

República de Colombia



Rama Judicial Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

Bogotá D. C., dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicado : 110016000000201902241
N.I. : 363251
Acusada : Carolina Valencia Torres y Olga Piedad Cerquera Cabrera
Delitos : Acceso abusivo a un sistema informático en concurso heterogéneo y sucesivo con hurto por medios informáticos

Objeto de la decisión

Se pronunciará el Despacho sobre el recurso de apelación promovido por la defensa de Carolina Valencia Torres, contra la decisión adoptada por el Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, en audiencia concentrada que se surtió el catorce (14) de agosto del año que avanza, donde se decretó la incorporación de los Log de tecleo y de un DVD, en donde sostiene la Fiscalía General de la Nación, obran las carpetas referentes a tecleos, imágenes y videos de las presuntas víctimas Flavio Blanco y Salud fondos.

Hechos

Investiga la Fiscalía General de la Nación la presunta ocurrencia de comportamientos delictivos al interior del banco BBVA, donde aduce, se accedió de manera ilegal a información privilegiada de clientes de esa entidad, para tomar datos sobre sus movimientos, saldos y códigos de seguridad, para seguidamente efectuar transacciones con las que retiraron de dichas cuentas, el equivalente a ciento cuarenta y cinco millones de pesos (\$145.000.000,00).

En términos de la acusación, Carolina Valencia Torres, quien tenía perfil de subgerente de tres sucursales del banco, *«era la encargada de realizar las consultas dentro del sistema de la entidad financiera, las cuales se ejecutaron desde la sucursal de Usme los días 13, 17, 21 y 22 marzo de 2017, desde la sucursal de la Trinidad los días 10, 19 21 de abril y el 02 de mayo de 2017, consultas hechas sin la debida autorización de los clientes escogidos por la señora Valencia Torres, como víctima del hurto y para ello utilizando su código de usuario #C956490, el cual fue otorgado por el banco y estaba habilitado en su perfil de subgerente, no obstante según los procedimientos establecidos por el Banco, este tipo de operaciones deben realizarse en presencia del cliente o con autorización conferida por el mismo bajo poder autenticado en notaría.»*.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Según la Fiscalía General de la Nación, la información extractada, que contenía datos suficientes para perfilar a las víctimas¹, fue suministrada a Olga Piedad Cerquera Cabrera el 12 de abril de 2017, de quien se aduce, la transmitió a quienes finalmente efectuaron los ataques con los que se produjeron las referidas defraudaciones económicas.

Actuación procesal

Habiendo iniciado la investigación, y luego de diversas actividades inherentes a la misma, en los términos de la Ley 1826 de 2017, la Fiscalía General de la Nación corrió traslado del escrito de acusación a las procesadas y sus abogados defensores, radicándolo ante el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio para que se sometiera a reparto, que correspondió al Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad.

El referido despacho, luego de varios aplazamientos celebró la audiencia concentrada, en la cual, el catorce (14) de agosto del año que avanza, se decretó la incorporación de los Log de tecleo y de un DVD, en donde sostiene la Fiscalía General de la Nación, obran las carpetas referentes a tecleos, imágenes y videos de las presuntas víctimas Flavio Blanco y Salud fondos.

Decisión recurrida

Luego de efectuar algunas reflexiones de cara a los fundamentos legales y constitucionales relacionados con la audiencia preparatoria, entendida como una de las dos que se desarrollan en la audiencia concentrada, luego de decretar la integridad de la testimonial solicitada por la Fiscalía General de la Nación y la defensa, indicando que por la ausencia de oposición de las partes, era viable su decreto, respecto a la incorporación que es materia de apelación, frente a la que existió oposición por uno de los defensores, indicó:

«El DVD de tecleos, imágenes de video, sí fue relacionado por el delegado fiscal en su intervención, frente al log de tecleos y al log operacional de las cuentas de las víctimas o clientes del banco, porque finalmente aquí aparece como víctima el banco BBVA. Y esa relación de ciudadanos que supuestamente, que fueron suplantados, o probablemente fueron suplantados y de acuerdo a la teoría del caso de la Fiscalía, si lo incluyó el delegado fiscal en su intervención, lo hizo digamos de una manera conjunta, para indicar que efectivamente el sistema informático del BBVA habría sido vulnerado por al parecer una funcionaria al interior del BBVA y por eso se dio lo que tiene que ver con las cartas de verificación que se hicieron del dactiloscopista, y con la información que suministraron tanto el representante legal del BBVA a estos policiales, que es el señor Hernando Blanco García, que era el representante legal del BBVA y el funcionario de fraudes documentales Libardo Montaña Garay, luego sí se explicó por parte de la Fiscalía la pertinencia, conducencia y utilidad, contrario a lo manifestado por el señor

¹ Primer interviniente; consulta de saldo; solicitud de información de centrales de riesgos; localización de clientes; relaciones valoradas; datos básicos del cliente; direcciones; representante legal; montos de sobregiros y tarjetas de firma realizadas al momento de aperturar las cuentas



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcibt@cendoj.ramajudicial.gov.co

defensor, que tiene que ver con el log de tecleos y en todo caso, esta es un primer juicio que se hace de pertinencia, en el juicio oral, en el desarrollo del juicio oral, se hará otro juicio de pertinencia, y finalmente ahí es donde se va a determinar si se incorpora o no esa prueba documental de la Fiscalía, pero preliminarmente, preparándonos para ese juicio oral, por eso se llama audiencia preparatoria, considera este estrado judicial que la Fiscalía sí cumplió con la carga argumentativa respecto de ese primer informe...»².

Argumentos de la apelación

Debe el despacho indicar que en cumplimiento al principio de limitación, se restringirá el estrado a pronunciarse exclusivamente a lo que fue materia de alzada, ello en la medida que fueron varias las determinaciones adoptadas por la Juez de primer grado, las que no fueron materia de impugnación.

Inconforme con la decisión antes enunciada, la defensa de la ciudadana Carolina Valencia Torres postuló:

«... con el objeto que sea revocada en el aspecto específico del tema de los log de tecleo y de un DVD que se decretó como prueba sin, en sentir de esta defensa por supuesto respetando profundamente los planteamientos del a quo, sin que se haya dado explicación de la conducencia, pertinencia, necesidad o argumentación necesaria frente a ese tema en específico.

Llega a tal punto la confusión en el discurso argumentativo del ente acusador, que ni siquiera sabemos cuál es el testigo de acreditación, habida cuenta de lo siguiente su señoría: bien dice el a quo en su pronunciamiento, que el señor que recolectó los elementos materiales probatorios fue el señor Luis Ernesto Guate Jaimes, y que es mediante ese informe de investigador de campo, que esos documentos van a llegar a conocimiento del juez que vaya a hacer el juicio oral, pero más adelante señalamos sin duda alguna y ya lo tenemos claro, que ese documento fue entregado y no se sabe realmente a quien, porque no tengo claro, espero que la señora juez haya tenido esa claridad mental que yo no tengo, que fue entregado por un funcionario del BBVA, o sea, si el señor Libardo Montaña Garay que es quien dice que entregó ese documento o ese elemento material probatorio al señor investigador, ese es el testigo de acreditación, es con quien se va a introducir esa prueba o con quién es que se va a ser introducida, si es con el investigador, entonces cómo fue que la obtuvo, y si fue que la obtuvo legalmente, como fue, cuáles fueron los argumentos que dio el señor Fiscal frente a la conducencia, pertinencia, necesidad y utilidad de la prueba.».

Continuó indicando que tal como lo dijo la juez de primer grado, los anexos de los informes no son prueba por ese solo hecho, sino que demandan una carga argumentativa para su aducción al juicio, siendo tal el aspecto frente al cual, la Fiscalía General de la Nación no desarrolló ningún argumento, al punto que a esta altura procesal, desconocía si quiera cuál es el contenedor de tal documental, pues apenas se aduce que se trata de un DVD, pero no se tiene debidamente discriminado o individualizado, carga que es en su totalidad, del ente instructor.

² Grabación rotulada 1100160000020190224101 (combo concentrada) (14-08-2020) (3) 1:30:50 a 1:33:07



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cuestiono la calidad de la solicitud probatoria, de cara al lenguaje usado en la solicitud probatoria, en la medida que un lego desconoce qué son los tecléos, y porque no se postuló cuáles son las imágenes o videos contenidos en el disco antes enunciado.

Se refirió a la interpretación del juicio de pertinencia probatoria sostenido por la Juez de conocimiento, para indicar que no es cierto que existan dos debates de tal índole, uno en la audiencia preparatoria y otro en el juicio oral, pues es precisamente en este escenario donde se debate tal temática, porque en el juicio lo que se revisa es el valor suasorio del elemento. En tal medida, indicó que no se puede superar ese cuestionamiento en forma preliminar como lo entendió el a quo, desconociendo los presupuestos de la diligencia materia de trámite.

Indicó que la judicatura abrió espacio para que la Fiscalía General de la Nación superara los vacíos de su interpretación, negándole la oportunidad a la defensa para que se opusiera a una práctica en la que se admitió que se subsanara la deficiencia del instructor.

Manifestó que procuró la exclusión probatoria de los videos, en el marco de lo dispuesto en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, comoquiera que el descubrimiento fue tardío, y no se especificó el contenido del DVD que ahora autorizó el juzgado de conocimiento, fuera incorporado.

Por lo anterior, solicitó negar la práctica de tal prueba, su incorporación con los efectos indicados, ni aducción al proceso probatorio»³.

No recurrentes

- Fiscalía General de la Nación

Indicó haber cumplido con el deber de argumentar la pertinencia en la incorporación del referido elemento.

Sostuvo haber explicado en qué condiciones se pretendía utilizar ese elemento como prueba en el juicio, pues contiene los videos y las imágenes de varios de los clientes que fueron víctimas de los hechos por los cuales fueron acusadas estas dos personas, lo que sirvió de sustento para que el a quo lo dispusiera en su decisión.

Sobre el alegato de la defensa en que el descubrimiento de ese elemento fue incompleto o tardío, replicó que ello no es correcto, en la medida que el descubrimiento del material probatorio se realizó al anterior abogado que representaba a la señora Carolina Valencia Torres, y en esa oportunidad, existe una constancia con la firma de ese abogado defensor, sobre el recibo de todos y

³ Grabación rotulada 11001600000020190224101 (combo concentrada) (14-08-2020) (3) 1:46:58 a 1:56:55



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

cada uno de los elementos de prueba, lo que se hizo al momento de notificar el Escrito de Acusación

Apuntó que ese elemento acompaña el informe de fecha de 2 agosto de 2017, y el contenido del DVD se encuentra impreso como anexo a ese informe, es decir, que dentro del informe se encontraban los álbumes fotográficos de esos videos, que fueron impresos y entregados, como también los logs transaccionales de esos clientes, concluyendo que la defensa tenía conocimiento del contenido de ese DVD y así fue que quien antecedió en la defensa firmó que efectivamente daba como recibido todo el descubrimiento.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó mantener incólume la decisión del a quo.

- La defensa de Olga Piedad Cerquera Cabrera

Solicitó confirmar el auto de primer grado, comoquiera que se dejó la constancia que hubo descubrimiento y que la argumentación de la Fiscalía General de la Nación fue debidamente sustentada en los términos que demanda el trámite de la audiencia concentrada.

Competencia

De conformidad con el artículo 36 del ordenamiento procesal penal, este Despacho es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra de la decisión proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, en audiencia concentrada que se surtió el catorce (14) de agosto del año que avanza.

Consideraciones

Sea lo primero acotar, que de acuerdo a la ley, la doctrina y la jurisprudencia, la audiencia preparatoria es la etapa procesal en la cual los contendientes de un proceso penal, pueden demandar la práctica de las pruebas que requieren para acreditar su hipótesis y obtener, la condena o absolución del procesado, según sea el caso; no obstante, corresponde a cada parte acreditar la conducencia, pertinencia y utilidad del medio suasorio, pues de lo contrario la respectiva postulación no tendrá vocación probatoria.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

*«... la prueba es **conducente** cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es **pertinente** cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es **racional** cuando es realizable dentro de los*



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

parámetros de la razón y, por último, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.»⁴

De acuerdo a ello, corresponde al funcionario judicial negar las pruebas que resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles o repetitivas para aclarar «los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. (...) para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito».

De cara a lo sucedido en el trámite de primer grado, deben hacerse tres precisiones a saber:

La primera, que de cara al reclamo de la defensa sobre la postura adoptada por la Juez de primer grado, cuando requirió al delegado de la Fiscalía General de la Nación para que precisara el método de incorporación que planteaba para su desarrollo en el juicio, así como sobre la naturaleza de las evidencias que pretendía introducir, es claro que los funcionarios judiciales tienen la obligación de aplicar las pautas de dirección del proceso, relacionadas precisamente con los moduladores de la actividad procesal tratada en el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal, marco en el que debe proveer por que los intervinientes complementen o aclaren la fundamentación de sus solicitudes probatorias, sin que ello signifique prejuzgamiento o afectación de garantías fundamentales.

En segundo lugar, que no es admisible una oposición a la incorporación probatoria por el neto incumplimiento a ritualismos en el proceso de descubrimiento, con miras a impedir el debate probatorio, cuando el fondo de la valoración demanda una revisión profunda y concienzuda.

La tercera, que será la médula de la presente decisión, es que la decisión que decreta la práctica de una prueba en juicio oral, no es pasible del recurso de apelación, para lo cual, resulta atinente lo indicado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que indicó:

«Previo al examen del caso concreto que obliga a esta Colegiatura a declarar la nulidad dentro del presente evento, resulta necesario revisar lo que esta Sala ha venido señalando en relación con la posibilidad de impugnar el auto que admite u ordena la práctica de pruebas, para lo cual oportuno es realizar las siguientes acotaciones:

La jurisprudencia de esta Corporación frente al tema de debate no ha sido pacífica, pues, en decisiones CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516, indicó con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recursos; sin embargo, en otras oportunidades, como CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, resolvió el tema de manera totalmente opuesta.

⁴ Sentencia de Casación AP. 9 de septiembre de 2015, Rad. 46107.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcibt@cendoj.ramajudicial.gov.co

La Corte, en determinación del 13 junio de 2012⁵, que se estima vigente, señaló lo siguiente:

“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátense de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.

Esto, atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria. (...)

El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio. (...)

Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria...»⁶.

Mientras que en auto de segunda instancia del 27 de julio de 2016, decantando lo que se venía señalando al indicar:

«Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede–; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).

Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general. »

⁵ CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562

⁶ CSJ SP del 27 de julio de 2016, radicado 47469



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Entonces, como la alzada se promovió, en términos de la defensa de Carolina Valencia Torres, en contra de la determinación que aprobó la incorporación probatoria como evidencia demostrativa de los Log de tecleo y de un DVD, necesario es concluir que se incurrió en un yerro por parte del Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad al conceder la apelación, comoquiera que contra dicha determinación únicamente procede el recurso horizontal.

En tal medida, se declarará improcedente el trámite de la alzada.

Con fundamento en las anotadas argumentaciones, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento,

Resuelve

Primero: Declarar improcedente el recurso de apelación promovido por la defensa de Carolina Valencia Torres, contra la decisión adoptada por el Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, en audiencia concentrada que se surtió el catorce (14) de agosto del año que avanza, donde se decretó la incorporación de los Log de tecleo y de un DVD, en donde sostiene la Fiscalía General de la Nación, obran las carpetas referentes a tecleos, imágenes y videos de las presuntas víctimas Flavio Blanco y Salud fondos.

Segundo: Se dispone que por Secretaría se remita la carpeta al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio para lo de su competencia.

Tercero: De esta decisión se notifica en estrados a las partes a quienes se les informa que contra la misma no procede recurso alguno.

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez
Juez

C.E.V.R.

Por razones de salubridad, este documento se publica sin firma, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.