

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, martes, catorce de marzo de dos mil diecisiete

Aprobado mediante acta número 0021 del veintitrés de febrero de
dos mil diecisiete

Magistrado Ponente

Ricardo De La Pava Marulanda

Mediante sentencia calendada el 22 de junio de 2016, el Juez Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín resolvió: a) CONDENAR a la acusada JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA por la autoría de los delitos de ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO AGRAVADO y CONCIERTO PARA DELINQUIR, y ABSOLVERLA por los delitos de FLASEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PRIVADO y ESTAFA EN LA MODALIDAD MASA; b) CONDENAR al acusado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, y

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

ABSOLVERLO por los delitos de FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO, ESTAFA EN LA MODALIDAD MASA y ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO AGRAVADO; c) ABSOLVER a las acusadas EDNA GISET ANGARITA ROJAS y YENNI MARCELA MALAVER MOLINA por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR, ESTAFA EN LA MODALIDAD MASA y ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO AGRAVADO.

Contra esta decisión las partes interpusieron sendos recursos de apelación así: La Fiscalía en relación con las absoluciones y los defensores en oposición a las condenas impartidas en contra de sus prohijados. Después de haberse emitido el fallo, el defensor del señor CUBIDES MUÑOZ solicitó a la judicatura de primera instancia la libertad condicional de éste, la que fue negada por el Juez de conocimiento mediante auto del pasado 14 de septiembre, contra el cual también interpuso recursos de reposición, principal, y apelación subsidiaria. Negado aquel, se concedió la alzada. En consecuencia, la Sala examinará las dos decisiones materia de inconformidad.

1. LOS HECHOS Y ANTECEDENTES

Los hechos que originaron la presente actuación fueron sintetizados así por la primera instancia:

"1. El proceso matriz del cual se originó esta investigación, tuvo su génesis en una investigación de fraude con cheques de Falabella. Fue así como los días 21 y 27 de mayo del año 2008, unas personas se

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

presentaron al almacén Falabella ubicado en el centro comercial san diego de la ciudad de Medellín logrando retirar una mercancía soportada en dos consignaciones a la cuenta del almacén en el banco DAVIVIENDA por valores de \$9.280.800 y \$11.600.000, cuya consignación se habría efectuado mediante un cheque del banco BBVA y del banco de occidente y que posteriormente fueron devueltos por causal de falsedad. El 3 de junio de 2008, una mujer que se identifica como Inés María Mendoza Villa, informó al almacén que había dado poder a la señora Luz Medina para que retirara unas mercancías por valor de \$15.200.000, suma que habría sido consignada en la cuenta de Falabella.

2. Dicha situación puso en alerta al almacén toda vez que Luz Medina era la misma persona que anteriormente había retirado las mercancías, por lo que le dieron aviso a la Policía Nacional, quien capturó a dicha mujer junto con otras dos personas cuando pretendían ingresar a un vehículo la mercancía retirada, para lo cual se había presentado un volante de consignación por valor de \$15.200.000 y el poder otorgado supuestamente por Inés María Mendoza Villa, que iba acompañado de una copia de la cédula de ciudadanía de esa persona que finalmente resultó ser falsa. A partir de las interceptaciones de comunicación de varias líneas telefónicas, pertenecientes a supuestos integrantes de la banda delincuencia, así como el seguimiento y búsqueda selectiva en bases de datos de las entidades defraudadas, se pudo establecer que la organización reclutaba diversas personas con portafolios de servicios especialmente del banco DAVIVIENDA.

3. A esta entidad se le pagaban las acreencias mediante cheques que eran devueltos por diversas causales con el fin de liberar el cupo para volver a usar el cupo nuevamente. Dichos cheques tenían rasgos caligráficos comunes, en los endosos se relacionaban los abonados telefónicos, que fueron interceptados en la investigación. En las labores investigativas realizadas se pudo establecer la identidad de los miembros

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

de la empresa criminal, siendo capturados algunos de ellos: Andrea Villa Osorio, Eduardo Herrera Dulcey, Carlos Uriel Sierra Casallas y Humberto Gómez Barrera, todos condenados en primera y segunda instancia y la mayoría de ellos hoy purgan condena en establecimientos carcelarios. La Fiscalía General de la Nación continúa analizando la abundante información recogida en el intercambio de datos con el banco DAVIVIENDA e inició una segunda fase bajo SPOA número 050016000248201101361 donde se le imputó cargos a 11 personas en agosto de 2.013 entre ellos el señor José Aldemar Usme Quintero, Ester López, Guillermo Silva Cifuentes, Germán Tovar Sánchez, Edna Yicet Angarita, Jennifer Castellanos y Jenny Marcela Malaver.

4. De las once personas que fueron vinculadas al proceso aceptaron cargos por concierto para delinquir, estafa y falsedad en documento los señores Pedro Aguilera Beltrán, Antonio Barrera Gil, Ester López, Germán Tovar Sánchez, José Aldemar Usme Quintero y Guillermo Silva Cifuentes. Estas personas defraudaron al banco por la suma de \$ 629.387.504 al parecer con la participación de las personas que no aceptaron cargos y eran funcionarios del banco DAVIVIENDA en las oficinas de Bogotá (Testimonio de Fanny Valencia Andrade- analista CTI). La analista refiere en contrainterrogatorio del doctor José Melquíades.

5. Que del mismo se corrobora la existencia de una organización criminal que al mando de YALILE (ya condenada) y su compañero EDWIN EDUARDO RIVERA DULCEI. Había una organización no solamente defraudar (sic) a Falabella, BBVA, BANCOLOMBIA y DAVIVIENDA y proporcionaban creaban (sic) información falsa, reclutar gente para usar sus cuentas y requerían de personas dentro de los bancos.

6. Que el banco Davivienda tenía un problema técnico interno de falta de sincronización, el cual consistía: "debido a una desincronización de los sistemas Stratus-FM2000 y FACT, en la cual luego de que el Stratus

notifica la dedevolución 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 crédito...

7. La banda criminal al mando de Yalile Andrea, el modus operandi para defraudar la banca, entre ellos Davivienda, tenía un grupo de captadores de usuarios o futuros usuarios así: 1) de usuarios de portafolio de Davivienda, es decir, clientes con productos Davivienda; 2) clientes que pudieren llegar a acceder al portafolio. A estos últimos se les creó primero un perfil con previo uso de la tarjeta de crédito del éxito y posteriormente, con documentación falsa, se allegaba a las solicitudes de servicio portafolio y obtenían un cupo. La modalidad para que estos cuentahabientes les permitieran usar sus cuentas era que les daban un porcentaje con cada retiro (aprox. 10%). LOS CLIENTES PORTAFOLIO tenían cuenta de ahorro y corriente, un crediexpress (crédito rotativo preaprobado) y tarjetas de crédito Visa, Diners y Master Card. Usaban y retiraban el crédito aprobado en su crediexpress y después empezaban a consignar cheques que era posteriormente devueltos (por similares causas: falta de firma autorizada, de chequera hurtada, etc.). Una vez consignado el cheque (Expureó) -sic-, se habilitaba en Banco Davivienda como ingreso efectivo y se habilitaba el cupo pagado, al día después de ser devuelto el cheque. En ese interregno que se habilitaba el cupo se retiraba el dinero y cuando el sistema al día siguiente reportaba la devolución, aparecía la deuda y se repetía nuevamente la operación de consignar el cheque alterado ya por el valor de la deuda y otro poco inclusive el doble de la deuda y se volvía a habilitar el cupo, nuevamente retiro del dinero en esa ventana de tiempo. Y ya una vez el sistema reportaba el cheque devuelto y lo ingresaba crediexpress o tarjeta de crédito, aparecía la deuda nuevamente acumulada. Y se repetía la operación..."

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Después de una extensa búsqueda selectiva en bases de datos, debidamente autorizada por el Juez de Control de Garantías, lo mismo que sus resultados, la Fiscalía solicitó múltiples allanamientos y órdenes de captura que se hicieron efectivas contra 11 personas comprometidas en la investigación, las cuales fueron presentadas el 31 de julio de 2013 ante el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías, quien verificó la legalidad de las capturas y aplicó medida de aseguramiento privativa de la libertad en el domicilio a 8 de los capturados. Los otros 3 fueron puestos en libertad incondicional. Previamente, el Fiscal 194 Local, les formuló imputación por los delitos concursantes de CONCIERTO PARA DELINQUIR, FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y ESTAFA CONTINUADA. Adicionalmente, a los imputados FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, YENNI MARCELA MALAVER MOLINA y EDNA GISET ANGARITA ROJAS, les imputó el delito de ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO AGRAVADO (folio 62 del cuaderno No. 1).

El 23 de octubre de 2013, la Fiscal 113 Seccional radicó el escrito de acusación (folios 238 y ss. del cuaderno No. 1), mediante el cual acusa a los imputados así: a) por CONCIERTO PARA DELINQUIR a JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, MARIA ESTHER LÓPEZ, GERMÁN TOVAR SÁNCHEZ, JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ y EDNA GISET ANGARITA ROJAS; b) ESTAFA en la modalidad de delito continuado a JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, MARIA ESTHER LÓPEZ, GERMÁN TOVAR SÁNCHEZ, FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ y JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA; c) FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO a JOSÉ

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,

Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas

Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,

Acceso abusivo a sistema informático y estafa

Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087

(0526-16)

ALDEMAR USME QUINTERO, MARIA ESTHER LÓPEZ y GERMÁN TOVAR SÁNCHEZ; d) ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO AGRAVADO a JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ y EDNA GISET ANGARITA ROJAS.

La audiencia de acusación se celebró el 13 de diciembre de 2013 y en ella se allanaron a cargos los señores JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO y GERMÁN TOVAR SÁNCHEZ, lo que originó la ruptura de la unidad procesal. Los otros imputados fueron acusados por los delitos anunciados en el correspondiente escrito (folios 378 A y siguientes del cuaderno No. 1).

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 06 de octubre de 2014 (folio 105 del cuaderno No. 2) contra los acusados CUBIDES MUÑOZ, CASTELLANOS PEDRAZA, MALAVER MOLINA y ANGARITA ROJAS. La Fiscalía interpuso recurso de apelación contra la decisión de inadmitirle unos medios de conocimiento solicitados por ella. Esta Sala declaró desierto el disenso por indebida sustentación.

El juicio oral se evacuó a cabo en 22 sesiones celebradas entre el 04 de diciembre de 2014 y el 13 de mayo de 2016, fecha en la cual se anunció el sentido del fallo mixto. La sentencia se profirió el 22 de junio pasado y contra la misma las partes recurrieron en apelación.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a-quo afirmó que los medios de conocimiento colectados en el juicio oral demuestran con claridad la existencia de una organización criminal liderada por YALILE ANDREA VILLA OSORIO y su esposo EDWIN EDUARDO HERRERA DULCEY (condenados separadamente por la vía consensuada), dedicada a defraudar el patrimonio de varias instituciones bancarias (Banco de Colombia, BBVA y Davivienda, entre otros). El colectivo estaba integrado, además de quienes organizaron la defraudación, por cuenta-habientes bancarios que prestaban sus cuentas para consignar cheques apócrifos y luego, aprovechando una deficiencia técnica del sistema, en este caso concreto de Davivienda, se habilitaba el cupo como si la consignación hubiese sido válida o registraba como hecha en efectivo, realizaban transferencias entre los productos de cuentas crediexpress o de ahorros, de las cuales retiraban los dineros. Obviamente contaban con la colaboración de empleados de Davivienda.

Argumenta la primera instancia que los testimonios de quienes aceptaron los cargos, JOHN GUILLERMO SILVA FUENTES, JULIO ANTONIO BARRERA GIL y PEDRO AGUILERA BELTRÁN, resultan importantes en punto de la demostración de las conductas punibles de los acusados a quienes se les profirió juicio de reproche en esta carpeta, porque dan cuenta detallada del *modus operandi* de la banda: contactaban a personas que tenían cuentas en Davivienda y a otras para que las abrieran, luego realizaban las ilícitas operaciones y a los cuenta-habientes le daban el 10% de la

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

cantidad obtenida. Así las cosas, para el sentenciador se probó el concierto para delinquir cometido por los 4 acusados por esta infracción, y, obviamente su responsabilidad que les amerita el reproche.

Identifica el a-quo los siguientes problemas jurídicos que resuelve así: a) la participación de la acusada EDNA GISET ANGARITA ROJAS en la empresa criminal, vinculada porque la investigadora del C.T.I. LEIDY JOHANA JARAMILLO, se comunicó con RICARDO PINEDA (uno de los 136 cuenta-habientes defraudados), quien le informó que le entregó los documentos a la acusada en la sucursal Kennedy de Davivienda. Considera el juzgador de primera instancia que no resulta explicable cómo la investigadora no corroboró la identidad de quien le entregó el número telefónico de PINEDA; tampoco indagó por otros datos más consistentes para constatar la real participación de EDNA GISET, pues en el audio del testimonio de la investigadora no la señaló directamente como la empleada de Davivienda que recibió la documentación.

De otro lado, las consultas telefónicas que EDNA GISET ANGARITA ROJAS le hizo a 4 clientes fraude, fueron parte de su rutina de trabajo y hechas en horario laboral, además que no coinciden con ninguno de los movimientos fraudulentos, de lo que deduce que no se probó su participación en la empresa criminal; tanto más cuanto que el perito de seguridad informática no advirtió irregularidad alguna en su actuación.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

b) La impugnación de credibilidad que hizo el defensor al testigo PEDRO MARÍA AGUILERA BELTRÁN en punto de la manifestación que hizo acerca de que la acusada JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA se hacía señas en la audiencia del juicio con un joven que acompañaba a EDWIN N., quien la involucró en los hechos, no es de recibo porque el mismo testigo afirmó que no la conocía antes.

c) La participación de JENNY MARCELA MALAVER MOLINA en los delitos que se le imputaron. La Fiscalía concluyó en que es responsable porque informaba a los miembros de la organización cuándo se hacían consignaciones y retiros de dinero, además de recibir documentos de los clientes fraude. Para el Juez sentenciador, tampoco demostró la Fiscalía que ésta cumpliera una función criminosa, pues su labor como funcionaria de Davivienda consistió en la consulta a los clientes fraude que solicitaban créditos si estaban reportados en bases de datos y si tenían capacidad de endeudamiento, de tal suerte que esta labor no contribuyó a la defraudación del banco sino que era propio del giro ordinario de sus funciones. Además, en una ocasión detectó un cliente fraude y dio aviso inmediato a su superior. Concluye la Judicatura de primera instancia que respecto a esta acusada campea la duda que le impide proferirle juicio de reproche.

d) La participación y responsabilidad de la señora JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA. Para el Juez sentenciador resulta clara partiendo de las consultas fuera de su horario de trabajo habitual que hizo con clientes fraude como GLORIA NIDIA OSPINA, DANIEL MAHECHA, JOSÉ ALDEMAR USME, JIMMY

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

ALEXANDER GONZÁLEZ, JOHN JAIRO SÁNCHEZ y ELCY ZAMORA NIETO, personas que hicieron consignaciones falsas y retiros fraudulentos coincidentes con las llamadas de consulta que les hizo la acusada. Además, la relación afectiva que tenía con el acusado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, protagonista del fraude a Davivienda, la ubica como clara partícipe en los hechos delictuosos que se le imputaron. Recuerda que la organización delincuenciales contaba con trabajadores dentro del banco para poder concretar las defraudaciones.

De otro lado, la acusada ingresó ilícitamente a las bases de datos aprovechando su función como trabajadora de la entidad bancaria, pues las consultas que hizo en el medio informático eran para dinamizar la labor criminal de la organización. Destaca que en el juicio no se probó que JENNIFER hubiera recibido documentos falsos ni que hubiera participado en la acción falsaria que se evidenció en muchos de estos, por lo que no puede recibir condena por esta infracción. En cuanto a la estafa, tampoco se probó que hubiera recibido un provecho ilícito, por lo que decidió absolverla por estas dos infracciones que le fueron imputadas y condenarla, a título de autora, del concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático.

e) La participación y responsabilidad de FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ. Laboraba como informador de Davivienda y como tal realizó múltiples consultas a los clientes fraude, muchas de ellas coincidentes con las operaciones engañosas. Destaca el testimonio de uno de ellos, JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES (condenado por prestar su cuenta para las

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

operaciones fraude), quien lo señala como la persona que al interior de Davivienda (Oficina Restrepo-horario diurno) le ayudó a cobrar dos cheques falsos, detallando el procedimiento para su canje. El juzgador le otorga total credibilidad al testigo por su minucioso relato y la coincidencia de la descripción interna de la oficina, además que el jefe de Gestión Humana del banco certificó que el acusado efectivamente laboraba para esa época en la mencionada oficina en el horario diurno.

En lo tocante con el delito de acceso abusivo a sistema informático, consideró el a-quo que las consultas a los diferentes clientes fueron hechas por el acusado en horario laboral y dentro del giro ordinario de sus funciones, por lo que no procede el reproche por esta infracción.

Otro tanto decidió para los delitos de falsedad en documento privado y estafa en la modalidad masa que le fueron imputados a CUBIDES MUÑOZ porque la Fiscalía no probó que los documentos falsos que le recibió a USME hubieran sido llenados por él, además que tampoco se demostró que efectivamente los datos llevados a los formularios por éste fueran falsos, ya que se verificó por el funcionario de Davivienda, JUAN PABLO CASTAÑEDA CASTAÑO, que los datos eran reales. Por lo menos el asunto en este aspecto resulta dudoso. En cuanto a los cheques falsos presentados para su cobro, no se probó tampoco que el señor FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ los hubiera recibido ni consignado, por lo que decidió la absolución.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

3.1 El defensor de la condenada JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA sustentó así su disenso:

a) En lo tocante con el acceso abusivo a sistema informático, estima el censor que el a-quo se equivocó al colegir que como las consultas que la empleada hizo a los clientes fraude fueron en horario no laboral, se configura la infracción penal, pues no se probó en el juicio que sea un requisito del banco que las consultas deban hacerse dentro del horario laboral. Señala que son solo dos requisitos que trae el manual de procesos de autenticación de clientes del banco Davivienda: la presencia física del cliente y su plena identificación con la cédula de ciudadanía al momento de la consulta, de tal manera que solo si se incumplen estos requisitos estaríamos frente al delito de acceso abusivo a sistema informático. La acusada no desconoció lo anterior, por lo que no puede ser objeto de reproche penal por esta infracción. Además, la consulta se hizo en horario extendido (que no era el habitual en ella) pero dentro de la jornada de funcionamiento del banco. Destaca que el referido manual fue incorporado al juicio como evidencia No. 5.

Añade que los empleados que realizan consultas tienen la obligación de atender al público, incluso por fuera de su horario acostumbrado, como lo demostró en el juicio con la testigo OLGA LUCÍA HERRERA, quien manifestó que si terminado el horario están personas están haciendo fila para consultar, el empleado debe terminar de atenderlos a todos, aún luego del cierre del banco, lo

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

que ratificó la también testigo MÓNICA ANDREA ÁVILA, ambas funcionarias de Davivienda, lo mismo que el funcionario NELSON ELÍ SÁNCHEZ, quien afirmó que los empleados de horario adicional, como la acusada, tenían diferentes jornadas por tener mayor salario, incluso LORENA ENCISO DÍAZ indicó que la acusada trabajaba en un horario especial y diferente. Si el sentenciador hubiera apreciado correctamente estos testimonios, dice el censor, no le hubiera parecido extraño e injustificado que JENNIFER consultara clientes por fuera del horario extendido.

Finalmente, destacó que ninguna prueba presentó la Fiscalía que demostrara que JENNIFER realizó consultas al sistema sin la presencia del cuenta-habiente o sin haberlo identificado debidamente, por lo que no puede ser objeto de ningún reproche judicial

b) En lo que toca con el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, la defensa cuestiona la conclusión del juzgador de que la acusada actuó como cómplice de esta conducta penal porque consultó a un cliente antes y después de que se produjo un evento de fraude con esa persona. Considera la defensa que examinados los actos de consulta se puede concluir que no existe una relación de inmediatez entre la consulta y los eventos de cheque devuelto y las demás transacciones, y añade que si el señor JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO (quien realizó las fraudulentas transacciones) le pidió a la acusada, el día de los hechos, consultarle en varias ocasiones, ésta debía atender su petición porque esa era su función, resaltando que no había límite para los clientes al solicitar consultas.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Añade que no se probó en el juicio que por el hecho de haber consultado JENNIFER a JOSÉ ALDEMAR USME en la venta de tiempo en que se cometió un fraude, ella estuviera enterada y por lo tanto concertada para cometer el delito. Se equivoca el sentenciador cuando afirmó que la organización contaba con colaboradores dentro del banco que les suministraban información de cuándo se habilitaban cupos para que el cliente fraude sustrajera el dinero.

Desconoce el Juez, señala el censor, que el perito de la Fiscalía JUAN CARLOS REYES MUÑOZ concluyó que no se encuentra una relación directa entre los eventos de cheque devuelto, las consultas y los traslados de fondo de crediexpress a cuentas, con lo que se demuestra que no siempre que había consultas de los funcionarios del banco había fraude, es decir, que el ingreso al sistema no era condición necesaria para el fraude, pues se probó fehacientemente que hubo defraudaciones sin consulta alguna como en el evento 79356287. El mismo juzgador, en el sentido del fallo, admitió esta situación y al describir el *modus operandi* de la organización no menciona las consultas de los empleados de la entidad financiera y, por el contrario, indicó que los desfalcos se cometieron por la desincronización del sistema interno del banco Davivienda, de lo que no tenía conocimiento JENNIFER, o al menos no se probó lo contrario.

En tercer lugar, la defensa cuestiona la conclusión del juzgado de la participación de JENNIFER en el concierto para delinquir por la marcación que le hizo desde su celular al cliente fraude JOSÉ ALDEMAR USME, pues ello no significa que hubiera sido

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

ella quien hizo la llamada, bien pudo haberla hecho su compañero sentimental FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ (condenado), lo que el mismo juez reconoce cuando indicó que el tema era dudoso. Siendo esta la única COMUNICACIÓN telefónica, que no coincide con ningún evento de fraude, no puede hablarse de concierto para delinquir porque uno de los elementos que caracteriza esta infracción es la permanencia en el tiempo, que no se demostró.

Por lo anterior, solicita la absolución para su prohijada por los dos delitos por los que se le profirió juicio de reproche en primera instancia.

3.2. El defensor del acusado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ planteó así su disenso:

a) En la acusación la Fiscalía indicó que el acusado sostuvo una comunicación con JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, un cuenta-habiente que defraudó el patrimonio de Davivienda y le realizó 362 consultas antes y después de una engañosa liberación de un cupo de \$ 94.000.000, pero en el juicio no demostró tal situación, ya que solo introdujo a través del testigo JOHN ALEXANDER RESTREPO una hoja contentiva de análisis link sobre un cruce de comunicaciones entre USME y CUBIDES, pero al no haber sido interceptadas esas comunicaciones, no probó de qué trataban las mismas ni cuándo se realizaron. De otro lado, el investigador de la Fiscalía no constató que los funcionarios del banco avisaran telefónicamente a los clientes fraude la liberación de cupos. Destaca que la testigo de la Fiscalía FANNY VALENCIA ANDRADE

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

manifestó que si bien en las interceptaciones telefónicas se detectó que algunos interlocutores se referían a unas personas de ciertas sucursales bancarias que les colaboraban en las acciones fraudulentas, no se mencionó al acusado como uno de esos colaboradores, por lo que fácil se deduce que no pertenecía a la organización.

b) Durante el período en que USME QUINTERO realizó las transacciones fraudulentas (consignación de cheques falsos) entre el 08 de septiembre de 2010 y el 04 de enero de 2011, su prohijado solo hizo 50 consultas a los productos bancarios de USME y de ellas solo 8 están asociadas a eventos fraude, pero en ninguna de ellas se logró la obtención del provecho ilícito, ya que en la que se logró, ocurrida el 16 de septiembre de 2010, CUBIDES MUÑOZ no hizo consultas. Además, las mismas se hicieron en el horario normal de trabajo, sin que la Fiscalía demostrara que en ellas USME no estuviera presente. De otro lado, otras consultas que hizo a otros clientes fraude como DANIEL EDUARDO MAHECHA y LUIS EDUARDO BEJARANO se hicieron después de que estos defraudaran al banco con el mismo sistema, lo que constituye parte de la función que desempeñaba el acusado en el banco como informador, sin que en ellas se produjera la liberación de cupos.

En conclusión, la Fiscalía no demostró que el acusado CUBIDES MUÑOZ perteneciera a la organización criminal que lideraba YALILE ANDREA VILLA OROZCO, ni que colaborara con ésta; tampoco que se puso de acuerdo con JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO para defraudar el patrimonio de Davivienda.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

c) El hecho de que FREDY DANIEL y JENNIFER sostuvieran una relación sentimental no significa que la hubieran tenido cuando ocurrieron los fraudes. Fue posteriormente que se enamoraron y decidieron tener una convivencia, por lo que no puede afirmarse con certeza que fueran pareja al momento de la realización de las defraudaciones, y así la hubieran tenido al momento de los hechos, no por ello se debe concluir que su prohijado es responsable de los delitos cometidos por la señora CASTELLANOS PEDRAZA, que fue quien hizo las llamadas telefónicas al cliente que defraudó a la empresa, ya que la responsabilidad penal es individual.

d) Es cierto que CUBIDES MUÑOZ recibió de manos de JOSÉ ALDEMAR USME los documentos que presentó para el aumento de cupo, pero no por ello se le puede deducir responsabilidad alguna ya que esa era su función, así como emitir una pre-aprobación, pero la aprobación final está a cargo de los funcionarios del área de crédito. De todas maneras no se probó que la documentación fuera falsa.

e) El testigo que señaló a CUBIDES MUÑOZ, JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES, no es creíble y por eso le impugnó credibilidad, ya que no fue coherente en las cifras de los cheques cobrados ni en la sucursal en la que se pagaron, lo que no puede ser catalogado como una imprecisión, como lo afirma el juzgador, sino deliberadas mentiras, por lo que resulta falso que SILVA CIFUENTES hubiera cobrado el 03 de diciembre de 2010, dos cheques en la sucursal Barrio Restrepo de Bogotá con la colaboración de CUBIDES MUÑOZ, quien laboraba allí. Afirma lo

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

anterior porque fue DAVIVIENDA quien certificó que el pago se hizo en la oficina calle 19 de esa ciudad. Clara resulta la mentira del testigo citado porque CUBIDES no tenía la función de autorizar el pago de cheques ya que los informadores no tienen esa facultad, y tampoco resulta probable que hubiera autorizado a una cajera para que pagara los mencionados títulos, toda vez que no podía hacerlo.

Finalmente, estima que SILVA CIFUENTES tenía un motivo para mentir: el compromiso con la Fiscalía de presentarse a testimoniar en contra de CUBIDES MUÑOZ.

3.3. El apoderado de DAVIVIENDA recurrió en apelación las absoluciones dispuestas por el Juez. Sustenta así su inconformidad:

a) Los hechos ocurridos en contra del banco Davivienda se presentaron durante 4 años (entre 2008 y 2011), tal como lo demostraron los medios de conocimiento pericial, testimonial y documental, además del análisis link de las comunicaciones interceptadas, de los que se destaca los 12 cheques fraudulentos consignados en la cuenta de JOSÉ ALDEMAR USME y los documentos soporte de las solicitudes de crédito.

EDNA GISET ANGARITA ROJAS, YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA y FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, fueron funcionarios de Davivienda para esa misma época y dentro de sus funciones estaban la de recibir documentos presentados por los usuarios que les permitieran

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

obtener productos o aumentar cupos, lo que los obligaba a hacer una primera verificación para pre-aprobación. Este solo hecho es indicador de su participación en el delito, al que se suma la demostración de la existencia de una organización criminal que defraudó al banco y que utilizaba funcionarios de la entidad como partícipes de los hechos delictuosos.

A estos dos indicadores se añade otro que fue la captura de las funcionarias bancarias absueltas que se hacían señas con los miembros de la organización delincinencial. Un cuarto indicador es el hecho de la desincronización en el sistema del banco, aprovechada por los defraudadores para apoderarse del dinero de la institución. Este error en el sistema ocurrió precisamente durante la época en la que los absueltos laboraban en Davivienda.

Todos los delitos materia de imputación fueron probados en el juicio y no discutidos por la defensa. Destaca que EDNA GISET ANGARITA ROJAS y YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, consultaron a los clientes fraude HENRY ALBERTO NOVOA, RICARDO PINEDA y LUIS ALBERTO BEJARANO, entre 2010 y 2011, época en la que se materializó el fraude.

El Juez sustentó la absolución de los procesados por los delitos de acceso abusivo a sistema informático, falsedad en documento privado y estafa masa, en las dudas acerca de la responsabilidad de éstos, no en la materialidad de las infracciones, pero esas dudas se explican en el error que cometió el mismo sentenciador en la inferencia lógica que le aplicó a los hechos

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

indicadores mencionados, especialmente en el análisis de las consultas que hicieron aquellos a los clientes fraude.

En conclusión, la prueba indiciaria, examinada en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, permite deducir la participación de los acusados en los delitos por los cuales fueron absueltos. Añade que el problema de los indicios no está en los hechos indicadores sino en la inferencia lógica, ya que no fueron sometidos a una articulación razonable ni a una labor de congruencia y concordancia entre ellos. No analizó el juez el modus operandi de la organización: el error de sincronización obligaba a falsificar documentos para crear historias crediticias falsas e inexistentes vínculos laborales acreditados con certificaciones igualmente falsas, consignación de cheques que eran devueltos pero que por error de sincronización se tomaban como pagos en efectivo sin serlo, engañando al banco, así como efectuar consultas de los datos de los movimientos y saldos de los clientes, no necesariamente con proximidad al evento de cheques devueltos, para poder informar a los miembros de la banda el estado del producto de los clientes. El a-quo, al asignar el mérito suasorio de los hechos indicadores desconoció las reglas de la experiencia, la sana crítica y el principio de razón suficiente, lo que lo llevó a observar dudas que en realidad no existen.

Solicita, en conclusión, la remoción de las absoluciones y en su lugar condenar a los acusados por los delitos imputados por la Fiscalía.

3.4. La Fiscal 194 Local, inconforme con las absoluciones decretadas por el a-quo, sustentó así su disenso:

a) Problemas jurídicos que desarrolló el Juez de primera instancia:

El a-quo no valoró la prueba en conjunto ni los testimonios en su integridad, lo que lo condujo a una decisión errada. Por ejemplo, en el testimonio del investigador del CTI, JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ, quien detalladamente relata cómo se interceptaron 200 líneas telefónicas y se realizó una operación de agente encubierto e infiltración de correos electrónicos dando como resultado el cruce de toda la información en un análisis link que estableció la relación entre los 136 clientes fraude y los acusados JENNIFER, YENNI MARCELA y FREDY DANIEL. Esas hojas link ingresaron como prueba documental.

El fallador no analizó debidamente el testimonio de la funcionaria de DAVIVIENDA, MONICA ANDREA AVILA CHAVARRO, quien indicó en detalle que los acusados laboraban en esa entidad durante la fecha de los hechos y que efectivamente realizaron consultas con los clientes fraude. Desconoció también el contundente testimonio de la analista del CTI, FANNY VALENCIA ANDRADE, quien explicó en forma minuciosa el modus operandi de la organización y su vínculo con los empleados de la entidad bancaria, especialmente en las oficinas de Kennedy y Restrepo en Bogotá, donde se probó que YALILE, jefe de la banda, se comunicaba con los empleados de la sede bancaria y aunque no mencionó nombres, estos se establecen fácilmente con otras

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

pruebas como el testimonio del perito PABLO CASTAÑEDA, quien identificó a los acusados absueltos como quienes recibieron los documentos falsos, lo que confirmó la investigadora LEIDY MUÑOZ.

Esa falta de análisis del testimonio de la señora FANNY VALENCIA condujo al Juez a una errada decisión, pues adujo que no se veía un provecho económico por parte de los acusados, desconociendo los testimonios de los investigadores PEDRO MARÍA, JULIO ANTONIO BARRERA y JUAN GUILLERMO SILVA, quienes depusieron sobre el por porcentaje que recibían a cambio de ser parte del fraude al banco.

La investigadora LEIDY JOHANA MUÑOZ relató en detalle toda la investigación obtenida para mirar el contexto del caso y la participación de las personas, pero el juzgador solo se interesó por analizar el conainterrogatorio que rindió a la defensa, omitiendo toda la investigación que realizó.

También desconoció los testimonios de los empleados de Davivienda LORENA ENCISO DÍAZ y YEBRAIL ROMERO VARGAS, quienes adelantaron los procesos disciplinarios contra los empleados de esa entidad (los acusados), concluyendo en que incumplieron el manual de autenticación de clientes, disponiendo la terminación unilateral del contrato con justa causa. Lo mismo ocurrió con el testimonio de NELSON ELÍ SÁNCHEZ, jefe de FREDY DANIEL y JENNIFER, quien manifestó que éstos no le informaron sobre la morosidad del cliente fraude JOSÉ ALDEMAR USME.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Añade la Fiscal que el sentenciador primario no analizó contextualmente los testimonios de PEDRO MARÍA AGUILERA, JULIO ANTONIO BARRERA GIL y JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES, clientes fraude que aceptaron las operaciones ilícitas en Davivienda e indicaron que algunos empleados de esta entidad bancaria pertenecían a la organización, mencionando entre estos a FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ.

Dentro de la prueba documental cita la identificada con el número 2, referente al análisis link que relacionan a los 4 acusados con clientes fraude, las números 3 y 5, referentes a la solicitud de crédito de JOSÉ ALDEMAR USME con documentos falsos, recibida por el acusado CUBIDES MUÑOZ, reconocidos como tal por el perito PABLO CÉSAR CASTAÑEDA.

En relación con la absuelta EDNA GISET ANGARITA ROJAS, la censora afirma que probó fehacientemente que consultó a clientes sin estar estos presentes, para lo cual presentó a los testigos FANNY VALENCIA, JOHN ALEXANDER RESTREPO, LEIDY JOHANA MUÑOZ y los peritos PABLO CÉSAR CASTAÑEDA y JUAN CARLOS REYES. Desconoce el fallador, dice el disenso, que se demostró que EDNA GISET consultó al apodado ALVIO CORTÉS, uno de los miembros de la organización criminal, en más de 50 ocasiones entre mayo 21 y julio 23 de 2010, además de haberle recibido el 14 de mayo de ese mismo año la solicitud de crédito con documentos falsos. El mismo procedimiento siguió con el cliente fraude RICARDO PINEDA SALAMANCA. No puede ser argumento para absolverla el que Davivienda no le siguió disciplinario, pues ello obedeció a su retiro de la institución.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

En cuanto hace con la absuelta YENNI MARCELA MALAVER MOLINA, afirma la censura que se probó en juicio que consultó 144 veces al cliente fraude LUIS HERNANDO BEJARANO y muchas de esas consultas por fuera de su horario habitual. El delito de acceso abusivo a sistema informático es autónomo y se comete con el simple hecho de consultar al cliente sin estar este presente, como ocurrió con esta acusada, por lo que debe ser condenada por esta infracción.

En lo tocante con JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, se equivoca la judicatura de primera instancia cuando concluye que no se demostró que falsificara documento alguno ni el acceso abusivo a sistema informático, pues con el testimonio de FANNY VALENCIA ANDRADE, quien analizó las interceptaciones telefónicas donde la vincula con la líder de la organización YALILE ANDREA, así como los testimonios de otros clientes fraude.

En lo tocante con FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, señala que los mismos medios de conocimiento que aportó para demostrar la responsabilidad de JENNIFER, sirven para sustentar la de este acusado. Destaca las 1063 consultas que le hizo al cliente fraude ALDEMAR USME y la sanción disciplinaria que le aplicó Davivienda por las ilicitudes. Cuestiona a la judicatura de primera instancia por omitir el análisis del testimonio de NELSON ELÍ SANCHEZ, jefe inmediato de FREDY DANIEL y JENNIFER, así como el de LORENA ENCISO, de los cuales emerge suficiente prueba para condenarlos por los delitos que le merecieron absolución. Estima que el sentenciador de primer grado no valoró los contundentes testimonios de manera adecuada y se limitó a criticar con

generalidades no solo la prueba testimonial sino la indiciaria que la Fiscalía invocó en apoyo de aquella.

En conclusión, solicita la revocatoria de las absoluciones y en su lugar se condene a los procesados por los delitos que fueron objeto de acusación.

3.5. El defensor de las acusadas absueltas EDNA GISET ANGARITA ROJAS, YENNI MARCELA MALAVER y JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, como no recurrente en cuanto a las absoluciones, acude a este estrado solicitando la confirmación de esa decisión, esgrimiendo los siguientes argumentos:

a) No es procedente condenar a las señoras MALAVER MOLINA y ANGARITA ROJAS por el delito de acceso abusivo a sistema informático agravado por consultas en el sistema que no fueron objeto de acusación, pues ello resultaría una incongruencia. Como la Fiscalía se refirió a un concurso homogéneo de esta infracción, debió individualizar los distintos hechos.

A MALAVER MOLINA le imputó 14 conductas constitutivas de acceso abusivo a sistema informático por el mismo número de consultas que hizo (11 a LUIS HERNANDO BEJARANO y 3 a HENRY ALBERTO HERNÁNDEZ). Se demostró que la del 03 de noviembre a BEJARANO no existió y las otras no fueron objeto de imputación en el escrito de acusación. A EDNA GISET ANGARITA

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

ROJAS se le acusó por 18 consultas que tampoco constan en la acusación.

b) El escrito de apelación de la Fiscalía reproduce los alegatos de conclusión y no contiene una verdadera crítica a los argumentos de la absolución. La jurisprudencia que cita no es aplicable al caso concreto.

c) No es cierto que el fallador no se hubiera referido a lo probado con el testimonio de JOHN ALEXANDER RESTREPO en punto de la comunicación telefónica que sostuvo con la señora MALAVER. Es la Fiscalía quien no controvierte ese análisis del fallo.

d) No es cierto que el juzgador hubiera ignorado las explicaciones de las testigos MÓNICA ANDREA ÁVILA y FANNY ANDRADE VALENCIA. La primera en punto de que los acusados sí se hallaban laborando para la fecha de los hechos, y la segunda en cuanto a las actividades laborales desarrolladas por éstos, ya que la deponente no se refirió a este aspecto concreto y en las interceptaciones se evidencia que se refiere a **una** persona del banco que le colabora a la organización, no varias.

Tampoco es cierto que el Juez omitió valorar el testimonio de YEBRAIL ROMERO VARGAS. Para la Fiscal, es valedera la prueba de que se sancionó a los empleados bancarios por realizar las consultas sin la presencia del cliente, cuando esto no es cierto, pues el testimonio de LORENA ENCISO DÍAZ señala que esto no se probó en el disciplinario. Falta a la verdad la Fiscal cuando afirma

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

que el fallo no hace referencia al testimonio de NELSON ELÍ SÁNCHEZ, jefe de los acusados FREDY DANIEL y JENNIFER, quien indicó que éstos no le informaron sobre los fraudes. Yerra la Fiscal en este punto porque parte de la base que los acusados sabían de la defraudación, cuando esto no se demostró.

e) La Fiscalía concluyó que los testigos PEDRO MARÍA AGUILERA, JULIO ANTONIO BARRERA y JOHN GUILLERMO SILVA afirmaron que existen funcionarios de DAVIVIENDA dentro de la organización y por ello infiere que los acusados son miembros de la misma, olvidando que ninguno de ellos los vinculó a la banda, con excepción de FREDY DANIEL CUBIDES.

F) La Fiscalía no sustentó el recurso de apelación contra la absolución proferida a favor de JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA por el delito de falsedad. El Juzgado la absolvió por esta infracción porque no se probó que ella tuviera conocimiento de la falsedad de los documentos, pero la Fiscal no esgrimió argumentos en contra de esta decisión; concluyó erradamente que el motivo de la absolución era la no obtención de un provecho ilícito.

g) La absolución por el delito de estafa debe confirmarse porque ciertamente la estafa masa no existió ya que los miembros de la organización aprovecharon una desincronización del sistema Extractus FM2000 y Fact para defraudar el patrimonio del banco y tampoco se acreditó que JENNIFER hubiera obtenido un provecho económico. La Fiscalía no se refirió al primer tema y por eso puede haber una falta de sustentación, y en cuanto al segundo

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

aspecto, que indica cómo JENNIFER fue condenada por concierto, también debe serlo por la estafa, lo que no es correcto, puesto que el fallo por el delito contra la seguridad pública no está en firme.

De otro lado, bien se absolvió a todas las acusadas por estafa porque la Fiscalía no probó cuál fue el aporte objetivo de los empleados al fraude, sin que pueda afirmarse que lo eran las consultas que hicieron de los clientes fraude. Así lo expresó el perito JUAN CARLOS REYES, ya que existieron fraudes sin consulta. Además, como lo indicó el funcionario del banco NELSON ELÍ SÁNCHEZ, en las consultas no se puede evidenciar el incremento del cupo en los saldos, lo que ratificó la investigadora LEIDY MUÑOZ, al decir que las consultas no liberaban el cupo de las cuentas de los clientes.

Finalmente, la defensa presenta sus argumentos, coincidentes con los expuestos a lo largo de su intervención en el juicio, en relación con las peticiones de condena que formuló la Fiscalía para las acusadas EDNA GISET ANGARITA y YENNI MARCELA MALAVER.

El mismo defensor, en memorial separado, dio respuesta a la apelación interpuesta por el apoderado de la víctima concluyendo que no sustentó debidamente el disenso, por lo que debe declararse desierto, pues en manera alguna ofreció los argumentos de hecho y de derecho que controviertan o refuten los propuestos por el juzgador de primer grado.

3.6. La respuesta del defensor del acusado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ a las apelaciones de la Fiscalía y el representante de la víctima (Davivienda) en punto de las absoluciones.

Su representado no cometió los delitos contra la fe pública que le enrostró la Fiscalía en la acusación, pues no falsificó materialmente los documentos presentados por JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO al solicitar un crédito a Davivienda (la prueba No. 3 de la Fiscalía), ni las 3 solicitudes de aumento de cupo, ya que ni siquiera fueron aportadas al juicio. Tampoco los 12 cheques relacionados con USME. Lo que sucedió fue que CUBIDES MUÑOZ trabajaba como informador y le correspondía orientar a los clientes para el diligenciamiento de formularios de solicitudes de crédito, de tal manera que cualquier falsedad en la información o en documentos de soporte no se le puede cargar sino a los clientes y no a los informadores del banco. Lo que se consulta en concreto es si los clientes están reportados en las centrales de riesgo y su capacidad de endeudamiento.

Añadió que tampoco se demostró que CUBIDES hubiera determinado a USME u otro cliente a falsificar datos ni documentos, además que no se probó con suficiencia que los documentos aportados por éste fueran apócrifos.

En lo tocante con la estafa, CUBIDES no ingresó cheques con información falsa a alguna cuenta de un cliente con miras a defraudar el patrimonio económico de la entidad bancaria. La Fiscalía tampoco probó que CUBIDES hubiera tenido

conocimiento de ello. En estas condiciones y atendiendo a que éste no mantuvo en error al banco, ni suministrado ilegal información para la liberación de cupos, no procede el reproche por esta infracción penal.

En lo que hace al delito de acceso abusivo a sistema informático, no puede decirse que las consultas que hizo CUBIDES como informador lo sean, toda vez que ese era su trabajo. Tampoco se demostró que el acusado y los otros empleados hubieran consultado a los clientes fraude sin la presencia de ellos. No puede tampoco colegirse que por haber sido sancionado disciplinariamente, sea penalmente responsable del acceso abusivo a sistema informático.

3.7. La Fiscal 194 Local y el apoderado de la víctima Davivienda, como no recurrentes, respondieron a los argumentos de los defensores en punto de las absoluciones dispuestas para los acusados. En términos generales reiterando sus argumentaciones iniciales y oponiéndose a las manifestaciones de aquellos.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el fallo proferido el 22 de junio del

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,

Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas

Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,

Acceso abusivo a sistema informático y estafa

Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087

(0526-16)

año pasado por el Juez Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín.

Para resolver las apelaciones resulta necesario recordar lo sucedido:

En el año 2008, mediante la utilización de cheques falsos de los bancos BBVA y Occidente, se pretendió retirar del almacén Falabella en el centro comercial San Diego de Medellín, abundante mercancía, por parte de la señora LUZ EDERLY MEDINA (en 2 ocasiones anteriores había logrado hacerlo), siendo capturada en flagrancia. En el decurso de la investigación se interceptaron los abonados telefónicos 3174525934 y 3153560032. Este último de propiedad de la señora MEDINA. Posteriormente se interceptaron otras 10 líneas telefónicas, además de búsquedas selectivas en bases de datos, así como la infiltración de un agente encubierto virtual para la interceptación de correos electrónicos.

Todo lo anterior dio como resultado el descubrimiento de una organización criminal liderada por YALILE ANDREA VILLA OSORIO y su compañero sentimental ERWIN EDUARDO HERRERA DULCEY, así como JORGE HUMBERTO GÓMEZ BARRERA. Se estableció también que esta organización a través de diferentes mecanismos defraudaba el patrimonio de varias entidades bancarias como BBVA, Falabella, Banco de occidente y Davivienda. También se estableció que sus actividades delincuenciales se extendieron a otros países. Los líderes de la banda fueron capturados y condenados.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Davivienda informó posteriormente que adelantó una investigación interna encontrando 136 personas implicadas en una gran defraudación, la mayoría individuos que abrieron cuentas portafolio y que las utilizaron para defraudar a la entidad aprovechando una desincronización de los sistemas Stratus-FM2000 y Fact que operaba, según la Fiscalía así: posterior a que Stratus notifica la devolución de cheques, entre las 3 de la tarde y las 7 de la noche, solo hasta el día siguiente a las 6 de la mañana efectúa la notificación de la transacción al sistema FM2000 (para el caso de crediexpress) y a las 7 de la mañana se realiza la sincronización del sistema Fact para tarjetas de crédito. FM2000 liberaba los cupos al finalizar el segundo día de canje, por lo que un cheque consignado en horario adicional tendría una ventana de fraude diferente porque entraba por desincronización y ello era aprovechado por los defraudadores para hacerse al dinero.

También se estableció que los mencionados líderes de la organización reclutaron personas que tenían cuentas en Davivienda o para que las abrieran con documentos falsos ayudándoles a conseguir tarjetas de crédito Éxito o Falabella para poder conseguir un portafolio de servicios de Davivienda. Luego utilizaban el total de los cupos de Crediexpress y las tarjetas de crédito del portafolio, pagando dichas acreencias con cheques falsos, por lo que el sistema liberaba nuevamente los cupos (dada la desincronización), siendo nuevamente utilizados en su totalidad. Solo hasta el final del segundo día el sistema detectaba el cheque falso, pero ya para entonces el usuario había retirado ilícitamente nuevamente el cupo.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Los reclutados que prestaban sus cuentas para ese procedimiento fraudulento, recibían el 10% de lo captado por los líderes de la organización. La investigación estableció que los empleados de Davivienda que pertenecían a la banda recibían la documentación falsa para la apertura de cuentas y sin mayor constatación le daban trámite para la aprobación de los portafolios, y realizaban consultas al sistema antes, durante y después de ocurrir la liberación ilícita de los cupos y sobrecupos. Las interceptaciones telefónicas mostraron que los empleados de la entidad bancaria que formaban parte del colectivo delincencial, estaban ubicados principalmente en las sucursales Kennedy, Restrepo, centros comerciales Plaza América y Hayuelos, entre otras.

Establecido lo anterior, la Fiscalía identificó 11 presuntos miembros de la organización y procedió a formularles imputación, 7 cuenta-habientes fraude (JOSÉ ALDEMAR USME, MARIA ESTHER LÓPEZ, JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES, GERMÁN TOVAR SÁNCHEZ, ELCY ZAMORA NIETO, PEDRO MARÍA AGUILERA BELTRÁN y JULIO ANTONIO BARRERA GIL), quienes se allanaron a los cargos y fueron condenados separadamente, y 4 empleados de Davivienda: FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, YENNI MARCELA MALAVER y EDNA GISET ANGARITA ROJAS, quienes no aceptaron los cargos y son los acusados en este proceso.

**a) Apelación del defensor de la procesada
JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA**

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Fue condenada en primera instancia por la coautoría de los delitos de concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático. Estimó el juez sentenciador que se probó su activa participación en las conductas por las cuales le profirió juicio de reproche porque consultó, por fuera de su horario de trabajo, y desconociendo el estricto protocolo que tenía Davivienda, para quien trabajaba, respecto de las consultas al sistema informático sobre los clientes de la institución, destacando que varios de los cuenta-habientes de ahorros consultados, resultaron ser clientes fraude que realizaron consignaciones falsas y retiros fraudulentos coincidentes con las llamadas de consulta que les hizo la acusada.

Añadió que resulta muy clara su participación, además, porque sostenía una relación afectiva demostrada con FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, principal protagonista de los fraudes a Davivienda y quien también fue condenado, y recuerda que la organización delincuencia, según quienes aceptaron cargos, afirmó que dentro de esta entidad financiera tenían empleados que facilitaron las defraudaciones. En conclusión, la señora CASTELLANOS PEDRAZA ingresó ilícitamente a las bases de datos aprovechando su labor como trabajadora de la entidad bancaria con el propósito de contribuir a la labor criminosa de la organización delincuencia.

El censor cuestiona la conclusión del fallador de primera instancia en torno a este aspecto afirmando que no resulta irregular las consultas realizadas por la empleada a los clientes por fuera de su horario de trabajo, pues el manual de procesos de autenticación de clientes Davivienda solo exige la presencia física

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

del cliente y su plena identificación con la cédula. Además, las consultas se hicieron en horario extendido, lo que valida su actuación en este aspecto de las consultas.

Ciertamente los medios de conocimiento colectados en el juicio oral nos permiten colegir sin duda alguna que la señora JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, actuó con mucha dinámica en la labor criminosa que le endilgó la Fiscalía, aprovechando su calidad de empleada de Davivienda con acceso fácil al sistema informático de dicha entidad. Es así como los testigos MÓNICA ANDRADE y NELSON ELÍ SÁNCHEZ, empleados de dicha institución con funciones directivas, manifestaron en sus testimonios que JENNIFER consultó en varias ocasiones al cuenta-habiente ALDEMAR USME, uno de los principales defraudadores del banco, por fuera de su horario extendido (de las 4 y 30 a 8 de la noche) y los días 14 y 16 de septiembre de 2010 hizo 4 consultas a este mismo cliente fraude entre la 1 y 20 de la tarde y las 2 y 47 P.M., es decir, antes de empezar a trabajar, y en otro lugar distinto a su sede de trabajo, lo que significa que obró por fuera del protocolo que establece el manual de procesos de autenticación de clientes del banco Davivienda, de tal manera que siendo cierto, como afirma el censor, que los empleados que desarrollan estas funciones de consulta, deben seguir con su labor después del horario habitual de trabajo, ello solo es posible si cumplido éste, se encuentran clientes en la fila para ser despachados, no en otras circunstancias como las que se le endilgan a la señora CASTELLANOS PEDRAZA.

Pero no fue solo con el señor USME; también realizó consultas por fuera de su horario con otros clientes fraude como

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

ELSY ZAMORA, a quien consultó 5 veces entre la 1 y 13 y 2 y 47 de la tarde el 11 de agosto de 2010, o la cliente fraude GLORIA NIDIA OSPINA a quien consultó en ese mismo horario el 29 de diciembre de 2010, o al cliente identificado con la cédula 79356287, consultado el 20 de marzo de 2010, de lo que se colige con facilidad que realizó consultas antes de que empezara a trabajar a personas que en esas mismas fechas realizaron transacciones fraudulentas exitosas.

No le asiste razón al ilustre abogado de la defensa cuando sostiene que se equivocó el juzgador primario al inferir que como las consultas que la empleada hizo a los clientes fraude por fuera del horario laboral, haya cometido el acceso abusivo a sistema informático, porque no se probó que fuera un requisito del banco que las consultas deben hacerse dentro del horario laboral. En efecto, el señalado manual de proceso de autenticación de clientes (incorporado como evidencia No. 5 de la Fiscalía) exige para las consultas, la presencia efectiva del cliente y su identificación con la cédula de ciudadanía. Por fuera de esos dos requisitos, la consulta resulta irregular. De lo anterior refulge con claridad que si a las horas en las que la señora JENNIFER CASTELLANOS realizó las consultas a los clientes fraude, no se encontraba laborando en su oficina, esas consultas resultan irregulares y los clientes no se encontraban presentes en la oficina, con lo que se violó el manual interno.

Con razón la entidad bancaria la sancionó disciplinariamente como se demostró en el juicio, precisamente por estos casos concretos, es decir, violación al manual de autenticación

de clientes e incumplimiento al código de ética y buen gobierno, sin que la sancionada hubiera cuestionado de manera alguna esta decisión, tal como destaca la Fiscalía al analizar este evento. Fácil resulta colegir entonces, que la misma Davivienda encontró profundas irregularidades en las consultas que desarrolló la acusada con los denominados clientes fraude, pues las hizo al margen de la normatividad interna y propició con ello las múltiples defraudaciones de que da cuenta el proceso.

Pero ¿qué relevancia tienen las famosas consultas a los clientes fraude?

Como planteó y demostró la Fiscalía en el juicio oral, existía una organización criminal que contaba con la participación de algunos empleados de Davivienda que se ocupaban de recibir documentación con información falsa de clientes fraude que pretendían abrir portafolios (varias tarjetas de crédito, cuenta corriente, cuenta de ahorro y el denominado crediexpress). Posteriormente informaban a los peticionarios si se había aprobado la apertura del portafolio y colaboraban en extraer el dinero de estos productos (así lo certificaron los testigos PEDRO MARIA y ANTONIO BARRERA).

Para lo anterior era necesaria la consulta por parte de los empleados de Davivienda a las cuentas de los cuenta-habientes fraudulentos, con el objetivo de examinar si se había o no liberado los cupos otorgados, especialmente del crediexpress, constatado lo cual, se procedía al retiro de los fondos de este producto financiero. Como se probó en el juicio, fueron 136 clientes

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

fraude que abrieron cuentas con documentación falsa y que manejaba la organización criminal que dirigía YALILE N., condenada separadamente.

El testigo de la Fiscalía JOHN ALEXANDER RESTREPO, investigador de la Policía Judicial declaró en el juicio para indicar que la señora CASTELLANOS PEDRAZA tenía comunicación permanente vía celular con el cliente fraude JOSÉ ALDEMAR USME QUINTERO, quien fue condenado por la vía del allanamiento a cargos, y con el señor LUIS HERNANDO BEJARANO, también cliente fraude. El testigo aportó los respectivos links que dan cuenta de ello.

El defensor recurrente, en torno a este aspecto, afirma que lo anterior no significa que hubiera sido ella quien hizo las llamadas, pues bien pudo haberlas hecho su compañero sentimental FREDY DANIEL CUBIDES (también acusado en esta carpeta), además esa llamada no coincide con ningún evento fraude, lo que torna el asunto en dudoso y en estas condiciones no puede hablarse de concierto para delinquir, entre otras cosas porque uno de los elementos que caracteriza esta infracción es la permanencia en el tiempo, que no se demostró.

No son de recibo estas afirmaciones del censor porque el celular desde el que se hicieron las llamadas pertenecía a la acusada CASTELLANOS PEDRAZA y resulta bastante improbable que su compañero marital lo hubiera tomado, sin su conocimiento, para realizarlas. Además, en el juicio se estableció con certeza que entre los dos se estableció una comunión material de intereses en

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,

Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas

Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,

Acceso abusivo a sistema informático y estafa

Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087

(0526-16)

la defraudación a la entidad bancaria. No puede olvidarse que la procesada realizó múltiples consultas al portafolio del señor USME, antes, durante y después de las defraudaciones, las que resultan irregulares por los motivos expuestos en los acápites precedentes y que por la misma razón constituyen el acceso abusivo a sistema informático, que advierte de menos la censura. Recuérdese que el señor defensor cuestionó la atribución de este delito a su representada argumentando que no se probó en el juicio que el banco tuviera como requisito las consultas dentro del horario laboral.

A lo primero se le responde que suficientes elementos de convicción se aportaron al juicio por parte de la Fiscalía que demuestran la permanencia del acuerdo criminoso entre los miembros de la organización. Recuérdese que los investigadores de ésta que acudieron al juicio, manifestaron que las actividades criminosas se materializaron desde el año 2008 en esta ciudad de Medellín y se prolongaron por varios años, es decir, el acuerdo lo fue para la comisión de múltiples delitos contra distintas instituciones financieras como en efecto se hizo. En estas condiciones no resulta acertado afirmar que la infracción contra la seguridad pública no se concretó o es dudosa, como erradamente sostiene el censor, pues, reiteramos, el cúmulo de pruebas aportadas por la Fiscalía en este sentido, demuestran contundentemente su existencia y la responsabilidad penal de la acusada, cuya situación analizamos en esta parte del proveído.

También argumenta el ilustre abogado que si bien es cierto la señora CASTELLANOS PEDRAZA realizó varias consultas

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

en un mismo día al cliente fraude JOSÉ ALDEMAR USME, fue porque éste se lo pidió y aquella estaba en la obligación de acceder a esta demanda del cliente porque esa era su función, ya que no existía límite para los clientes al solicitar consultas. Siendo esto cierto porque el manual de autenticación de clientes no tiene una limitación tal, resulta lógico que el empleado que atiende al cliente, en la dinámica propia de su trabajo, desatienda una reiterada solicitud que fue varias veces satisfecha. En estos casos opera la racionalidad y la lógica en el desarrollo de esta actividad; no necesita que el manual recoja una disposición normativa sobre el tema. No puede olvidarse que el empleado bancario bien podía negarse a tramitar múltiples consultas sobre un mismo producto en un mismo día, para racionalizar el servicio.

Pero más allá de eso, lo cierto es que la señora CASTELLANOS hizo las consultas en un sitio distinto a su lugar de trabajo y en horas en las que no había iniciado su jornada laboral, hecho lo cual informó a USME sobre la liberación del cupo que posteriormente este retiró fraudulentamente, y que ese día se comunicó por su teléfono móvil con éste. La ejecución delictuosa en este evento de la acusada CASTELLANOS refulge nítida y contundentemente demostrada en el juicio, tal como lo expuso la primera instancia.

El sentenciador de primera instancia, con base en esos medios de convicción concluyó con certeza que JENNIFER CASTELLANOS ingresó ilícitamente a las bases de datos de Davivienda aprovechando su función como trabajadora de esta entidad bancaria. Ese ingreso resulta abusivo porque se hizo por

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

fuera de las previsiones contenidas en el manual que regula esta actividad y por eso refulge nítidamente la conducta de acceso abusivo a sistema informático, en los claros términos señalados por la Fiscalía y acogidos por la judicatura de primer nivel.

La defensa tiene razón cuando afirma que no en todas las consultas se contribuyó a los fraudes y que en muchas ocasiones no coincidieron la consulta y el traslado de fondos de crediexpress, pues eso dijo el perito de la Fiscalía JUAN CARLOS REYES MUÑOZ en su testimonio en el juicio, concluyendo que la consulta efectivamente no era condición necesaria para el fraude; así como se probaron fraudes sin consulta previa (véase el evento 79356287). Lo anterior porque no se puede generalizar la labor consultiva de todos los empleados del banco, ya que muchas de las consultas al sistema se cumplieron dentro de los cánones establecidos en el manual que tiene la entidad.

Pero ese no es el caso de la señora CASTELLANOS PEDRAZA, ya que se probó con suficiencia que las consultas concretas que la condujeron al estrado judicial por contribuir a la defraudación fueron las hechas a los 4 clientes fraude mencionados en los acápite anteriores, coincidentes esas sí con los actos fraudulentos de traslado de fondos de credi-express y otras acciones delictuosas que requerían necesariamente su intervención en la manipulación ilícita de las bases de datos.

Obsérvese que el perito de la Fiscalía que participó en el juicio, JUAN CARLOS REYES, mostró que la señora CASTELLANOS, consultó, además de JOSÉ ALDEMAR USME

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

(condenado por la vía de allanamiento a cargos), a otros 12 clientes fraude como GLORIA NIDIA OSPINA, ELSY ZAMORA NIEGO, DANIEL EDUARDO MAHECHA, LUIS ALEXIS GONZALO GIRALDO, JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES y MILTON PARRA HERMOSA (un total de 55 consultas), lo que realizaba previamente a la extracción fraudulenta de los dineros luego de liberados los cupos. La única explicación lógica a estas acciones delictuosas, es que los cuenta-habientes conocían con precisión la hora y el momento de la liberación de esos cupos, para lo cual requerían de la consulta que la funcionaria del banco les hacía previamente.

Es verdad como afirma el censor que el juzgador de primera instancia argumentó que los fraudes se cometieron principalmente por la desincronización del sistema informático del Banco Davivienda, pero ello no quiere decir, como entiende al señor defensor, que no hubiera considerado el a-quo las consultas que desplegó la acusada CASTELLANOS PEDRAZA como parte integrante del accionar de la banda, ya que esa era su cuota parte delictuosa, aprovechando su calidad de empleada del banco, con el propósito, reiteramos, de informar a los otros miembros de la organización al margen de la ley, la liberación de cupos, principalmente, para que aquellos procedieron a su retiro fraudulento.

Todos los hechos anteriormente señalados fueron puntualmente relatados por los siguientes testigos: JOHN ALEXANDER RESTREPO, investigador del CTI (sesiones del 2 y 3 de marzo de 2015), MÓNICA ANDREA ÁVILA, profesional de Auditoría Interna de Davivienda (sesiones del 3 y 4 de marzo 2015), FANNY VALENCIA ANDRADE, analista de comunicaciones del CTI (sesiones

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,

Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas

Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,

Acceso abusivo a sistema informático y estafa

Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087

(0526-16)

de 16 y 17 de junio de 2016), LEYDI JOHANA MUÑOZ, investigadora líder de la Fiscalía (sesiones de 17 y 18 de junio y 25 de noviembre de 2016), LORENA ENCISO DÍAZ, profesional del área jurídica de Davivienda (sesión del 27 de agosto de 2015), YEBRAIL ROMERO VARGAS del área jurídica de Davivienda (sesión del 28 de agosto de 2015), NELSON ELÍ SÁNCHEZ, Director de la sucursal Restrepo de Davivienda (sesión de 21 de septiembre de 2015), OLGA LUCÍA HERRERA NIÑO, Directora de la sucursal Centro de Davivienda (sesión del 22 de septiembre de 2015), LILIANA PATRICIA OTERO MOLINA, profesional del área tecnológica (sesión de septiembre 22 de 2015), PEDRO MARÍA AGUILERA BELTRÁN, JULIO ANTONIO BARRERA GIL y JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES, **testigos directos condenados por estos hechos** (sesiones de septiembre 26 y noviembre 26 y 27 de 2015); PABLO CÉSAR CASTAÑEDA CAMACHO y JUAN CARLOS REYES MUÑOZ, peritos en informática de la Fiscalía y Davivienda (sesiones de enero 20 y abril 26 y 27 de 2016).

Estos testigos manifestaron de manera certera y contundente, desde sus perspectivas y vivencias, lo ocurrido y la participación de los 4 empleados de Davivienda condenados en primera instancia en este proceso, en forma detallada y clara sin dejar lugar a dudas, respondiendo los fuertes contrainterrogatorios que los defensores les formularon, sin incurrir en contradicciones ni ambigüedades que permitan dudar de sus manifestaciones testimoniales.

b) Apelación del defensor del acusado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ y las apelaciones de la

Fiscalía y el representante de la víctima en punto de las absoluciones por los delitos de falsedad en documento privado y estafa

Preliminarmente se debe consignar que el defensor de la condenada JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA solicitó a la Sala declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, según él, por inadecuada sustentación ya que no atacó en su esencia los fundamentos del juzgador para absolver parcialmente a los acusados. No accederá la Sala a esta petición porque observa los mínimos argumentativos ofrecidos por el censor para tener como sustentado el disenso.

Sostiene el censor que la Fiscalía le formuló acusación porque uno de los investigadores introdujo al juicio una hoja contentiva de análisis link sobre un cruce de comunicaciones entre CUBIDES MUÑOZ y el cliente fraude JOSÉ ALDEMAR USME, pero al no haber sido interceptada esa comunicación, no se conoce de qué conversaron, ni cuándo se realizaron, es decir, no se probó que el acusado le avisara telefónicamente a USME y a otros cuenta-habientes fraude, lo de la liberación de cupos, lo que se traduce en que no se colectó prueba alguna acerca de la colaboración de CUBIDES con la organización criminal.

De conformidad con los medios de conocimiento aportados al juicio por la Fiscalía, enunciados en acápites anteriores, se tiene que el acusado realizó 164 consultas a clientes fraude, especialmente a JOSÉ ALDEMAR USME, varias de las cuales coinciden con liberación de cupos fraudulentos, y obviamente,

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

retirados; también con la devolución de cheques falsos consignados por éste y otros clientes fraude, como por ejemplo la consulta del 9 de septiembre de 2013 (un día antes se había presentado abono a la cuenta), y luego, al día siguiente, nueva consulta después de la devolución del cheque falso, para repetir el procedimiento ilícito con el mismo cliente de abono, retiro de recursos y devolución posterior del título apócrifo, todo lo cual necesariamente requería un detallado trabajo de coordinación con el empleado del banco que consultaba los abonos y la liberación de los cupos.

La Fiscalía demostró con los documentos ingresados al juicio y con los testimonios de los funcionarios de Davivienda ya mencionados, que CUBIDES fue quien consultó reiteradamente a USME y a otros clientes antes, durante y después de las acciones fraudulentas y extrañamente, se alternaba las consultas con su compañera sentimental JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, también acusada y quien lo hacía en horarios no laborales, además que ambos se comunicaban telefónicamente desde sus móviles con USME, uno de los más grandes defraudadores del sistema (condenado vía allanamiento a cargos). El a-quo en la página 45 de su fallo, detalla esa alternancia de consultas entre los esposos CUBIDES CASTELLANOS.

Contundente resulta la declaración del condenado (vía allanamiento) JOHN GUILLERMO SILVA CIFUENTES, uno de los clientes fraude, quien relató en detalle cómo le prestó su cuenta de crediexpress a la organización: le pidieron sus claves y consignaron cheques falsos, después lo citaron en la oficina de Davivienda donde trabajaba el acusado CUBIDES MUÑOZ con el propósito de cobrar

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

dos cheques que él giró de su cuenta (recuerda de uno por \$ 6.400.000). EDWIN N. y CERÓN, miembros de la banda, lo acompañaron y se dirigieron a una caja específica (pretendían cobrar los cheques). La cajera se retiró momentáneamente del cubículo y se dirigió a la Subdirección; de allí salió CUBIDES y se saludó muy efusivamente con EDWIN, conversaron un momento y finalmente CUBIDES MUÑOZ intervino ante la cajera para que pagaron los cheques. El testigo reconoció al acusado en la sala de audiencias.

La defensa impugnó la credibilidad de este testigo y en el libelo contentivo de la apelación lo cuestiona indicando que no precisó las cifras de los cheques cobrados y se equivocó en la sucursal de Davivienda en donde se realizó la operación mencionada en el testimonio. Siendo cierto esto, estima la Sala que se trata de divergencias narrativas que no afectan el fondo del asunto y que son propias de la prueba testimonial. Fácil se explica el error en la identificación de la sucursal por el gran número de operaciones fraudulentas que se hicieron en distintas sucursales de la entidad bancaria, pero indiscutiblemente no cabe duda de que el cobro de los cheques fraudulentamente girados por SILVA CIFUENTES, según lo expuesto en su intervención testifical, sí tuvo ocurrencia y resulta clara la participación del acusado CUBIDES en la empresa criminal que le endilga la Fiscalía.

Razón le asiste a la primera instancia cuando afirmó que la imprecisión en la identificación de la oficina resulta irrelevante en punto de la credibilidad del testimonio, porque describió detalladamente la oficina donde se produjo la operación y del

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

cupículo de la subdirección de donde salió CUBIDES, lo que confirmó el también testigo NELSON ELÍ SÁNCHEZ, director de esa oficina para la fecha de los hechos. Además, se demostró con este mismo testigo y con la declaración del entonces jefe de gestión humana de Davivienda YEBRAIL ROMERO VARGAS, que el acusado laboraba en esa sucursal Restrepo en esa fecha.

En consecuencia, no prospera la impugnación de credibilidad que hizo el censor a este testigo, pues su detallado relato y la identificación inequívoca del acusado, nos presenta un testigo coherente, claro y certero que amerita total credibilidad, además porque su relato encaja plenamente en el contexto probatorio y no se tiene algún medio de conocimiento que lo desvirtúe.

En la sentencia de primera instancia, el fallador sustenta debidamente y con buen respaldo probatorio las acciones desplegadas por CUBIDES afirmando que contribuyó exitosamente con la empresa criminal recibiendo documentos (algunos apócrifos) de parte de ALDEMAR USME para el aumento de cupos, realizar consultas a éste y otros clientes fraude antes, durante y después de las ilícitas operaciones y ayudando a EDWIN N. y JOHN GUILLERMO SILVA a cobrar unos cheques producto de una de esos fraudes.

Sin embargo, erradamente el sentenciador de primera instancia absuelve a CUBIDES por el delito de ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO, aduciendo que las irregulares consultas que hizo dentro de su dinámica criminosa, fueron dentro de su jornada laboral por lo que no se configura el delito, es decir,

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

para el a-quo esta infracción solo se configura si las consultas al sistema se hicieron fuera de la jornada de trabajo como sucedió con la esposa del acusado, JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, cuya situación ya analizamos, lo que evidentemente constituye una equivocación, dado que, como se desarrollará más adelante, en muchas ocasiones las consultas realizadas dentro del horario de trabajo del informador, se hacen al margen del reglamento que tiene Davivienda para el ejercicio de esta labor consultiva, el manual de identificación de clientes, siendo esto lo ocurrido con CUBIDES. Razón le asiste entonces a la Fiscalía al recurrir en apelación esta decisión absolutoria.

Por esta razón y por los argumentos similares que esgrimieron en su disenso los defensores de los dos acusados mencionados, debe la Sala hacer un estudio dogmático de este delito.

El artículo 269 A del código penal, bajo el epígrafe de *Acceso abusivo a un sistema informático*, es del siguiente tenor literal: *“El que, sin autorización o por fuera de lo acordado acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o con una medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”*.

Como antecedentes de este delito se tiene la Ley 1273 de 5 de enero de 2009, que adicionó un nuevo título (el VII)

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

al código penal y lo rotuló como "*De la protección de la información y de los datos informáticos*", con lo que se siguió los estándares técnico-dogmáticos sugeridos por el Convenio de Budapest del Consejo de Europa de 2003 contra la ciber-criminalidad. La figura fuertemente modificada por la mencionada ley fue el delito de acceso abusivo a sistema informático que había sido creado por el texto penal en su artículo 195, ubicado dentro del capítulo VII, Título III, orientado a punir la violación de la intimidad, reserva a interceptación de comunicaciones, y que la nueva ley 1273 de 2009 lo ubicó en el 269 A como figura que reprime los atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos que los contienen, procesan a transmiten en forma automática.

Con ese cambio el legislador colombiano garantiza la seguridad de las funciones informáticas contra los ataques ciber-criminales, de manera autónoma frente a los tipos penales tradicionales. Empero, la dinámica del nuevo tipo legal ha tenido tropiezos, pues el 5 de marzo de 2009 (dos meses después de entrar en vigencia la reforma, se expidió la Ley 1288, que modificó el artículo 269 A, eliminando la exigencia de que el sistema informático estuviera protegido con una medida de seguridad informática. Igualmente se modificó la punibilidad elevando de 4 a 5 años el mínimo punitivo.

Pero la Ley 1288 de 2009 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-913 de 2010, dejando vigente nuevamente los artículos 4º y 269 A de la ciber-reforma. Debido a lo anterior, por iniciativa del Gobierno Nacional y con el

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

objetivo de *"expedir normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal y se dictan otras disposiciones"*, se tramitó el proyecto de Ley Estatutaria No. 263 de 2011 (Senado) y 195 de 2011 (Cámara de Representantes) que proponía la modificación del artículo 269 A del código penal (artículo 40 del proyecto de Ley) así:

"Acceso abusivo a un sistema informático. El que, sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o no con medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el derecho legítimo de excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años y en multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes./La pena se aumentará el doble cuando el acceso abusivo beneficie a miembros de grupos armados al margen de la ley u organizaciones de crimen organizado, o cuando el acceso abusivo beneficie a gobiernos extranjeros".

Este proyecto fue duramente criticado por la doctrina porque el máximo de la pena de 10 años superaba los estándares internacionales que señalaban como máximo 5 años, lo que se consideraba proporcional y razonable; también por la inclusión de la agravante que recogió la figura del ciber-espionaje, construida bajo el concepto de un resultado de peligro muy etéreo y gaseoso que edificaba una cláusula general que se aproximaba a la vulneración del principio de legalidad. Finalmente, mediante sentencia C-540 de 2012, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 40 del proyecto de ley, quedando vigente entonces el artículo 269 A del texto penal adicionado por la Ley 1273

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

de 2009 (véase Revista de derecho comunicaciones y nuevas tecnologías No. 9 junio de 2013. El delito de acceso abusivo a sistema informático. Universidad de los Andes. Ricardo Posada Maya).

En punto del bien jurídico que afectan las nuevas conductas, explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia 42724 de 2015, en la que analizó a profundidad el delito de hurto informático:

“...el legislador colombiano advirtió que algunas formas delincuenciales en el ámbito de la informática, que trascendían, en muchas ocasiones, las fronteras nacionales, no estaban siendo objeto del reproche punitivo requerido, pues o no estaban reguladas o permanecían subsumidas en el ámbito de protección de otras garantías, verbi gratia, la intimidad, razón por la que se dio a la tarea de “crear” (así lo expresó literalmente el legislador de 2009) -léase reconocer- la vigencia de un nuevo bien jurídico que, de manera sistemática y específica, recogiera todos aquellos comportamientos dispersos a lo largo y ancho del Estatuto Sustantivo.

De este modo, mediante la Ley 1273 de 2009 “creó” el título VII bis “De la protección de la información y de los datos” y, en él, varios tipos autónomos que tendrían por objeto evitar la lesión de este interés jurídico, como el acceso abusivo a un sistema informático, la interceptación de datos informáticos, el daño informático, el uso de software malicioso, la violación de datos personales, por mencionar algunos; no obstante, al final del trámite legislativo menospreció las consecuencias -no advertidas inicialmente por cierto-, de regular dentro de este título conductas subordinadas a otros tipos básicos, como lo es el caso del reato de hurto por medios informáticos y semejantes...”

Algunas reflexiones dogmáticas sobre el delito de acceso abusivo a sistema informático en el que se afina la controversia, nos conducen a señalar que éste representa una de las principales amenazas a la seguridad informática y se puede llevar a cabo con diferentes finalidades, una de ellas muy frecuente es la que realizan los denominados **hackers** con el fin de averiguar el nivel de seguridad de los sistemas informáticos o para demostrar sus habilidades para vulnerar las medidas de seguridad que los protegen.

Empero, el acceso abusivo, llamado también "**intrusismo informático**" puede erigirse en una conducta instrumental a la comisión de delitos más graves contra la intimidad, la integridad y la disponibilidad de datos y de sistemas informáticos. Como antecedente internacional, tenemos que fue Italia el primero en castigar el simple acceso abusivo a un sistema informático (artículo 615 del código penal introducido con la Ley 23 de diciembre de 1993, que castiga con 3 años de reclusión el introducirse de manera abusiva en un sistema informático o telemático protegido por una medida de seguridad o de mantenerse contra la voluntad expresa o tácita de quien tiene el derecho a excluirlo), atendiendo la recomendación R 89 del Consejo Europeo sobre la lucha contra la criminalidad informática.

La conducta se puede aplicar respecto a las introducciones en un sistema informático realizada por parte de personas no autorizadas a acceder a éste (llamados **outsider**), pero también los accesos realizados por parte de empleados (llamados **insider**) que utilizan el sistema informático, al que han accedido de

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

manera legítima, para finalidades contrarias o diferentes a las autorizadas, que es el caso de los acusados en este proceso. Como nos ha mostrado la praxis judicial, cada día son más frecuentes los eventos de empleados –especialmente bancarios- que aprovechan su función dentro de la entidad para la cual trabajan que les permite hacerlo en sistemas informáticos para copiar, dañar datos o programas informáticos, e incluso para apoderarse de recursos económicos de manera ilícita, muchas veces formando parte de organizaciones delictivas, como aconteció en el evento que estamos examinando.

La doctrina europea, principalmente, se ha debatido en una fuerte polémica acerca de la posibilidad de subsumir en el delito de acceso abusivo en sistema informático o telemático, la conducta del **insider**. En torno a esta polémica, afirmó IVÁN SALVADORI, investigador postdoctoral de las universidades de Verona (Italia) y Barcelona (España):

*"Sobre esta cuestión, se han formado dos diferentes posturas: según la primera, que tiene en cuenta la conducta típica del "mantenerse" en un sistema informático o telemático contra la voluntad (expresa o tácita) del titular del "jus excludendi alios", el delito de acceso abusivo a un sistema informático, no sería aplicable solamente a los **outsiders**, sino también a los **insiders** que permanecen en un sistema informático para finalidades contrarias a su actividad laboral.*

*En cambio la otra toma de postura, sostiene que el acceso abusivo a un sistema informático se aplicaría solamente a los **outsiders**, es decir a los sujetos no autorizados a introducirse en un sistema informático (p.ej., **hackers** y **crackers** -personas que rompen o*

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

*vulneran algún sistema de seguridad-). Este delito en contra no se aplicaría a los **insiders** que, al estar autorizados a acceder a un sistema informático, nunca se introducirían en este de manera abusiva. Ellos podrían por lo tanto, responder solamente por las conductas autónomas cometidas después de haber accedido de manera legítima al sistema informático (p. ej., por revelar secretos, por la comunicación o utilización de informaciones reservadas, por los daños a datos y programas informáticos, etc.” (¿El delito de acceso abusivo a sistema informático se puede aplicar también a los insider? Revista No. 43 mayo a junio de 2013. Universidad Externado).*

Conforme al querer del legislador colombiano (véase la amplia exposición que hizo la Corte Suprema en su sentencia 42724 de 2015, sobre las discusiones en el Congreso de la República durante el trámite de la ley en la que se creó el tipo penal), el acceso abusivo al sistema informático aplica no solo para los *outsiders* sino también para los *insiders*, es decir tanto para quien no tiene autorización para el acceso al mismo, como para quien la tiene, pero que excede o se aparta de esa autorización, bien sea dentro de su horario laboral o fuera de él, lo que finalmente resulta irrelevante.

Veamos: el verbo rector *acceder* no plantea particulares problemas interpretativos. El acceso por lo general coincide con la correcta introducción de las contraseñas, puesto que a partir de ese momento será posible utilizar el sistema informático. Aclárese que el artículo 269 A del código penal colombiano (al igual que el 615-ter del italiano) no requiere, para la consumación de la conducta punible, la vulneración de medidas de seguridad (como inicialmente lo registró el legislador patrio en la ley declarada

inexequible por la Corte Constitucional). También debe aclararse que el legislador colombiano, a diferencia de los estatutos español (artículo 197.3 adicionado por la ley orgánica 5 de 2010) y alemán (artículo 202 (a) de 1986), el delito de acceso abusivo a un sistema informático no se clasifica como una modalidad de espionaje informático porque no se exige de *lege data* el conocimiento o la disposición de datos (***cracking malicioso***).

También prohíbe el artículo 269 A la conducta omisiva de mantenerse (permanecer) en un sistema informático contra la voluntad expresa o tácita de su titular. Esta modalidad no debe entenderse estrictamente en el sentido físico sino el seguir accediendo o permanecer conectado al sistema, excediendo eso sí los límites de la autorización como el caso del técnico informático autorizado para verificar el correcto funcionamiento del sistema, que después de cumplir su tarea, no se desconecta y conscientemente permanece en él, lo que genera la posibilidad de que pueda realizar otro tipo de actividades, incluso delincuenciales o de simple rastreo de datos.

SALVADORI plantea el ejemplo del abogado que proporciona a su secretaria las contraseñas para acceder a su propia cuenta de correo electrónico, únicamente para que verifique el horario de una cita que tiene con un cliente, pero ésta, después de haber cumplido con la orden, permanece en el sistema examinando otros *e-mails* de su jefe de orden personal.

En los dos casos anteriores estamos frente a la conducta de permanencia abusiva en el sistema informático, pues

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

teniendo autorización para ingresar al mismo (*insiders*) exceden los límites de ésta. Es una forma de permanencia abusiva en el sistema informático que contempla no solo el ordenamiento penal colombiano sino la mayoría de países que han tipificado esta conducta (Italia, Alemania y España en los preceptos antes mencionados, Argentina en el artículo 153 bis de su código penal y México en el artículo 112 del código penal federal).

El ingrediente normativo “abusivo” se refiere al uso indebido, excesivo o injusto y constituye una condición típica en cuanto que las dos modalidades comportamentales lo exigen (tanto el *outsider* como el *insider*). En cuanto al primero, no resulta muy difícil demostrar que se introdujo al sistema de manera abusiva porque no tiene permiso para hacerlo o porque consiguió ilícitamente las contraseñas para hacerlo.

El segundo, que es el caso de los acusados en este proceso, no queda duda alguna de que estaban autorizados para acceder al sistema a consultar los movimientos de las cuentas de los clientes. Como afirmaron los testigos de Davivienda que acudieron al juicio, les habían entregados dos contraseñas confidenciales para hacerlo, porque eso era parte de su trabajo en la entidad. Sin embargo, excedieron esa autorización porque fueron más allá, realizando consultas a muchos de los clientes fraude, con el inequívoco propósito de verificar cuándo se liberaban los cupos fraudulentamente cubiertos previamente mediante consignación de cheques falsos, obviamente aprovechando la desincronización de los sistemas del banco, como se explicó en los acápites anteriores, y

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

entregar la información a los cuenta-habientes fraudulentos, quienes inmediatamente utilizaban el nuevo cupo.

Es que Davivienda tenía un manual que bien conocían los empleados, denominado “*Manual de autenticación de clientes*” (evidencia documental No. 3 de la Fiscalía) en el cual, se delimitaba con precisión la función de consulta de clientes y su alcance, que en manera alguna era la de realizar consultas delictuosas para entregar la información a los otros miembros de la organización delincinencial. Indiscutiblemente, el hecho de mantenerse por fuera de esas condiciones autorizadas, resulta claramente abusivo, es decir, no autorizado. Por eso cuando las mencionadas condiciones de autorización fueron excedidas o desconocidas, quien antes se consideraba un *insider* legítimo, se convierte en un *insider* ilegítimo (*outsider*), es decir, un intruso del sistema informático. Resulta entonces equivocado concluir, como hizo la primera instancia, que es el horario dentro del cual se hicieron las consultas, la que determina la legitimidad o no de éstas. La conclusión es la de que el acceso al sistema que hicieron los 4 acusados, resulta abusiva porque lo hicieron en contravía de las condiciones previamente acordadas, contentivas en el manual de identificación de clientes, lo que indica que la autorización siempre fue clara para evitar dudas acerca de la dinámica de las consultas, lo que se hizo dentro de una relación laboral contractual en el sistema financiero, lo que agrava la conducta, de conformidad con el numeral 2º del artículo 269 H del código penal.

No puede olvidarse que los funcionarios de Davivienda que acudieron al juicio como testigos de la Fiscalía,

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

indicaron que en muchas ocasiones las consultas se realizaban después de terminada la jornada laboral de los empleados encargados de esta función ya que es regla de la entidad que debe atenderse a todos los clientes que se encuentren de las instalaciones después de la culminación del ordinario horario de trabajo. Además, muchas de las ilícitas consultas que hicieron los 4 acusados lo fueron dentro de su jornada laboral, lo que en manera alguna puede validar estos ilegítimos actos criminales. Resulta importante anotar que los acusados siempre tuvieron el dominio del hecho sobre la introducción de las órdenes dadas al sistema operativo informático, de lo que emerge su conocimiento y voluntad de 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.

En punto del bien jurídico protegido, además de las conclusiones a las que llegó la Corte Suprema en la sentencia de radicado 42724 de 2015, la doctrina ha sostenido que es pluriofensivo porque afecta un interés jurídico intermedio (la seguridad de la información y los datos informáticos), con lo cual se sanciona *"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"* (PICOTTI L. 2006. Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos. En AA.VV, el cibercrimen, nuevos retos jurídicos penales, nuevas respuestas político-criminales. Ed. Granada Pomares).

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Pero también se protege, según el autor antes citado, el bien jurídico personalísimo de la intimidad personal (véase también las sentencias C-913 de 2010, SU-056 de 1995 y T-814 de 2013), en su modalidad de la intimidad y la autodeterminación informáticas (derecho fundamental de cuarta generación). Otros autores como FIANDACA & MUSCO y SALVADORI (Italianos) hablan de la disponibilidad exclusiva del espacio informático y de la especial confianza y expectativa de intimidad informática del sujeto pasivo respecto de la incolumidad e inviolabilidad de los datos personales e informaciones sistematizados.

La Corte Constitucional en las decisiones antes referidas, adoptó estos conceptos de la doctrina en punto del bien jurídico de este tipo de infracciones penales, pero se destaca que estas presunciones de *iure* en los tipos de peligro, que eventualmente pudieran estimarse desproporcionadas y en contravía de principios como la ofensividad material (Véase V. QUINTERO OLIVARES & MORALES PRATS en Comentarios a la parte especial de derecho penal español. 9ª Edición Ed. Navarra), hace necesario reinterpretar la figura como un delito de peligro concreto (art. 11 del código penal colombiano), en cuanto se requiere un peligro efectivo contra los bienes jurídicos protegidos por el precepto penal.

Finalmente, debe indicarse, en punto del objeto sobre el cual recae la acción criminosa del acceso abusivo a sistema informático, que el tipo legal no protege directamente los datos o la información sistematizada personal contenidos en estos, sino que lo hace de manera indirecta o potencial. El precepto tampoco

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

contempla los actos de acceso a sistemas telemáticos (compuestos por elementos que se utilizan para la trasmisión y comunicación de datos a distancia o en redes).

Para finalizar el estudio del disenso del defensor del acusado CUBIDES, dígame que planteó que la Fiscalía no demostró que éste perteneciera a la organización criminal que lideraba YALILE ANDREA VILLA OROZCO ni que colaboraba con ésta, es decir, no probó el acuerdo criminal con JOSÉ ALDEMAR USME para defraudar el patrimonio de Davivienda.

No es de recibo para la Sala esa argumentación del censor porque contundentemente demostró la Fiscalía no solo el acuerdo criminal entre los miembros de la banda, especialmente algunos clientes fraude, y CUBIDES y su compañera JENNIFER CASTELLANOS, cuya situación analizamos anteriormente en este proveído.

En efecto, el investigador del CTI JOHN ALEXANDER RESTREPO VELÁSQUEZ, manifestó en su amplio testimonio la forma como operaba la organización criminal y las acciones de interceptaciones telefónicas (se interceptaron 200 líneas telefónicas) y el trabajo del agente encubierto que dieron como resultado la demostración del estrecho vínculo del cliente fraude JOSÉ ALDEMAR USME y el acusado CUBIDES MUÑOZ (minuto 38:30 del registro testimonial) al igual que su compañera sentimental JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Relevante resulta también el testimonio de la señora MÓNICA ANDREA ÁVILA CHAVARRO, auditora de Davivienda, quien explicó en detalle cómo CUBIDES y los otros acusados (también empleados de esa institución bancaria) realizaron las consultas irregulares a los clientes que defraudaron el banco, pues violaron el manual de autenticación del cliente sin ninguna justificación, por lo que fueron sancionados disciplinariamente y retirados del banco (los documentos que contienen la investigación interna fueron introducidos al juicio). En el mismo sentido depuso la analista del CTI FANNY VALENCIA ANDRADE, quien en un detallado testimonio hace claridad sobre el modus operandi de la ilícita agrupación delincuencia, y el importante papel que cumplieron los empleados de Davivienda, entre ellos el señor CUBIDES.

El anterior testimonio es confirmado por la señora LORENA ENCISO DÍAZ, quien adelantó los procesos disciplinarios contra los empleados de Davivienda en el año 2012 en punto de la liberación ilícita de los cupos de los credi-express, lo que se realizaba retirando la totalidad del cupo inicialmente otorgado en el portafolio, quienes cubrían el monto retirado con cheques falsos, y debido a la desincronización del sistema se liberaba nuevamente el cupo que era nuevamente retirado. Entre quienes así obraron, se encontraba el señor CUBIDES, por lo que se le aplicó la sanción disciplinaria.

Por su parte el empleado de la división jurídica de Davivienda YEBRAIL ROMERO VARGAS destacó que el fraude a la entidad superó los nueve mil millones de pesos (\$ 9.000.000.000) y que se demostró disciplinariamente que el acusado CUBIDES

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

MUÑOZ hizo consultas a los clientes fraude sin que estos estuvieran presentes, violando el manual de autenticación de clientes.

En fin, son tantos y tan contundentes los medios de conocimiento que aportó la Fiscalía al juicio, que fácil resulta la demostración de su conducta delictuosa tanto en la infracción contra la seguridad pública como en el acceso abusivo al sistema informático de Davivienda. Ni la menor duda se ofrece en cuanto a su dinámica participación en la empresa criminosa. Del contexto probatorio resulta muy relevante el testimonio de NELSON ELÍ SÁNCHEZ, jefe de la oficina en la trabajaba CUBIDES MUÑOZ y su esposa, y quien explicó cómo éste no solo consultó ilícitamente al cliente JOSÉ ALDEMAR USME, sino que, conociendo a plenitud la situación, no le informó del enorme sobrecupo que, por las maniobras fraudulentas, había acumulado USME, lo que se explica en la connivencia criminosa que tenían.

Tiene razón la Fiscal interviniente ante este estrado como apelante de las absoluciones, cuando afirma que con tan contundente contexto probatorio, la defensa no desvirtuó ninguno de los medios de conocimiento que aportó al juicio, en el cual con certeza total probó las conductas punibles de concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático por parte de los empleados del multicitado banco. De tal suerte que las absoluciones dispuestas por la primera instancia en torno a este último delito, deben revocarse para darle paso al juicio de reproche que deprecia la fiscal censora.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

De otro lado, así como a la señora JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA, al acusado CUBIDES MUÑOZ el sentenciador de primera instancia los absolvió por los delitos de estafa en la modalidad de delito continuado y falsedad en documento privado, por los cuales también fueron acusados. El argumento central del a-quo en punto de la primera infracción es que no se demostró el provecho económico de los acusados, y en lo que tiene que ver con el delito contra la fe pública, estima que no obstante CUBIDES haber recibido los documentos de manos de USME, contentivos de datos falsos, éste no conoció su contenido ni se aportó prueba alguna sobre la participación en la elaboración o el uso de los documentos privados apócrifos, lo que lo condujo a la absolución, lo mismo que la señora CASTELLANOS PEDRAZA.

La Fiscalía apela las absoluciones de que fueron objeto los anteriores acusados en punto de los delitos de falsedad en documento privado y estafa en la modalidad continuada, porque estima que los 12 cheques emitidos fraudulentamente por JOSÉ ALDEMAR USME y devueltos por las causales 4 (librado en chequera ajena), 6 (cuenta saldada), 8 (orden de no pago), 11 (instrumento aparentemente falsificado) y 12 (firma no registrada), fueron efectivamente usados siendo falsos, en lo que tuvo participación CUBIDES MUÑOZ, lo mismo que su esposa JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA.

También se tiene, dice la Fiscalía censora, que CUBIDES recibió 3 solicitudes de crédito de manos de USME que contenían información parcialmente falsa, como las direcciones de la empresas *Funprocop*, *Asadero Mi cabaña* y *Asadero Cochinillo* y

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,

Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas

Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,

Acceso abusivo a sistema informático y estafa

Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087

(0526-16)

mamona. Tampoco coincidía con la realidad lo relativo a las actividades comerciales de USME (las que relacionó en las solicitudes de crédito) ni era propietario del inmueble que referenciaba. Todo ello, según la Fiscalía, para inflar su status económico y hacerse ver como una persona económicamente solvente, con lo que le concederían el portafolio de Davivienda y la ampliación de los cupos crediticios.

Según la Fiscal recurrente, al formar parte del entramado criminoso, los dos acusados son responsables de estos dos delitos, bien por autoría ya por coautoría impropia ora por complicidad, dado que el aporte surtido por los dos acusados fue la de recibir las solicitudes de crédito o aumento de cupo, luego realizar consultas previas a la liberación de esos cupos y finalmente volver a consultar la devolución de los títulos apócrifos para suministrarle dicha información a los clientes fraude.

En cuanto a las estafas en la modalidad continuada, reitera los actos de participación de CUBIDES y CASTELLANOS mencionadas en el acápite anterior, para colegir que también constituyen ese delito. El defensor de aquél sostiene que el hecho de que hubiera recibido las solicitudes de crédito y aumento de cupo de manos del señor USME, no significa necesariamente que conociera alguna irregularidad consignada en los mismos por el cliente, además que la aprobación final no era función suya, sino simplemente darle trámite. Además, no se probó finalmente que la documentación fuera apócrifa o que contuviera información falsa.

Examinemos entonces la controversia en punto de estas dos infracciones:

(i) La falsedad documental

La falsedad en documento privado, de acuerdo a la sistemática adoptada por el ordenamiento penal, comprende estructuralmente dos actos: la falsificación del documento y el uso del mismo. Este último ha generado fuertes debates en torno a considerar si en un caso concreto existe o no concurso real entre la falsedad documental y la estafa. Antaño la Corte Suprema, en una primera etapa se pronunció en forma contraria a la posibilidad del concurso, pero posteriormente varió esa posición, para admitirla.

Falsifica el documento quien altera el soporte documentario o su contenido, o ambos. Usa el documento apócrifo quien lo introduce de alguna manera en el tráfico jurídico poniéndolo en vía de desplegar los efectos que el autor de la falsedad y el usuario han previsto al falsificarlo. El uso se considera agotado desde el momento en el que el acto saca el documento falso de su esfera de dominio o disposición, en el sentido material y jurídico, es decir, cuando pierde el control sobre el mismo por haberlo ingresado materialmente al tráfico jurídico, con toda su potencialidad falsaria. Finalmente debe consignarse que de tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia consolidó el criterio de que en la falsedad en documento privado, también opera la modalidad ideológica cuando el creador consigna datos que no corresponden a la realidad.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

La Fiscalía imputó y acusó a CUBIDES y CASTELLANOS por falsedad ideológica en documento privado por dos acciones diferentes, cada una reiterada: por la devolución de 12 cheques que consignó JOSÉ ALDEMAR USME, los que no se hicieron efectivos, según el banco por varias causales, entre ellas orden de no pago, firma no registrada, cuenta saldada, librado en chequera ajena y uno de ellos **aparentemente** falsificado.

Como afirma la defensa, la Fiscalía no profundizó en este tema de los cheques devueltos y prácticamente no aportó medio de conocimiento directo que vinculara a los dos acusados con su expedición y trámite. Se demostró sí que fue el señor USME quien los giró para cubrir los retiros del crediexpress y permitir la liberación del cupo, pero nada en el proceso afirma que CUBIDES y CASTELLANOS hubieran conocido, permitido o tramitado esos títulos valores, pues su cuota parte criminosa dentro de la organización al margen de la ley (por lo que se les reprochó el concierto para delinquir) era la de acceder abusivamente al sistema informático del banco para enterarse de los movimientos en las cuentas de los clientes fraude y enterarlos del momento en el que se liberaban fraudulentamente los cupos, de tal suerte que lo que estos hicieron para concretar el fraude, como girar cheques sin fondos o dar injustificadamente orden de no pago o de cuenta ajena, que no conocían los acusados, no se les puede endilgar, además que no se probó en concreto que estos hechos estuvieran dentro del plan criminoso.

Pero es más, varios de los títulos cuestionados, en estricto sentido no pueden considerarse falsos, por ejemplo aquellos

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

a los que se les dio orden de no pago o los que la firma no coincidía con la registrada o el que **aparentemente** sería falso, sin que se hubiese concretado si en realidad era o no apócrifo. En fin, nada de esto estableció la investigación y en estas condiciones, difícilmente puede decirse que los acusados coparticiparon en la infracción contra la fe pública que les endilgó la Fiscalía.

El otro hecho que a juicio de la Fiscalía constituye falsedad en documento privado corresponde a la presentación, por parte de JOSÉ ALDEMAR USME, de documentos con los que soportaba sus peticiones de otorgamiento de crédito o aumento de cupo. Se trata de 6 solicitudes presentadas por aquel, 3 de las cuales fueron recibidas por CUBIDES para imprimirle el trámite correspondiente.

En sentir de la Fiscalía son documentos ideológicamente falsos porque siendo auténticos y presentados debidamente por quien debía hacerlo, contienen información **parcialmente** falsa, concretamente las direcciones donde estaban ubicadas las empresas referenciadas (Funprocop, Asadero Mi cabaña Y Asadero Cochinillo y mamona); tampoco era el propietario del inmueble que indicó habitaba, y, sus actividades comerciales no correspondían estrictamente con las que desempeñaba.

Tampoco por este hecho podemos afirmar tan contundentemente que CUBIDES, y menos la señora CASTELLANOS, quien ningún contacto tuvo con los documentos en cuestión, incurrieron en el punible de falsedad en documento privado, porque como afirma el a-quo, no se probó que hubiera sido

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

aquel quien llenó los formularios pro forma contentivos de la información ni se estableció que de alguna manera orientó al peticionario para hacerlo de tal o cual forma.

Pero, principalmente, porque el testigo experto que contrató DAVIVIENDA para verificar la información consignada en los formularios, JUAN PABLO CASTAÑEDA CASTAÑO, indicó que: el inmueble que ocupaba USME en realidad es de propiedad de su esposa (o de la sociedad conyugal), que aunque no identificó los negocios mencionados por el peticionario, sí los encontró registrados en la Cámara de Comercio, de tal manera que lo que se consideró como datos parcialmente falsos, podría tratarse de imprecisiones. Debe aclararse sí que los empleados de Davivienda que recibían la documentación de los clientes no tenían la facultad ni de verificar su legitimidad ni de aprobar las solicitudes de crédito o aumento de cupos.

En estas condiciones, razón le asiste a la primera instancia cuando concluyó que en punto de la falsedad en documento privado, el asunto resulta bastante dudoso y por ello, no queda más que absolver a los acusados por esta infracción. En esta parte se confirmará la decisión de primer nivel.

(ii) La estafa en la modalidad continuada

El artículo 246 del código penal describe la conducta punible de estafa indicando que la comete quien obtiene provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños. Se

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

trata de un tipo penal de lesión en cuanto se identifica al sujeto pasivo como la persona titular del patrimonio económico, cuyo detrimento es ocasionado por la ejecución de la conducta. El verbo determinado *obtener* indica conseguir o alcanzar el provecho económico ilícito, utilidad o ventaja.

Resulta necesario que la obtención del provecho ilícito por parte del autor de la conducta sea correlativo al perjuicio del sujeto pasivo de la misma, y que sea consecuencia del error determinado por artificio o engaño, siendo lo verdaderamente relevante la influencia de los artificios engañosos en la víctima para la producción del resultado.

De lo anterior se colige que realiza el delito de estafa la persona que obrando con ánimo de lucro utiliza un ardid o maniobra engañosa para producir un error en el sujeto pasivo induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero, lo que se traduce en una doble relación de causalidad: la acción engañosa debe ser causa para producir el error y a su vez el error debe ser la causa que conduzca a la víctima a desprenderse de sus bienes en beneficio del estafador o un tercero. La estafa se consuma cuando el agente obtiene el beneficio económico ilícito.

En conclusión son elementos de esta infracción a la ley penal: a) el empleo de maniobras fraudulentas o engañosas, b) El error de la víctima producido por esas maniobras, c) la obtención de un provecho ilícito por parte del agente y el correlativo detrimento patrimonial de la víctima, y d) la necesaria relación de

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

causalidad entre el empleo de las maniobras dolosas y la entrega del bien patrimonial. Debe aclararse que la jurisprudencia ha sostenido que también se considera maniobra engañosa, o por lo menos tiene el mismo alcance jurídico, el silencio u omisión de sacar a otro del error siempre que tal comportamiento sea obligación o deber del agente.

Pues bien, la Fiscalía y el representante de la víctima, que apelan las absoluciones por el delito de estafa continuada que decretó la judicatura de primera instancia a favor de los acusados, sustentan su disenso indicando que los actos materiales llevados a cabo por estos (recibir las solicitudes de crédito o aumento de cupos, efectuar consultas previas a una consignación de cheque para liberar cupo o consultar el depósito y la devolución y suministrar la información a los miembros de la organización), constituyen una importante aporte criminoso que demuestra que querían la realización de la estafa. Añadió el apoderado de Davivienda que al otro día de la captura, los empleados de la entidad bancaria, en las instalaciones a donde fueron conducidos, se hacían señas con otros miembros de la organización delincuencia y que la desincronización del sistema del banco fue aprovechada por los defraudadores para apoderarse del dinero de la institución. En conclusión, los recurrentes no observan dudas en ninguno de los delitos ni en la responsabilidad de los acusados.

Además, afirma el apoderado de Davivienda, el sentenciador de primera instancia se equivocó al plantear dudas en punto de la estafa y los otros delitos por los que los absolvió, porque

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

erró en la inferencia lógica de los indicios dado que nos los articuló lógicamente y por eso, al asignar el mérito suasorio a los hechos indicadores desconoció las reglas de la experiencia y la sana crítica, lo que lo condujo a observar dudas que en realidad no existen.

Sea lo primero aclarar que el sentenciador de primera instancia en el fallo se refirió al delito de estafa masa que la Fiscalía imputó a los acusados y por los cuales los absolvió. Sin embargo, la representante de la Fiscalía no consideró esta modalidad de la estafa sino que la calificó como continuada (parágrafo del artículo 31 del código penal), que resulta completamente diferente a la que estimó el a-quo. Una es la modalidad masa, que se caracteriza por la multiplicidad de víctimas (en este caso solo funge como tal Davivienda) y que la Fiscalía ni siquiera mencionó, y otra la modalidad continuada, que aunque se halla en el mismo precepto de la anterior, es un instituto diferente, pues se refiere a un concurso homogéneo sucesivo de un delito que tiene una identidad de víctima, victimario y modus operandi.

Para la Sala, el perfil típico de la estafa no encuadra estrictamente en los hechos de este proceso, pues la descripción de la conducta que hace el legislador, no se adecua plenamente a las acciones que desplegaron los 4 acusados empleados de Davivienda y si bien es cierto, como se ha expuesto ampliamente en los acápites precedentes, en el juicio se demostró con suficiencia que aportaron una cuota parte criminosa desde el interior de la entidad bancaria, accediendo abusivamente al sistema informático e informando la liberación de cupos a los otros miembros de la cofradía delictuosa, no se demostró que hubiesen utilizado artificios o maniobras

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

engañosas para inducir a la víctima en error y entregar su patrimonio.

Sencillamente se apartaron de las normas internas establecidas en el manual de autenticación de clientes, tornando en abusivo su ingreso al sistema informático, con el indiscutible propósito de enterarse de la liberación de cupos que irregularmente gestionaron otros miembros de la banda y coadyuvar a su fraudulenta captación, lo que indudablemente los muestra como responsables de las conductas punibles de concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático.

Pero en esta actuación, francamente no encaja el delito de estafa porque no se agotan con estrictez los elementos típicos que contiene el precepto normativo. Mejor hubiera sido el hurto por medios informáticos y semejantes que regula el artículo 269 I del código penal, modificado por el artículo 1º de la Ley 1273 de 2009, vigente para el momento de la comisión de las acciones reprochadas a los acusados y que olvidó por completo la Fiscalía, sin que pueda ahora la Sala, para no afectar el principio de congruencia, estimarlo.

De otro lado, resulta necesario acotar que los censores no presentaron una argumentación suficiente en punto del delito de estafa, pues se limitaron a reiterar los hechos relevantes del proceso para concluir que indican el propósito de cometer esta infracción. No precisaron qué maniobras engañosas emplearon los acusados para inducir en error a la víctima, ni en qué consistió ese error, aclarando que la desincronización del sistema informático del

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

banco no puede considerarse un error generado por los procesados, sino una deficiencia en la seguridad informática que bien era conocida por los directivos de la institución.

Por lo antes expuesto, estima la Colegiatura que bien hizo la primera instancia al absolver a los acusados por el delito de estafa que les endilgó la Fiscalía, ya que no cobró fuerza probatoria en el juicio oral.

c) Las apelaciones de la Fiscalía y el apoderado de Davivienda en punto de las absoluciones de las acusadas EDNA YISET ANGARITA ROJAS y YENNI MARCELA MALAVER MOLINA

a) EDNA GISET ANGARITA ROJAS

Argumenta la judicatura de primera instancia que si bien es cierto la señora ANGARITA consultó a varios clientes fraude, esas consultas fueron hechas en horario de oficina y ninguna coincide con el evento de cheques devueltos. Además, no se demostró que al momento de realizarlas no estuviera el cliente presente, de tal suerte que no existen medios de conocimiento que la vinculen con la empresa criminal ni se puede afirmar con certeza que accedió abusivamente a medio informático, pues las consultas eran parte de su trabajo. Destaca que Davivienda no la investigó disciplinariamente y por eso no se tiene elemento probatorio alguno que indique obró al margen de las disposiciones reglamentarias

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

internas para adelantar esa labor consultiva, por lo que la absolvió de los cargos que le fueron imputados.

La Fiscalía y la representante de la víctima cuestionan los anteriores argumentos afirmando que con los testimonios de los funcionarios de Davivienda y los peritos PABLO CÉSAR CASTAÑEDA y JUAN CARLOS REYES se demostró que la señora ANGARITA consultó al cliente fraude ALVIO CORTÉS en múltiples oportunidades, además de haberle recibido, el 14 de mayo de 2010, una solicitud de crédito que contenía documentos falsos, lo mismo que RICARDO PINEDA SALAMANCA. Añadieron que Davivienda no le siguió investigación disciplinaria porque se retiró de la institución.

La Fiscalía destaca que la acusada recibió documentación y consultó a varios clientes fraude, cuando laboraba en la sucursal KENNEDY, sucursal que fue mencionada varias veces en las interceptaciones telefónicas como una donde había funcionarios de Davivienda apoyando a la organización delincriminal, lo que no puede ser una casualidad. Añadió que si bien es cierto los informadores como la señora ANGRITA no aprueban los créditos, sí deben hacer una revisión previa de los documentos que le son presentados, como una especie de pre-aprobación y luego le dan el trámite ante los competentes para la aprobación final.

Añadió que el a-quo le dio poco valor probatorio al testimonio de LEIDY JOHANA RAMÍREZ, investigadora líder de la Fiscalía, quien manifestó que se comunicó con un hermano del

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,

Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas

Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,

Acceso abusivo a sistema informático y estafa

Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087

(0526-16)

cliente fraude RICARDO PINEDA, persona que le entregó información sobre la sucursal donde supuestamente empleados apoyaban a la banda, siendo allí donde la acusada le recibió la solicitud de crédito a PINEDA con documentos aparentemente falsos, además de guardar silencio sobre la irregularidad que presentaban los productos de éste, es decir, no le informó a su jefe inmediato sobre la irregularidad en la utilización de la totalidad del cupo. Finalmente, que si bien es cierto en esa sucursal laboraban otras empleadas, los indicios apuntan a que fue EDNA la que colaboraba con la empresa criminal.

Ninguna duda se presenta en relación con el hecho de que la señora EDNA YISET ANGARITA recibió la documentación de solicitud de crédito de manos de los clientes fraude ALVIO CORTÉS y RICARDO PINEDA SALAMANCA y que los anexos documentales podrían contener datos no coincidentes con la realidad, bien falsos, ya contentivos de imprecisiones. Cada uno de ellos asumió su responsabilidad por esto en procesos separados. Lo importante es la actuación de la señora ANGARITA en punto de las supuestas falsedades.

Como se indicó en acápites anteriores, cuando se estudió lo relacionado con otros acusados por esta misma actuación, en el juicio se demostró con claridad que los empleados denominados *informadores*, como EDNA YISET ANGARITA, tenían, dentro de sus funciones, la de recibir las solicitudes de créditos que presentaban los clientes del banco con sus respectivos soportes documentales y darles el trámite ante quienes tenían la responsabilidad de verificar la veracidad de los mismos, lo que se

traduce en que la acusada no tenía la facultad de aprobar o no la solicitud de crédito.

La revisión documental de que habla la Fiscalía era simplemente la constatación de que las piezas documentales estuvieran completas y correspondieran a quien formulaba la petición, **no la verificación de si eran o no falsas**. Por eso resulta exagerado calificar esa revisión como una pre-aprobación. En consecuencia, la simple recepción y revisión de las solicitudes en cuestión, no pueden constituir un hecho indicador de conducta criminosa alguna por parte de los informadores, como erradamente consideran los censores. Tampoco puede serlo el que hubiera guardado silencio en torno al sobrecurso utilizado por ALVIO CORTÉS, pues resulta un problema cotidiano con los clientes, además que no se profundizó en este aspecto, ya que no se indagó por qué EDNA YISET no alertó a su superior inmediato sobre ese desbalance financiero del cliente.

De otro lado, también formaba parte de sus funciones, llevar a cabo las consultas de los clientes, que debían tramitarse conforme al *manual de autenticación de clientes* que para este caso tenía Davivienda, que no era más que la exigencia de que el cliente estuviera presente y se identificara con su cédula de ciudadanía y que se realizara en la oficina del banco donde laboraba el *informador*.

En el caso concreto de la acusada ANGARITA, tenemos que recibió dos solicitudes de crédito a clientes fraude, con documentos contentivos de datos apócrifos, como ALVIO CORTÉS

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

CHAUX a quien consultó 57 veces entre los meses de mayo a octubre de 2010, todas dentro del horario de trabajo, sin que alguna de esas consultas coincidiera con los eventos de cheques devueltos, según informaron en sus testimonios el perito de Davivienda y de la Fiscalía JUAN CARLOS REYES. También consultó en dos ocasiones a MARIA ISABEL MARTÍNEZ, dentro del horario laboral sin que coincidiera con cheque devuelto. A JIMMY ALEXANDER GONZÁLEZ, otro cliente fraude lo consultó 7 veces en horario de oficina sin que alguna de ellas coincidiera con la transferencia ilegal de \$ 11.000.000 que hizo el cuenta-habiente. Otro tanto ocurrió con el cliente fraude JOHN JAIRO SÁNCHEZ, a quien consultó 15 veces dentro del horario de trabajo sin que alguna de las consultas coincidiera con las ilícitas transferencias que éste hizo.

Tenemos entonces que la señora ANGARITA efectivamente recibió a dos clientes fraude solicitudes de crédito con documentación falsa y le dio el trámite ordinario ante el grupo de empleados encargados de la aprobación o no de las solicitudes. También se tiene que consultó en repetidas ocasiones el estado de cuentas de estos y de otros cuenta-habientes que participaron en la defraudación al banco. Desde esta óptica, tienen razón los apelantes en cuanto afirman se demostró en el juicio las actuaciones de la acusada.

Empero, esos actos formaban parte de sus funciones como *informadora* y, como afirma el sentenciador de primer grado, no se probó que las consultas hubieran coincidido en el tiempo con las transferencias ilícitas que realizaron los denominados clientes fraude (consignación de cheques,

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,

Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas

Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,

Acceso abusivo a sistema informático y estafa

Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087

(0526-16)

devoluciones, retiro de fondos, etc.). Tampoco se demostró y ni siquiera planteó que hubiera tenido comunicaciones telefónicas institucionales o privadas con los miembros de la organización, como sí ocurrió con los procesados CASTELLANOS y CUBIDES, cuya situación se estudió en los acápite precedentes.

Claro está que el número de consultas, especialmente a los movimientos de ALVIO CORTÉS, no dejan de generar dudas, como plantean los censores, pero indudablemente estas acciones se realizaron conforme a las normas que tiene el banco y en estas condiciones, al no existir otros medios de conocimiento que demuestren la señora ANGARITA trabajaba para la organización criminosa o que de alguna manera coadyuvó con las múltiples defraudaciones llevadas a cabo, no resulta procedente emitirle juicio de reproche alguno.

En su testimonio, la investigadora líder de la Fiscalía LEIDY JOHANA MUÑOZ JARAMILLO planteó que un cliente de cheque devuelto le manifestó que había recibido indicaciones de llevarle a una funcionaria de Davivienda los documentos en la sucursal donde trabajaba la acusada ANGARITA, pero no identificó a qué funcionaria y ni siquiera su nombre, por lo que resulta bastante deleznable simplemente concluir, sin más, que se trataba de EDNA YISET ANGARITA, pues, como afirma el a-quo, varias empleadas trabajaban en esa sede. Indudablemente estos no son hechos indicadores que permitan la construcción de un indicio grave ni necesario suficiente para condenarla.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Razón le asiste a la judicatura de primera instancia cuando cuestiona a la investigadora líder de la Fiscalía por no ofrecer con certeza el nombre de ese cliente, ni su identificación o algún dato que permitiera su ubicación para que se hubiese llevado como testigo al juicio, por lo que la información de la señora MUÑOZ JARAMILLO no se concretó ni se puede con ella deducir algún tipo de responsabilidad a la acusada.

En conclusión, comparte la Sala la decisión del Juez de absolver a la señora EDNA GISET ANGARITA ROJAS, ya que no se demostró con certeza su participación en la empresa delictuosa y por ende su responsabilidad.

b) YENNI MARCELA MALAVER MOLINA

Sostiene la censura que consultó 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. Esas consultas se hicieron entre el 20 de octubre de 2010 y marzo 22 de 2011, por lo que considera la Fiscalía que en 151 días un cliente no va a ir al banco 144 veces a consultar, por lo que deduce YENNI realizó muchas de ellas sin que el cliente estuviera presente, lo que constituye un acceso abusivo a sistema informático. Además, fue esta acusada quien le recibió la solicitud de crédito a BEJARANO con soportes documentales parcialmente falsos (falsedad ideológica en documento privado).

Añade la Fiscalía censora que con el testimonio del perito JUAN CARLOS REYES se demostró que la señora MALAVER

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

consultó 2 veces a BEJARANO, el 20 de octubre de 2010, por fuera de su horario de trabajo, y 5 veces el 30 de noviembre de ese mismo año, después de terminar su jornada laboral, consultas que coinciden con los eventos fraude.

El sentenciador de primera instancia la absuelve, aunque admite que se probaron consultas ilegales fuera del horario de trabajo y una comunicación telefónica particular con un cliente fraude, a quien consultó 147 veces, observa dudas en la responsabilidad, es decir, los medios de conocimiento aportados por la Fiscalía en el juicio, no son concluyentes y no le permiten la certeza suficiente para condenarla. Destaca, por ejemplo, que en una ocasión le informó a su jefe inmediato del desbalance en la cuenta del señor BEJARANO.

Contrario a lo planteado por el Juez de primer nivel, considera la Sala que sí se colectaron en el juicio contundentes medios de convicción que nos permite adquirir la certeza de las conductas punibles de concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático por parte de la señora MALAVER, suficientes para proferirle el correspondiente juicio de reproche, tal como lo solicitan la Fiscalía y el apoderado de la víctima. Veamos:

Uno de los clientes fraude más dinámicos de la organización criminal fue el señor LUIS HERNANDO BEJARANO quien defraudó el patrimonio de Davivienda por la suma de \$102.137.105, empleando el denominado "*jineteo*" que adoptó la cofradía a través de los más de 130 cuenta-habientes, cuyo procedimiento concretó en las siguientes acciones, en las cuales se evidencia certeramente

la participación de la señora MALAVER, tal como lo relata en detalle la Fiscalía censora:

Como lo indicó el perito JUAN CARLOS REYES en su testimonio, complementada con la evidencia ilustrativa que aportó, la acusada consultó a BEJARANO, **por fuera de su horario de trabajo**, el 20 de octubre de 2010 a las 08:37:45 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.

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. Al haber consultado al mencionado cliente fraude por fuera de su horario e incumpliendo el manual de autenticación que regula esta actividad, claro refulge el delito de acceso abusivo a sistema informático, como se señaló al estudiar la situación de los también acusados JENNIFER CASTELLANOS y FREDY CUBIDES.

Pero es más, también la señora MALAVER consultó varias veces al mismo BEJARANO, después de terminada su jornada laboral, el 30 de noviembre de 2010, según la evidencia presentada

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

por los peritos que acudieron a testimoniar al juicio oral, claramente coincidentes con eventos fraude, además de otras consultas dentro de la jornada de trabajo, también asociadas a retiros fraudulentos de los cupos, como las realizadas en la oficina *Museo del oro* según lo demostrado por los peritos.

En total fueron 144 consultas en 151 días, por lo que resulta válida la reflexión que hace la Fiscal recurrente: difícilmente una persona va 144 veces al banco a gestionar consultas a sus productos cuando tiene su propia clave para hacer la consulta por cajero electrónico. Fácil se concluye, entonces, que en muchas de las consultas, además de las que se demostró en el juicio, BEJARANO no estaba presente en la oficina, lo que, reiteramos, le da cuerpo al delito de acceso abusivo a sistema informático.

Como se estableció con el testimonio del perito JUAN CARLOS REYES, la acusada consultó el 3 de diciembre de 2010 en 5 ocasiones la cuenta de BEJARANO y minutos después, ese mismo día realiza 5 transacciones fraudulentas por \$ 23.100.000 y el 6 de diciembre otras 5 por \$ 6.800.000, precedidas de consultas irregulares. Como fácil se observa, estamos frente a una sincronizada actuación del cliente fraude con la acusada, que permitió la ilícita apropiación de dinero de la víctima en cantidades relevantes.

Como argumenta la Fiscalía el 3 de diciembre de 2010, se hicieron 5 consultas y seguidamente, después de cada una de ellas, 5 fraudes. Se demostró que en la mañana de ese día

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

MALAVER hizo un total de 15 consultas a BEJARANO en 4 horas, lo que se sale de toda lógica. Como se explicó anteriormente, el fraude consistía en obtener primero el cupo en el crediexpress o tarjetas de crédito, retirar la totalidad del mismo, posteriormente liberar nuevamente el cupo consignando cheques falsos, para seguidamente, aprovechando la desincronización del sistema, volver a retirar el cupo. Necesariamente ello se facilitaba con la acción de los empleados de Davivienda como CASTELLANOS, CUBIDES y MALAVER, contra quienes se aportaron suficientes medios de conocimiento que los vinculan con la empresa criminal.

La primera instancia absuelve a la acusada porque encuentra dudas en el tema de las consultas fuera del horario de trabajo y porque no observa consultas previas a los eventos fraudulentos. Sin embargo, como se anotó en precedencia, contundentes son los medios de conocimiento que demuestran los dos extremos que para el a-quo son dudosos. De otro lado, al igual que los acusados CASTELLANOS y CUBIDES, también se estableció con certeza que la señora MALAVER tuvo contacto telefónico privado con LUIS HERNANDO BEJARANO, el cliente fraude más cercano a ella y a quien consultó previamente el mismo día de las defraudaciones, lo que la vincula certeramente con la empresa delictuosa. Ella está exactamente en la misma situación de los esposos CUBIDES CASTELLANOS y por tanto aplica para ella las consideraciones que se hicieron para estos en punto de los delitos de concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático, como lo dice la Fiscalía censora.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Contradictoria refulge la conclusión del sentenciador primario si observamos que en el cuerpo de su fallo admite que una de las consultas la hizo antes de que se abriera la atención al público y por lo tanto el cliente no estaba dentro de la oficina y no se identificó como lo dispone el manual de autenticación de clientes. Este solo hecho constituye un acceso abusivo al sistema informático, como se indicó anteriormente cuando se analizó el aspecto dogmático de la infracción. También admitió el Juez en su fallo que se probó la acusada se comunicó desde su celular con LUIS HERNANDO BEJARANO, el día que hizo las consultas ilícitas y se presentó la defraudación al banco.

Estos elementos probatorios, reconocidos por el fallo de primera instancia, fueron dejados de lado para abrirle paso a una duda que no se sabe de dónde la sacó ni cuál es su fundamento, pues poco o nada explicó sobre el tema. Por eso tienen razón los censores, especialmente la Fiscalía, cuando deprecaron la remoción de la absolución de la señora MALAVER para, en su lugar, proferirle condena, a lo que accederá la Sala.

El defensor de la acusada YENNI MARCELA MALAVER argumentó que no resulta procedente su condena por acceso abusivo a sistema informático porque la Fiscalía no la acusó por las irregulares consultas que hizo a la cuenta de BEJARANO, ya que resultaría una incongruencia.

No le asiste razón al señor defensor porque si observamos el escrito de acusación y la formulación oral de esta en la audiencia respectiva, podemos apreciar con claridad que la Fiscal

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

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, de tal suerte que no estaríamos vulnerando el principio de congruencia a la que se refiere el abogado. Tampoco tiene razón en su argumento de que la Fiscal no controvertió los argumentos del juez para disponer la absolución de la acusada, pues el libelo contentivo del disenso presentado por la señora Fiscal, es muy puntual en la controversia y contiene una verdadera contradicción que habilita a la Colegiatura para desatar la alzada.

Tampoco es de recibo su argumento de que YEBRAIL ROMERO VARGAS concluyó que no se demostró en el disciplinario la irregularidad de las consultas de los empleados aquí cuestionados. Este testigo simplemente se refirió al procedimiento sancionatorio, pero resulta claro que sí fueron sancionados, entre ellos la acusada MALAVER, fue porque se demostró su conducta irregular, concretamente realizar las consultas a clientes fraude por fuera de las disposiciones adoptadas por el banco en el manual de autenticación de clientes. Si no se hubiesen probado estos hechos seguramente la institución no hubiera sancionado a los actores. Eso se deduce claramente de los testimonios de los funcionarios de Davivienda, entre ellos YEBRAIL ROMERO, uno de los investigadores bancarios que testimonió en el juicio.

De otro lado, no es cierto que los testigos PEDRO MARÍA AGUILERA, JULIO ANTONIO BARRERA y JOHN GUILLERMO SILVA no se hubieran referido a la existencia de empleados de

Davivienda que formaban parte de la organización al margen de la ley, pues estos testigos así lo expresaron, lo que no afirmaron fue que los acusados concretamente pertenecieran a la banda. Aquellos sí refirieron cómo era el *modus operandi* de la cofradía y a la efectiva existencia de personas dentro del banco que les colaboraban para cumplir su cometido delictuoso. El defensor en este punto le está dando una lectura equivocada a esos deponentes.

d) Situación de los procesados y dosificación punitiva

a) JENNIFER CASTELLANOS PEDRAZA fue condenada por la primera instancia a 85 meses de prisión y multa de 163 salarios mínimos legales mensuales vigentes por la autoría de los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR en concurso heterogéneo con ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO (este último en concurso homogéneo -3 delitos-). Como la sentencia en este punto se confirma sin modificaciones, la pena impuesta permanece incólume, aclarando que el quantum punitivo no fue motivo de disenso alguno por las partes.

b) FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ fue condenado en primera instancia a 60 meses de prisión por la autoría del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, pero como esta Colegiatura lo condena también por ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO del artículo 269 A del código penal adicionado por la Ley 1273 de 2009, con la AGRAVACIÓN del 269 H porque la conducta se cometió sobre redes informáticas del sector financiero (numeral 1º) y aprovechando la confianza depositada por el poseedor de la

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

información o por quien tuviere un vínculo contractual con éste (numeral 3º), tal como lo definió la Fiscal en la acusación, lo que fue suficientemente probado en el juicio conforme a lo ampliamente explicado en el cuerpo de esta providencia, se redosificará la pena dada la condena en esta instancia por el delito informático, así:

Para dosificar la pena por esta última infracción tenemos que el tipo penal indica una pena de 48 a 96 meses de prisión y multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, extremos que se modifican por la agravación específica de los numerales 1º y 3º del artículo 269 H del código penal, quedando de 72 a 168 meses de prisión y multa de 150 a 1.750 salarios mínimos mensuales.

Como no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad, aplicamos el cuarto mínimo de 72 a 96 meses de prisión y multa de 150 a 550 SMLM. Para la fijación de la pena en concreto consideramos que la gravedad de la conducta no va más allá de la propia del tipo penal, pues no encontramos factores que constituyan un plus en esa gravedad ni otros elementos adicionales que nos permitan avanzar del mínimo punitivo, esto es, 72 meses de prisión y multa de 150 salarios mínimos mensuales.

Ahora bien, para despejar el concurso de conductas punibles tenemos que según la acusación hay un concurso homogéneo de accesos abusivos a sistema informático y otro heterogéneo con el concierto para delinquir, por lo que, acorde con el artículo 31 del código penal, debemos partir de la infracción que tiene la pena más grave, en este caso el delito informático (72

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

meses de prisión y multa de 150 salarios mínimos mensuales) por cuanto el punible atentatorio contra la seguridad pública fue tasado en primera instancia en 60 meses de prisión.

Es así como frente al concurso homogéneo de accesos abusivos a sistema informático, según la acusación, ratificada por el fiscal en los alegatos de conclusión (3 eventos) y empleando la fórmula del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, incrementamos 9 meses y 9 salarios (3 por cada delito) para una pena de 81 meses de prisión y multa de 159 salarios mínimos mensuales, aumentada hasta en otro tanto en razón del delito concursante de concierto para delinquir, que en este evento concreto fijamos en 9 meses para un total de pena a imponer de NOVENTA (90) meses de prisión y multa de 159 salarios mínimos mensuales.

c) YENNY MARCELA MALAVER, absuelta en primera instancia por los 4 delitos que fueron objeto de acusación, decisión que este estrado de segunda instancia remueve parcialmente para en su lugar proferirle juicio de reproche por los delitos de concierto para delinquir y acceso abusivo a sistema informático agravado, tal como lo solicitó la Fiscalía en sus alegatos de conclusión. La pena se dosifica así:

El concierto para delinquir del artículo 340 del código penal tiene una sanción privativa de la libertad de 48 a 108 meses, por lo que los cuartos punitivos son: el mínimo entre 48 y 63 meses; los medios entre 63 y 93 meses y el superior entre 93 y 108 meses. Como no se atribuyeron circunstancias de mayor

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

punibilidad, nos ubicamos en el extremo inferior del cuarto mínimo dado que no se tienen circunstancias adicionales que hagan más grave el delito. En consecuencia, la pena para esta infracción se fija en 48 meses de prisión.

En punto del acceso abusivo a sistema informático, la señora MALAVER se encuentra en similar situación de la de CUBIDES MUÑOZ en tanto que son los mismos supuestos fácticos y jurídicos (3 delitos de acceso abusivo a sistema informático), siendo además, igual que aquel, empleada informadora de Davivienda y habiendo utilizado el mismo procedimiento para la materialización de las conductas que se le endilgan, por lo que acudimos al mismo procedimiento utilizado para la dosificación de éste establecido en el acápite pertinente en donde se dispuso una pena para este delito de 72 meses de prisión y 150 salarios mínimos mensuales.

Para darle aplicación al artículo 31 del código penal nos ubicamos en la pena impuesta para el delito más grave que corresponde al delito informático, y en aras de despejar el concurso homogéneo de accesos abusivos a sistema informático agravado incrementamos también 9 meses y 9 salarios (3 por cada delito) para una pena de 81 meses de prisión y multa de 159 salarios mínimos mensuales, y para el concurso heterogéneo aumentamos hasta otro tanto, que en este caso concreto fijamos en 9 meses por el delito contra la seguridad pública para una pena definitiva de NOVENTA (90) MESES de prisión y multa de 159 salarios mínimos mensuales, reiterándose que son los mismos supuestos fácticos y jurídicos atribuidos al señor CUBIDES MUÑOZ por lo que se sigue el mismo criterio dosificador.

d) EDNA GISET ANGARITA ROJAS

Fue absuelta en primera instancia y la Colegiatura confirmará esta decisión conforme a las consideraciones que se hicieron en los acápites respectivos.

e) El tema de la libertad condicional de FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ

En el fallo de primera instancia el Juez le concedió la prisión domiciliaria al señor FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ previa constitución de caución prendaria y suscripción de acta mediante la cual el condenado se comprometió a dar cumplimiento a las obligaciones previstas en el numeral 4º del artículo 38B del código penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014¹, expediente que fue remitido a esta Corporación para desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes².

A través de escrito presentado el 05 de agosto de 2016, el defensor del sentenciado le solicitó al Juez fallador la libertad condicional a favor de su prohijado afirmando reunir los requisitos exigidos para alcanzar ese subrogado³, petición que le fue negada por el a quo argumentando que *"...se acreditó que se aprovechó de las circunstancias de ser el empleado más antiguo de la oficina, que más conocía y que su compañera sentimental de ese momento Jennifer Castellanos; laboraba en horario extendido, para*

¹ Folios 71 a 104 del cuaderno N° 4.

² Folio 130 del cuaderno N° 5.

³ Folios 416 a 418 del cuaderno N° 4.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

hacer más gravosa y efectiva su actuación, lo que denota que no le importa involucrar en sus actividades criminales incluso a su compañera sentimental y madre de su menor hijo. Adicionalmente la forma como refiere el testigo de cargos que influenciaba a los demás empleados de la oficina, para facilitar el cobro de los dineros, hace que este Despacho tenga que la modalidad y Gravedad de su participación en de (sic) la conducta; así mismo que se resquebraja gravemente la credibilidad en la banca oficial, no se aconseja otorgar ese beneficio...”, ello aunado a la valoración negativa realizada por el Director del Centro Penitenciario respecto al cumplimiento de la prisión domiciliaria por parte del penado⁴, decisión que fue recurrida por la defensa técnica del señor CUBIDES MUÑOZ en reposición y en subsidio apelación, y ante la decisión de no reponer la providencia⁵, conoce en segunda instancia esta Colegiatura.

El defensor del señor FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ cuestiona la decisión de primera instancia indicando inicialmente que la normatividad aplicable en este caso, en virtud del principio de favorabilidad, es el artículo 64 del código penal modificado por la Ley 1709 de 2014, pues el requisito objetivo actual es mucho más benévolo que el contemplado en la norma antecesora. Y en ese punto, resaltó que en la actualidad, la previa valoración de la conducta que debe realizarse para la concesión de la libertad condicional no opera sobre la gravedad de la misma sino que debe girar en torno a todas las circunstancias, elementos y consideraciones, tanto favorables como desfavorables, hechas por el fallador.

⁴ Folios 72 a 74 del cuaderno N° 5.

⁵ Folios 123 y 124 del cuaderno N° 5.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Es así como indica que el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 casi que impone la obligación de conceder el referido beneficio tras reunirse los requisitos allí previstos, lo que sucede en este evento, razón por la cual objeta el hecho de que el a quo haya procedido a valorar la gravedad de la conducta aduciendo argumentos adicionales a los que fueron expuestos en la sentencia condenatoria y que resultan adversos a su defendido, entrando a contradecir probatoriamente los mismos y advirtiendo que todas las conductas punibles por sí solas resultan graves, sin que en el presente caso estemos ante un acto de terrorismo, genocidio, asesinato o violaciones sexuales en serie.

Advierte que durante los más de tres (3) años que ha estado privado de su libertad, no existe verdadera evidencia de que el señor CUBIDES MUÑOZ haya incumplido las obligaciones que adquirió cuando se le otorgó el beneficio de la prisión domiciliaria, pues en las pocas ocasiones en las que ha sido visitado por funcionarios del INPEC en función de la vigilancia del cumplimiento de la pena, siempre ha estado en su lugar de reclusión y ha firmado las correspondientes actas, por lo que tilda de desconcertante el concepto o reporte negativo emitido por la Penitenciaría La Picota y desmiente lo dicho en ese informe.

Asegura que efectivamente, el 29 de agosto pasado, la autoridad penitenciaria estableció comunicación telefónica con su defendido, quien inicialmente no pudo atender la llamada en atención a que se encontraba aseándose una herida que tiene producto de una cirugía que le fue practicada, indicando que el funcionario interlocutor fue muy descortés en el trato con el señor

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

CUBIDES MUÑOZ y le advirtió que le iba a poner una anotación negativa ante el reclamo amable de éste sobre la forma como lo estaba tratando, situación que fue puesta en conocimiento del juzgado al día siguiente a través de un correo electrónico.

Y sobre la segunda oportunidad en la que se dice que se llamó a la casa del procesado sin que hubiese sido posible ubicarlo allí, y que posteriormente fue visto llegando a la residencia y solo después de ello atendió el requerimiento telefónico, anotó que de ello no existe prueba, pues contrario a lo allí narrado existe acta de visita de ese día firmada por el señor FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ y que en la misma no dejaron consignado el supuesto suceso que ahora ponen de presente, por lo que concluye que dicha irregularidad no se dio ya que sería ilógico que justo cuando se solicitó la libertad condicional, el condenado empezara a incumplir los compromisos adquiridos con la judicatura.

Finaliza señalando que el apoyo que brinda el INPEC respecto al control sobre el cumplimiento de la prisión domiciliaria debe hacerse es a través de visitas periódicas a la residencia, tal y como lo establece el artículo 38C del código penal, y no por medio de llamadas telefónicas como se está haciendo en este caso, pues el artículo 29A de la Ley 65 de 1993 fue tácitamente derogado al resultar contrario a lo establecido en el artículo 24 de la Ley 1709 de 2014⁶.

Pues bien, en primer lugar habrá de señalarse que no le asiste razón al a quo cuando en la providencia proferida el 14

⁶ Folios 99 a 109 del cuaderno N° 5.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

de septiembre de 2016, mediante la cual negó la libertad condicional deprecada por el condenado, adujo que la normatividad aplicable para estudiar la solicitud del subrogado penal citado era el artículo 64 del código penal, modificado por la Ley 890 de 2004⁷.

Lo anterior porque no puede olvidarse que dicha regulación incrementó el requisito objetivo para acceder a la libertad condicional al cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, por lo que en virtud del principio de favorabilidad la normatividad aplicable para este evento es la introducida por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, pues dicha normatividad fijó esa exigencia nuevamente en el cumplimiento de las tres quintas partes de la pena y no como había quedado establecido desde el 1º de enero de 2005.

Realizada la anterior aclaración y teniendo en cuenta que la pena de prisión impuesta al señor FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ está siendo modificada por esta Corporación para fijarla en definitiva en noventa (90) meses de prisión, debe decirse que en este evento no se satisface el requisito objetivo para conceder la libertad condicional, esto es, el cumplimiento de las tres quintas partes de la pena.

Lo anterior en razón a que el condenado se encuentra privado de su libertad desde el 30 de julio de 2013⁸, por lo que a la fecha ha purgado 42 meses y 22 días de prisión, y el monto exigido en el sub judice para acceder al subrogado deprecado

⁷ Folio 72, anverso, del cuaderno N° 5.

⁸ Folio 417, del cuaderno N° 4.

es de 54 meses de prisión (correspondiente a las tres quintas partes de 90 meses).

De conformidad con lo anterior, considera esta Colegiatura improcedente pasar a estudiar los argumentos expuestos en la impugnación referentes a los requisitos subjetivos que consagra el artículo 64 del código penal, como la valoración de la conducta y el comportamiento durante la ejecución de la pena, ello en atención a que no se supera el examen del numeral primero de la norma en mención.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 7º de la sentencia de naturaleza y origen conocidos.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales 5º y 6º del mismo fallo en el sentido de **CONDENAR** al acusado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ a la pena principal de PRISIÓN por NOVENTA (90) MESES y MULTA de ciento cincuenta y nueve (159) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarlo responsable de la autoría del concurso heterogéneo de los delitos de CONCIERTO

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,

Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas

Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,

Acceso abusivo a sistema informático y estafa

Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087

(0526-16)

PARA DELINQUIR y ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO AGRAVADO, este último en concurso homogéneo, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar señalados en el cuerpo de esta providencia. SE CONFIRMA la absolución de FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ por los delitos de FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PRIVADO y ESTAFA.

TERCERO: CONFIRMAR el numeral 8º del fallo apelado.

CUARTO: REVOCAR el numeral 9º de la misma providencia y en su lugar **CONDENAR** a la acusada YENNI MARCELA MALAVER MOLINA a la pena principal de NOVENTA (90) MESES DE PRISIÓN y MULTA de ciento cincuenta y nueve (159) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarla responsable de la autoría del concurso heterogéneo de los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMÁTICO AGRAVADO (este último en concurso homogéneo) de los artículos 340 y 269 A, modificado por la Ley 1273 de 2009 del código penal.

QUINTO: CONFIRMAR la providencia calendada el 14 de septiembre de 2016, visible al folio 72 del cuaderno No. 5 mediante la cual el Juez 4º Penal del Circuito NEGÓ LA LIBERTAD CONDICIONAL al condenado FREDY DANIEL CUBIDES MUÑOZ, pero por la razón expuesta en esta providencia.

Sentencia segunda instancia Ley 906
Acusados: Fredy Daniel Cubides Muñoz, Jennifer Castellanos Pedraza,
Yenni Marcela Malaver Molina y Edna Giset Angarita Rojas
Delito: Concierto para delinquir, falsedad en documento privado,
Acceso abusivo a sistema informático y estafa
Radicado: 05001 60 00 000 2014 00087
(0526-16)

Contra la sentencia de segunda instancia procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado