



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN PENAL

Mag. Pon:	FABIO DAVID BERNAL SUAREZ
Rad.:	110016100000201600064 02
Procedencia:	Juzgado 28 Penal Circuito con Función de Conocimiento
Procesado:	Juan Manuel Pineda Torrado
Delito:	Hurto por medios informáticos
Decisión:	Modificar
Acta:	014 del 4 de febrero de 2019

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Hora: 3:00pm

OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación propuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria de trámite anticipado de primera instancia calendada 25 de abril de 2018, proferida por el Juzgado 28 Penal de Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, mediante la cual condenó a JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, como coautor del delito de Hurto por medios informáticos agravado en concurso con Acceso abusivo a sistema, y concurso con Falsedad en documento privado.

ANTECEDENTES

1. Los hechos.

De acuerdo con el escrito de acusación¹, la Policía Judicial, en marzo 19 de 2015, dio cuenta a la Fiscalía, que se conoció por fuente humana no formal, información de la existencia de un grupo de personas dedicado a la falsificación, comercialización y distribución de tarjetas “Tu Llave” para el ingreso al sistema de transporte masivo “Transmilenio”, clonando y alterando sus códigos internos, habiéndose constatado luego de las indagaciones a través de interceptaciones de comunicaciones legalmente autorizadas a

¹ Folios 141-150 Carpeta registros 1.

abonados telefónicos celulares, intervenciones con agente encubierto y estudios de documentología de tarjetas que aparecían reportadas en transacciones inusuales por la empresa Recaudo Bogotá S.A.S.

Se estableció que la organización criminal estaba compuesta por Cesar Augusto León Rodríguez, Martha Janeth Novoa García, Yeferson Jaier Ruiz Calderón, José Dionel Ospina Medellín, Juan Manuel León Mejía, Gabriel Orlando Gallego Medellín y JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, habiéndose alcanzado una defraudación patrimonial que alcanzó, por utilidades irregulares de tarjetas entre 2014, 2015 y 2016, la suma de \$167.485.500,00.

2. Actuación procesal

2.1 Ante el Juzgado 7º Penal Municipal con Función de Control de Garantías, con fecha 11 de julio de 2016, se impartió legalidad al procedimiento de captura de CESAR AUGUSTO LEON RODRIGUEZ, MARTHA JANETH NOVOA GARCIA, YEFFERSON JAVIER RUIZ CALDERON, JOSE DIONEL OSPINA MEDELLIN, JUAN MANUEL LEON MEJIA, GABRIEL ORLANDO GALLEGO MEDELLIN y JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, y a su vez, se les formuló imputación por los delitos de HURTO A TRAVES DE MEDIOS INFORMATICOS en concurso homogéneo y heterogéneo con ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMATICO y FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, consagrados en los artículos 269 I, 240, 267 numeral 2º, 269 A, 289 del C.P., con circunstancias de mayor punibilidad, previstas en el numeral 10º del artículo 58 del C.P. cargos que no aceptaron².

Así mismo, se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión, y habiéndose impugnado fue confirmada por el Juzgado 21 Penal del Circuito con funciones de conocimiento en providencia del 27 de septiembre de 2016³.

2.3 Para el 30 de septiembre de 2016⁴, la defensa del procesado JUAN MANUEL PINEDA TORRADO solicitó una audiencia preliminar de "Aceptación

² Folios 40-62 C.O.

³ Folios 78-114 Ibídem.

⁴ Folios 162-165 Ibídem.

de la formulación de cargos”, ante el Juzgado 7º Penal Municipal con función de control de garantías, como una diligencia “atípica”, en la que efectivamente PINEDA TORRADO aceptó los cargos formulados por la Fiscalía en la audiencia que tuvo lugar en las sesiones del 6 al 11 de Julio de 2016, y por ello, el 04 de noviembre de 2016⁵ la Fiscalía presentó escrito de acusación, con allanamiento a cargos de JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, procediéndose con la consecuente ruptura de la unidad procesal.

Asignado el trámite al Juzgado 28 Penal del Circuito con funciones de conocimiento el 12 de diciembre de 2016⁶, fijó fecha para “verificación de allanamiento”, en sesiones de 31 de mayo y 4 de julio de 2017, resolviendo finalmente dejar sin efecto el acto mediante el cual el juzgado de garantía había realizado la audiencia preliminar⁷.

2.4. Impugnada la decisión antes citada, esta Sala, mediante providencia del 18 de diciembre de 2017, revocó lo resuelto por el juez de conocimiento y dispuso que se realizara la audiencia de individualización de pena y sentencia, pues, no se acreditó vulneración alguna a las garantías fundamentales de PINEDA TORRADO, dado que el juez de garantías había hecho la advertencia que la reducción de pena sería graduada por el juez competente en una proporción que podía ser hasta un 50%, de lo que resultara en razón de los delitos imputados y aceptados⁸.

3. La sentencia impugnada.

Luego de referir las incidencias procesales y hacer mención de los elementos de prueba que avalaban la ocurrencia de los hechos en cuanto a los aspectos objetivo y subjetivo para la declaración de condena según el art. 381 del C de P.P. comenzando por la gran cantidad de informes de los investigadores y de laboratorios, las órdenes de allanamiento y registro a varios inmuebles, en algunos de los cuales residía JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, así como estudios forenses efectuados a los elementos informáticos hallados al

⁵ Folios 141-150 Ibídem.

⁶ Folio 153 Ibíd.

⁷ Folios 211-232 ib.

⁸ Folios 253-261 ib.

procesado (portátil, Tablet, memorias micro, dispositivos Usb, discos duros, teléfonos celulares, tarjetas sim car y con logotipos de “ Trasmilenio y Tu llave”, encontró suficientes méritos para condenar por los delitos imputados, o HURTO POR MEDIOS INFORMATICOS o SEMEJANTES, de que trata el art. 269 I, del C.Penal, en cuanto se realizó la acción de apoderarse de dinero o información privilegiada de empresas o entidades públicas o privadas, por remisión al art. 239 ibid, superando las medidas de seguridad a través de maniobras fraudulentas.

Igualmente, consideró el delito de ACCESO ABUSIVO A SISTEMA INFORMATICO de que trata el art 269 A del C.P, porque además del apoderamiento del dinero, para ello se presentó el ingreso al sistema informático de los operadores de recaudo de Transmilenio S.A. y Recaudo Bogotá S.A.S. Y en torno al delito de FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, del art. 289 ibíd, se evidenciaba con la falsificación de tarjetas “Tu llave”, de acceso al sistema integrado de transporte SITP y TRANSMILENIO , que sometidas a los análisis documentológicos no presentaban las características de autenticidad propias de las tarjetas originales, consolidándose la infracción porque las conductas mencionadas no solo protegen el patrimonio económico sino el interés de los ciudadanos en la seguridad de los datos y los sistemas informáticos, las redes de sistemas electrónicos, telemáticos y otros medios semejantes.

Finalmente, en cuanto a la circunstancia de mayor punibilidad del art. 58 num. 10° del C:Penal, bien se verificó con las interceptaciones telefónicas que mediante el abonado celular 3183272103, era utilizado por JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, y se establecía la existencia de un grupo de personas dedicadas a la falsificación, venta y distribución de tarjetas clonadas para acceder al sistema masivo de transporte, ejerciendo justamente PINEDA, el rol de vendedor, comercializador y distribuidor.

Ahora, en torno a la punibilidad discernida, hechas las operaciones por cada una de las infracciones, finalmente, consideró como sanción base la prevista para el delito de Hurto por medios informáticos del art. 269 i) del C.P, con la agravante del art. 267-2 ibíd, con sanción que oscila entre 96 y 252 meses de

prisión, pero, como acudía la circunstancia de mayor punibilidad del art. 58-10 ibíd, seleccionó el primer cuarto medio (de 135 meses y 1 día de prisión hasta 174 meses), decretando entonces ciento treinta y ocho (138) meses de prisión, por la intensidad dolosa reflejada en la acción delictiva, además de la posición social que ostentaba, pues, por la cualificación profesional, llegó a alcanzar un cargo público en propiedad por vía de concurso en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, es decir, tenía un saber por encima del promedio y optando a causa de todo ello por lo delictual, asumiendo necesaria aquella cantidad, desestimando la cualificación de la defensa de tratarse de hechos de bajo impacto, siendo que fue grave por el patrimonio de la empresa pública de transporte

Y en razón de las reglas de concurso delictivo del art. 31 del C.Penal, incrementó 10 meses de prisión por el concurso homogéneo de delitos de hurto por medios informáticos agravado; 12 meses más, por el delito de Acceso abusivo a sistema informático; 10 meses más por el concurso homogéneo de este punible; 12 meses más por el delito de Falsedad en documento privado y 10 meses más por el concurso homogéneo de este delito, para un gran total de ciento noventa y dos (192) meses de prisión.

Adicionalmente, como el delito de Acceso abusivo a sistema informático, comporta pena de multa, acudiendo al sistema de cuartos, la fijó en el cuarto inferior, para concretar 326 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

Y como se presentó la manifestación de aceptar cargos antes de que se radicara el escrito de acusación, ello comportó una reducción de tiempo importante a la administración de justicia, concedió rebaja de pena del 40% de la sanción, quedando entonces, en ciento quince (115) meses y quince (15) días de prisión y ciento noventa y cinco punto seis (195,6) salarios mínimos legales mensuales. No concediendo la suspensión condicional de la ejecución de la pena porque no se daban las exigencias del art. 63 del C.P., modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, porque la sanción superaba los cuatro años de prisión, pero sí concedió la prisión domiciliaria al tenor del art. 23 de la misma normatividad que modificó el art. 38 B del C.Penal, además que se

acreditaba un arraigo social, familiar y laboral, como hubo de referirlo el juzgado que en segunda instancia concedió la sustitución de la detención preventiva, imponiéndole caución de tres salarios mínimos legales mensuales y suscribir el correspondiente compromiso, sin exigirle reparación alguna para gozar del beneficio porque no se acreditó que tuviese recursos para solventar la exigencia, y ordenando devolver los elementos que consideró no tenían fines de comiso.

4. La impugnación.

La defensa del sentenciado, aclarando que no pretenden retractarse de la aceptación de cargos, sino que se revise la punibilidad acorde con las normas jurídicas, porque estima se ha aplicado indebidamente por interpretación errónea el art. 269 A, Acceso abusivo a un sistema informático del C.Penal, y el 269 I, o Hurto por medios informáticos, agravado, y se estaría sancionando dos veces por un mismo hecho, pues, cree que la pena discernida en aquella disposición se subordinó a los arts. 239 y 240 del C.Penal, solo para la sanción, pero no en cuanto a la “custodia” de los bienes jurídicos, y por el mismo camino es inadecuado aplicar la circunstancia de agravación prevista en el art. 267-2 al art. 269 I, que solo es para los delitos del Título VII y no para los del VII Bis, o atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de datos y de los sistemas informáticos, como ilustrara la SP1245-2015 (Rad.42.724) de febrero 11 de 2015, la que se permitió transcribir a extenso en lo que interesó las deliberaciones en el legislativo.

Acentúa que no se puede hacer la remisión porque incluso, el art. 269 H, prevé circunstancia de agravación propia de incremento de punibilidad de la mitad a las tres cuartas partes, si la conducta se cometiere sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros, condición esta que no fue imputada por la fiscalía, insistiendo entonces, que las normas del mencionado Título VII Bis, se dirigió en esencia a regular los delitos informáticos y a proteger la información y los datos de carácter electrónico, y las grabaciones de punibilidad prevista en otros títulos, configurarían una analogía en mala parte.

Y replica, que se incurrió en otro defecto sustancial por ofensa al principio del *nom bis in ídem*, dado que imputó el concurso de los delitos 269 A y 269 I, cuando aquel se subsume en éste, pues el apoderamiento de cosa mueble ajena por medio informáticos, implica el acceder en todo, o en parte a un sistema informático protegido con una medida de seguridad, presentándose en este caso el concurso aparente porque los supuestos de la acción desarrollada consistió en superar la seguridad electrónica, apropiarse de información o los bienes jurídicos del Título VII Bis y confeccionar tarjetas espurias para su comercialización, actualizándose solo dos delitos, el hurto por vía de acceso a sistema informático y la falsedad, debiéndose acudir al principio de especialidad para el art. 269 I.

Que si se tratara de la subsidiariedad, es patente que el art. 269 A, genérico debe ceder ante el principal del 269 I, que recoge varias alternativas propias del acceso, como *superar, manipular y suplantar*, y semejante comprensión si de aplicar el principio de consunción procediera, en cuanto se debe preferir la descripción más amplia y compleja que la de menos lesividad, absorbido por aquel. Concluyendo en que se debe dictar una sentencia de reemplazo reconociendo la inexistencia del delito hurto por medios informáticos (art. 269 I del C.P, agravado por recaer en bienes del estado (267-2 *ibid*), y que solo existe en el primer evento el concurso aparente entre los arts. 269 I y 269 A, siendo la pena a imponer de 6 años, 6 meses y 18 días, a partir de la consideración de la punibilidad en el primer cuarto medio por la circunstancia de mayor punibilidad del art. 58- 10 del C.P, y con los incrementos de 10 meses por el concurso homogéneo y sucesivo, 12 más por el de falsedad en documento privado y 10 meses más por el concurso homogéneo de este último delito, arrojando 131 meses, y aplicado el descuento del 40% por aceptación de cargos, sin aplicar pena de multa que no está dentro del tipo penal del art. 269 I, dejando incólume las otras decisiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión Previa

Atendiendo la temática de la impugnación, que se dirige a cuestionar la sentencia condenatoria en el aspecto de la adecuación típica, porque aduce la

defensa vulneración del principio de *nom bis in ídem*, en la aplicación de las penas, por desatender las reglas que solucionan el concurso aparente de delitos en razón de las descripciones comportamentales según los arts. 269 A y 269I del C.Penal, nos ocuparemos de aquel tema con preponderancia a partir de la realidad de los hechos de la imputación, que es donde debe iniciar el discernimiento permitido de las adecuaciones jurídicas que habrán de prevalecer en el devenir de las instancias.

Lo anterior, porque el fundamento normativo para la fase por la que atraviesa este proceso, como la sentencia, luego de la verificación judicial de la aceptación de los hechos por el procesado JUAN MANUEL PINEDA TORRADO en cuanto libre, voluntaria y debidamente informada, sin críticas a la validez y eficacia del procedimiento adelantado, se remite al art. 381 del C del C de P.P, en concordancia con el art. 327 inc. 3° *Ibíd*, dado que las sentencias anticipadas por aceptación de cargos o acuerdos, no pueden comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría y o participación en la conducta y su tipicidad.

El aserto, porque no se somete a duda lo pertinente a la responsabilidad de JUAN MANUEL PINEDA TORRADO en los hechos investigados y que le fueron presentados en la audiencia de imputación⁹, esto es, que varias personas se estaban dedicando a la creación de tarjetas de transporte masivo para ingreso al sistema Transmilenio, principalmente “Tu llave”, de características similares a las que originalmente elaboraban las empresas Angelcom S.A. y Recaudo Bogotá SAS, copiando el software de las auténticas y afectando sensiblemente el importe por cada una de las tarjetas así utilizadas, pues, las distribuían a los usuarios a precios inferiores, regularmente \$1.700, por pasaje y con las cuales podían ingresar al servicio de transporte, como se constataba con los informes de policía judicial por los altos volúmenes de validación, develando recargas por valores que no se recibieron en las arcas del sistema de transporte; por ejemplo, para el año 2014, detectaron 24 usos irregulares en cantidad de \$36.000; para 2015,

⁹ Audiencia julio 6/2018, registro 27:00 y ss.

75.766 usos por \$126.755.700 y para 2016, 23.693 por \$40.693.800, sumando en total \$167.485.500,oo.

En este devenir, luego de que se detectaran las irregularidades y se presentaran las denuncias en principio para averiguación de los responsables, se desplegaron intensas y coordinadas órdenes de policía judicial, que implicaron desde los primeros análisis de las tarjetas falsas y cómo permeaban el sistema de seguridad digital semejante a las tarjetas originales, interceptación de comunicaciones, seguimientos, actividades con agente encubierto, allanamientos y registros, debidamente legalizados ante los jueces de control de garantías¹⁰, finalmente se terminó con la vinculación judicial de varias personas entre ellas el aquí procesado JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.536.317, quien incluso laboraba en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y a quien al tiempo de aprehensión le fueron hallados elementos pertinentes a los hechos, como un computador portátil, Tablet, dispositivo de almacenamiento Usb, teléfono celular, disco duro y 63 tarjetas con los logotipos de Transmilenio, Tu llave¹¹.

El compromiso personal del sentenciado en primera instancia JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, quedó debidamente establecido no solo por el hallazgo en su poder de las tarjetas adulteradas, sino con las interceptaciones telefónicas, evidenciando que a sabiendas del cómo se elaboraban y connivente en todo, cumplía la importante función de comercializador y distribuidor, de unas tarjetas fabricadas vulnerando los códigos de seguridad y alterando el saldo de las mismas con recargas por otros integrantes de las actividades ilícitas. Tan persuasiva la evidencia, que se le llamaba “Compita” y atendía los reclamos de los usuarios que presentaban algún problema en los accesos y él se comunicaba con “Cesar”, el jefe del grupo, para solucionar la

¹⁰ Ver, los informes de los investigadores y sus elementos anexos sometidos a la cadena de custodia, de fecha 5 de julio de 2016, y los informes desde enero de 2016, anexos 1-4.

¹¹ Informe del ingeniero electrónico de Recaudo Bogotá S.A, Carlos Eduardo Villamil Castañeda, dando cuenta de la naturaleza “clonada” de las mencionadas tarjetas halladas a PINEDA TORRADO.

dificultad y pedir más tarjetas para el comercio. Se acreditó que JUAN MANUEL, controlaba el abonado celular 3183272103¹².

De manera que no se somete a ninguna duda la responsabilidad de PINEDA TORRADO en los hechos que se han expuesto, a título de coautor, tal como fueron aceptados y que necesariamente han tenido su compensación en la fijación de punibilidad en la instancia, sin perjuicio de los reclamos elaborados por la defensa para la adecuación que estima debe ser corregida y si resultare exitosa modificar las penas de los delitos atribuidos en concurso, que consideramos en los apartados siguientes.

2. Los hechos y la asunción típica relevante.

Las imputaciones jurídicas que se han relacionado desde el comienzo, en la imputación¹³ y posteriormente en el escrito contentivo de la acusación¹⁴ luego de la aceptación de cargos, se han remitido a las conductas previstas en el Código Penal en los arts. 269 A- ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMATICO, cometido en concurso homogéneo; Art. 269 I, HURTO POR MEDIOS INFORMATIVOS Y SEMEJANTES con la agravante del ART. 267 Nral 2º, cometido en concurso; Art. 289. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, cometido en concurso.

Los cuestionamientos se fundan en la imposibilidad de que las dos primeras infracciones, en los hechos que particularizan este caso, se pueda considerar un concurso material, porque la modalidad de HURTO POR MEDIOS INFORMATICOS, recoge en su descripción el acceso ilegal o abusivo al sistema informático y no sería viable considerarlo dos veces dentro de la misma acción criminosa; y a su vez, que la remisión que hace la norma solo es con relación a la pena para el tipo penal de hurto del art. 239 y 240 ibíd, y no para la agravante del art. 267-2 ibíd, porque las infracciones del Titulo VII (bis), tienen agravantes propias en el art. 269 H, planteamientos que se abordan en el orden indicado, aunque la defensa los propuso inversamente,

¹² En este sentido informe del 13 de enero de 2016, del Pt. Jimmy Alexander Martínez. Anexo 4, fls. 69-140; Anexo 3, fls. 5 y ss, los mismos que se utilizaron para solicitar la orden de captura al juez de garantías.

¹³ Audiencia julio 6 de 2016, fls, 21-60, carpeta registros 1.

¹⁴ Fls. 141-150 ibíd.

porque lógicamente es preferente atender los aspectos básicos y posteriormente los circunstanciales, que necesariamente penden de los primeros.

2.1. La discusión por el concurso de los arts. 269 A y 269 I del C.Penal.

Las normas enunciadas, configuran en la técnica legislativa nacional un título propio, relacionado con la PROTECCION DE LA INFORMACION Y DE LOS DATOS, como una exigencia actual del derecho de los ciudadanos en la variedad de los bienes de que son titulares a la autodeterminación informativa (art. 15 Constitucional)¹⁵, y por ese mandato, la legislación ha regulado aspectos en los cuales esos registros deben ser respetados no solo en el ámbito personal, sino de las actividades en que se involucren, garantizando la confianza en las relaciones económicas, sociales y culturales.

Luego, en ejercicio de la configuración legislativa, ha sobrevenido la Ley 1273 de 2009, que realmente crea un nuevo bien jurídico como fue discernido en las deliberaciones previas al texto definitivo; norma aquella, que acogiendo la garantía fundamental mencionada se ocupa de compendiar lo que resulta más pertinente a fin de preservar la integridad y confianza de los ciudadanos en los sistemas que utilizan las actuales tecnologías de la información y las comunicaciones; pues, los medios virtuales pueden ser utilizados para afectar intereses jurídicos fundamentales desde la intimidad, buen nombre, el derecho a detentar cierta información y hasta la propiedad en sus variadas expresiones, siendo para el caso que nos ocupa el patrimonio económico.

Se habla entonces de los delitos informáticos con descripciones adecuadas a las nuevas tecnologías para que el derecho penal sancione, desde el uso indebido de cualquier medio informático (ordenadores, redes de datos, internet, o cualquier medio electrónico), sea como medio o como objetivo, hasta los comportamientos que puedan causar destrucción o daño de equipos electrónicos o dispositivos de tecnología informática; o para acceder a la

¹⁵ Derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y al habeas data, en lo pertinente para esta procesamiento, todas las personas “ *De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*”

confidencialidad, integridad y disponibilidad del sistema por el titular o las personas autorizadas en su guarda y control, sea para interferir, interpretar, modificar, la propiedad privada, intelectual, o la privacidad de unos y otros, ya para quebrar ese ámbito de protección o la publicidad restringida.

En tal perspectiva, como se expresa en el capítulo primero del Título VII (bis), que es una guía para la interpretación de las normas; especifica el bien jurídico reconocido como núcleo esencial en la protección, es decir, para la “*confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos*”, en cuanto dicen relación a alguien que detenta ese poder, recogiendo en cada una de las protecciones las variadas formas en que se puede incurrir, v.gr, desde los arts. 269 A, hasta el 269 H; el acceso abusivo al sistema informático, la obstaculización del funcionamiento del sistema o la interceptación de datos; todo ello, por virtud de la confidencialidad que la ley reconoce como derecho a su titular; o también los daños informáticos, la creación, uso de software maliciosos o dañinos, en cuanto afectan la integridad y eficacia del sistema informático, y finalmente, actuaciones como la violación de datos, la suplantación de espacios de la web para obtener algún provecho, en cuanto atentan contra la disponibilidad de esos datos por su titular.

Y para el capítulo segundo, se avanza en la categorización de las acciones por el contenido y la utilidad pecuniaria perseguida por los actores, remitiendo a los modos ya descritos en infracciones que recogen la misma acción respecto a un bien jurídico en estricto sentido, como el patrimonio económico; tal es la enunciación de *Los atentados informáticos y otras infracciones*, que se tipifica en los arts. 269 I 269 J, por cuya estructura descriptiva aluden claramente al **apoderamiento** de bienes ajenos del art. 239 del C.P, o la transferencia de activos no consentida a partir de acciones semejantes a las del capítulo primero, con o por medios informáticos, pero connotadas por la clase de bien jurídico contra el que se dirigieron las conductas, lo cual caracteriza y define la acción en sí.

Las infracciones entonces técnicamente deben considerarse al tenor de la finalidad de la protección, por ejemplo, si los hechos se dirigen simplemente a

la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad del sistema; o se dirigen al contenido y su utilidad pecuniaria, entro otros objetivos de las conductas conocidas; pues dependiendo el devenir, será el cargo por la unidad de acción desarrollada, y prevenir la atribución de los actos medios como actos autónomos en la configuración delictiva que restringe el art. 8º del C.P, porque a nadie se le puede imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado (nom bin un ídem), y que no puede entenderse autorizada con el principio del concurso de delitos (art. 31 ibid.)

Lo dicho, porque hay casos en los cuales la formas a las que acuden los infractores en el rigor de los bienes jurídicos, si fueren parceladas, implicarían la concurrencia delictiva, pero, cuando se analizan en sus estructuras de acción punible propiamente dicha en cuanto consumada, unas pueden integrar la descripción de otra u otras, no quedando más que integrarlas por esa universalidad de la ejecución, como suele aducirse en los denominados delitos complejos, por el que ya ha decantado la jurisprudencia¹⁶, existe en la medida que un hecho delictivo forma parte de otra conducta típica, bien como elementos integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva, y los eventuales problemas, en el interés de la justicia, habrán de resolver por algunos de los modos de la especialidad, la consunción o subsidiariedad, que aludiera también la parte recurrente.

En consecuencia, la probabilidad de que en ciertos casos, los hechos conocidos en los delitos que se ocupan de la protección de la información y de los datos, puedan ser sugerentes de un concurso aparente de delitos, es frecuente y debe ser discernida a partir de la identificación de las conductas realmente desarrolladas en cuanto únicas, por situaciones de modo, espacio y tiempo, porque también es alta la probabilidad de que el actor o los actores realicen en los mismos aspectos una conducta en toda su dimensión, y luego se decidan avanzar hacia las otras también reguladas conformando conducta independiente, v.gr, se puede acceder sin permiso simplemente a una base de datos para conocer sus incidencias o contenidos en previsión de ánimo previamente determinado, lo cual por sí, es delictivo en el rigor del art. 269 A,

¹⁶ SP. Rad. 22415, sep 15/83 y Rad. 27383, Julio 27/2007

y también acceder con o sin permiso a la misma base con el fin de dañarla, o violarla usurpando los datos o dándolos a la publicidad con algún provecho que no recoge expresamente otra disposición, caso en el que se estaría en eventos de los arts. 2569 D, 269 F.

A su vez, cuando con una sola intención, se acude a los accesos al sistema, afectando la confidencialidad o la disponibilidad de los datos, como simple medio de la finalidad perseguida, (por ejemplo, el apoderamiento de bienes de terceros-dinero, activos de renta fija o variable), caso en el cual, el medio por sí mismo en el comportamiento estructurado de ese accionar, no configuraría un delito autónomo, sino que formaría parte del hecho hacia el cual se actuó en voluntad y dominio de acción.

De este último tenor, a nuestro entender, serían las conductas de los arts. 269 I, y 269 J del C.P., en cuanto se concretan atentados específicos al patrimonio económico en el orden del hurto y la transferencia no consentida de activos, con alguna de las maneras previstas en el espectro informático, superando medidas de seguridad, manipulando el sistema o la red de datos electrónica, telemática, o suplantando un usuario ante los sistemas de autenticación o autorización establecidos, bien para apoderarse de bienes o realizar transferencia que por otro medio no se le hubieren consentido.

La aseveración, porque en la alternatividad de las acciones para la ofensa de los bienes aludidos, es innegable la necesidad de que el infractor interactúe con los medios informáticos y despliegue formas autorizadas o no de acceso, manipulación o suplantación, que si se revisan separadamente, reiteramos, configuraría alguno de los delitos del capítulo anterior, en lo que pudiera tener razón el recurrente.

Ahora, este saber procesal, para lo que se nos propone, lo deben reportar las pruebas correspondientes, como aquí nos los ilustran las investigaciones de la Fiscalía, que ya hemos indicado son de variada naturaleza, trascendencia y significancia, no solo denuncias de los operadores del sistema de creación, sino los testimonios de los técnicos acerca del funcionamiento del sistema de

datos para ingreso al transporte masivo¹⁷, también los informes de policía judicial que dan cuenta de la elaboración de las tarjetas que se han denominado clonadas, para recargar fuera de la integridad del sistema, análisis documentales, entrevistas de los encargados del control y funcionamiento del sistema tecnológico, interceptaciones telefónicas y la intervención de agentes encubiertos que conocieron de principio a fin el modo de actuar de los que se involucraron en los hechos¹⁸.

Por consiguiente, los elementos así recaudados, persuaden que el ánimo de los infractores desde el comienzo estuvo dirigido a la defraudación del patrimonio de la empresa Transmilenio, y para ello accedieron al sistema de recaudo, mediante tarjetas “Mifare”, inicializadas del antiguo operador Angelcom, y después la “Tu llave” de la nueva operadora, clonándolas en su código de seguridad, como explicara en detalle la señora María Margarita Velazco¹⁹, acerca de las maniobras utilizadas, porque para entonces se utilizaban dos tarjetas de ingreso al sistema integrado de transporte , la de tecnología Mifare Classic, expedida por Angelcom y la de tecnología “Infenion”, en la primera, para las que se detectaron el fraude según los informes, se trataba de tarjetas clones de otra previstas por Angelcom, tarjetas de color blanco, *“... a las cuales se les han pegado un stickers en papel con la imagen corporativa de Recaudo Bogotá, además al acercarse a los dispositivos de carga estos las reconocen como pertenecientes al sistema con una carga activa, al realizarles un análisis posterior se encuentran cambios en los saldos que no corresponden a recargas utilizadas en el sistema”*.

Y preguntada acerca del cómo era posible la manipulación o la clonación de las tarjetas, expresó : *“Se tienen muchos dispositivos en el mercado que permiten escribir o leer en las tarjetas, por ejemplo, lectores Acs, que cuestan alrededor de 50 dólares, con un lector y un computador se puede tomar una tarjeta que tiene el saldo completo, por ejemplo de 80 mil pesos, con el lector y el computador se saca una copia de la información en la tarjeta y se hacen*

¹⁷ Denuncias de Javier Cancela Frias, representante legal de la compañía Recaudo Bogotá S.A.S, denuncia de Juan Pablo Segura, y entrevistas a María Margarita Velazco Campusano, gerente de planeación de la empresa Recaudo Bogotá; Gustavo Garcia Bate, funcionario de transmilenio, Juan Pablo Segura Rocha y de Jhonatan Alvarez Aguilar, jefe de sistemas de la empresa Recaudo Bogotá, entre otras, en anexo 1.

¹⁸ Vuélvase a los informes de policía judicial anexo 2-4.

¹⁹ Fls. 260-262, anexo 3.

copias en tarjetas blancas (vírgenes), esto es muy parecido a como si se copiaran CDS, entonces habría muchas tarjetas con el saldo de 80 mil pesos y estas serían todas iguales en la información a la tarjeta original, así que los lectores no podrían reconocer si son o no una tarjeta real o una clonada”, y adicionalmente, esbozó, que las tarjetas originales Mifare Classic, tenían una memoria y unas claves de seguridad y para poder escribir en ellas, era necesario “hackear”-sic- las claves y cambiar el saldo de forma fraudulenta, para esto se utilizaba un software y un lector que pueda escribir sobre las tarjetas, y en definitiva, “ la tarjeta es considerada un componente del sistema de recaudo al igual que los validadores y los recargadores”.

Es patente conforme a la descripción de los modos de actuar en este caso, que los infractores accedieron al sistema de recaudo del servicio de transporte por vía de la manipulación de los mecanismos de seguridad de tarjetas originales y copiando los datos, clave y código, alteraban el valor de las mismas afectándolo patrimonialmente, porque el valor que se decía recargado y que permitía utilizar el servicio, no ingresaba al sistema, era desviado a los bolsillos de los infractores.

Vista así la acción en cada una de las alteraciones, no se somete a duda el delito de hurto por medios informáticos o semejantes de que trata el art. 269 I, del C. Penal, en la variedad de eventos detectado y denunciado, más, los actos medios del acceso y la afectación de la eficiencia del sistema, se advierte estaban directamente relacionados y dirigidos al provecho patrimonial, por lo que si tal modo de actuar para lograr el propósito pecuniario, integra la variedad enunciativa de modos en la riqueza de aquella tipificación, cuales son, *“superando medidas de seguridad informáticas, realice la conducta señalada en el artículo 239 manipulando un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante, o suplantando a un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos..”*, entonces no es viable atribuir el concurso real de delitos, sino adscribirlos en la complejidad del hurto, como un solo comportamiento.

La aserción, porque ha quedado entendido, que sí fueron intervenidas tarjetas auténticas Mifare Classics, copiando la información de seguridad que

ostentaban en cuanto admitidas dentro del sistema de validaciones para acceder al transporte masivo, y se pegaron en otras tarjetas blancas la memoria y la clave de seguridad, modificando el valor de carga, y finalmente se detectaban por la concurrencia de usos y los reclamos eventuales de los usuarios. Formas estas que nuevamente, se integran al tipo penal de hurto por medios informáticos, que en su complejidad comprende algunos de los modos que recogen las otras normas del Capítulo I, del Título VII (bis), pero, por la conjunción de actos para el hurto en la acción ejecutiva de principio a fin, terminaron siendo connotadas por el apoderamiento ilícito de los dineros de la empresa Transmilenio, y en tal sentido asiste razón, en este particular caso, al recurrente, para no concursar las modalidades del art. 269 A con el art. 269 I, y se debe realizar la modificación de la punibilidad.

En igual forma, atendemos la precisión que ha sentado la jurisprudencia “... que el tipo penal de hurto por medios informáticos y semejantes no solo está circunscrito al ámbito de punibles contra la información y los datos, sino, esencialmente a la esfera de los lesivos del patrimonio económico, pues, es el valor ético jurídico que al final resultaría atacado con la sustracción de dineros a través de mecanismos ilícitos de manipulación de sistemas informáticos, electrónicos, telemáticos o similares..”²⁰., pasando a tratar el segundo cuestionamiento a la adecuación de la agravante.

2.2. El hurto por medios informáticos y semejantes, y las circunstancias de agravación sucedáneas a la acción principal del art. 239 del C.P. Integración normativa.

Consecuencia de lo expuesto en el apartado anterior, asentimos, que siendo el delito de hurto el que prevalece en el examen de los hechos que aquí hemos realizado, el que comparte la defensa, también debe decirse que siendo la conducta propia, vinculada en todo a la descripción principal y básica del art. 239, por la acción de “apoderar” que nutre el art. 269I (Hurto por medios informáticos y semejantes), en igual forma, los modos de acción circunstanciales que atenúan o agravan la acción fundamental del hurto son aplicables, sin que a ello se oponga lo concerniente a los medios por los que

²⁰ SP. Rad. 42724 de febrero 11/2015.

se llega al apoderamiento del objeto material, como nos lo sugiere la defensa, de excluir el art. 267-2 del C.P (por haber recaído la acción en dineros de empresa considerada estatal, que sí fue imputado desde el comienzo.)

La referencia que nos trae la defensa de que las causales de agravación (art. 267 C.P), no la compartimos, porque desatiende la causa fundamental del hurto y se remite a las circunstancias agravantes previstas en el art. 269 H, que como una norma de cierre en el capítulo correspondiente, técnicamente se atribuye a las descripciones que le preceden o del título pertinente como aquí lo expresa, sea para las conductas del capítulo primero y del capítulo segundo, técnica legislativa que se evidencia en la generalidad de esta clase de circunstancias en cada uno de los títulos y capítulos del código penal, que al final de estas estructuras se establecen las causales agravantes o atenuantes que afectan las conducta anteriores a esa norma, que es lo que ocurre con el art. 267, que gobierna su aplicabilidad para los delitos descritos en los capítulos anteriores que se tematizan en los atentados contra el patrimonio económico, y a ello no escapa la modalidad de hurto por medios informáticos o semejantes, que por la remisión al art. 239, se adscribe con todo lo que a esta le es anejo y le compete en el devenir de los infractores como circunstancia real y modificadora de la punibilidad.

Y si atendiéramos el mismo criterio del censor, de que no son predicables en las estructuras básicas para el hurto por medios informáticos los modos que están en el capítulo anterior, en igual forma no podía adscribirse ninguna de aquellas causales de agravación para el hurto.

Luego, si el criterio sostenible en función de la riqueza descriptiva del delito de hurto por medios informáticos, está directamente relacionado en la acción sustancial del “apoderarse” de cosas muebles ajenas, del art. 239, entonces, las circunstancias que rodean esa acción en las modalidades hurtadoras cualquiera que éstas sean, estén donde estén, o se trate de tipos penales en blanco, y los modos de ejecución criminosa fueren los comunes de violencia, asalto con armas, contacto físico entre víctima y victimario, amenaza, destreza, entre otras, o por medios informáticos, habrán de recibir la misma connotación en la respuesta penal conglobante de la acción fundamental del

acto atentatorio del mismo bien jurídico en todas las modalidades realizadoras del “apoderarse”, en este caso del patrimonio económico ajeno.

Por tanto, sí es predicable la agravante de punibilidad por la naturaleza del dinero en las conductas que intervino JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, a través de medios informáticos, como igual deviene de la comprensión de la cita jurisprudencial que se ha traído, y en la que incluso, se reconoce por el mismo aspecto ontológico de la acción de “apoderar” que nutre todas las formas de hurto, incluida la que se hace por medios informativos, que hasta se le aplica la causal de rebaja de pena en casos de reparación antes de la sentencia, al tenor del art. 269 del C.P., que tampoco es citado expresamente en el art. 269 I, como deriva del argumento del recurrente, que solo se tiene remisión expresa para el art. 239 y nada más; si así fuera, ni siquiera, por especialidad, tendrían opción los hurtadores por medios informáticos de acudir a la rebaja de pena por indemnización²¹.

En conclusión, no compartimos el argumento de la exclusión de la agravante del art. 267-2 del C.P, que no fue desestimada en lo factico por la defensa impugnante, sino en la integración jurídica, y por tanto, la punibilidad determinada en la instancia habrá de mantenerse por esa causal, suprimiendo solo, el incremento en razón de los delitos de Acceso abusivo a un sistema informático, quedando como sigue y respetando la tasación que hizo el a-quo, porque no fue objetada por la defensa y hacer otras modificaciones que pudieran resultar desfavorables por la cantidad de respuesta penal a la gravedad de los hechos para fijar una pena superior a la que escatimó la instancia dentro del mismo cuarto de movilidad, como sería sustentable en los arts. 3,4 y 61 del C.P, resultaría contrario al principio de prohibición de reforma peyorativa en casos de apelante único.

Se determinó entonces, en cuanto al delito de hurto por medios informáticos que la pena en principio oscilaba entre 96 y 252 meses de prisión (siendo los cuartos de movilidad: 96-135/ 135,1 -174/174,1-213 y 213,1-252), pero, por acudir la causal 58 -10 del C.Penal, esto es, obrar JUAN MANUEL PINEDA

²¹ Se reconoce que se le puede aplicar a esta clase de infracciones “ la misma consecuencia jurídica que le imprime el artículo 269 ejusdem a los delitos rubricados bajo los capítulos comprendidos en el título VII..”

TORRADO, en coparticipación criminal, como es innegable lo hacía, tal cual revelan las interceptaciones de comunicaciones donde intervenía aquel, y que tampoco refuta la defensa, la sanción se fijó dentro del primer cuarto medio, y se ponderó con escasos tres meses por encima del límite inferior, es decir, 138 meses de prisión, factor al que se adicionó por el concurso de ese mismo delito, 10 meses de prisión, y a estos, se adicionan por la falsedad en documento privado por las tarjetas de que se sirvieron, 12 meses más de prisión y por el concurso de este punible, 10 meses, para un total de ciento setenta (170) meses de prisión, y no los 192 que consideró la instancia, porque a causa de esta decisión no se impone sanción por el delito de acceso abusivo a un sistema informático ni su concurso homogéneo, que habían representado 22 meses más, y obviamente tampoco procederá la pena de multa.

Igualmente, se conserva la reducción del 40% de pena por la aceptación de cargos, que representa entonces, 68 meses, quedando en definitiva la sanción para JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, en ciento dos (102) meses de prisión junto con las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, para cumplirla en las condiciones concedidas por la instancia de la prisión domiciliaria, que no han sido cuestionadas por parte alguna, siendo imperativo no resistirnos a esas consideraciones por exigencia procesal y nuevamente se acoge la restricción de reforma desfavorable en segunda instancia (art. 20 del C de P.P.), agotándose el objeto de nuestro conocimiento.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 25 de abril de 2018 por el Juzgado 28 Penal de Circuito con funciones de Conocimiento de esta ciudad, en el sentido de CONDENAR a JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.536.317 DE Bogotá, a título de coautor de los delitos de HURTO AGRAVADO POR MEDIOS INFORMATICOS y FALSEDAD EN

DOCUMENTO PRIVADOS, cometidos en su orden en concursos homogéneos y heterogéneos, a la pena principal de CIENTO DOS (102) MESES DE PRISION, y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, y CONFIRMAR en todo lo demás la misma sentencia en lo que fue materia de impugnación.

SEGUNDO: DECLARAR que contra esta sentencia condenatoria no proceden recursos ordinarios salvo el extraordinario de casación.

NOTIFICADA EN ESTRADOS, CUMPLASE Y DEVUELVA A LA OFICINA DE ORIGEN.

LOS MAGISTRADOS

FABIO DAVID BERNAL SUAREZ

JAIME ANDRES VELASCO MUÑOZ

CLAUDIA PATRICIA ARGUELLO SALOMON