

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL
Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, catorce (14) de enero de dos mil veintidós (2022)

ACTA DE APROBACIÓN No 008
SEGUNDA INSTANCIA

Imputado:	Eddy Mauricio Martínez González
Delito:	Peculado y violación de datos personales agravado
Afectado:	Banco Agrario con sede en Pereira (Rda.)
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda) con funciones de conocimiento.
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de condena proferida en enero 30 de 2020, por medio del cual se condenó al acusado. SE CONFIRMA.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden concretar así:

1.1.- Los hechos fueron plasmados en el fallo de primer grado de la siguiente manera:

“Ante el otorgamiento de un auxilio del gobierno como víctima de desplazamiento forzado, y autorizado por su progenitora, la señora Mercedes Rosa Campiño, para abrir la cuenta de ahorros a su nombre, al señor MARTÍN EMILIO CAMPIÑO le fue consignada en el Banco Agrario de Pereira la suma de \$16'632.000.00, de la cual efectuó varios retiros por valor total de 2 millones, y advirtió luego que sin autorización se habían realizado retiros, dejándole en su cuenta solamente \$38.000.00. El 13 de enero de 2017 el señor CAMPIÑO se

presentó ante la Gerente Operativa de la entidad bancaria dando a conocer tal situación, por lo cual se inició la investigación pertinente, a la que fuera vinculado el señor **EDDYE MAURICIO MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, empleado del banco, de quien el quejoso manifestó era quien le ayudaba a realizar los retiros, ante el total desconocimiento de su parte para ello”.

1.2.- Una vez se procedió por parte de las autoridades a materializar la detención del señor **EDDYE MAURICIO MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, se llevaron a cabo ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.) las audiencias preliminares (mayo 03 y 04 de 2018), por medio de las cuales: (i) se declaró legal la captura; (ii) se formuló imputación por los delitos de peculado por apropiación en beneficio de terceros -artículo 397 inciso tercero C.P.- en concurso heterogéneo con la conducta de violación de datos personales agravado -artículos 269F y 269H C.P.-, los cuales no fueron aceptados por el indiciado; y (iii) se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de residencia.

1.3.- Posteriormente, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (junio 06 de 2018) en el que ratificó los cargos en la persona de **MARTÍNEZ GONZÁLEZ** como autor de las conductas referidas, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (agosto 01 de 2018), preparatoria (julio 03 de 2019 -luego de varios aplazamientos de la defensa y Fiscalía-), y se convocó a la audiencia de juicio oral (septiembre 17 de 2019, octubre 18 de 2019 y noviembre 25 de 2019), al final del cual se dio a conocer un sentido de fallo de carácter condenatorio, para posteriormente emitir la sentencia respectiva (enero 30 de 2020).

1.4.- Los fundamentos que tuvo en consideración el funcionario a quo para llegar a la conclusión de condena fueron los siguientes:

En cuanto a la materialidad de la conducta, se probó por parte de la Fiscalía: (i) que el señor **MARTÍN EMILIO CAMPIÑO** abrió una cuenta en el Banco Agrario para que le fuera consignado un auxilio reconocido a su señora madre por desplazamiento forzado; (ii) que fueron sustraídos \$14'400.000.00 sin el

consentimiento del cliente; (iii) que para realizar las operaciones de retiro necesariamente se necesitaba información confidencial del cuentahabiente; (iv) que se vulneró el bien jurídico de la Administración Pública por ser el Banco Agrario un empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; y (v) que el señor MARTÍN EMILIO CAMPIÑO es un ciudadano iletrado.

Frente a la responsabilidad del acusado, se tiene que el señor CAMPIÑO expuso lo relativo al trámite al que se vio sujeto en relación con la apertura de la cuenta, e indicó la ignorancia en materia tecnológica. Relató que en la inmensa mayoría de sus visitas al banco, fue atendido por el aquí acusado con el cual no tiene rencor o retaliación alguna.

Se demostró que el señor **EDDYE MARTÍNEZ** intervino en su condición de Oficial Operativo Senior del Banco, labor inherente a la introducción de modificaciones y actualizaciones de la información que como usuario había suministrado el señor CAMPIÑO. Así mismo, que el acusado apoyó al cuentahabiente en todas sus operaciones bancarias en cuanto a retiros en el cajero y contó con toda la facilidad para conocer la clave o contraseña cuando el cliente la digitaba en su presencia.

El argumento de la defensa consistente en que cualquier empleado del banco pudo haber cometido la defraudación, como quiera que no fue el señor **EDDYE MARTÍNEZ** quien entregó la tarjeta débito, es irrelevante, toda vez que se demostró con suficiencia que sí era él quien siempre atendida al señor CAMPIÑO.

El mismo acusado relato que permanentemente tenía dentro de sus funciones dirigir las operaciones, informar, coordinar, vigilar y remitir información, alimentar el sistema, es decir, tenía un completo manejo de las operaciones del banco.

El señor CAMPIÑO indudablemente no sabía manejar un celular, tal como lo dijo en el juicio oral, lo que igualmente afirmó el señor JUAN PABLO GARCÍA

ARISTIZABAL -Coordinador de Seguridad Bancaria del Banco Agrario-, quien indicó que dadas las características del cliente evidentemente no requería el servicio de banca virtual, para cuyo manejo no era suficiente tener conocimientos básicos, porque se necesitaba además un celular de alta tecnología.

Finalmente, se debía tener en cuenta que la Fiscalía adelantaba investigación penal en contra del señor IBAGUE ROTAVISTA, en su condición de destinatario del dinero transferido desde la cuenta del señor CAMPIÑO, por lo que resultaba irrelevante que la defensa resaltara que el ente persecutor omitió investigar a esa tercera persona, cuando lo que se juzga en este asunto no es quién recibió la transferencia, sino qué persona realizó la defraudación al banco.

1.5.- Inconforme con esa determinación, la defensora hizo expresa manifestación de apelar el fallo y que la sustentación la haría en forma escrita.

2.- DEBATE

2.1.- Defensora -recurrente-

Se opone al fallo confutado en los siguientes términos:

- El señor CAMPIÑO es claro en afirmar que en algún momento perdió su tarjeta debido y no recordaba dónde la había dejado, hasta que días después el peluquero que frecuentaba le dijo que la había dejado allí. Frente a esos hechos la Fiscalía no hizo ninguna labor de investigación tendiente a verificar si de dicho lugar se realizó la defraudación por los canales de la banca virtual, pues es común que las personas de la tercera edad registren la clave en la misma tarjeta. El ente acusador tampoco indagó acerca de la llamada que recibió el señor CAMPIÑO en la cual le ofrecieron un seguro, conversación en la cual el mencionado pudo haber dado información valiosa de su cuenta.

- Para el juez resulta irrelevante quién fue la persona que entregó la tarjeta y su clave, cuando en realidad es un aspecto crucial pues se trata de información

importante al momento de activarse la banca virtual. Y aunque el fallador señala que el señor **EDDYE MARTÍNEZ** conocía la cuenta del señor CAMPIÑO y realizaba varias labores en el banco, se pregunta la defensa si ese conocimiento que tenía su prohijado sobre las actividades del banco incidieron en otras defraudaciones en personas de la tercera edad.

- El análisis que hace el funcionario del documento de actualización de datos del señor CAMPIÑO riñe con la realidad, pues si bien es claro que la persona que se encargaba de registrar e ingresar al sistema los documentos o formatos de actualizaciones era el señor **MARTÍNEZ**, no por ese solo hecho se puede endilgar responsabilidad, ya que el formato de cambio de número de celular cuenta con la firma original del señor CAMPIÑO. Surge entonces el siguiente interrogante: ¿por qué el señor CARLOS ALFONSO HINCAPIÉ ALZATE -cajero del banco- avaló lo consignado en ese formato, pero en el juicio señala que lo firmó en blanco, y que lo que aparece consignado en el formato no lo registró él? Resulta irrazonable que se dé plena validez a lo dicho por el señor HINCAPIÉ ALZATE, cuando fue él quien atendió al señor CAMPIÑO.

- El reconocimiento fotográfico al cual se hace referencia en realidad no tiene ninguna trascendencia en este asunto, pues es claro que el señor CAMPIÑO conocía al señor **EDDYE MAURICIO** a quien veía en el banco y quien en ocasiones le colaboraba. Entonces aunque se hace un reconocimiento fotográfico, ello solo sirve para indicar que era la persona que lo atendía en el banco, pero no para demostrar que fue la persona que defraudó su patrimonio.

- Se debe tener claridad que ese señalamiento que hace el señor CAMPIÑO viene precedido por las manifestaciones que ya había hecho la Directora Operativa del Banco Agrario, bajo el entendido que fue ella la que le indicó que el responsable era el señor **EDDYE MARTÍNEZ** y que el señor IBAGUE ROTAVISTA era su cómplice, lo cual no está soportado con ningún elemento de prueba.

- No por el hecho de que el señor **EDDYE MARTÍNEZ** haya acompañado al señor CAMPIÑO a realizar retiros, por esa mera circunstancia sea responsable de las conductas atribuidas.
- El juez al momento de fundamentar su decisión no expone realmente de qué manera y cómo se está configurando el ilícito de peculado por apropiación, ya que no existe prueba que establezca que los supuestos dineros objeto de apropiación le pertenecían del banco como entidad oficial. Ni tampoco se argumentó de qué manera se cometió la violación de datos personales, ni mucho menos la circunstancia de agravación.
- En este asunto se afectó de manera exclusiva el patrimonio económico de un particular, nunca de un bien del Estado o de un bien de un particular entregado al Estado; por tanto, no puede hablarse de un peculado por apropiación a favor de terceros.
- En principio el asunto lo tenía asignado la Fiscalía 46 delegada ante los juzgados municipales por la conducta punible de hurto por medios informáticos y semejantes, y violación de datos personales con circunstancia de agravación. Posteriormente, el ente acusador cambió la tipificación por peculado por apropiación, debido a que el indiciado para la época de los hechos era empleado del banco. Como quien dice, que la apreciación acerca de la calificación del delito fue apresurada, dado que faltó más investigación para demostrar otros elementos esenciales de la conducta, e indudablemente no se probó la antijuridicidad de la conducta contra la Administración Pública.
- Para adecuar la conducta como peculado, la Fiscalía debió establecer: (i) el cargo que ostentaba el señor **EDDYE MARTÍNEZ**, el cual era de oficial operativo senior, que de acuerdo con la forma de vinculación y naturaleza del empleo era trabajador oficial; (ii) las funciones propias del cargo, en este caso para la época en que ocurrieron los hechos el señor **EDDYE** no tenía dentro de sus funciones la atención al público, y solo subía al sistema la información de actualización de datos que recopilaban los asesores o cajeros; (iii) si los dineros o bienes

pertenecían al Estado o eran de particulares cuya administración, tenencia y custodia se había confiado a él, en razón o con ocasión de sus funciones, pero en este asunto se encuentra demostrado que el dinero que le fue depositado al señor CAMPIÑO en la cuenta que abrió en el Banco Agrario ni siquiera pertenecían a él, pues eran de su progenitora, es decir, que el dinero era de un particular y esa fue la razón por la cual el señor CAMPIÑO formuló denuncia; y (iv) la naturaleza del ente del Estado en el cual presta sus servicios el funcionario público, y en este asunto de conformidad con la normativa la actividad contractual del Banco se rige por el derecho privado.

- No se puede determinar la responsabilidad en el delito de violación de datos personales con la circunstancia de agravación, cuando no hubo un seguimiento por parte de la Fiscalía a los IP a través de los cuales se realizaron las transacciones.

- El informe del señor JUAN PABLO GARCÍA ARISTIZÁBAL en el punto diez manifiesta que hay cuatro funcionarios o exfuncionarios implicados, y no centra su posición exclusivamente en su defendido **EDDYE MARTÍNEZ**, pero a los demás empleados del banco no se les vinculó en este asunto.

- Se reprocha que por parte de la entidad RED MULTIBANCA no se tenga la ubicación de las cámaras de seguridad en las cuales se pueda evidenciar qué personas realizaron los retiros, situación que incluso no fue contemplada en el proceso. Y no se probó si su prohijado observó la clave del señor CAMPIÑO al momento en que lo acompañó al cajero automático.

Con fundamento en lo anterior, se debe concluir que en el plenario no existe prueba alguna que dé ese conocimiento más allá de toda duda acerca de la responsabilidad del señor **EDDYE MARTÍNEZ** en los ilícitos atribuidos.

2.2.- Las demás partes e intervinientes guardaron silencio en su condición de no recurrentes.

2.3.- Debidamente sustentado el recurso, el funcionario de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.4.- Posteriormente, y en el trámite del recurso interpuesto contra la sentencia, se recibió la apelación contra el auto de diciembre 07 de 2021 proferido por el juzgado fallador que negó la libertad condicional del señor **EDDYE MARTÍNEZ**¹, porque pese al cumplimiento de los requisitos objetivos del artículo 64 C.P. -haber cumplido las 3/5 partes de la pena, adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario, arraigo familiar y social-, no se superó el estudio relacionado con la conducta punible que lleva inmersa la gravedad de la conducta y la personalidad del sujeto.

2.5.- Los argumentos expuestos por el apoderado contra el citado auto, se pueden concretar así: (i) no obstante que en el recurso de apelación de la sentencia se discute la mala calificación de las conductas endilgadas al señor **EDDYE MARTÍNEZ**, en esta oportunidad frente a la solicitud de libertad condicional la titular del juzgado de conocimiento debe despojarse de cualquier análisis probatorio frente a esas conductas concursales; (ii) una cosa son los aspectos y presupuestos para condenar y otros para resolver la libertad condicional; (iii) en este asunto la funcionaria nuevamente valora la gravedad de la conducta, sus consecuencias y el impacto social de la misma; (iv) para resolver la petición se debe estudiar el comportamiento de **EDDYE MARTÍNEZ**, su resocialización, la función educativa y educadora que asumió su prohijado desde el momento de su ingreso al centro de reclusión, y su readaptación a la vida civil; y, finalmente (v) no se puede dejar de lado las fines primordiales de la pena, como lo son la resocialización y reinserción social, definidos en el inciso segundo del artículo 4º C.P., los cuales son reconocidos incluso por la Convención Americana de Derechos Humanos -numeral 6º del artículo 5º-.

¹ Previamente, el juzgado advirtió que por no estar ejecutoriada la sentencia condenatoria y hallarse el proceso ante esta Corporación para resolver el recurso de apelación contra la sentencia, el despacho debía pronunciarse frente a la solicitud de libertad condicional, como quiera que si bien la competencia se encuentra suspendida por el recurso de alzada, debía primar el principio de la doble instancia.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada la apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Corresponde a la Sala establecer si los motivos para haberse proferido un fallo de carácter condenatorio en el presente asunto están ajustados a derecho y hay lugar a su confirmación; o si, por el contrario, como lo asegura la parte inconforme, se impone revocar esa determinación y en su lugar proferir una sentencia absolutoria. Posteriormente, se estudiará la apelación del auto que negó la libertad condicional del acusado, para determinarse si la misma se encuentra ajustada a los parámetros legales y constitucionales.

3.3.- Solución a la controversia

Para comenzar debe indicarse por parte de la Corporación que no se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error in procedendo insubsanable que obligue a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo acerca de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también de la responsabilidad de las personas

involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Como se indicó en precedencia, los hechos a los cuales se contrae la presente actuación tuvieron ocurrencia a partir de enero 13 de 2017, cuando el señor **MARTÍN EMILIO CAMPIÑO** -quien había sido autorizado por su progenitora para administrar una cuenta de ahorro en la cual le fue consignada la suma de \$16'632.000.00 de un auxilio económico otorgado por el Gobierno Nacional- informó a la Gerente Operativa del Banco Agrario de Pereira que de la citada cuenta bancaria le fue sustraído un dinero sin su autorización, y solo le habían dejado \$38.000.00. En ese momento, el cuentahabiente señaló que la persona que siempre le ayudaba a realizar los retiros por cajero era el aquí procesado **EDDYEE MAURICIO MARTÍNEZ GÓNZALEZ**.

Acerca de la existencia de las conductas punibles atribuidas, se puede asegurar que en efecto las mismas acontecieron, tal cual se corrobora con el siguiente acervo probatorio:

El señor **MARTÍN EMILIO CAMPIÑO** fue claro en señalar en el juicio que la cuenta contaba con un poco más de \$16'000.000, de los cuales hizo retiros por dos millones de pesos, pero posteriormente le fueron retiradas varias sumas de dinero y solo le dejaron \$38.000.00, transacciones que él no realizó.

La señora **BLANCA MARÍA JIMÉNEZ RÍOS**, en su calidad de funcionaria del Banco Agrario, narró que cada año se realiza la actualización de datos de los clientes, lo cual se hacía en los respectivos formularios donde se ingresa la dirección, el número telefónico, y la firma del cliente. Aclaró que la actualización de datos se debe reportar al sistema a través de una clave que asignan desde Bogotá a cada empleado, la cual es personal e intransferible.

La señora **NANCY LÓPEZ PINEDA** -Directora Operativa del Banco Agrario- explicó que tiene a su cargo cuatro cajeros, cuatro asesores comerciales, un oficial operación senior, y un oficial operación. Que fue ella quien recibió la queja del cliente

MARTÍN EMILIO CAMPIÑO, motivo por el cual puso en conocimiento la situación a la oficina de Seguridad Bancaría. De esa forma se logró enterar que una buena parte de ese dinero extraído se hizo por banca virtual, lo cual se puede realizar desde cualquier computador o equipo móvil, por medio de un usuario y una clave, y no se requiere IP del Banco. Adicionalmente, la investigación interna del Banco arrojó que faltaba un formulario de actualización.

El señor CARLOS ALFONDO HINCAPIÉ ALZATE -Oficial Operativo del Banco Agrario- relató a su vez cómo los empleados del banco deben colaborar con los clientes cuando estos no saben manipular un cajero automático, y advirtió que el cliente debe autorizar la actualización de datos. Indicó que al aplicativo del banco se debe ingresar con un usuario y contraseña que es personal e intransferible.

El señor JORGE ALBEIRO ARIAS LÓPEZ -Subgerente General de Operaciones- aclaró que la banca virtual siempre debe estar asociada a una cuenta de ahorros y que la banca virtual se puede utilizar desde cualquier computador. Para el presente caso, el señor MARTÍN EMILIO inicialmente registró un número de celular y posteriormente hay una inscripción de otro número de celular, el cual fue utilizado para lograr los citados retiros.

El señor JUAN PABLO GARCÍA ARISTIZABAL -Coordinador de Seguridad de la Regional Cafetera del Banco Agrario- declaró que la investigación que realizó el banco arrojó como resultado que al cliente le crearon banca virtual, y que a través de ella se hicieron unas transferencia por valor de \$12'000.000.00; pero además, se hicieron seis giros de \$400.000 cada uno, para ser retirados por cajeros electrónicos. Que al cliente lo vincularon con un número telefónico que él no identificó, y se resalta que la vinculación del cliente con el número de teléfono se hizo por medio del formato de actualización de datos que cuenta con la firma y huella del cliente, pero posteriormente vincularon otro número de teléfono. Al cliente le hicieron tres actualizaciones, de las cuales aparecen dos soportes, pero uno no aparece.

Así las cosas, los hechos que dieron origen a los delitos de peculado por apropiación y violación de datos personales agravado efectivamente ocurrieron, ya que contrario a lo manifestado por la defensa cuando señala que no se configura el primero de los delitos y que frente al segundo no se encuentra probada su existencia, debe decirse que existen elementos suficientes y contundentes para estructurar el primero de los requisitos que consagra el artículo 381 de la Ley 906/04.

Y es así, porque aunque se diga por la parte recurrente que en este asunto no estamos ante una conducta que involucre recursos económicos del Estado, sino del patrimonio económico de un particular, y que por tanto no se configura un delito contra la Administración Pública, es claro que el tipo objetivo de peculado por apropiación involucra unos ingredientes descriptivos y normativos que indudablemente se ajustan al presente asunto, por cuanto el artículo 397 C.P. reza: “El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, **o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones [...]**”

Así las cosas, como atinadamente lo concluyó el señor juez a quo, aquí se vulneró el bien jurídico de la Administración Pública por ser el Banco Agrario un empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que tenía como función la administración y custodia de los recursos que en su momento le fueron asignados a la progenitora del señor MARTÍN EMILIO CAMPIÑO, producto de un auxilio económico otorgado por el Gobierno Nacional.

Con respecto al punible de violación de datos personales, se ilustró con suficiencia mediante los testimonios antes referidos, que el formato de actualización de datos del señor MARTÍN EMILIO CAMPIÑO fue manipulado sin su consentimiento para ingresar un número de teléfono ajeno a él, a efectos de crearse posteriormente una cuenta de banca virtual por medio de la cual se realizaron los retiros denunciados por el cuentahabiente. Es decir, se modificaron

datos personales del señor CAMPIÑO con el ánimo de perfeccionar la defraudación por medio del sistema informativo financiero -artículos 269F y 269H numeral 1º-.

Al quedar clara la consumación de esa pluralidad de infracciones, lo que corresponde es determinar si existe o no fundamento para sostener la responsabilidad penal en cabeza del justiciable **EDDYE MARTÍNEZ**, y en ese sentido se tiene que la misma se encuentra establecida con fundamento en los siguientes razonamientos de hecho y de derecho:

El señor MARTÍN EMILIO CAMPIÑ rindió una exposición desde todo punto de vista creíble, no solo por su espontaneidad respecto a la narración de todas las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores a estos acontecimientos, sino porque en su testimonio no se advierten manifestaciones con intención alguna de perjudicar al aquí acusado. Allí precisó, lo cual se corroboró como algo verídico, que el funcionario **MARTÍNEZ GONZÁLEZ** era quien siempre lo atendida en el Banco y quien lo acompañó en dos oportunidades al cajero automático a retirar el dinero, como quiera que en su condición de iletrado o analfabeto no tenía la capacidad ni estaba en condiciones de poder manipular por sí mismo dicho equipo electrónico.

Con esa forma de proceder quedó claro que el aquí acusado estuvo en condiciones excepcionales de enterarse de la clave que le había sido asignada al usuario, la cual era indispensable para efectos de efectuar los movimientos bancarios; los cuales, según quedó establecido, se realizaron a través de la banca virtual, misma que, se repite, no estaba en capacidad de ser operada por quien figura como víctima.

A su vez y en forma paralela, la señora BLANCA JIMÉNEZ puso al descubierto que era el aquí acusado **EDDYE MARTÍNEZ**, en su condición de Oficial Operativo Senior, el encargado de custodiar la papelería de control como chequeras, talonarios y tarjetas débito; pero además, apoyar a las asesoras y dar autorizaciones para la emisión de claves.

Adicionalmente, los testigos CARLOS ALFONSO HINCAPIÉ ALZATE, JORGE ALBEIRO ARIAS y NANCY LÓPEZ PINEDA, coincidieron en señalar que el procesado **EDDYE MARTÍNEZ** no solo tenía efectivamente dentro de sus funciones atender público, sino que advirtieron que para el ingreso al sistema del Banco le era asignado a cada empleado un usuario y una clave la cual era de carácter personal e intransferible.

Pero de una manera más contundente, el testigo JUAN PABLO GARCÍA ARISTIZBAL -Coordinador de Seguridad del Banco Agrario- manifestó que para la actualización de datos el cliente debe dirigirse a la oficina y se requiere la elaboración de un formato. Y que los registros que se hacen de la actualización de datos tienen trazabilidad por medio de los sistemas establecidos por el Banco, con los cuales se puede verificar en qué momento los asesores y operativos ingresan al sistema, y en ese sentido se tiene claro que: (i) en septiembre 18 de 2014 el cliente abrió la cuenta de ahorros y se vinculó a su información personal el número telefónico 3122194163, número que fue reconocido por el cuentahabiente; (ii) pero sucedió, que en septiembre 07 de 2015 vinculan a esa cuenta el número de teléfono 3225110025, el cual no fue reconocido por el cliente; y para rematar (iii) la actualización de ese nuevo número de celular que no fue reconocido por el cliente, se hizo a través de la cuenta de usuario de **EDDYE MAURICIO**.

Indicó el testigo, que luego de ese cambio y justo en la misma fecha, se realizó el primer giro por \$400.000.00, y posteriormente los días 14, 16, 28, 30 de septiembre y 02 de octubre de 2015, se realizaron los restantes giros, cada uno por valor de \$400.000.00. Y ya en septiembre 12 de 2016, se hizo una transferencia por la banca virtual por valor de \$12'000.000.00.

El Coordinador de Seguridad del Banco Agrario fue enfático en señalar que cuando se realizan los giros por la banca virtual se genera un código y es con dicho código que se hace el retiro por los cajeros automáticos. Además puso de presente que la banca virtual se crea con información del cliente como lo es la

cédula, el número de la tarjeta débito y una clave, y para crear dicha banca se requiere un conocimiento en sistemas que evidentemente el señor CAMPIÑO no poseía.

Así las cosas, existen pruebas contundentes que apuntan y confluyen a demostrar la responsabilidad del aquí acusado **EDDYE MARTÍNEZ**, por varias razones: (i) el testimonio del señor MARTÍN EMILIO CAMPIÑO es claro en manifestar que el señor **EDDYE** era quien lo atendía en el Banco y quien lo acompañó en dos oportunidades al cajero electrónico; (ii) el señor **EDDYE** en su calidad de Oficial Operador Senior atendía público y tenía dentro de sus funciones el actualizar información de los clientes; (iii) la actualización de la información se hacía en un formato y luego se registraba en el sistema; (iv) el ingreso al sistema se realiza con un usuario y una clave asignada por la oficina del Banco Agrario en Bogotá a cada empleado, la cual es personal e intransferible; (v) la actualización de datos llevada a cabo en septiembre 07 de 2015 en la cual se vincula un número de teléfono no reconocido por el señor CAMPIÑO, se hizo desde el usuario asignado al aquí procesado **EDDYE MARTÍNEZ**; (vi) ese mismo día se efectúa, con el aprovechamiento de esa variación realizada en la actualización de datos del cliente, el primer giro desde la Banca virtual por un valor de \$400.000.00, el cual generó un código para que el dinero fuera retirado por cajero automático; (vii) después se hicieron otros seis giros por el mismo valor en los días 14, 16, 28, 30 de septiembre, y 02 de octubre de 2015; y (viii) curiosamente la introducción de ese celular no reconocido por el cliente en la actualización de sus datos personales y que permitió la creación de la banca virtual para llevar a cabo el desfalco, fue reversada posteriormente para que las cosas quedaran como lo estaban originariamente. Ese dato fue dado a conocer por el testigo JUAN PABLO GARCÍA en su condición de coordinador de seguridad del Banco, quien precisó que una tal situación se presentó el día 07 de enero de 2016. En otras palabras, se volvió a poner en la base de datos del cliente el número celular que él inicialmente había reportado cuando se hizo la inicial inscripción de sus datos personales. E incluso, el mismo deponente deja en claro dos cosas trascendentes: la primera, que el cliente nunca cambió de número telefónico, y la segunda, que de esa última actualización en donde reversaron

las cosas para volverlas a su estado original, no se dejó el correspondiente soporte físico de esa forma de actualización en base de datos, como era lo establecido por las reglas del banco.

Como se aprecia, evidentemente hubo un fraude y el origen del mismo surgió en el interior de la oficina del Banco Agrario; así mismo, la única persona de la entidad que tuvo acceso a la información del cuentahabiente fue el señor **EDDYE MATÍNEZ**, a cuyo efecto nótese que incluso fue por medio de su usuario que se hizo la vinculación de un número de teléfono ajeno al señor CAMPIÑO, y ese mismo día se llevó a cabo el primero retiro fraudulento.

Indudablemente, esa secuencia fáctica debidamente concatenada, lleva a asegurar sin dubitación alguna que el acusado tuvo injerencia directa en la defraudación, y no puede pretender la defensa desviar la atención en cuanto a la responsabilidad que le asiste a su protegido con el argumento de existir una supuesta intervención de otros empleados del banco, cuando son los mismos funcionarios quienes en el juicio oral explicaron con detalle las funciones que realizaba cada uno, las responsabilidades existentes frente al manejo de la información de los clientes, y la prohibición de compartir el usuario y clave para ingresar al sistema.

Se pregunta la defensa, por qué el señor CARLOS ALFONSO HINCAPIÉ ALZATE -cajero del banco- avaló lo consignado en el formato de actualización de datos, en tanto en el juicio señaló que dicho formato lo firmó en blanco, y no registró lo allí consignado, a consecuencia de lo cual no debía dársele plena validez a sus dichos. Sin embargo, en criterio de la Colegiatura, como lo fue para el juez a quo, ese tipo de participación que se le quiere endilgar a otro empleado del Banco en cuanto a la colaboración que pudo haber tenido para diligenciar el formato de actualización de datos, no tiene ningún fundamento y se explica:

Es evidente que el testigo ofreció las explicaciones que se requerían al momento del conainterrogatorio, y expuso los motivos por los cuales el formato cuenta con su firma, y las razones para haber autorizado el formato en blanco. En ese

sentido, el testigo fue claro en indicar que su firma en el formato en blanco lo hacía cuando el banco estaba en jornada de actualización de datos, y ello con el fin de que dicha actualización contara como estadística para él; es decir, solo firmaba el documento y dirigía el cliente hacía los asesores o el Oficial Operativo Senior, y para este caso específico el cliente fue direccionado al señor **EDDYE MARTÍNEZ**.

Objeta también la apelante el hecho de que la Fiscalía no investigara qué ocurrió con la tarjeta del señor CAMPIÑO durante los días que la extravió en la peluquería que frecuentaba, por cuanto de dicho lugar pudieron haber surgido los movimientos bancarios que dieron lugar a la defraudación, y además censura que el ente acusador no haya indagó acerca de una llamada que recibió el señor CAMPIÑO en la cual le ofrecieron un seguro.

Al respecto hay lugar a asegurar que esa situación referida por la defensa acerca de la supuesta pérdida de la tarjeta que pudo haber tenido el cuentahabiente, es simple y llanamente un hecho que introdujo a último momento el **EDDYE MARTÍNEZ** en su declaración en juicio, pero que en realidad no cuenta con ningún soporte probatorio, máxime cuando el señor MARTÍN EMILIO CAMPIÑO nunca aseveró la existencia de una tal situación; antes por el contrario, lo que la víctima siempre aseguró que es que en momento alguno dio a conocer la clave a otra persona, porque "eso era tan personal como su cepillo de dientes".

En todo caso, sea como fuere, de tenerse por cierta tal afirmación de la defensa, la misma no es de suficiente entidad como para desvirtuar que desde el Banco Agrario se manipularon los formatos de actualización de datos del señor CAMPIÑO, con lo cual se franqueó el ingreso indebido de un número de celular ajeno al citado cliente, y del cual se creó una cuenta de banca virtual con el posterior desfalco ya establecido.

Por demás, no se puede pasar por alto que si la Fiscalía hubiera querido investigar acerca del origen del IP o del lugar donde se realizaron las transacciones virtuales, ello definitivamente tampoco no era posible, porque

igualmente quedó consignado por intermedio del investigador de la Fiscalía PETER ANDERSON VARGAS GRAJALES -ingeniero en sistemas-, que por el transcurso del tiempo entre la fecha en que se realizaron las transacciones y el momento en que se dio comienzo a la investigación, los registros del IP ya se habían borrado.

Agrega a continuación la defensa que es de suma importancia conocer cuál fue la persona que entregó la tarjeta débito. Pero se trata de un argumento a todas luces irrelevante, porque no se puede aseverar que quien entregó la tarjeta conoció la clave, cuando es sabido que se trata de una información que se entrega al cliente de una manera reservada.

De otra parte, se pregunta la apelante si ese conocimiento que tenía su prohijado acerca de las actividades del banco incidieron en otras defraudaciones en personas de la tercera edad. Cuestionamiento que en realidad a nada conlleva, por constituye una verdadera especulación, ya que aquí solo se juzga lo ocurrido con la defraudación al señor CAMPIÑO, y la investigación no se centró en otros casos similares o semejantes, como para pensar que si defraudó a uno entonces tuvo que haber defraudado anteriormente a varios. O contrario sensu, se quiere dar lugar a una premisa inatendible, bajo el supuesto de que si no defraudó a otras personas de edad avanzada, es porque necesariamente no llevó a cabo la defraudación que aquí se le atribuye.

Así mismo, se asegura por la defensa que el reconocimiento fotográfico llevado a cabo en la persona de su procurado, es intrascendente como quiera que nadie niega que su cliente laboró en esa entidad bancaria y atendió a la víctima; sin embargo, ese señalamiento sí tenía sentido como quiera que se hacía indispensable a efectos de garantizar que en realidad sí había sido el señor **EDDYE MARTÍNEZ** y no otro funcionario del banco al que le correspondió gestionar en varias ocasiones los retiros de dinero con el señor CAMPIÑO, en las circunstancias aquí relatadas.

Finalmente, propone la letrada que en este asunto los señalamientos del señor CAMPIÑO vienen precedidos de las manifestaciones que hizo la Directora Operativa del Banco Agrario, pues fue ella quien le indicó al ofendido que el responsable era el señor **EDDYE MARTÍNEZ** y que el señor IBAGUE ROTAVISTA era su cómplice; empero, no se puede perder de vista que si en algún momento esas expresiones las utilizó la funcionaria de la entidad bancaria, indudablemente ellas fueron el resultado de la investigación interna que había efectuado el Banco, pero no con el ánimo de hacer un señalamiento infundado, y mucho menos con la intención de generar una idea equivocada en la persona del señor CAMPIÑO, cuando es sabido que éste se limitó en juicio a decir única y exclusivamente lo que le constaba, sin agregar o intentar de algún modo tergiversar los hechos para hacer más gravosa la situación del aquí procesado, a quien entre otras cosas le estaba agradecido por la ayuda que le había ofrecido como funcionario del banco y en quien por supuesto delegó toda su confianza.

Se concluye entonces que la responsabilidad del señor **EDDYE MARTÍNEZ** se encuentra soportada con las pruebas presentadas en el juicio oral las cuales demuestran que participó en la defraudación que se hizo al cuentahabiente del Banco Agrario, lo que da lugar a confirmar la sentencia condenatoria.

ACERCA DE LA SOLICITUD DE LIBERTAD CONDICIONAL

El canon 64 C.P. fija las pautas para establecer si un condenado puede o no ser favorecido con el subrogado de la libertad condicional. Dicha norma dispone:

"ARTICULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL. El juez, **previa valoración de la conducta punible**, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.
2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.
3. Que demuestre arraigo familiar y social. (...)” -subraya de la Sala-

El referido artículo fue objeto de diversas modificaciones, entre las cuales se destaca la plasmada en la Ley 890/04, normativa que fue demandada y dio lugar a que la Corte Constitucional profiriera la Sentencia C-194/05 por medio de la cual declaró la exequibilidad condicionada de dicho nomenclado, para plasmar al respecto en su parte resolutive lo siguiente: "Por los cargos analizados en esta providencia, declarar EXEQUIBLE la expresión "previa valoración de la gravedad de la conducta punible" contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal, **en el entendido de que dicha valoración deberá atenerse a los términos en que fue evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria por parte del juez de la causa.**"

Tal normativa -artículo 64 C.P.- fue objeto con posterioridad de una nueva reforma que introdujo el artículo 30 de la Ley 1709/14, el que también fue objeto de análisis por parte de la alta Corporación, y en Sentencia C-757/14 concluyó:

"[...] la Corte Constitucional declarará exequible la expresión "previa valoración de la gravedad de la conducta punible", contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal, pero **para garantizar su correcta aplicación, la condicionará a que se entienda que la valoración que hace el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad debe estar acorde con los términos en que haya sido evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria**, por parte del juez de la causa." -negrilla de la Sala-

Como fácilmente se advierte, el juez al momento de determinar si procede o no la libertad condicional reclamada, debe analizar la conducta punible cometida con fundamento en lo que en su momento dispuso el operador jurídico que emitió la sentencia de condena.

Frente al tema materia de estudio, la Sala de Casación Penal como juez constitucional en la sentencia 107664 de noviembre 19 de 2019, indicó que no solo se debía analizar la gravedad de la conducta, sino también lo relativo a la existencia o no de circunstancias de mayor o menor punibilidad descritas en la sentencia, el cumplimiento de los factores objetivos, el adecuado desempeño y proceder del interno en su tratamiento penitenciario, la demostración del arraigo familiar y social, así como la reparación a la víctima -punto en el cual dejó claro que aunque en la sentencia condenatoria no se impuso el pago de perjuicios al sentenciado, por no encontrarse la sentencia en firme, como quiera que está en trámite el recurso de

apelación, está abierta la posibilidad de que la víctima una vez se decida el recurso de alzada inicie el incidente de reparación integral-.

Lo anterior, es reiterado por la CSJ en sentencia STP15008 de octubre 21 de 2021; pero además de esos requisitos sumados a las condiciones personales del condenado y la ausencia de antecedentes penales, hizo referencia que el estudio del comportamiento intramuros del procesado no puede ser superficial y debe sopesar otros aspectos para establecer la función resocializadora del tratamiento penitenciario, lo cual es fundamental para decidir una petición en tal sentido.

En su decisión, la funcionaria de primer grado señaló que frente a los aspectos favorables del sentenciado se tiene que durante el tiempo que ha estado privado de la libertad ha efectuado un proceso de resocialización y readaptación a la sociedad que le favorece, pues ha redimido tiempo por enseñanza, sumado a que ha presentado buen comportamiento durante el cautiverio intramuros, pero concluyó que la magnitud de la afectación originada en este asunto merece una sanción ejemplarizante, razón por la cual la libertad condicional pedida por el sentenciado debía ceder ante el fin supremo de la justicia.

Como ha quedado establecido, en esta clase de asuntos no basta solo con hacer relación al bien jurídico afectado de manera abstracta, sino que deben establecerse los otros elementos que le puedan ser favorables al interno, para que estos sean ponderados al momento de decidir. Y aunque la funcionaria a quo hizo el ejercicio de resaltar cuales son los elementos favorables con los que cuenta el señor **EDDYE MARTÍNEZ**, puso de presente que estamos ante una conducta grave.

Pero se itera, no se trata de una simple enunciación de lo favorable, sino de un análisis a profundidad de los elementos de personalidad del condenado durante el tratamiento penitenciario, con los cuales se pueda determinar si existe una adecuada resocialización y reinserción social, o si el condenado requiere de un tratamiento penitenciario más prolongado, de ahí que sea de suma importancia que el funcionario haga un estudio de esos aspectos para que exponga las

razones jurídicas que justifiquen la decisión de negar o conceder la libertad condicional, lo que en este asunto no ocurrió, porque aunque se mencionó acerca del buen comportamiento del condenado en el centro carcelario y se determinó que la libertad condicional pedida debe ceder ante el fin supremo de la justicia, no se argumentó en momento alguno el por qué esas condiciones favorables del interno son de poca entidad como para acceder al subrogado penal pedido y en qué se basa el argumento según el cual: los aspectos de la gravedad de la conducta "tienen un mayor peso" sobre el buen comportamiento intramuros que ha tenido el sentenciado **EDDYE MARTÍNEZ**.

Se tiene entonces, que la valoración de la conducta debe ir acompañada de: (i) las condiciones personales; (ii) la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad; (iii) la imposición de la pena mínima del delito acusado; (iv) el contexto fáctico de la conducta; (v) la cantidad de delitos atribuidos; la ausencia de antecedentes penales; (vi) la cantidad de pena descontada; y (vii) el comportamiento intramuros del condenado.

Así las cosas, se hace necesario decretar la nulidad del auto de diciembre 07 de 2021 para que el juzgado ajuste la decisión a los parámetros establecidos por la CSJ en la decisión de octubre 21 de 2021, y se pronuncie acerca de cada uno de los aspectos que comprenden el concepto de conducta punible.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

4.- FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia condenatoria proferida en enero 30 de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta capital, en contra del procesado **EDDYE MAURICIO MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, y por los punibles de peculado por apropiación y violación de datos personales agravado.

SEGUNDO: SE DECRETA LA NULIDAD del auto de diciembre 07 de 2021, por medio del cual se negó la libertad condicional al sentenciado, por las razones expuestas en el cuerpo motivo de esta providencia.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se le notificará por la Secretaría de esta Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, decisión contra la cual procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse debe hacerse dentro del término legal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

AUTORIZADO CONFORME

arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020
y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

Firmado Por:

Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a1161140417a0cd1e098883c4218f67ea7a57a7fe28e08b1d5e88708018f36c3

Documento generado en 14/01/2022 03:58:50 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>