultas desconociendo lo estipulado en el "manual de autenticación del cliente" o excediendo lo permitido por la entidad bancaria, menos que, de las labores investigativas se estableciera que los funcionarios del banco avisaran por teléfono a usuarios, sobre la liberación de cupos.

Por su parte, del testimonio de FANNY VALENCIA ANDRADE, analista de crédito, se establece que la desincronización del sistema de canje del banco no se producía por virtud del azar, sino que era provocado por el funcionario o funcionarios, al interior de la entidad, que le colaboraban a la líder de la organización, YALILE ANDREA VILLA OSORIO, es decir, se introducía un chip en los sistemas que regulaban el proceso de canje, como en efecto ,igualmente lo indicó el testigo JULIO ANTONIO BARRERA GIL, al señalar que "ERWIN" (sic) *–seguramente Edwin Eduardo Rivera Dulcey Villa Osorio, compañero sentimental de Yalilite Andrea Villa Osorio-* le comentó que para realizar el fraude, manipulaban una plataforma dentro de la entidad bancaria.

Aspectos éstos que se deben consolidar con lo que dijo la testigo LORENA ENCISO DÍAZ, al señalar que el banco no le aportó evidencia alguna que demostrara que el cliente no se encontraba presente cuando fueron consultados los clientes fraude.

De suerte que, el Tribunal incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad por adición, al considerar que con los

testimonios de JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ, MÓNICA ANDREA ÁVILA CHAVARRO, FANNY VALENCIA ANDRADE, LORENA ENCISO DÍAZ, YEBRAIL ROMERO VARGAS y NELSON ELÍ SÁNCHEZ LIMAS, se demostraba el delito de acceso abusivo a un sistema informático, cuando lo cierto es que no sucedió.

En suma, solicita la defensa, se case la sentencia condenatoria de fecha 14 de marzo de 2017, mediante la cual se terminó condenando al señor CUBIDES MUÑOZ por el concurso delictual de concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático agravado, y, en su lugar, se profiera el correspondiente fallo de remplazo.

2. Del recurso de casación presentado por el apoderado de YENNI MARCELA MALAVER MOLINA.

Primer cargo. Denominado como principal. Acusa la sentencia condenatoria de segunda instancia de incurrir en violación directa de la Ley sustancial por desconocimiento de la estructura del debido proceso, por violación del principio de congruencia del artículo 448 del C. de P. P., al adicionarse hechos que no fueron objeto del marco fáctico establecido en la acusación.

El único aspecto reprochado a su cliente por la Fiscalía, es que, como funcionaria del banco Davivienda realizó 138 consultas indebidas *al cuentahabiente LUIS HERNANDO BEJARANO -quien logró materializar hábilmente la estafa por medio de artificios y engaños para obtener un provecho ilícito* en contra de la

entidad-, sin que se hubiere delimitado las fechas en que las mismas se presentaron.

No obstante, el Ad quem, al momento de revocar la absolución en primera instancia proferida a favor de la acusada MALAVER MOLINA, *amplía dicho marco fáctico a fin de lograr establecer su presunta responsabilidad,* al manifestar que ésta *consultó,* entre el 20 de octubre de 2010 y marzo 22 de 2011, *144 veces al cliente fraude LUIS HERNANDO BEJARANO por fuera de su horario de trabajo y por tanto debe ser objeto de juicio de reproche,* dado que en muchas de ellas el cliente no se encontraba presente en la entidad bancaria.

Adicionalmente, para atribuirle el delito de acceso abusivo a sistema informático, se dice por el tribunal que la acusada no sólo *recibió la solicitud de crédito a BEJARANO,* con soportes documentales parcialmente falsos -siendo éste quien defraudó el patrimonio de Davivienda por la suma de $102.137.105-, sino que realizó consultas –con quebrantamiento de los protocolos de seguridad- asociadas con el fraude por éste cometido, por fuera de su horario de trabajo, en las siguientes oportunidades: i) el 20 de octubre de 2010, a las 08:37:45 y a las 15:54: 42; ii) el 9 de noviembre de ese mismo año hizo 4 consultas por fuera del horario laboral, iii) el 30 de noviembre del mismo año, a las 16:33:34 y 16:39: 434, iv) el 3 de diciembre en 2 ocasiones, y minutos después, ese mismo día realizó 2 transacciones fraudulentas por $23.100.000 y, v) el 6 de diciembre otras 2 por $6.800.000, precedidas de consultas irregulares, conforme lo dio a conocer el investigador JUAN CARLOS REYES.

No fue objeto del marco fáctico de la acusación, que se realizaran consultas al sistema por fuera del horario laboral, sin la presencia del cliente y en contravía del *"manual de autenticación",* para de esa manera concluir que se incurrió en el delito establecido en el artículo 269 A, por lo que se vulneró lo dispuesto en el artículo 486 del Código de Procedimiento Penal.

En su sentir, no existe prueba que demuestre la existencia del acuerdo previo de voluntades entre los perpetradores del engaño y la informadora de la entidad bancaria, y que ésta decidiera acceder de manera ilegítima a los sistemas de información.

Igualmente, no tuvo en cuenta el Tribunal, la congruencia entre el marco fáctico de la acusación y la sentencia, con relación al delito de concierto para delinquir, por cuanto, no se dijo por la Fiscalía que *una consulta por fuera del horario laboral determinara el presupuesto de acuerdo previo y estructuración* del mencionado tipo penal.

Segundo cargo subsidiario. Alegando violación indirecta de la Ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, manifiesta que la sentencia de segunda instancia infringió en forma indirecta los artículos 6, 9, 10, 269 A, 269 H y 340 del Código Penal, y los artículos 232, 238 del C.P. Penal, y 29 Constitucional, dado que, estando obligado a valorar en conjunto todos los medios de prueba, hizo un análisis probatorio selectivo, dejando de lado aquellas que corroborarían la inocencia de su cliente.

Para demostrar la existencia del yerro probatorio, su trascendencia y la manera en que potenció indirectamente la vulneración de la ley penal sustancial, el censor advierte que:

1. El Tribunal omitió valorar que el testigo del C.T.I., JHON ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ, manifestó que las consultas que hacían los empleados de Davivienda no liberaban cupos, menos que el cheque fuera devuelto o se constituyera en condición necesaria para que los usuarios pudieran retirar dinero de los cajeros o realizar compras con el cupo liberado.

Es lo cierto que a su poderdante se le endilga realizar 138 consultas antes y después de la consignación de títulos valores en la cuenta de LUIS HERNANDO BEJARANO, empero, las mismas no resultan fraudulentas porque el mismo procedimiento utilizó con el cliente HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ NOVOA, el 2 de noviembre de 2010, cuando a su cuenta se consignó un cheque por valor de $41.837.218, que fue devuelto al día siguiente, sin que por esa razón estuviere éste investigado.

De suerte que, reitera, la labor de informador del banco ninguna transcendencia comportaba para el grupo delincuencial, por no contar su cliente con los medios, ni la capacidad laboral, técnica, facultativa o administrativa para liberar cupos o que el dinero pasara de un lugar a otro de manera fraudulenta.

En las condiciones anotadas, agrega, no resulta lógico que una organización criminal como ésta tuviera que apoyarse en informadores del banco, cuando bien podía recurrir a los medios tecnológicos para defraudar las arcas de la entidad bancaria, bastándoles con ingresar al sistema, bien por vía telefónica, internet, mails u otras aplicaciones.

Resalta que los integrantes de la organización criminal, hoy condenados por el delito de Estafa, a través de artificios y engaños lograron producir la ejecución antijurídica, resultando el funcionario del banco un eslabón más de la cadena perjudicada en su buena fe, sin que dentro de su labor funcional al interior del banco hubiere participado en la defraudación.

En consecuencia, si el Tribunal no hubiera omitido valorar la prueba indicada, la decisión sería absolutoria, en tanto, resulta evidente que la función de la acusada, al consultar antes y después de la consignación de un título valor, la cuenta de un cliente, no trasciende el derecho penal, como atrás lo anotó.

2. El Tribunal omitió valorar que la investigadora MARÍA ANDREA ÁVILA CHAVARRO, dijo que no fue sólo la acusada, sino varios empleados del banco –que no fueron investigados-, quienes consultaron en diferentes oportunidades, antes y después de la consignación de un cheque, las cuentas de los integrantes de la organización criminal -hoy procesados y condenados-, sin que se hubiere demostrado que cuando procedieron así no se encontraban presentes los

cuentahabientes.

Adicionalmente, no analizó que un usuario bancario puede consultar sus cuentas las veces que resulte necesario durante el día, sin que el informador pueda negarse a proporcionarle lo requerido, incluso, después de las cuatro de la tarde -si se encuentra al interior del banco el usuario-, cuando se cierran las puertas al público, conforme lo ratificaron las testigos LORENA ENCISO y OLGA HERRERA.

Por manera que, agrega, no existe prueba que demuestre que la sindicada consultó a un "*cliente fraude"* por fuera de su puesto de trabajo o vulnerando las reglas establecidas por la entidad bancaria para el efecto; ni que los hubiera llamado o realizado gestiones tendientes a defraudar a la entidad a través de la organización criminal, a la cual no perteneció.

De esa forma lo declaró, igualmente, FANNY VALENCIA ANDRADE -analista de comunicaciones-, cuando afirmó que en las comunicaciones telefónicas interceptadas a la organización criminal, no se habló de la MALAVER MOLINA, ni tampoco se dio nombre alguno de quien al interior del banco estaba colaborando con el grupo al margen de la ley, por lo que la Fiscalía no pudo demostrar el acuerdo al que llegó la sindicada con la organización.

Contrario a lo indicado, las labores ejercidas por la señora MALAVER MOLINA al interior de Davivienda fueron las propias de un funcionario con las características arriba indicadas, sin que las mismas tuvieran la potencialidad de representar algún

ejercicio de colaboración con la empresa criminal, a efecto de ejecutar sus acciones delictivas, dado que dentro de su rol no se encontraba aprobar créditos, además de no contar con los medios suficientes para manipular el sistema o, por lo menos, firmar o aprobar documentos con la finalidad de defraudar las arcas de la entidad bancaria y/o facilitar las actividades criminosas de terceros.

Por esa razón, no es posible estructurar el delito de concierto para delinquir, ni el de acceso abusivo a sistemas informáticos, desde la base del acuerdo previo, la distorsión o la colaboración, o siquiera su intención criminosa en el injusto, por no contarse con elementos suficientes que endilguen responsabilidad a su poderdante; de esta suerte, agrega, debe ser absuelta de los cargos, no sólo al encontrarnos frente a una conducta atípica, sino porque no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia.

3. Petición subsidiaria.

Manifiesta que, de no accederse a sus pretensiones, se le conceda la prisión domiciliaria, con la implementación del mecanismo de vigilancia electrónica, por reunirse la totalidad de los factores de carácter objetivo y subjetivo, sin que ello comporte una situación preferente a su prohijada, por cuanto permite satisfacer los fines de la pena, sin que exista incongruencia normativa entre los artículos 38 y 38 A del Código Penal.

En ese orden agrega, que como hasta la fecha la

condenada no registra o posee antecedentes judiciales de ningún tipo, además de tener arraigo con la comunidad, la sociedad y su familia, sin encontrarse vinculada con organizaciones criminales o personas dedicadas a defraudar las expectativas normativas realmente relevantes de la comunidad.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

En la realizada el 1 de octubre de 2019 ante la Sala de Casación Penal de la Corte, se corrió traslado a las partes para que sustentaran no sólo lo relacionado con el recurso extraordinario de casación, sino también con la doble conformidad, en lo que concierne con aquellos delitos en los cuales el Tribunal revocó la absolución y profirió la respectiva condena.

1. Luego de realizar una síntesis de los fundamentos fácticos de la acusación, el apoderado de YENY MARCELA MALAVER MOLINA insiste en que el Tribunal vulneró el principio de congruencia al adicionar situaciones que no corresponden a aquellas que hicieron parte de la acusación, las que no fueron debatidas en el proceso, vulnerándose con ello el debido proceso y derecho de defensa.

En cuanto al segundo cargo formulado, reitera que el Tribunal omitió valorar algunas pruebas que permiten desvirtuar el acuerdo al que llegó la procesada con la organización para defraudar al banco, y su permanencia en la comisión de los crímenes, por cuanto, el acceso a las cuentas

de sus clientes correspondía a una actividad lícita propia de sus funciones al interior de la entidad.

2. Por su parte, el apoderado de FREDDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ confirma su tesis, en cuanto que, por parte de ambas instancias se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por el evidente desconocimiento de las reglas de apreciación de las pruebas sobre las cuales se fundó la condena.

A través de los errores de hecho surgidos del falso juicio de identidad, que se demuestran claramente en la demanda, en unos casos por supresión, adición o por tergiversación, terminaron las instancias dando credibilidad a un solo testimonio, sobre el cual sustentaron la sentencia proferida en contra de su defendido, sin tener en cuenta las demás evidencias que lo desvirtúan, que dan lugar a la absolución del procesado.

3. El agente del Ministerio Público, por su parte, solicita no casar los fallos impugnados:

3.1. Respecto de la procesada MALAVER MOLINA, dice que no hubo vulneración del principio de congruencia, en tanto, la fiscalía definió el marco de la acusación respecto de las 138 consultas que aquella realizó a los productos de LUIS EDUARDO BEJARANO, uno de los defraudadores del banco Davivienda, con quien, entre otras cosas, sostuvo conversaciones telefónicas, según ella, cuando tenía

problemas de liberación de cupo. Lo cierto es que, de acuerdo con los reglamentos del banco existe prohibición de que sus empleados tuvieran relaciones con personas que realizaran comportamientos por fuera del marco de la Ley.

Además, las consultas a las cuentas de BEJARANO fueron realizadas en momentos en que se cometieron los fraudes y por fuera del horario establecido para la atención de usuarios. En esas condiciones, pide no casar la sentencia.

Agrega que el segundo cargo tampoco está llamado a prosperar, por cuanto, el Tribunal no incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, dado que no cercenó ningún medio de prueba.

Respecto de la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la privada de la libertad, le asiste razón al libelista, por concurrir a favor de la acusada los requisitos objetivos y subjetivos.

3.2. Con relación a la demanda presentada a favor del procesado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, manifiesta que éste se dedicó a criticar el valor probatorio que el Tribunal le dio a los medios de prueba, entre ellos, lo relatado por el testigo JHON GUILLERMO SILVA CIFUENTES, de cuyo testimonio, a diferencia de lo indicado por la defensa, se desprende claramente que dos de los cheques fraudulentamente cobrados en la sucursal Kennedy fueron por aquel cancelados, sin que el testigo tuviera ninguna razón para mentir, por cuanto, no conocía al procesado. En esas condiciones, el cargo no debe prosperar.

Hace ver que en la sentencia se señalaron algunas otras múltiples irregularidades en las consultas, que corresponden con el intento de apoderamiento del dinero, sin importar si éstas fueron realizadas por CUBIDES MUÑOZ o por su compañera sentimental CASTELLANOS PEDRAZA, en el horario laboral o por fuera del mismo, acotando que en todo caso la mencionada actividad fue ejecutada por fuera del reglamento que rige el cargo de informador, además de existir evidencia de las llamadas que entre los integrantes se hicieron, sin que exista duda acerca de la comisión de los delitos de concierto para delinquir y uso ilícito del medio informativo, debiendo, en consecuencia, mantenerse incólume el fallo del Tribunal.

4. La Fiscalía General de la Nación, aun cuando fue debidamente citada a la audiencia, no se hizo presente[10].

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por contener la impugnación cargos relacionados con la sentencia condenatoria dictada por primera vez en segunda instancia, la Corte superó los defectos argumentativos que presentan ambas demandas, para realizar un análisis de fondo de los alegatos presentados, a fin de materializar el derecho a la doble conformidad que asiste a los procesados

[10] Fl. 32 cuaderno de la Corte. Se envió comunicación al Coordinador de la Fiscalía Delegada ante la Corte.

FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ y YENNY MARCELA MALAVER MOLINA, en lo que toca con los delitos objeto de absolución en primera instancia, y condena en segunda.

En ese sentido ha indicado la Corte:

> *La Sala ha sostenido que una vez admitida la demanda, le corresponde examinar de fondo los problemas jurídicos propuestos por el recurrente, con independencia de los defectos de forma que puedan exhibirse en su formulación; ello, en atención a que el mecanismo de control legal y constitucional de las providencias judiciales, tiene como propósitos, al tenor del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, hacer efectivo el derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a éstos y unificar la jurisprudencia, (C.S.J. rad. 49718 de agosto 11 de 2021, rad. 54442 de 14 de abril de 2021, entre otras).*

Con ese propósito, se examinarán, en primer lugar, los errores en que, según los defensores, se incurrió por parte del Tribunal en las sentencias de condena; luego pasará la Corte a estudiar de fondo lo relacionado con la garantía de impugnar la primera condena, de que trata el Acto Legislativo No. 01 de 2018, conforme antes se indicó.

1. De la demanda presentada por la defensa de FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ.

1.1. Respecto del delito de concierto para delinquir.

El acusado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, en su condición de informador del banco Davivienda, fue

condenado tanto en primera como en segunda instancias, como coautor del delito de concierto para delinquir (art. 340 del C.P.) por hacer parte de una organización delincuencial integrada por particulares, cuenta-habientes y funcionarios del mencionado banco, que operó entre enero de 2008 y noviembre de 2011, los cuales aunaron sus voluntades, con carácter permanente, para cometer delitos, entre ellos, la defraudación a varios bancos, en este caso, Davivienda.

Con tal propósito, los funcionarios del banco que participaron en la organización, la mayoría de ellos en su calidad de informadores, hacían posible el pago de títulos valores, para que los demás integrantes de la banda los hicieran efectivos –luego repartían sus ganancias-.

Para tal designio aprovechaban un problema técnico interno en los sistemas de la entidad *"debido a una desincronización de los sistemas Stratus-FM200 y FACT, en la cual luego de que el Stratus notifica la devolución de cheques (generalmente entre las 15:00 y las 19:00, solo hasta el día siguiente a las 06:00 se efectúa la notificación del sistema FM200 (para el caso de credi-express) y a las 07:00 la sincronización del sistema FACT para tarjetas de créditos (…)", modus operandi,* a través del cual la organización criminal logró apoderarse de más de dos mil millones de pesos.

Expuestos así los hechos y de conformidad con las pruebas que enseguida se analizarán, se ofrece evidente la

estructuración material y jurídica del delito de concierto para delinquir, en tanto, existió: i) un acuerdo de voluntades entre varias personas, ii) para crear una organización que tuvo como propósito la comisión de delitos indeterminados en su número y ejecución, con claro propósito de defraudar a la entidad bancaria iii) aparato criminal con vocación de permanencia.

De entrada, para la Corte es claro que los integrantes de la organización conformaban una verdadera estructura que se ocupaba de ejecutar delitos concretos, aunque indeterminados en su número y ocasión, para lo cual algunos de sus miembros, en este caso los cuentahabientes, presentaban documentación parcialmente falsa a la entidad bancaria, con el objeto de obtener la ampliación de sus cupos de créditos.

La documentación era directamente recibida por los informadores que pertenecían al grupo, a efectos de realizar la pre-aprobación de los cupos; luego de que ello fuera aceptado por otra oficina, procedían a consignar los títulos valores –de chequeras robadas, cheques falsificados o cuentas canceladas-, que hacían canje inmediato dada la desincronización de los sistemas.

Antes y después de la consignación de los títulos valores fraudulentos, los informadores realizaban consulta a las cuentas, con el objeto de dar aviso a los integrantes de la

banda, quienes de inmediato procedían a realizar transacciones o retirar los dineros, lo cual se realizaba antes de que el sistema detectara que finalmente su pago resultaba inviable.

Ese actuar, resalta la Sala, demuestra el previo acuerdo con los funcionarios del banco, por cuanto, se verifica que el accionar perduró por el tiempo en que los informadores de la entidad crediticia de su cargo dispusieron en función de la organización criminal, suministrando la información necesaria para que los demás miembros ejecutaran la operación ilícita.

Vale decir, el grado de sofisticación requerido para consumar los desfalcos, que implica amplio aparato logístico y humano, junto con las muchas operaciones realizadas durante un lapso amplio de tiempo, se erigen en circunstancias objetivas e incontrovertibles, suficientes para significar que no corresponden esas actividades delictivas a un simple acuerdo coyuntural o propio de un solo punible, ni que el comportamiento específico de quienes actuaban al interior de la entidad crediticia, fuese accesorio o insustancial.

En este sentido, es necesario precisar, respecto del delito de concierto para delinquir, que la lesión al bien jurídico tutelado no requiere establecer, como lo insinúa la defensa, el número exacto de las muchas consultas

realizadas, ni si las mismas tuvieron lugar durante su jornada laboral o por fuera de ella, pues, lo cierto que el delito de concierto para delinquir se tiene por demostrado con el solo acuerdo de voluntades, por tratarse de una ilicitud de mera conducta. Si fruto del acuerdo se ejecutan específicas conductas ilícitas, se acota, estas operan independientes del acuerdo y desde luego, reclaman su demostración específica.

Como la conducta inicial objeto de condena lo es el concierto para delinquir, ella no reclama que se demuestre la materialidad de algún delito en concreto, fruto de lo acordado, ni mucho menos, que se precisen elementos directamente relacionados con estos punibles.

Y, si aquí se ha hecho relación a las actividades que con ocasión del concierto para delinquir realizaron los acusados, ello deriva de un aspecto eminentemente probatorio, en cuanto, esos comportamientos puntuales, sea que se condene o no por ellos, verifican la pertenencia a la organización.

Se repite, la actuación destacada, en cuanto, forma de operar, define cómo la organización se hallaba compartimentada, con división de funciones de sus miembros, en tanto, una vez realizadas las consignaciones fraudulentas, era menester que los informadores del banco estuvieran al tanto de los movimientos de las cuentas, en particular, verificar que sí se aceptó el incremento del cupo

y, que ya presentado el título valor, aún no se hubiese efectuado el canje; de ahí las consultas que reiteradamente fueron realizadas.

Por manera que, los cargos presentados por la defensa no logran demostrar que en la valoración probatoria adelantada por el Ad quem se incurrió en algún yerro.

Contrario a ello, el vínculo de FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ con la organización y su responsabilidad a título de dolo en el delito de concierto para delinquir, surge a partir del análisis que las instancias realizaron a los diferentes medios probatorios, de los que se pudo establecer el aporte de éste, como informador del banco, al grupo delincuencial.

La actividad del acusado, como informador del banco, de acuerdo a lo declarado por OLGA LUCÍA HERRERA[11], NELSÓN ELÍ SÁNCHEZ LIMAS y LEIDY JOHANA MUÑOZ JARAMILLO –funcionarios del banco- consistía, además, de atender a los usuarios, en recibir de estos la documentación requerida para la apertura de cuentas o ampliación de sus cupos de créditos.

Agregaron los testigos, que los mencionados documentos debían ser verificados por el mismo procesado, dado que se encargaba de la pre-aprobación del crédito o

[11] Testimonio 22 de septiembre 2015. Minuto3:34 ss.

ampliación del mismo, en cuanto, perfilador del cliente a efectos de establecer su capacidad de endeudamiento.

De acuerdo con lo aquí probado, el trámite fue obviado por el sumariado, pues, pre-aprobó con presteza, sin ningún tipo de restricción, la solicitud de ampliación del crédito realizado por uno de los integrantes de la organización y mayor defraudador del banco, JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO.

Así lo dio a conocer PABLO CÉSAR CASTAÑEDA CAMACHO[12] -Representante Legal de C&CS, asesora legal en riesgo, investigación y fraude financiero-, quien señaló que en la investigación interna del banco pudo verificar la existencia de información falsa e inconsistente del usuario USME QUINTERO, dirigida a obtener la ampliación de su crédito.

Estableció el testigo, que fue FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, en tanto, agente vendedor e informador del banco, quien, el 24 de junio de 2009 recibió la documentación inconsistente del usuario USME QUINTERO.

Le llamó la atención, al efecto, que el procesado no hubiera advertido las evidentes inconsistencias; más, cuando se trataba de información fácilmente verificable, como que en los tres formularios del banco se advertían evidentes contradicciones, referidas a la actividad comercial del usuario.

[12] Testimonio rendido en audiencia del 20 enero de 2015. C.D. 9.

Según CASTAÑEDA CAMACHO, con las mencionadas solicitudes USME QUINTERO anexó documentación en la que se observaba clara contradicción en su actividad comercial, como quiera que refería ser propietario de un inmueble, pese a que éste pertenecía a su esposa y estaba afectado como vivienda familiar, sin que tampoco hubiere soportado los ingresos económicos referenciados en los tres formularios.

Ningún cuestionamiento genera que esa constatación que obligatoriamente debía realizar CUBIDES MUÑOZ, se constituía en una fase previa de trascendencia para que la organización finalmente obtuviese la ampliación de los créditos. No sorprende, eso sí, que el acusado omitiera con plena consciencia el examen en cuestión, dado que se le advierte, tal cual se anotó antes, miembro de la agrupación criminal.

No es cierto, así, que las instancias ordinarias hubiesen desconocido que eran otros funcionarios distintos a CUBIDES MUÑOZ, quienes finalmente debían aprobar los créditos; lo que ocurre es que el trámite a cargo del acusado se verificaba necesario para la subsecuente actuación de otros funcionarios, la cual se hallaba matizada por la supuesta verificación previa, haciéndose incontrastable, entonces, que sin esta no se habría materializado el engaño, que pudo generarse, ora porque operó igual actuar doloso, o ya en atención a que la actuación del procesados generó confianza.

Pero, el actuar delictivo no se limitó a lo anotado, pues, después de aprobados los créditos, en las condiciones indicadas, la organización procedió a retirar los dineros; seguidamente, aparentando cubrir lo adeudado, consignaron títulos valores fraudulentos, de cuyos montos igualmente lograban apoderarse, aprovechando la falla en el sistema, como atrás quedó explicado.

En el anterior acontecer ilícito resultaba trascendente la intervención de los informadores, en tanto, eran éstos quienes, desde el interior del banco, realizaban las diferentes consultas antes, durante y después de la consignación de los mencionados cartularios, en el propósito de verificar y mantener al tanto a los líderes de la organización, respecto del momento en que podían apoderarse de los dineros.

Así lo dieron a conocer JHON ALEXANDER RESTREPO[13] -perito en sistemas- y LEIDY JOHANA MUÑOZ JARAMILLO[14] -investigadora del C.T.I.-, al indicar que el fraude consistía en realizar operaciones a través de la consignación de títulos valores de chequeras ajenas, los cuales se hacían efectivos debido a la falla existente en el sistema del banco, que impedía la inmediata corroboración.

Sobre el particular, explicó el primero:

[13] C.D. 5. Testimonio de 2 y 3 de febrero de 2015 (Minuto 36: 10 18 y 4:49 ss).
[14] Minuto 16:44 ss. Declaración de Leidy Johana Jaramillo de fecha 17 de junio de 2015.

> *Bueno señor Juez aquí le voy a mostrar la forma como se actuaba, como actuaba una parte de la banda, cuando la persona consignaba el cheque se tenía que esperar a que el cheque se hiciera efectivo como la máquina no esperaba el canje sino que liberaba enseguida o en mucho menor tiempo los clientes o la persona que los ayudaba estaban pendientes en que momento ese cheque se hacía efectivo para retirar la plata o para hacer las transferencias desde crediexpress a la cuenta corriente y sacarla para un cajero o por caja o como ellos quisieran hacerlo o hacer transferencia a otras cuentas* debido a que *la maquina tenía un error de signo ahí que lo que hacía era que duplicaba también el monto*[15].

Que, luego de que se aprobaba el crédito *"crediexpress"*, según precisó MUÑOZ JARAMILLO[16], retiraban el dinero del sobrecupo –consecuencia de la ampliación de los créditos-; acto seguido, dejaban pasar dos meses para consignar cheques que aparentaban liberar de nuevo el monto del crédito "*y ya de ahí cuando retiraban todo ese dinero, cuando sabían que la plataforma ya había realizado el sobrecupo, entonces de inmediato hacían transacciones, o sea, para esto nosotros pudimos visualizar que para eso se requería del apoyo de los funcionarios del banco porque no siempre los cheques los hacían efectivos para retirar de inmediato. Por eso las consultas en los sistemas durante, mediante y después del ingreso de cheque, cuando ya las personas sabían que ya el cheque había liberado el cupo, ellos tenían que sacar el dinero inmediatamente, hacer transacciones, compras o hacer giros del crediexpress de la cuenta corriente a diferentes cuentas de ahorro para así poder retirar, pues el dinero como rápido. Después*

[15] Minuto 48:07 ss, Declaración de Jhon Alexander Restrepo Velásquez de 2 de marzo de 2015.
[16] Minuto 16:44 ss. Declaración de Leidy Johana Jaramillo de fecha 17 de junio de 2015.

de eso se visualizó que ninguno de los cuentahabientes canceló el dinero¨. Subraya la Sala.

La defensa acierta cuando señala que las consultas realizadas por los informadores no *generaban liberación de cupos,* empero, es preciso recordar que, de acuerdo con lo señalado por RESTREPO VELÁSQUEZ y MUÑOZ JARAMILLO, la colaboración de los funcionaros bancarios con la organización, consistía en que una vez verificado por éstos –los informadores- que el título valor se había hecho efectivo -en momentos en que el sistema registraba la falla-, debían inmediatamente informar a la organización para que retiraran los fondos o, en su defecto, realizar las transacciones respectivas, porque una vez superada la falencia del sistema se hacía inviable la operación fraudulenta.

En concreto, dijo el testigo RESTREPO VELÁSQUEZ, que el acusado realizó consultas antes, durante y con posterioridad a la consignación de algunos títulos valores fraudulentos del cuenta-habiente USME QUINTERO, a quien consultó 357 veces[17], seguido de algunas llamadas telefónicas realizadas a éste.

Las consultas que realizó CUBIDES MUÑOZ, si bien, de manera general, se inscribían en la cotidiana actividad que desempeñaba en la entidad bancaria, es lo cierto que superaban ese factor, dado el número superior a trescientas,

[17] CD 5. (Minuto 34:08)

realizadas a un mismo cliente, entre el año 2010 y comienzos de 2011, lo que de ninguna manera se compadece con el fin de dichas revisiones, pues, conforme lo aseguró OLGA LUCÍA HERRERA NIÑO[18] –ejecutiva sponsor de Davivienda-, no es "*usual que se consulte tantas veces al cliente porque éste lo puede hacer por otros medios*".

En otros términos, no puede entenderse normal o adecuado que respecto de un solo cliente y siempre por solicitud del mismo –como lo imponen las normas del banco-, el procesado debiera, con la presencia física del usuario en la sucursal, consultar en más de trescientas ocasiones su cuenta y movimientos.

Es cierto que por hechos similares –consultas inadecuadas- fue condenada YENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, compañera sentimental de CUBIDES MUÑOZ, y tampoco se niega que por los actos individuales de aquella, no necesariamente debe responder su compañero, tal cual sostienen la defensa, pero no debe confundirse el argumento, como quiera que el número de consultas a las que aquí se hace relación y el periodo en que ello ocurrió, son factores que se han soportado exclusivamente en el comportamiento individual del acusado.

Eso sí, no puede desdeñarse, a manera de indicio, que precisamente la compañera sentimental de CUBIDES MUÑOZ, también empleada del banco, haya incurrido en el mismo tipo de actividades delictuosas, aspecto indiciario que refuerza la conclusión atinente a la existencia de una agrupación

[18] C.D.9. Testimonio de 22 de septiembre de 2015.

concertada con el fin de defraudar a la entidad bancaria.

Ahora, para corroborar la comisión del delito y la responsabilidad que le cabe al acusado, no menos importante resulta lo manifestado por el testigo JHON GUILLERMO SILVA CIFUENTES, cuenta-habiente de la entidad bancaria, en cuanto, aceptó que hizo parte del entramado criminal, encargado de proporcionar a los integrantes de la banda las claves y datos de los productos que tenía con el banco Davivienda; ello, con el claro propósito de obtener la ampliación del cupo de su tarjeta credi-expres; luego, afirma, se realizaron transacciones fraudulentas, bien a través de cheques falsos, sin fondos o de chequeras robadas, que eran consignados a sus cuentas; advirtió que la defraudación derivaba de que la información no se registrara oportunamente.

Según expuso, para hacer posible la actividad ilícita se contó con la colaboración de algunos funcionarios del banco, entre ellos, FREDY CUBIDES MUÑOZ, a quien vio por primera vez el 3 de diciembre de 2010, cuando, en el horario extendido de atención al público, entre las 6 y 7 de la noche, en la sucursal del banco Davivienda barrio Restrepo, hizo posible el pago de dos títulos valores girados de su cuenta, por valor superior, cada uno, a los seis millones de pesos. Esa suma, aclara, fue consignada en su cuenta por la organización, a través de un cheque de chequera robada.

La defensa cuestiona que las instancias dieran credibilidad al relato del testigo SILVA CIFUENTES, a pesar de que éste faltó a la verdad en cuanto al valor real de los dos cartularios, así como sobre el lugar en donde estos fueron cancelados, quedando demostrado, en su sentir, que el único propósito del testigo fue el de declarar en contra de su cliente para obtener beneficios judiciales.

No obstante, revisado el relato de SILVA CIFUENTES, la Sala considera que, frente a su credibilidad, en ningún yerro incurrieron las instancias, dado que el declarante de manera sincera expuso las circunstancias en que ingresó a la organización, el nombre de algunos de sus integrantes –debidamente corroborado-, la forma en que sostuvo contacto con el acusado, en el banco, para el pago fraudulento de los cartularios –el 3 de diciembre de 2010-, agregando que volvió a tener noticia del acusado en los calabozos del C.T.I., cuando fueron capturados por estos hechos.

Está visto que el testigo no conocía al procesado, por lo que no se aprecia ninguna razón diferente de contar los hechos tal y como se presentaron, sin que el preacuerdo, que se dice realizado con la Fiscalía, incluyera declarar falsamente en contra del acusado.

De otra parte, no pierde fidelidad el testimonio de SILVA CIFUENTES, como la defensa lo indica, por no recordar, en audiencia, el valor exacto de los cheques.

Al efecto recuérdese que los mencionados documentos fueron cambiados por ventanilla en diciembre 3 de 2010, mientras que la incriminación que realizó el testigo en contra del acusado, ocurrió en audiencia pública celebrada el 27 de noviembre de 2015[19], es decir, después de haber transcurrido cerca de cinco años.

En consecuencia, se observa explicable que el testigo no recordara el valor exacto de los dos títulos valores mencionados, pues, el paso del tiempo conduce a que se olviden detalles puntuales acerca de un determinado acontecimiento, sobre todo, cuando se trata de establecer cuantías específicas de transacciones bancarias realizadas tiempo atrás; es lo cierto, empero, que los dos cartularios fueron pagados de manera fraudulenta, en las condiciones en que lo refirió el testigo y lo certificó el banco Davivienda.

Impera precisar, que el testigo recordó que esa fue la segunda vez -3 de diciembre de 2010- en que concurrió a la sede de ese banco, por cuanto, en una primera oportunidad fue citado por los integrantes de la organización a una cafetería cercana a la entidad, sitio en el cual acordaron que prestaría su cuenta y claves para la consignación de cheques, cuyas ganancias repartirían, al paso de prometerle cancelar la obligación que personalmente había adquirido con la entidad.

[19] Fls 274 ss del c.o. 2.

La forma en que SILVA CIFUENTES narra los hechos en los que directamente participó y la descripción detallada de la oficina de la cual vio salir al acusado, -para dar la orden de cancelar fraudulentamente los cheques-, concuerdan con las características que igualmente entregó el testigo NELSON ELÍ SÁNCHEZ LIMAS[20], quien se desempeñaba, para la fecha de los hechos, como director de esa oficina y jefe inmediato del procesado.

SÁNCHEZ LIMAS reconoció, como la defensa lo señala, que la autorización para el cobro de cheques de alto valor, correspondía a un funcionario de mayor jerarquía *–director o subdirector de oficina-*; afirmación ésta que no resta confiabilidad a lo atestado por SILVA CIFUENTES, respecto de la intervención adelantada por el acusado –pese a que no era su función-, para que los dos títulos valores fueran pagados, pues, al tratarse de una operación fraudulenta, resultaba necesario que su pago se hiciera por fuera del marco legal.

La defensa insiste en que el relato de SILVA CIFUENTES, se opone a lo vertido por el testigo SÁNCHEZ LIMAS porque, de acuerdo con éste, el horario del procesado, en su labor de informador, oscilaba entre las 8 a.m. y las 5 p.m., resultando imposible que en el horario extendido –entre 6 y 7 de la noche-, como lo dijo el primero, pudiera estar ordenando el pago de títulos valores.

[20] C.D. 9. Testimonio de 28 de agosto de 2015 (M. 46:15).

Contrario a lo señalado por la defensa, es el propio SÁNCHEZ LIMAS quien aseguró que en *varias oportunidades* vio en el banco al procesado, después de terminada su jornada laboral, pero realizando actividades de carácter particular relacionadas con la venta de suelas de zapatos.

Con todo, no cercenaron las instancias la prueba, en tanto, el testigo igualmente aseguró que en su condición de Director de la sucursal Barrio Restrepo *sólo en algunas ocasiones permaneció en su oficina en el horario extendido hasta las 6:30 de la tarde*, por cuanto, debía ausentarse con anterioridad, para realizar actividades de carácter comercial.

En consecuencia, no pudo dar fe SÁNCHEZ LIMAS, de todas las actividades que al interior del banco, en el horario extendido, realizaba CUBIDES MUÑOZ; por lo que resulta plausible concluir que el pago del título valor ocurrió en las condiciones en que lo reveló SILVA CIFUENTES.

Por tanto, las sindicaciones que en contra del acusado realiza SILVA CIFUENTES, no surgen aisladas o carentes de soporte probatorio, dado que, junto con los medios de prueba que vienen de analizarse, los vínculos que tenía con la organización CUBIDES MUÑOZ, se verifican, no sólo por el aporte del testigo, sino porque sus actuaciones delictuales al lado de JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO -hoy condenado por estos hechos- fueron debidamente probadas.

Finalmente, por obedecer el proceso disciplinario a unas naturalezas y consecuencias distintas, ninguna incidencia tiene a la hora de declarar o no la responsabilidad de un procesado, en tanto, en este caso son otros los medios de prueba los que otorgan el conocimiento requerido para tomar la decisión que el caso requiere.

Del mismo modo, más allá de que los cheques fraudulentos fueran o no cobrados cuando CUBIDES MUÑOZ realizó las consultas, recuerda la Corte que la naturaleza del concierto para delinquir, como delito de mera conducta y de ejecución permanente, no requiere la materialización de los comportamientos que indebidamente pactaron ejecutar, sino el acuerdo previo de voluntades con fines eminentemente ilícitos.

Se concluye, entonces, que algunos empleados del banco, entre ellos el acusado, hicieron parte de la agrupación ilícita conformada por particulares, en su mayoría clientes de la misma entidad, que actuaron con criterio de permanencia y no apenas en casos aislados o coyunturales; y, además, no se discute que esa banda, aprovechando la desincronización de los sistemas y con la ayuda de los informadores, logró sustraer de manera permanente fuertes sumas de dinero que defraudaron las arcas de Davivienda.

En esas condiciones, la valoración que efectuó el tribunal en torno de los medios de prueba allegados al juicio por la Fiscalía, se sujetó a la sana crítica, sin desconocimiento alguno a las reglas que las rige, por lo que la Sala no casará el fallo de condena respecto del delito de concierto para delinquir atribuido a FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ.

1.2. Del delito de acceso abusivo a un sistema informático.

Según la defensa, el Tribunal vulneró la ley sustancial de manera indirecta, al incurrir en falso juicio de identidad por desconocimiento de las reglas de apreciación de las pruebas sobre las que recayó la condena de CUBIDES MUÑOZ, por cuanto, en término generales, insiste : i) no se estableció que el acusado consultara a los cliente fraude cuando éstos no se encontraban presentes, con vulneración del manual de autenticación del cliente; ii) no demostró la Fiscalía cuál funcionario del banco introdujo un chip en los sistemas del banco para que produjera su desincronización, iii) a través de las consultas realizadas por el procesado a la cuenta de los clientes, no se generaban cupos y por tanto no fue la causa para que se produjeran los fraudes; y, finalmente, iv) las consultas realizadas por los informadores no se efectuaron con vulneración de los sistemas informáticos, por cuanto, estuvieron autorizados por el cliente.

En torno a este delito, el Juzgado 4 Penal del Circuito de Medellín absolvió a CUBIDES MUÑOZ, porque sin perjuicio de quedar demostrada *las excesivas* y *persistentes* consultas a las cuentas pertenecientes al cliente USME QUINTERO, las mismas fueron realizadas en el horario de su jornada laboral, por lo que descartó la comisión del delito de acceso abusivo a un sistema informático.

Considerando equivocado el anterior planteamiento, el Tribunal Superior de Medellín refirió que no siempre las consultas realizadas dentro del horario de trabajo del informador resultan legítimas, sino que, en ocasiones, a pesar de estar autorizado, el funcionario excede los límites del permiso otorgado, vulnerando el bien jurídico de la información y los datos –Davivienda-, como en efecto ocurrió con el acusado CUBIDES MUÑOZ, razón por la cual lo condenó.

Para llegar a esa conclusión, concluyó el Tribunal que, dogmáticamente, el acceso abusivo a un sistema informático, denominado igualmente *intrusismo informático,* se puede presentar por parte de personas no autorizadas que penetran a determinada plataforma –conocidos como outsider-, pero también por quienes, a pesar de estar autorizados, exceden los límites de la facultad que se les dio para esos efectos –conocidos como *insider-*.

Respecto de éstos últimos, los *insider,* se dijo por el Ad quem, que a pesar de que el tercero ingresa de manera legítima a los sistemas, decide permanecer en ellos para finalidades ilícitas, contrariando de esta manera la autorización legalmente permitida, bien durante su horario laboral, o fuera de este.

Previo abordar el tema, frente a los reproches presentados por la defensa contra el fallo de condena, la Sala considera de importancia resaltar que el tipo penal de acceso abusivo a un sistema informático -art. 269 A del C.P.-, ha sido reconocida por la doctrina como *"hacking directo o mero intrusismo informático"*, es decir, *"conductas de meros accesos y/o permanencias perpetradas con el único fín de vulnerar un password o una puerta lógica que permite acceder a sistemas informáticos o redes de comunicación electrónica"*[21]*:*

En ese orden, el tipo penal está conformado i) por un sujeto activo que no es calificado por no necesitar de una condición especial para quien accede a un sistema informático *"sin autorización",* o que teniéndola, decide conscientemente mantenerse conectado;

ii) por un sujeto pasivo, que es la persona natural o jurídica titular del sistema informático;

[21] Paloma Parra Luis Orlando, Delitos informáticos, página 81 Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2012.

iii) por lesionar varios bienes jurídicos tutelados, entre ellos, la información, los datos y la intimidad, ha sido reconocido como un tipo penal pluriofensivo;

iv) solo admite el dolo en el actuar del ciberdelincuente;

v) es un delito de mera conducta, por cuanto, la sola intromisión en una red informática, en las condiciones establecidas en el tipo penal, afecta el bien jurídico tutelado;

vi) contempla dos verbos rectores, acceder o mantener;

vii) como ingrediente normativo, exige que el sujeto activo de la acción a) *acceda* en el sistema informático sin autorización, o, b) aun cuando, teniendo el permiso del titular legítimo del derecho, se *mantiene* dentro del mismo, excediendo las facultades otorgadas.

Respecto de la primera forma de actuar del ciber-delincuente, no reviste mayor complejidad, por cuanto, resulta suficiente la introducción ilegítima sin la voluntad del titular de la cuenta.

El problema surge con la segunda manera de actuar, en tanto, el ingrediente normativo que la contiene está enfocado a establecer cuáles serían los límites de esa autorización que desbordaría el tipo penal estudiado.

En las condiciones anotadas, se entrará a examinar si, en efecto, CUBIDES MUÑOZ *accedió* al sistema informático del banco Davivienda sin la debida autorización o si, teniendo el permiso del titular legítimo del derecho, se *mantuvo* dentro del mismo, excediendo las facultades otorgadas.

Lo primero que debe señalarse es que, conforme con el acuerdo de voluntades al que llegó CUBIDES MUÑOZ con la organización, su aporte en la empresa delincuencial, consistió en acceder a las cuentas bancarias de los demás integrantes de la banda y verificar el momento en que los títulos valores hicieran canje, por lo que, una vez establecida la liberación de cupos, procedían a realizar transacciones o a retirar el dinero.

De esa manera, se precisa que CUBIDES MUÑOZ, como informador del banco Davivienda, tenía la posibilidad de acceder a la cuenta de los usuarios siempre y cuando cumpliera con algunos de los requisitos establecidos en el manual de autenticación de clientes, entre los que se encontraba contar con la presencia del legítimo titular del derecho.

Para el efecto, cobran relevancia las declaraciones de NÉSTOR ELÍ SÁNCHEZ LIMAS, OLGA LUCÍA HERRERA NIÑO y MÓNICA ANDREA ÁVILA CHAVARRO -funcionarios del banco Davivienda-, al señalar que, en cumplimiento del manual de autenticación de los clientes, establecido en la entidad, los

informadores sólo podían acceder a las cuentas de los usuarios en el horario de atención al cliente, cuando éstos se encontraran presentes en la entidad realizando sus transacciones.

En ese orden, resulta preciso establecer si cuando el acusado, entre enero de 2010 y enero de 2011, accedió más de trescientas veces a las cuentas bancarias de JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, y otras tantas a las de DANIEL EDUARDO MAHECHA HERNÁNDEZ y LUIS EDUARDO BEJARANO –todos integrantes de la organización criminal-, como lo sostuvieron los investigadores JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ –perito en sistemas del C.T.I.- y JUAN CARLOS REYES MUÑOZ –Asesor Legal en Riesgos, Investigación y Fraude financiero-, incurrió con su actuar en el delito de acceso abusivo a un sistema informático, conforme los hechos de la acusación.

De acuerdo con el señalamiento que estos últimos hicieron, las consultas realizadas por CUBIDES MUÑOZ aunque ocurrieron cuando éste cumplía funciones de informador y en su horario de trabajo –de 9 a.m., a 4 p.m-, no por ello se descarta, como la defensa lo sugiere, la antijuridicidad de la conducta, dado que como el bien jurídico tutelado es la información y los datos, de igual manera puede éste resultar vulnerado, cuando a ellos se accede para cumplir propósitos ilícitos como en este caso.

De esta suerte que, aunque el funcionario se encontrara cumpliendo sus labores en su jornada laboral, es posible

vulnerar bienes jurídicos protegidos por la norma, por cuanto el reproche punitivo se presenta en los dos eventos claramente establecidos, bien cuando el ciber-usuario accede a los sistemas sin estar autorizado o, estándolo, decide permanecer en ellos con fines delictuales.

En este caso, CUBIDES MUÑOZ pretextando veladamente que no infringía el manual de autenticación del cliente, ingresó de manera reiterada a las cuentas bancarias de quiénes igualmente hacían parte de la organización criminal, con el objeto de cumplir la labor que el grupo delincuencial le había asignado, sin que para el trámite que le competía realizar al interior de la entidad se requiriera de la presencia del cliente, como la defensa lo esgrime.

Es lo cierto que según el acuerdo de voluntades que con el grupo delincuencial había llegado, el informador contaba con la anuencia explícita del cliente para acceder a las plataformas virtuales, aprovechando además que, poseía las claves que la propia entidad le había suministrado para a ellas ingresar solo en cumplimiento de su función, de tal suerte que, al utilizarlas para los intereses del grupo criminal, de entrada vulneraba el bien jurídico de la información y los datos.

Así lo declaró OLGA LUCIA HERRERA NIÑO[22] –ejecutiva Sponsor de Davivienda- al señalar que los informadores podían acceder a las cuentas de los usuarios cuando éstos hacían presencia en el banco para los trámites que éste quería, como atrás quedó señalado, o *cuando en el ejercicio de sus funciones*,

[22] Ib. Minuto 31:47

controlaban de éstos su cartera, para ello explicó que el banco proporcionaba al funcionario –informador-, *una clave* y un *usuario,* que "*garantizaba la confiabilidad que tenemos de reserva bancaria".*

Bajo esos lineamientos, la Fiscalía sí logró acreditar que CUBIDES MUÑOZ en atención al número de incursiones efectuadas en las cuentas de tres de los miembros de la banda, perfeccionó el delito de acceso abusivo a sistema informático, que tuvo como finalidad, como ya se ha venido indicando -en cumplimiento de los acuerdos de voluntades-, mantenerlos al tanto del momento en que la operación fraudulenta se podía realizar por la falla técnica en los sistemas.

Con esos propósitos dijo JHON ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ[23] –perito en sistemas del C.T.I.- que de acuerdo con el análisis forense por el realizado, incorporado como prueba 4 de la Fiscalía –de febrero de 2015- el acusado consultó infinidad de veces a JOSE ALDEMAR USME QUINTERO para verificar *el movimiento de sus productos,* antes y después de consignar varios títulos valores fraudulentos.

Ilustró el testigo, que el usuario USME QUINTERO presentó 17 eventos de devolución de títulos valores fraudulentos entre el 19 de noviembre de 2010 al 4 de enero de 2011 por montos cercanos a los doscientos millones de pesos, lapso durante el cual y en sólo 10 días se presentaron

[23] C.D. 5 Testimonio de 2 de marzo de 2015. Minuto 35:43.

múltiples consultas por parte del acusado, las que se realizaron antes y después de cada transacción que superaron las cincuenta y seis.

Además de resultar desproporcionado, dijo el testigo, que durante enero de 2010 a octubre del mismo año, cuando la organización delictiva mayor actividad fraudulenta realizó, el acusado igual procedimiento efectúo con el mismo usuario, de la siguiente forma: i) en el mes de enero efectúo 80 consultas; ii) en febrero 107; iii) en marzo 196; iv) en abril 58; v) en mayo 161; vi) en junio 108; vii) en julio 98; viii) en agosto 70; ix) en septiembre 23 y, x) en octubre 31 consultas.

Al respecto informo OLGA LUCÍA HERRERA NIÑO[24] –funcionaria del banco-, que no era usual que un informador bancario ingrese de manera reiterada a las cuentas de un usuario, cuando éste cuenta con las herramientas necesarias para consultar sus saldas y hacer las respectivas transacciones por fuera de la entidad.

No cabe duda que el actuar del acusado, al ingresar desmedidamente a la cuenta de uno de los mayores defraudadores del banco, no se corresponde con el normal desarrollo de su actividad como informador, sino con un actuar ostensiblemente doloso tendiente a favorecer a la banda de la que hacía parte, proceder éste que repercutió en los intereses de la entidad, al utilizar a su antojo la

[24] Ib. Minuto 33:14.

contraseña y el usuario que sólo le permitía ingresar a la base de datos con propósitos lícitos.

De esta manera, sin justificación alguna, vulneró la información y datos privilegiados que la entidad bancaria sometía a la respectiva reserva y confidencialidad.

Finalmente, la Sala ninguna fundamentación hará con respecto de lo actuado respecto de los también integrantes de la organización criminal DANIEL EDUARDO MAHECHA HERNÁNDEZ y LUIS EDUARDO BEJARANO, a los que se dijo en la acusación igualmente consultó de manera irregular el acusado, ello para no vulnerar el principio de *reformatio in pejus,* dado que el Tribunal ningún cuestionamiento al respecto hizo.

Por tanto, la Sala no casará el fallo del Tribunal Superior de Medellín que condenó a FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ por el delito de acceso abusivo a un sistema informático agravado –art. 269 A, 269 H 1 y 3-, por lo que en garantía del instituto de impugnación especial la decisión de segunda instancia será confirmada.

2. Respecto del recurso de casación y doble conformidad presentado por el apoderado de la procesada YENNY MARCELA MALAVER.

2.1. En primer lugar, nos referiremos a la posible vulneración de principio de congruencia –art. 448 de la Ley 906 de 2004-.

No vulneró el Tribunal Superior de Medellín, el principio de congruencia que debe existir entre la acusación y el fallo, cuando decidió condenar a YENNI MARCELA MALAVER MOLINA por el delito de acceso abusivo a un sistema informático.

Según el censor, la Fiscalía no dijo que la procesada hubiera consultado las cuentas bancarias de LUIS HERNANDO BEJARANO, por fuera de su horario laboral, sin la presencia del cliente o en contravía del *"manual de autenticación"*, para de esa manera poder estructurar el delito de acceso abusivo a un sistema informático, consagrado en el artículo 269 A del Código Penal.

Al respecto, se tiene que en el marco factico de la formulación de acusación celebrada el 16 de mayo de 2014 ante el Juzgado 4 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, la Fiscalía ratificó los cargos presentados desde la audiencia de imputación a YENNY MARCELA MALAVER MOLINA, a quien le atribuyó el delito de concierto para delinquir del artículo 340 Penal, por cuanto, en su condición de informadora del banco Davivienda, se concertó con otros, para defraudar a la entidad financiera, proceder con el que igualmente infringió el bien jurídico de la

información y los datos, incurriendo en el concurso heterogéneo y homogéneo de acceso abusivo a un sistema informático agravado del artículo 209 A, 269 H, 1.3. del C.P.

Específicamente, adujo el Ente Acusador sobre la segunda de las conductas por las que fue acusada, que MALAVER MOLINA consultó 138 veces –luego aclaró que fueron 144-, de manera irregular, en contravía de las reglas internas del banco, varias cuentas de usuarios de Davivienda, entre los que encontró a LUIS HERNANDO BEJARANO, *MYRIAM MILENA LEÓN y HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ NOVOA*, también integrantes de la organización.

Al precisar los cargos de la acusación, refirió:

> *(…) YENNY MARCELA MALAVER, consultó dos de los cuenta-habientes que defraudaron el banco, el más relevante fue el señor LUIS HERNANDO BEJARANO, a quien lo consultó 138 veces, se evidencia el log transicional que el día 03 de noviembre de 2010 lo consulta en tres ocasiones, y este mismo día el señor LUIS HERNANDO se le libera un cheque por valor de $41.837.218 (…), los cuales fueron retirados ese mismo día.*
>
> *En este caso se verifica que la señora YENNY MARCELA MALAVER, infringía el manual número 7410P01623 de autenticación de clientes, dado que para hacer consulta de saldos se necesita que la persona aporte su cédula física y se haga la verificación en ubica que es un programa de la Cifin (sistema financiero)*
> *(…)*
>
> *La conducta ilícita de acceso abusivo a sistema informático se atribuye a los señores JENNIFER CASTELLANOS, YENNI MALAVER, FREDY DANIEL y EDGA G porque se ha establecido por el Banco que hubo incumplimiento de reglamentos internos*

por parte de los antes mencionados. La conducta fue realizada por fuera de lo acordado así como lo establece el artículo 269 A. Eso significa que violaron manuales de autenticación del cliente cuando realizaron las consultas, esto se puede observar por la cantidad de consultas realizadas en un solo día, ya que estas deben seguir un protocolo de autenticación al tiempo transcurrido entre consulta y consulta. El manual exige un mínimo de tiempo para autenticar al cliente. Es físicamente imposible realizar la autenticación del cliente y la consulta en un lapso tan corto. Las consultas realizadas en el mismo día en el cual se libera el cupo con los cheques fraudulentos y se hace transferencias de los mismos. Algunas consultas fueron hechas antes, durante y después de estar abierta la ventana del tiempo del cual se libera el cupo, por tal razón dichas consultas fueron realizadas para dar alerta a los usuarios, entonces se establece la conducta ilícita de acceso abusivo a sistema informático (…)

La conducta ilícita de YENNY MALAVER de acceso abusivo a sistema informático se establece porque si se mira el LOG transaccional consulto a los señores LUIS HERNANDO BEJARANO, MYRIAM MILENA LEÓN, HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ NOVOA. Esas son las personas que se vincularon al banco ingresando cheques falsos. Como se puede observar la señora YENNY MARCELA le hizo consultas masivas al señor BEJARANO por un total de 144 veces. Se evidencia que el día lunes 21 de enero de 2011 el ciudadano LUIS HERNANDO BEJARANO ingresa un cheque por valor de $99.649.143 el cual fue devuelto el día 24 de enero de 2011. Ese mismo día volvió a ingresar otro cheque por $99.642.000 y al día siguiente la señora YENNY MARCELA MALAVER realiza 8 consultas entre las 10:34 y las 10:53 am., y el mismo día el cheque es devuelto. El día 26 de enero le vuelve a hacer consultas al señor BEJARANO, lo consulta 7 veces.

Por otro lado se puede observar que el señor HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ NOVOA el día 2 de diciembre de 2010 ingresa un cheque por valor de $41.837.208. Al día siguiente la señorita YENNY MARCELA hace 3 consultas desde las 11:54 con 13 segundos, las 11:54:25 segundos. Ese mismo día el sistema intenta devolver el cheque pero el señor HENRY ALBERTO logra retirar la plata en 9 transferencias.
(…)

> *Entonces la conducta ilícita de acceso abusivo a sistema informático se atribuye a los señores JENNIFER CASTELLANOS, YENNY MARCELA MALAVER, FREDY CUBIDES, EG A porque como empleados se vincularon con los usuarios para defraudar al banco, lo que se establece en la comunicación que tenían con ellos las veces que los consultaron para facilitar la libertad de cupos.*
>
> *El proceder de los señores en mención se consagra en el artículo 269 A porque sin justa causa lesionaron el bien jurídico protegido por el legislador al atentar contra la confidencialidad, integralidad y disponibilidad de los datos y de los sistemas de informáticos porque sin autorización por fuera de lo acordado ingresaron al sistema informático del banco. Su comportamiento fue ilegal porque faltaron a la ética del banco*[25]*.*

Es lo cierto que la Fiscalía cumplió con su deber legal de atribuir tanto fáctica como jurídicamente los dos eventos en que la conducta se tipifica, porque se accede a un sistema sin autorización del titular o excediendo el permiso que le fue dada, de manera que lo importante para el caso que se revisa, es si, cuando MALAVER MOLINA accedió a los sistemas financieros del banco, ésta se encontraba o no autorizada, independientemente si lo hizo por fuera o no de su horario laboral –ver numeral 1.2.-.

En cuanto a lo primero, dijo el Ente Acusador que la funcionaria incumplió el manual de autenticación del cliente, al acceder a los sistemas informáticos en diversas oportunidades, sin la autorización del cliente, dado que este

[25] Fls. 87 a 97 del c.o. 2.

no se encontraba presente, en tanto, las consultas se hicieron por fuera del horario de atención al público.

A su vez, le atribuyó a la acusada el segundo evento que establece el tipo penal, al referir que las consultas realizadas, en lo que concierne a tres de los integrantes de la organización, excedieron el límite de lo permitido.

El Ad quem, al momento de resolver el recurso de apelación respecto de MALAVER MOLINA, la condenó por el primero de los eventos –acorde con la formulación de acusación- e indicó haber quedado demostrado que la acusada, sin autorización, accedió a las cuentas bancarias de los integrantes de la organización, porque en la oportunidad en que lo hizo no discurría el horario de atención al público, resultando evidente que no se encontraba presente el cuenta-habiente y por tanto, no contaba con la directa, expresa y presencial autorización de éste.

Dentro de las consultas que la procesada realizó a la cuenta de LUIS HERNANDO BEJARANO, sin cumplir los requisitos que la ley exige, destacó la segunda instancia las siguientes:

> *(…) Por ejemplo, se probó que MALAVER consultó a BEJARANO el 20 de octubre de 2010, antes de entrar a trabajar, cuando no había atención al público, por lo que fácil se colige que no podía estar presente el cliente con su cédula dentro de las instalaciones bancarias, que son los requisitos para tener como lícita la consulta.*

El 20 de octubre de 2010 a las 8:37:45 y a las 15:54:42; el 9 de noviembre de ese mismo año 4 consultas por fuera del horario laboral. Igualmente lo consultó por fuera del horario de trabajo (ya había culminado su jornada habitual) el 30 de noviembre a las 16:33:34 y 16:39:43. Pero no se trató de consultas rutinarias, pues evidentemente se estableció que estaban asociadas a eventos fraude, contrario a lo expuesto por el a-quo, como veremos más adelante.

La acusada consultó el 3 de diciembre de 2010 en 5 ocasiones a la cuenta de BEJARANO y minutos después, ese mismo día realizó 5 transacciones fraudulentas por $23.100.000 y el 6 de diciembre otras 5 por $6.800.000, precedidas de consultas irregulares. Se demostró que en la mañana de ese día MALAVER hizo un total de 15 consultas a BEJARANO en 4 horas, lo que se sale de toda lógica (…)

(…) podemos apreciar con claridad que la Fiscal sí imputó y acusó a la señora MALAVER por el concurso homogéneo de accesos abusivos a sistemas informáticos, concretamente 14 conductas de esta naturaleza por 11 consultas ilícitas hechas a BEJARANO y 3 a HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ (…)

Resalta la Corte que, aunque la Fiscalía aludió a 144 consultas irregulares realizadas por la acusada a LUIS HERNANDO BEJARANO y 3 a HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ, finalmente el Tribunal, dentro del marco de la acusación, terminó condenándola sólo por 11 realizadas al primero y 3 al segundo.

Así, entonces, la congruencia exigida entre la acusación y la condena se mantuvo incólume, tanto fáctica como jurídicamente, sin que en ninguna irregularidad se hubiere incurrido por parte del Tribunal al momento de emitir el fallo. En consecuencia, no se declarará la nulidad por esa causa.

2.2. Como la procesada YENNY MARCELA MALAVER MOLINA fue condenada por primera vez por el Tribunal Superior de Medellín, por los delitos de concierto para delinquir y acceso abusivo a un sistema informático, la Corte admitió la demanda de casación superando los errores de técnica en ella contenidos, con el propósito de salvaguardar la garantía de la doble conformidad, por lo que resulta procedente pronunciarnos sobre el fondo del asunto.

2.2.1. Del delito de concierto para delinquir.

En lo que corresponde con YENNY MARCELA MALAVER MOLINA, se presenta evidente la estructura tanto material como jurídica del mencionado reato, por cuanto, se patentizó el acuerdo de voluntades efectuado entre ésta y varias integrantes de la organización criminal, cuyo propósito estuvo dirigido a defraudar las arcas de la entidad bancaria, el cual operó por varios años, cuando menos, entre enero de 2008 y noviembre de 2011.

Ya la Corte, cuando examinó la responsabilidad del otro recurrente en los hechos objeto de acusación, determinó la estructura de la banda, el tiempo en que alcanzó a operar y el *modus operandi* de la misma, sin que sea necesario reiterar aquí esos argumentos, pues, no se discute que de la procesada se predica su pertenencia a dicha organización, no solo dentro del lapso que se señalara atrás, sino con muy parecidas actividades a las que se reportan respecto de CUBIDES

MUÑOZ, en tanto, incluso ocupaba el mismo tipo de cargo al interior de la entidad crediticia y se le sabe ejecutando similares conductas delictuosas, que aquí se ratifican con la demostración, más adelante desarrollada, de que también ejecutó el ilícito de acceso abusivo a un sistema informático.

Respecto de la precisa tarea que adelantaba la acusada dentro de la división de funciones de la agrupación LEIDY JOHANA MUÑOZ JARAMILLO[26] - analista 3, asesora del banco Davivienda-, indicó que varios de sus integrantes, clientes de la entidad, con documentación inconsistente, pidieron ampliación de sus créditos, aprovechando que tenían varios productos en el banco.

Con esos propósitos, dijo, la organización contó con funcionarios del banco que brindaron colaboración, por cuanto, pudo detectar que la procesada MALAVER MOLINA, actuando como informadora de la entidad, sucursal Museo de Oro de esta capital -en donde trabajó entre el 2010 y el 2012- recibió documentos a los integrantes de la organización, en concreto, HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ NOVOA, LUIS HERNANDO BEJARANO y MYRIAM MILENA LEÓN, pese a que estos consignaban información que no correspondía a la realidad.

Pudo dar cuenta la testigo, de que después de aprobados los créditos y aumentado sus cupos, la procesada

[26] Audiencia de 17 de junio de 2015. C.D. 8.

les realizó "(…) *una gran cantidad de consultas, casualmente en los momentos en que ingresaban los cheques, incluso habían unas consultas, casualmente mucho después a la que se había hecho la liberación del cupo"*[27].

Sobre la importancia de los informadores en la empresa criminal, aseguró la testigo que una vez consignados los títulos fraudulentos, se requería del apoyo de éstos para que hicieran consultas *durante, mediante y después del ingreso del cheque,* pues, aprovechando la falla en el sistema, procedía de inmediato la organización a realizar transacciones, compras o hacer giros y evitar el retroceso de la operación una vez restablecido el sistema.

Contrario a lo sostenido por la testigo, manifiesta la defensa que las consultas realizadas por los operadores del banco, no revestía importancia para la organización, por no generar la liberación de cupo a favor del cliente, pudiendo éstos verificar sus saldos a través de los medios informáticos que la entidad ofrecía.

Ya la sala se refirió a este tópico, discutido también respecto del otro acusado recurrente, así que allí se remite para lo pertinente.

Ninguna duda asoma, se agrega, respecto de que, en cumplimiento del acuerdo de voluntades los informadores se

[27] Minuto 44:36 Testimonio Leidy Johana Muñoz Jaramillo.

constituían en pieza importante para la organización; no de otra manera se explica que entre octubre de 2010 y enero de 2011, la acusada MALAVER MOLINA lograra realizar, de lo probado en la actuación, más de 144 consultas a las cuentas de LUIS HERNANDO BEJARANO, uno de los integrantes del grupo criminal.

Consultas éstas que efectuó antes, durante y con posterioridad a la consignación de cheques, muchos de los cuales lograron cobrarse de manera fraudulenta.

Se insiste, por tanto, que la información que los funcionarios del banco brindaban a la organización era de suma importancia, tanto así, que JULIO ANTONIO BARRERA GIL -condenado por estos hechos-, refirió que facilitó sus cuentas bancarias a la organización, para cometer el fraude, y que durante el tiempo en que se hicieron las operaciones "*nunca consultó"* sus productos, porque la mencionada información se la aportaba *"EDWIN y/o ERWIN"* –en algunas ocasiones se refirió a Erwin.-, en tanto, era a través de éste que se establecía el valor de dinero que aparecía en su cuenta.

Recuérdese que ERWIN EDUARDO RIVERA DULCEI se erigió en uno de los principales líderes de la organización criminal, quien, de acuerdo con lo declarado por JHON GUILLERMO SILVA CIFUENTES, tenía vínculos con el también acusado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, otro de los informadores de la entidad bancaria.

Se corrobora, por tanto, que era a través de estos funcionarios que la organización accedía a información suficiente para hacer posible la operación fraudulenta.

No de otra manera se explica que la procesada MALAVER MOLINA, el 3 de diciembre de 2010 haya realizado 5 consultas, antes de que se retiraran fraudulentamente $23.100.000, y que de la misma forma actuara, el 6 de diciembre cuando en horas de la mañana efectúo 15 consultas, algunas de ellas precedentemente y otras después del cobro irregular de $6.800.000.

A ello se suma que pese a estas irregularidades y de que el cliente se encontraba en mora, la procesada no dio aviso inmediato a su jefe directo o a la oficina correspondiente, acerca de la situación presentada, como en efecto lo ratificó la investigadora LEIDY JOHANA MUÑOZ JARAMILLO[28].

Sobre el mencionado señalamiento, la defensa argumenta que la procesada informó de ello a su jefe inmediato LILIANA PATRICIA OTERO MOLINA, sin que ésta iniciara investigación sobre los hechos.

Sin embargo, en un intento fallido para justificar el actuar dolosa de MALAVER MOLINA, la defensa se aparta del verdadero contenido del testimonio ofrecido por OTERO

[28] C.D. 8. Testimonio de 17 de junio de 2015. Minuto 44:36.

MOLINA, en tanto, ésta en realidad aseguró que cuando se encontraba desempeñando el cargo de gerente del banco Davivienda sucursal Centro, la procesada, en su condición de informadora *"alguna vez me comento de un cliente de cartera con mucho atraso (…) le afectaba su indicador de cartera"*[29]*;* sin embargo, aclaró la testigo que el usuario tenía su cuenta en la oficina Museo de Oro, en donde ella, la testigo, ninguna injerencia tenía.

De suerte que, era obligación de la acusada, si es que ningún vínculo tenía con la organización, informar de las irregularidades a su jefe inmediato, una vez ocurridas, sin que ello pueda asumirse corresponder al simple comentario efectuado a quien carecía de posibilidad jerárquica o funcional para asumir la cuestión.

En audiencia, igualmente, ilustró la testigo ENCISO DÍAZ[30], que los informadores tenían como obligación *perfilar a los clientes,* es decir, que una vez recibidos los documentos por parte de éstos - para ampliación de créditos-, debían *filtran la información,* verificando las inconsistencias que pudieran presentar, como igualmente lo informó el investigador JHON ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ.

Y, aunque la testigo reconoció que los informadores del banco no aprobaban los créditos, de igual manera dijo que

[29] C.D. 9. Testimonio de 22 de septiembre de 2015.
[30] Testimonio de 28 de agosto de 2015.

tenían como función su pre-aprobación, por lo que éste trámite se constituía en un filtro de importancia para la verificación inicial de posibles inconsistencias.

Agregó, además, que los mencionados funcionarios, luego de la aprobación final del crédito, debían continuar velando por el buen comportamiento del cliente y mantener su cartera saneada, para evitar mora en los pagos.

La Sala no duda de que los vínculos de MALAVER MOLINA con la organización y su responsabilidad a título de dolo en el delito de concierto para delinquir, refulgen evidentes, por cuanto, además de las pruebas analizadas existen otras directas e indirectas que se alzan en su contra.

Véase, por ejemplo, que respecto del actuar delictivo de la acusada declaró PABLO CÉSAR CASTAÑEDA CAMACHO[31], -Representante Legal de C&CS, asesor legal en riesgo, investigación y fraude financiero-, recordando las irregularidades encontradas en la documentación que recibió el procesado CUBIDES MUÑOZ para la ampliación de los créditos con relación al hoy condenado JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, al paso de indicar que el mismo procedimiento, por fuera del curso normal que le competía como informador, encontró respecto de MALAVER MOLINA, con relación a los integrantes de la organización LUIS HERNANDO BEJARANO, MYRIAM MILENA LEON y JHON JAIRO SÁNCHEZ –hoy condenado por estos hechos-.

[31]M. 1.02.41. Testimonio rendido en audiencia del 20 enero de 2015. C.D. 9.

Aseguró que, dentro de la documentación entregada a la procesada para la ampliación de los créditos, los cuenta-habientes aportaron direcciones del domicilio familiar y comercial, que no correspondían a la realidad. Igual inconsistencia verificó en la información de ingresos económicos, pues, en uno y otro formulario diferían considerablemente, siendo obligación de los informadores, como en efecto lo ratificó LORENA ENCISO DÍAZ[32], verificar esa serie de situaciones.

De acuerdo con lo señalado por el testigo CASTAÑEDA CAMACHO, la acusada realizó una serie de consultas en lo que toca con LUIS HERNANDO BEJARANO, lo mismo que MYRIAM MILENA LEON y JHON JAIRO SÁNCHEZ, pues, accedió a sus cuentas por fuera del horario de trabajo y cuando se evidenciaba la consignación de títulos valores fraudulentos, varios de ellos cobrados irregularmente.

Por su parte, MÓNICA ANDREA ÁVILA CHAVARRO[33], auditora forense de Davivienda, encontró que entre junio de 2010 y junio de 2011, los informadores del banco, entre ellos MALAVER MOLINA, de manera *inusual* hicieron *múltiples consultas* al cliente que coincidía con la consignación de títulos valores que fueron cancelados por la falla en el sistema; en este caso, la procesada accedió 144 veces a las

[32] Testimonio de 28 de agosto de 2015.
[33] C.D. 6. Testimonio de marzo 3 de 2015. Minuto 4:18.

cuentas de LUIS HERNANDO BEJARANO –hoy condenado por estos hechos-, muchas de ellas las hizo por fuera de su horario laboral, vulnerando el reglamento interno de identificación del cliente.

Irregularidades de las que igualmente dio cuenta el analista forense de Davivienda JUAN CARLOS REYES MUÑOZ, tras aseverar que en el estudio realizado en la base de datos proporcionada por la entidad bancaria, logró establecer la serie de movimientos fraudulentos realizados por parte de los integrantes de la organización, durante varios meses, en los que hubo intervención de algunos informadores de la entidad.

Mencionó que entre estos funcionarios se encontraba la acusada MALAVER MOLINA, dado que realizó infinidad de consultas durante su horario de trabajo y por fuera del mismo, como ocurrió entre octubre de 2010 y enero de 2011, ingresos a las plataformas virtuales, que coincidieron con el pago de títulos valores fraudulentos al cuentahabiente con cédula 79.494.537, esto es, LUIS HERNANDO BEJARANO.

Agregó el analista, que la acusada realizó varias consultas el 4 de noviembre de 2010 -5 consultas-, el 9 del mismo mes y año -4 consultas-, el 3 de diciembre -15 consultas-, todas ellas antes y después de que fraudulentamente se cancelara la suma de 23 millones de pesos.

Actividad que igualmente efectúo los días 6, 7, 13, 15, 22, 23, 25, 27 y 28 de diciembre del mismo año -2010-, así como durante el mes de enero de 2011, cuando accedió a las cuentas de BEJARANO, lo que coincidió con el retiro fraudulento de suma superior a los 70 millones de pesos.

En estas condiciones, concluye la Sala que la procesada, en su condición de informadora del banco Davivienda, hizo parte de la organización criminal conformada por particulares, en su mayoría clientes de la misma entidad, que actuaron con criterio de permanencia, pues, aprovechando la desincronización de los sistemas y con la ayuda de ésta, lograron sustraer de manera ilícita fuertes sumas de dinero, en detrimento de las arcas de la entidad.

El actuar de la procesada se reputa eminentemente doloso, por cuanto, con conocimiento de causa utilizó su cargo con fines ilícitos y vulneró el bien jurídico de la fe pública.

Por tanto, la valoración que efectúo el Tribunal resulta acertada, al sujetarse a los principios de la sana crítica, por lo que la Sala no casará el fallo de condena respecto del delito de concierto para delinquir atribuido a YENNY MARCELA MALAVER MOLINA.

En consecuencia, en garantía de la doble conformidad, confirmará la condena que le fuera impuesta por este delito.

2.2.2. Del delito de acceso abusivo a un sistema informático.

La procesada MALAVER MOLINA fue absuelta en primera instancia por el delito de acceso a un sistema informático del artículo 269 A y 269 H, 1.3 del Código Penal, por considerar el A quo, que existía duda sobre su responsabilidad, dado que las consultas realizadas a las cuentas de varios integrantes de la organización, se hicieron durante el horario de atención al público, sin que coincidieran las mismas con un evento fraudulento.

Contrario a lo decidido por el A quo, el Tribunal Superior de Medellín, al desatar la alzada, condenó a MALAVER MOLINA por este reato, al advertir que por fuera del horario de trabajo y sin justificación alguna accedió, *sin autorización,* a las cuentas de LUIS HERNANDO BEJARANO uno de los integrantes de la organización, el 20 de octubre de 2010, a las 08:37:45 y a las 15:54:42; el 9 de noviembre del mismo año realizó 4 consultas más por fuera de su horario laboral.

El mismo proceder repitió, por fuera del horario laboral, el 30 de noviembre, a las 16:33:34 y 16:39:43; el 3 de diciembre lo consultó 5 veces e igual actuación repitió el 6 de diciembre, cuando en la mañana realizó un total de 15

consultas, algunas de ellas, se dijo, estuvieron precedidas por eventos de fraude.

Igual comportamiento se presentó con HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ, a quien la procesada consultó 3 veces sin autorización legal, por lo que consideró probado el *concurso homogéneo de accesos abusivos a un sistema informático.*

La defensa, por su parte, considera que el fallador de segunda instancia no valoró en conjunto las pruebas allegadas a la actuación, las cuales demostrarían que las consultas realizadas por la procesada se sujetaron al manual de autenticación del cliente, sin que la Fiscalía hubiere demostrado más allá de toda duda razonable que, cuando la procesada accedió a las cuentas de los clientes, éstos no se encontraban presentes en la entidad o que las consultas se hubieren realizado por fuera del horario laboral.

La Sala no desconoce que, conforme con el acuerdo de voluntades –como arriba se analizó, num. 2.2.1.- al que llegó YENNY MARCELA MALAVER MOLINA con la empresa criminal, su aporte consistió en acceder a las cuentas bancarias de los demás integrantes de la banda criminal, a quienes mantenía al tanto de la liberación de cupos que hiciera posible el pago de títulos valores fraudulentos –aprovechando la falla existente en el sistema de la entidad-.

En armonía con el análisis realizado respecto del otro coacusado, recuérdese

Con fundamento en las pruebas allegadas, en especial los testimonios rendidos por JHON ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ -investigador del C.T.I-, MÓNICA ANDREA ÁVILA CHAVARRO -auditora forense del banco Davivienda-, PABLO CÉSAR CASTAÑEDA CAMACHO - asesor legal en riesgo, investigación y fraude financiero- y JUAN CARLOS REYES MUÑOZ -, la procesada realizó múltiples consultas al usuario LUIS HERNANDO BEJARANO para finales del año 2010 y hasta junio de 2011, algunas de ellas dentro del horario laboral y otras por fuera del mismo, vulnerando el reglamento interno de identificación del cliente.

Para poder acceder a las cuentas del cliente, debían éstos encontrarse presentes, so pena de vulnerar el manual de autenticación. Así lo indicaron en audiencia pública algunas funcionarias del banco, entre ellas, MÓNICA ANDREA ÁVILA CHAVARRO, LILIANA PATRICIA OTERO MOLINA y LORENA ENCISO DÍAZ, quienes además señalaron que el servicio al público se prestaba a partir de las 9 de la mañana y hasta las 4 de la tarde; no obstante, aclararon que después de terminada la jornada se debía atender a todos los usuarios que se hallaran dentro del banco antes de cerrar las puertas al público.

Dentro de la actuación se logró establecer que para la fecha de los hechos –año 2010 a 2011-, la procesada laboraba de lunes a viernes, en la jornada de la mañana, de 8 am. a 5 pm, en la sucursal Museo de Oro del banco Davivienda, pero que el ingreso y atención al público comenzaba a partir de las 9 a.m. y terminaba a las 4 p.m.

El Tribunal consideró probado que de las 144 consultas por las que fue acusada MALAVER MOLINA - realizadas entre septiembre de 2010 y enero de 2011, sólo 14 de ellas son de naturaleza ilícita, en tanto, la procesada, en cumplimiento del designio criminal, accedió sin autorización, antes y después de su horario laboral, a las cuentas de LUIS HERNANDO BEJARANO y HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ, al primero lo consultó 11 veces, mientras que 3 al segundo, sin que éstos estuvieren presentes.

En concreto, aludió que ese reprochable proceder tuvo lugar para finales del 2010, en los siguientes términos: i) el 20 de octubre, realizó una consulta antes de su horario laboral a las 08:37:45 a.m. y la otra a las 15:54:42 a.m.; ii) el 9 de noviembre consultó 4 veces por fuera del horario laboral; iii) el 30 de noviembre hizo dos consultas culminada su jornada laboral, a las 16:33:34 y 16:39:43 p.m.; iv) el 3 de diciembre consultó en 5 ocasiones; v) el 6 del mismo mes el mismo número de veces y, vi) se refirió a las tres consultas efectuadas a HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ.

La Sala verifica que el actuar de MALAVER MOLINA resulta reprochable, al poner la función de informadora al servicio de la organización criminal, pues, en sólo cuatro meses realizó más de 144 consultas a las cuentas de los miembros de la organización con el afán de hacer posible la actividad fraudulenta, ello con independencia de que los hechos se hubieren presentado por fuera o no de su horario laboral, de todas formas su actuar resultó antijurídico, conforme análisis realizado cuando se valoró idéntico proceder del coacusado CUBIDES MUÑOZ –num. 1-2-.

Con todo, oportuno se ofrece reiterar que el reproche punitivo contra la procesada, no sólo procedía por las incursiones realizadas a las plataformas de los sistemas por fuera de su jornada laboral, sino dentro horario establecido por la entidad, en tanto que la actualización del dolo de ella se predica al acceder a las cuentas de los clientes que pertenecían a la organización, en cumplimiento del designio criminal.

En ese orden, la Fiscalía logró demostrar que la funcionaria vulneró el bien jurídico de la información y los datos al acceder de manera reiterativa, por fuera del marco legal, a varias cuentas de los usuarios del banco que hacían parte de la organización a la que ella igualmente pertenecía.

Dijo JUAN CARLOS REYES MUÑOZ -perito en informática-, que consultada la base de datos proporcionada por el banco,

logró establecer que la procesada, el 20 de octubre de 2010, a las 8:37:45 de la mañana, accedió a la cuenta de LUIS HERNANDO BEJARANO, al que realizó una consulta por fuera del horario laboral. Igual situación ocurrió el 9 de noviembre de 2010 al efectuar el mismo procedimiento en 4 oportunidades, entre las 8:53:18 y 8:53:49.

Si, de acuerdo con lo probado en la actuación, el horario de atención al público comenzaba a partir de las 9 de la mañana, ninguna duda refulge respecto a que, cuando la acusada realizó las cinco (5) consultas, antes de esa hora, aún no se encontraban abiertas, al público, las puertas de la entidad.

En consecuencia, como MALAVER MOLINA no tenía autorización para acceder a las cuentas del cliente, por no encontrarse este presente, objetivamente ninguna duda refulge acerca de su actuar reprochable, dado que en el horario que no le era permitido, decidió acceder a los sistemas informáticos, sin contar con el aval del legítimo administrador de la cuenta.

En lo que toca con los hechos que se presentaron el 20 de octubre de 2010, cuando realizó una consulta a las 15:54:42 p.m., lo mismo que cuando accedió a los sistemas el 30 de noviembre de 2010 – dos consultas a las 16:33:34 y 16:39:43 p.m., el 3 –entre las 9:36:44, 10:14:34 y 10:20:15 a.m.- y, 6 de diciembre del mismo año -entre las 13:19:29 y 13:20:51 p.m.,

igual reproche merece, dado que según lo aseguró el analista de sistemas REYES MUÑOZ los ingresos que hizo la funcionaria coincidió con cheques fraudulentamente consignados por la organización.

Su conducta resulta antijurídica y culpable, pues, resulta evidente que para cumplir el acuerdo de voluntades al que llegó con la organización delincuencial, decidió infringir nuevamente la ley penal.

No está por demás recordar que el delito por el que se juzga a MALAVER MOLINA, es de aquellos denominados de mera conducta, es decir, que basta el ingreso del ciber-delincuente en las modalidades que establece la norma –ver num. 1.2.- para tener por afectado el bien jurídico de la información y los datos.

Ninguna justificación surge a favor de la procesada, quien decidió utilizar su cargo para actuar de manera contraria a la ley con el propósito de cumplir los acuerdos a los que llegó con la organización criminal.

Finalmente, el Ad quem consideró probado que la funcionaria igualmente accedió de manera ilícita, 3 veces a las cuentas de HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ; sin embargo, no hizo una adecuada motivación para llegar a esa conclusión, quedándose en la sola enunciación del hecho, por lo que, en esas condiciones, nos encontramos ante una

falta de debida motivación de las decisiones, lo que vulnera el debido proceso, pero que no incidiría en la imposición de la pena como más adelante se verá.

En suma, con relación a la condena del Ad quem por el concurso homogéneo de acceso abusivo a un sistema informático, por acceder en múltiples ocasiones a las cuentas bancarias de LUIS HERNANDO BEJARANO, vulnerando la información y los datos, la Sala no casará el fallo del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 14 de marzo de 2017, en su lugar confirmará la condena.

En lo atinente a las 3 consultas realizadas a HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ, por las cuales el Tribunal ninguna argumentación realizó, la Corte, como se anunció, dejará en firme la pena impuesta por el Tribunal, consistente en 90 meses de prisión y multa de 159 salarios mínimos legales mensuales, por las siguientes razones:

El Ad quem, al momento de dosificar la pena partió del delito con pena más alta, que corresponde al acceso abusivo a un sistema informático agravado del art. 269 A, 269 H, incisos 1 y 3, luego, dividió la pena de prisión y de multa en cuartos, para optar por el primer cuarto mínimo, en lugar de ubicarse dentro de los cuartos medios, conforme lo dispone el artículo 61 del C.P., inciso segundo y tercero, dado que concurrían las circunstancias de agravación punitiva indicadas.

En este orden, se ubicó el fallador dentro del cuarto mínimo, esto es, de 72 a 96 meses de prisión, pese a que, se reitera la fijación debió hacerse entre los cuartos medios, es decir, 96 a 144 meses de prisión.

Ahora bien, establecidos los cuartos en los que el Ad quem determinó la pena, consideró adecuado partir del mínimo, correspondiente a 72 meses, a los que aumentó 9 meses por los tres (3) eventos en que la procesada accedió de manera abusiva al sistema informático -3 meses por cada conducta-, es decir 81 meses, tiempo al que aumentó nueve (9) meses más por el concurso heterogéneo con el delito de concierto para delinquir, para imponer finalmente una pena de 90 meses de prisión.

Igual precisión hizo con la multa, el primer cuarto mínimo lo fijó entre 150 a 550 s.m.m.l.v., sin tener en consideración los parámetros de dosificación arriba mencionados –art. 61.2-. Por manera que partió del mínimo, que corresponde a 150 salarios, a los que aumentó 9 s.m.m.l.v, por las tres ocasiones en que lesionó el bien jurídico de la información y los datos -3 por cada delito-, para un total de 159 s.m.m.l.v., vigentes.

En ese orden, a pesar de que el Tribunal había condenado por 14 hechos, de los que consideró que la procesada de manera irregular accedió a los sistemas

informáticos, contrariando sus propios argumentos, terminó dosificando tanto la pena de prisión como la de multa, sólo por tres (3) eventos, aspectos que de cara a la real pena que se debía imponer, terminaron favoreciendo a la acusada.

No obstante, el error en que incurrió el Ad quem al momento de dosificar las penas de prisión y multa por debajo de lo que en realidad correspondía y respecto de la totalidad de los hechos por los que había condenado, no puede ser corregido por la Corte, so pena de vulnerar el principio *reformatio in pejus.*

En esas condiciones, con la aclaración realizada, no se casará el fallo de condena y por tanto ninguna variación sufre la condena impuesta a la procesada de 90 meses de prisión, multa de 159 s.m.m.l.v., la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad

2.2.3. De los subrogados de la suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

La Corte advierte con extrañeza que el Tribunal de Medellín, pese a condenar por primera ocasión a la acusada, ninguna argumentación presentó respecto de la concesión o no de los subrogados de la suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, en evidente falta de motivación sobre un

aspecto trascendente, suficiente para decretar la nulidad de la sentencia.

Empero, estima la Sala, en cumplimiento de claros principios de economía procesal, eficiencia y carga útil de las decisiones, que en el caso examinado ello representa una carga innecesaria, pues, como se verifica adelante, el examen objetivo de las normas y lo allegado al proceso, permite acceder a la pretensión del apelante, sin que ello vaya en desmedro de la justicia o de las partes vinculadas al trámite.

Según establece el canon 63 original del Código Penal, vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos -2008 a noviembre de 2011-, de oficio o a petición del interesado, la ejecución de la pena privativa de la libertad se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, siempre que concurran, entre otros, los siguientes requisitos: *i) Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años; ii) Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*

En este caso no hay lugar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no cumplirse el primer presupuesto de orden objetivo, dado que la sanción impuesta es de noventa (90) meses de prisión, superando el requisito objetivo de tres (3) años exigido por la norma, por lo que resulta innecesario valorar el aspecto de carácter subjetivo.

Ahora bien, con la modificación introducida al artículo 63 por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, aumentó la pena de tres (3) a cuatro (4) años de prisión, sin embargo, tampoco se cumple con el requisito objetivo en tanto que la pena de prisión impuesta supera el mencionado quantum.

En esas condiciones, se torna inviable la concesión del mecanismo sustitutivo.

Resta ahora, pronunciarnos sobre la concesión de la prisión domiciliaria en su residencia –art. 38 del CP.- o, en su lugar, la implementación del mecanismo de vigilancia electrónica –art. 38 A- que solicita el apoderado de la acusada, al considerar cumplidos la totalidad de los factores tanto objetivo como subjetivo, que permiten satisfacer los fines de la pena.

Necesario se ofrece indicar que las conductas punibles de concierto para delinquir y acceso abusivo a un sistema informático, por los que es juzgada la procesada, se cometieron en vigencia del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 31 de la Ley 1142 de 2007, que disponía como requisitos concurrentes para el otorgamiento de la prisión domiciliaria: (i) un mínimo de pena prevista en la ley de cinco (5) años de prisión o menos. (ii) Un pronóstico favorable de su desempeño personal, laboral, familiar o social del cual se deduzca que no colocará en peligro a la

comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena y (iii) la garantía mediante caución de las obligaciones que se señalan en el numeral 3º de la norma a la que se hace referencia.

Ambos tipos penales -artículo 340 y 269 A, 269 H.1.3. del C.P.-, consagran una pena mínima de 4 años de sanción, por lo que con creces se cumple el primero de los requisitos que es del orden objetivo, el cual de igual manera queda cobijado con la Ley 1709 de 2014, posterior a los hechos, que modificó el requisito de la pena mínima de 5 años ampliándolo a 8.

Además, ninguno de los delitos por los que se procede, se encuentra enlistado en el inciso 2 del canon 68A de la ley 599 de 2000, de tal suerte que, en ambas disposiciones, en cuanto al aspecto objetivo corresponde, se permite la concesión de la prisión domiciliaria de los art. 38 y 38B del C.P.

Se verifica ahora el segundo requisito, de carácter subjetivo, es decir, si la acusada tiene *arraigo familiar y social,* aspecto que, como lo ha dicho la Corte, se relaciona con la existencia de un vínculo objetivo del sentenciado con el lugar donde reside, lo cual puede acreditarse con distintos medios cognoscitivos, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades.

Al respecto, la Sala advierte que estas circunstancias se encuentran plenamente establecidas en la actuación, dado que desde la solicitud de medida de aseguramiento, la defensa ha demostrado que la procesada tiene un arraigo social y familiar, ha estado presta a concurrir a todas las diligencias judiciales a las que ha sido citada, además de no registrar antecedentes penales durante los últimos cinco años anteriores, conforme se verifica de la certificación expedida por la Policía Nacional de fecha 03/02/2022[34]

A partir de lo anterior y toda vez que no se cuenta con información que permita deducir que colocará en peligro a la comunidad desde su residencia o que eludirá el cumplimiento de la pena al tener su domicilio por lugar de reclusión, es notoria la procedencia de la prisión extramural de que trata el artículo 38B del Código Penal.

En consecuencia, la condenada MALAVER MOLINA deberá permanecer en su lugar de domicilio, ubicado de la carrera 80 G nro. 6-19, torre 2, apartamento 803 de esta ciudad, además de suscribir la correspondiente diligencia de compromiso de que trata el art. 38 B, numeral 4, literales a) y d) y prestar caución por la suma de un salario mínimo mensual legal.

[34] Fl. 75 del c.o. C.S.J.

De esta determinación se comunicará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, del lugar donde quedará recluida domiciliariamente para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: **No casar** la sentencia de 14 de marzo de 2017 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que confirmó la condena contra FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, como autor del delito de concierto para delinquir -340 del C.P.-, conforme se expuso en la parte motiva –num. 1.1-.

Segundo: **No Casar** el fallo de segunda instancia que condenó a CUBIDES MUÑOZ por el delito de acceso abusivo a un sistema informático, en su lugar, confirmar la primera condena proferida por el Juez colegiado, respecto de esta conducta, conforme a lo expuesto en el numeral 1.2. de esta decisión.

Tercero: **No casar** el fallo de segunda instancia de marzo 14 de 2017, proferido por el Tribunal de Medellín, que condenó a YENNY MARCELA MALAVER MOLINA por los delitos de concierto para delinquir –art. 340 del C.P.- y acceso abusivo a

un sistema informático agravado –art. 269 A, 269 H, en concurso homogéneo, conforme se dejó expuesto en la parte motiva -2.2.1 y 2.2.2.-

En consecuencia, confirmar el fallo de segunda instancia que la condenó por ambos delitos en garantía de la doble conformidad.

Cuarto: Negar a la condenada MALAVER MOLINA la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en su lugar, *conceder la prisión domiciliaria,* en las condiciones indicadas –num. 2.2.3-

Quinto: Comunicar al Inpec y demás autoridades para los fines correspondientes.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FABIO OSPITIA GARZÓN

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria