



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00248-2015-11458
Procesado: Jhon Edison Rodríguez Gutiérrez y otro
Delito: Peculado por apropiación y daño informático
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No.27

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de *Jhon Edison Rodríguez Gutiérrez*, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, el 18 de octubre de 2017, que lo condenó, junto a *Néstor Alfonso Ardila Bandera*, como autor del concurso homogéneo de delitos de Peculado por apropiación en concurso heterogéneo con el concurso homogéneo de delitos de daño informático.

Atendiendo a que solo se interpuso el recurso de apelación en favor de *Rodríguez Gutiérrez* nos ocuparemos de examinar los aspectos que impugna su defensa, salvo que por motivos vinculantes deba hacerse también respecto de la otra persona que resultó condenada en razón de estos hechos.

2. EL HECHO

En el año 2014, los señores *Néstor Alfonso Ardila Bandera* y *John Edison Rodríguez Gutiérrez*, como empleados públicos del Departamento

de Nomina de la Seccional de Antioquia del Consejo Superior de la Judicatura, a quienes les correspondía codificar las novedades y liquidar la nómina de diversos despachos judiciales, realizaron alteración del sistema en diversas oportunidades generando que a varios servidores públicos de la Rama Judicial se les pagara de más de su salario base al cargo que ostentaban. Así se le atribuyó a *Néstor Alonso Ardila Bandera* la apropiación a favor de terceros de \$59.562.121.00 y a *John Edison Rodríguez Gutiérrez* la suma de \$ 2.723.399.00

3. DEL ALLANAMIENTO A CARGOS

Con posterioridad a la radicación del escrito de acusación y previa manifestación por parte de la Fiscalía de la adición que realizó de la imputación en audiencia del 23 de junio de 2017 y después de correr traslado de la adición del escrito de acusación, expuso la defensa de *Rodríguez Gutiérrez* el deseo de su representado de allanarse a los cargos que le fueron imputados. Al interior de la diligencia, procedió el juez a verificar la voluntad, libre de vicios del consentimiento, del procesado en la aceptación de cargos.

El juez al encontrar reunidos los presupuestos legales procedió a admitir la aceptación de cargos, aclarando que en el evento no se exigirá el cumplimiento del artículo 349 del Código Penal, haciendo referencia al reintegro de por lo menos el 50% de lo apropiado y la garantía del pago de lo restante, como quiera que solo es exigible para el preacuerdo y no para el allanamiento, como lo tenía entendido para ese momento la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4. DE LA SENTENCIA

Por causa de las limitaciones que impone la justicia rogada y porque no se percibe que los deberes officiosos impongan ingresar en otros temas, sólo reseñamos de la sentencia de primer grado que se integra a esta, lo

relacionado con la tasación de la pena impuesta al señor *Jhon Edison Rodríguez Gutiérrez*.

Fue condenado *Rodríguez Gutiérrez* en virtud del allanamiento a cargos como autor del concurso homogéneo de delitos de Peculado por apropiación (artículo 397 inciso 3 del C. Penal) en concurso heterogéneo con el concurso homogéneo de delitos de daño informático (artículo 269D del C. Penal), fijándole en razón de esto una pena de cincuenta y tres (53) meses y veintisiete (27) días de prisión y multa de noventa y ocho millones ciento cuarenta y dos mil ciento ochenta y tres pesos (\$98.142.183), e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por tiempo ilimitado.

La fijación de la pena la realizó el juez de manera independiente para cada una de las conductas, para luego establecer la correspondiente en razón del concurso y deducir la rebaja por allanamiento a cargos de la siguiente manera:

En relación al peculado por apropiación que ostenta una pena de 64 a 180 meses de prisión, al considerar que no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad pero sí de menor, como es la carencia de antecedentes penales, se ubicó dentro del primer cuarto de movilidad que calculó entre 64 y 93 meses de prisión, rango dentro del cual fijó como imponible la sanción de 85 meses al considerar que la conducta atribuida tuvo una gravedad superior a la que por sí mismo conlleva el ilícito, como quiera que se trata de un funcionario público adscrito a la unidad operativa de la Rama Judicial, entidad encargada de la administración de justicia, por lo que se le exigía mayor probidad, dignidad y decoro en el cumplimiento de sus funciones. Así mismo, el daño real creado y la intensidad del dolo fueron estimados como superiores, por cuanto lo apropiado eran dineros destinados al funcionamiento de la administración de justicia, a la vez que *Jhon Edison Rodríguez Gutiérrez* realizó maniobras de ocultamiento de la información para lograr su

cometido. Para sustentar el aumento de ese otro tanto, hace referencia el sentenciador a las sentencias 29.788 del 29 de julio de 2008, 37.733 del 27 de junio de 2012 y SP 5065 del 28 de abril de 2015.

La pena privativa de la libertad imponible por el peculado fue aumentada en un 10% por el concurso homogéneo, arrojando un total por este delito de 93,5 meses de prisión y multa de \$32.823.399 que corresponde al valor apropiado, así como inhabilidad de derechos y funciones públicas de manera indefinida.

A su vez, la pena de prisión obtuvo una rebaja del 12.5% por el reintegro parcial de lo apropiado, para fijar una pena de 81.8 meses de prisión. Respecto a la multa, para determinar el monto a rebajar, consideró el a-quo que establece el inciso 1 del artículo 401 del C.P que la rebaja por reintegro parcial será de manera proporcional hasta 1/4 parte. En este caso, atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad y que lo reintegrado fue por un valor de \$16.153.907, lo que equivale al 49% de lo apropiado, del 25% o una 1/4 parte de la sanción (que asimila al 100%) rebajó el 31%, que corresponde al 12,5%, fijando la multa en \$14.498.305. Motivó esta decisión en lo considerado en la sentencia 39.936 del 20 de noviembre de 2013.

Para el delito de daño informático, que ostenta una pena de 48 a 96 meses de prisión y multa de 100 a 1000 Salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme con los mismos aspectos analizados para reprimir el peculado, se ubicó dentro del primer cuarto de movilidad que calculó de 48 a 60 meses de prisión y multa de 100 a 325 SMLMV, dentro del cual fijó como imponible la sanción de 55 meses de prisión y multa de 220 SMLMV. Dado el concurso homogéneo la aumentó en un 10%, estableciendo una pena de 60,5 meses y multa de 242 SMLMV.

Para la tasación del concurso heterogéneo de conductas punibles, tomó el juez como base la conducta de peculado por apropiación, por

ostentar la pena más alta (81,8 meses de prisión), aumentada en un 10% por el delito de daño informático, dado el número de delitos cometidos, con lo que estableció una pena de 89,9 de prisión. Estimó la multa en \$163.570.305, ya que consideró que debe realizarse una suma aritmética de las penas pecuniarias.

Por realizarse la aceptación a cargos en una etapa intermedia de las señaladas en la ley, entre la imputación y la audiencia preparatoria, rebajó 40% a las sanciones antes mencionadas. Por considerar que no se ajusta al principio de progresividad del sistema premial se apartó de la decisión asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 29.983 del 22 de octubre de 2008, que solo reconoce una tercera parte de la disminución punitiva cuando se ha radicado el escrito de acusación y antes de su formulación.

Consideró, además, para el reconocimiento de la rebaja en esa proporción que el acusado si bien aceptó los cargos antes de la audiencia preparatoria, lo que implicó ahorro de tiempo y costos para el Estado, de todos modos obligó a que la Fiscalía continuara con su labor investigación, insistiendo en una negociación que no tenía vocación de prosperar dado que no cumplía con la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, causando un desgaste innecesario de la actividad de la administración de justicia.

Por último, denegó al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria porque a su juicio es aplicable el artículo 68 A del Código Penal que prohíbe expresamente su otorgamiento.

5. DEL RECURSO DE APELACIÓN

5.1 Pretende la defensa se corrija el yerro que estima se cometió en la sentencia de primera instancia al determinar la pena, como quiera

que considera que los 53 meses y 27 días de prisión a los que resultó condenado desborda los principios legales. Aseveró que fue la misma Fiscalía la que abogó para que por el concurso de conductas punibles se le adicionará “*un mes por cada delito adicional*” al delito de peculado que ostenta una pena de 64 meses y por lo tanto se le debía imponer 28 meses más, para un total de 92 meses, disminuidos por el reintegro parcial de lo apropiado en $\frac{1}{4}$ parte, es decir, el 25% por ser la proporción más favorable y no del 12,5% como fue reconocida, para fijar una pena de 71 meses de prisión.

Agrega que debió reconocerse una rebaja del 50% por el allanamiento a los cargos, ya que si bien este se realizó después de radicado el escrito de acusación, no se pudo dar con anterioridad pese a que el procesado siempre estuvo presto a realizarlo y ahorrar esfuerzos al Estado, porque intentó preacordar; pero esta negociación fue improbadada por el juzgado y confirmada por el Tribunal Superior. Alega, además, que el reconocimiento de esa proporción en la rebaja debe corresponder a la política criminal penal y a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema.

Así concluyó que la pena a imponer a su representado era de 35 meses y medio de prisión.

5.2 La Fiscalía como no recurrente, solicita que la decisión de primera instancia sea confirmada, manifestando que la Fiscalía ante el allanamiento a cargos realizado antes de la formulación de acusación propuso una rebaja de $\frac{1}{3}$ parte de la pena. No obstante, el juez se apartó del reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para reconocer el 40% en aplicación de los principios *pro homine* y proporcionalidad; en todo caso sin hacerlo de manera desproporcionada, como lo asegura el defensor.

En lo que atañe a la rebaja por reintegro parcial de lo apropiado, lo estimó como un descuento proporcional, en tanto la devolución que se

logró por parte de terceros, apenas alcanzó un poco menos de la mitad de lo apropiado.

6. LAS CONSIDERACIONES

Como la Sala no observa motivo de nulidad de la actuación procesal, procede a examinar si existió una desproporción en el incremento en razón del concurso de conductas punibles que le fue atribuido a *Rodríguez Gutiérrez*, así como si fue insuficiente la rebaja por el allanamiento a cargos; pero no así en cuanto a la disminución de la pena por la restitución parcial de los dineros apropiados pues al respecto no se ofrecieron argumentos para cuestionar lo determinado por el juez, en tanto invocar que un monto es más favorable para el procesado no resulta un argumento capaz de remover lo decidido.

Contrario a lo argumentado por la defensa, quien estima que la tasación de la pena en el evento que nos ocupa desbordó los principios legales y fue desproporcionada; por no considerar las máximas rebajas posibles, estima el Tribunal que el juez atribuyó una pena dentro de los límites legales a los delitos atribuidos por la Fiscalía y reconoció los descuentos legales en proporciones razonables, con la debida motivación. Aún más, si algún error puede encontrarse es en favor del procesado, como cuando el juez al calcular la pena de multa en el concurso de daños informáticos acude a la acumulación jurídica de la sanción pecuniaria y no a la matemática, como correspondía.

De entrada, se encuentra que el hecho de que la Fiscalía abogara porque el aumento por cada una de los delitos del concurso fuera de un mes, no es un argumento atendible para variar la decisión asumida por el juez de aumentar en un 10% la pena base. En efecto, las alegaciones de las partes para ser acogidas deben ser respaldadas por el derecho, y en el caso es preciso recordar que no estamos en presencia de un preacuerdo en el que es posible determinar el monto de la pena a imponer, sino ante

un allanamiento a cargos en el que las posturas de la defensa y la Fiscalía no resultan vinculantes para el juez, salvo que hayan sido acordadas. Se requerían entonces reparos sustantivos a esta determinación punitiva y si bien el juez no realizó una amplia motivación para calcular el incremento punitivo por efectos del concurso, la cantidad que estableció la encuentra la Sala como moderada, en tanto ordinariamente suele hacerse una acumulación jurídica de mayor proporción en el ámbito judicial.

Desde el punto de vista de la justicia material, no cabe hacer mayor reparo puesto que el modo como se desarrollaron las conductas punibles pudo dar lugar a que la Fiscalía atribuyera en lugar de un concurso homogéneo de peculado atenuado (inciso 3 del artículo 397 del C.P) en razón de que la cuantía de lo apropiado no supera los 50 salarios mínimos, un delito continuado, lo que incrementaría la pena en una tercera parte sobre la sanción base. Pero atendiendo a que ello no ocurrió, el mero hecho de que el juez hubiera calculado el incremento en un 10% por el concurso resulta claramente módico.

Ahora, si bien esta última alusión a la justicia material no es tema en el que quepa ingresar, lo que pretende la Sala con esto es demostrar la benevolencia de la pena atribuida por el juez de instancia, como quiera que la proporción aumentada fue mínima dado el número de delitos atribuidos, y la gravedad que implica que el procesado traicionará de manera reiterada y deliberada, la confianza que se le otorgó en el manejo de la nómina de los empleados adscritos a la Rama Judicial.

En cuanto a la pretensión de obtener la rebaja máxima de pena por el reintegro parcial de lo apropiado, esto es la $\frac{1}{4}$ parte o 25% de la pena, como lo dispone el inciso tercero del artículo 401 del CP¹, encuentra la

¹ ARTICULO 401. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA. El nuevo texto es el siguiente: Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad.

Sala que esta censura no debe examinarse, en tanto no se expuso argumento alguno que controvierta la decisión del juez de instancia, quien siguiendo derroteros jurisprudenciales optó por un descuento proporcional a lo reintegrado, sin que sea del caso adentrarnos en reparos oficiosos a la concepción doctrinaria al respecto.

En lo que concierne al último de los aspectos impugnados que versa sobre rebaja de pena por el allanamiento a cargos, encuentra la Sala que el juez se apartó, con motivación suficiente, del criterio de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 29.983 del 22 de octubre de 2008, donde estableció que la rebaja por la aceptación una vez radicado el escrito de acusación y antes de su formulación corresponde a la 1/3 parte de la pena y optó por el 40% en lugar de la mitad posible, dado que no se logró evitar un desgaste en la administración de justicia y se persistió en una negociación que no era viable, proporción que la Sala encuentra ajustada.

No es cierto que desde un primer momento el procesado manifestara el deseo de aceptar los cargos formulados, tal como lo alega la defensa, pues de hecho no lo realizó en la audiencia de imputación que es la primera oportunidad para hacerlo, así después se haya tenido la intención de negociar con el fin de obtener mayor provecho, sin considerar que se trataba de un acuerdo ineficaz que dependía del reintegro de lo apropiado. En consecuencia, el descuento dado se compadece con el ahorro de actividad investigativa de la Fiscalía que debió adelantar su actuación hasta la acusación, que es el factor preponderante a considerar para determinar el monto de la rebaja de la pena que corresponde por razón de la aceptación de cargos.

*Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.
Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.*

En efecto, desde vieja data la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó:

“cuando no hay convenio sobre la pena a imponer (porque se trate de allanamiento o porque siendo un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto de la sanción), el juez debe tasarla conforme al tradicional sistema de cuartos y de la ya individualizada hacer la rebaja correspondiente, atendiendo factores tales como -a título ejemplificativo- la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia; la significativa economía en la actividad estatal de investigación; el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria; el que -cuando sea del caso- se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos; el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc, sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para individualizar la sanción, pues ya agotaron su función².

El Tribunal no encuentra que la tasación de la pena se distancie de los factores señalados en la jurisprudencia citada, como quiera que desde la imputación, oportunidad que no fue aprovechada para aceptar cargos, la Fiscalía había adelantado una investigación seria que le permitió establecer las cuantías, el tiempo y el modo como se realizaron los delitos, en especial el ocultamiento a través de daños informáticos.

En síntesis, revisados los argumentos de la defensa, juzga el Tribunal que no es procedente acogerlos y por esta razón se confirmará el fallo recurrido sin ninguna modificación.

Finalmente, para efectos ilustrativos pues no es tema objeto de revisión en esta sede, es necesario dejar claro que recientemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicada 39.831 del 27 de septiembre de 2017, estimó necesario que en el allanamiento a cargos, que la considera como una modalidad de acuerdo, se exija el reintegro del 50% del incremento patrimonial originado en el delito y se garantice el pago de lo restante como lo establece el artículo

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 4 de mayo de 2006, radicación No. 24.531. En el mismo sentido ver auto del 7 de febrero de 2007, radicado No. 26448

349 del CP en los preacuerdos. No obstante, en el caso específico, no es viable exigirlo, como quiera que el juez aprobó el allanamiento desde el 30 de junio del año pasado, acorde con la interpretación de ese momento, refiriendo incluso que esto solo era exigible en materia de preacuerdos y, en todo caso, no podría la Sala otorgárselos con desconocimiento del principio prohibitivo de reformar en peor.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Confirmar la sentencia recurrida sin modificación alguna, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva.

Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA