

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP17739-2017
Radicación N° 44.830
(Aprobado Acta N° 359)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete
(2017)

VISTOS

Culminada la audiencia de sustentación del art. 184 inc. 4° de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de JOHNY MERCHÁN SUÁREZ, contra la sentencia del 1° de julio de 2014, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

I. HECHOS

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, entre el 20 y el 30 de abril de 2010, JOHNY MERCHÁN SUÁREZ y JUAN CARLOS PÁEZ PÁEZ efectuaron múltiples compras en establecimientos de comercio¹ ubicados en el sector de Los Fundadores, en Manizales (Caldas), utilizando tarjetas bancarias clonadas.

Habiendo sido alertadas las autoridades de policía de tal circunstancia, por parte de comerciantes que detectaron irregularidades en los pagos, el señor MERCHÁN SUÁREZ fue abordado por agentes el 30 de abril mientras se desplazaba, en compañía de una mujer, en un vehículo de placa NAA-667 en cercanía a la estación Los Cámbulos del cable aéreo de Manizales. A aquél le fue hallada en su billetera una tarjeta *débito* con el logo del banco *Davivienda*, pero con banda magnética perteneciente a una tarjeta de *crédito* expedida por el *Citibank en Estados Unidos*. En su posesión también se encontraron facturas de compra con sus respectivos *vouchers* de datafono, notas con nombres de entidades financieras junto a claves numéricas y un comprobante de consignación por 340 dólares a favor de ALEKSANDR VIKTROROVICH SHARBIHC, en Rusia².

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Por los referidos hechos, JOHNY MERCHÁN SUÁREZ fue aprehendido. El 1° de mayo de 2010, ante el Juzgado 1° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales,

¹ Restaurante Mediterráneo, supermercado El Ahorro, centro de servicios La Pipa y establecimiento comercial Inter-música Entretenimiento.

² Quien según información del comité de seguridad bancaria de INCOCRÉDITO es un *hacker* de nacionalidad rusa que vende información extraída ilícitamente de sistemas informáticos.

luego de la audiencia para legalización de captura, la Fiscalía le imputó a aquél, en calidad de coautor, la posible comisión del delito de violación de datos personales agravado, en concurso real homogéneo (arts. 31 inc. 1°, 269 F y 269 H nums. 1° y 5° del C.P.³). El imputado, quien no aceptó los cargos, fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Presentado el respectivo escrito, en audiencia del 16 de julio de 2010 ante el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Conocimiento de Manizales, la Fiscalía acusó al señor MERCHÁN SUÁREZ como probable autor del mencionado cargo.

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente. Concluido el debate, la jueza emitió sentido de fallo absolutorio; en consecuencia, dictó la respectiva sentencia el 1° de febrero de 2013.

Habiendo interpuesto el representante de las víctimas el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales lo revocó mediante sentencia del 1° de julio de 2014. En su lugar, condenó a JOHNY MERCHÁN SUÁREZ, como coautor del delito de violación de datos personales agravado en concurso material homogéneo, a las penas de 114 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como a la de multa en cuantía de 587.5 salarios mínimos legales mensuales. Por otra parte, negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, cuya

³ Num. 1°: Sobre redes o sistemas informativos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros.

Num. 5°: Obteniendo provecho para sí o para un tercero.

admisión dispuso la Corte por medio de auto del 10 de octubre de 2016. En sesión del 25 de abril de 2017 se celebró la audiencia de sustentación del recurso de casación, donde participaron el defensor, el Fiscal 12 delegado ante la Corte Suprema de Justicia y la Procuradora 2ª delegada para la Casación Penal.

III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

3.1 Por la vía del art. 181-3 del C.P.P., el defensor formuló un único cargo por violación indirecta de la ley sustancial, denunciando un falso juicio de existencia por omisión. El *ad quem*, alega, hizo completa abstracción de la prueba pericial grafológica practicada a las firmas impresas en los *vouchers* hallados en poder del acusado. En su criterio, tal prueba inobservada acredita que JOHNY MERCHÁN SUÁREZ no fue quien utilizó las tarjetas clonadas.

El estudio grafológico, expone, fue incorporado legalmente al juicio a través del testimonio pericial de Alberto Caballero Merchán, técnico criminalístico al servicio de la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría del Pueblo. El experto, resalta, concluyó que en la escritura del señor MERCHÁN SUÁREZ no se hallaron elementos gráficos similares a los que conforman las firmas ilegibles y números que aparecen en 8 *vouchers* cuestionados. Ello, destaca, significa que desde el punto de vista de la grafología forense no es factible señalar a aquél como autor de los escritos bajo examen.

En punto de trascendencia, prosigue, la falta de apreciación de la mencionada prueba impidió al Tribunal percatarse de que si no concuerdan las grafías en los documentos dubitados e indubitados, necesariamente otra persona distinta al acusado fue

quien los suscribió. Si en ellos, resalta, aparece el nombre de JUAN PÁEZ, ha de concluirse que éste fue quien firmó los comprobantes y efectuó los pagos, como quiera que la costumbre comercial dicta que sólo puede pagar una persona, quien debe firmar cuando utiliza tarjetas de crédito o débito. Tal conclusión, destaca, se ve corroborada con el hecho que el señor PÁEZ PÁEZ aceptó responsabilidad por el delito de violación de datos personales, el cual, a su modo de ver, sólo requiere de una persona para su ejecución.

De ahí que, enfatiza, la sentencia condenatoria no pueda sostenerse en la prueba indiciaria construida por el *ad quem*. Si los comprobantes de pago, insiste, fueron firmados por alguien distinto al aquí procesado, fuerza concluir que aquél no utilizó la tarjeta clonada.

De otro lado, subraya, “*se demostró*” que la presencia de JOHNY MERCHÁN en los sitios donde se realizaron los pagos con las tarjetas espurias se debe a que correspondía al cumplimiento de un contrato de transporte.

En esos términos, puntualiza, es claro que no existe prueba más allá de toda duda sobre la responsabilidad penal del acusado, lo que, en su criterio, comporta la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho -“*y de derecho por falso juicio de convicción en la valoración del medio de prueba que sirvió como sustento probatorio de [la declaratoria de] responsabilidad*”-. La falta de aplicación de los arts. 7° y 381 del C.P.P., resalta, condujo a la aplicación indebida de los arts. 269 F y 269 H del C.P.

En tal virtud, solicita a la Corte que case la sentencia y absuelva al acusado.

Esa petición fue reiterada en la audiencia de sustentación del recurso de casación, en cuyo marco el defensor sustituto resaltó que el falso juicio de existencia por omisión es innegable, por cuanto el Tribunal ni siquiera hizo mención del referido dictamen grafológico. Como éste, dice, prueba que el acusado no firmó los comprobantes de pago, no se realiza ninguno de los verbos rectores pertenecientes al tipo penal de violación de datos personales, cuya autoría sólo es atribuible a quien reconoció responsabilidad.

Al margen del cargo formulado en la demanda, alega, existieron errores en la individualización de la pena, en la medida en que la sanción penal se dosificó en los cuartos medios, pese a que no se imputaron causales genéricas de mayor punibilidad. De no casarse la sentencia, solicita que la Sala se pronuncie al respecto.

3.2 Por su parte, **el fiscal** demanda que la Corte acoja las peticiones del libelo y, por consiguiente, valide la sentencia absolutoria de primera instancia. Destaca que el *a quo* absolvió por dudas, mientras que el Tribunal revocó la decisión a partir del testimonio de Gloria Patiño, administradora del bar donde se habrían utilizado las tarjetas clonadas, afirmó que observó cuando el señor MERCHÁN hizo la transacción. Empero, a su modo de ver, tal señalamiento no puede subsistir bajo el supuesto que aquél no fue quien firmó los *vouchers*, según concluyó el perito grafólogo.

Aunado a lo anterior, subraya, la experiencia indica que un delincuente que ha efectuado compras con tarjetas clonadas, por lo general, no conserva tales documentos, pues ello sólo serviría para incriminarlo. Esto, puntualiza, indica que JOHNY MERCHÁN no era consciente de que las tarjetas eran clonadas, y

por eso las portaba. El cargar los *vouchers*, en su criterio, es un contra-indicio que denota ausencia de responsabilidad.

La prueba pericial técnica, resalta, efectivamente fue inobservada por el Tribunal, lo que configura un falso juicio de existencia por omisión. Según su entender la prueba pericial “*absuelve*” al procesado.

De otro lado, censura al *ad quem* por haber afirmado que la captura en flagrancia es un hecho indicativo de la responsabilidad del procesado, pese a que el juez de control de garantías declaró la ilegalidad de la aprehensión, por no existir tal circunstancia. Esa decisión, sostiene, hizo tránsito a cosa juzgada y, por ende, el Tribunal no podía pronunciarse en ese sentido.

3.3 Finalmente, **la procuradora para la casación penal** expuso que pese al falso juicio de existencia, el fallo impugnado no debe casarse debido a que subsiste prueba suficiente para condenar.

Al momento de la captura, resalta, el señor MERCHÁN SUÁREZ llevaba consigo la tarjeta clonada. Esto, enfatiza, ha de articularse con el hecho indicador cifrado en que aquél estuvo en los establecimientos comerciales en donde se realizaron pagos con tarjetas clonadas. Además, las tarjetas utilizadas en las compras no estaban a nombre del acusado.

Si alguien está cometiendo un ilícito con tarjetas bancarias, añade, obviamente no va a registrar sus datos correctos, por lo que el yerro denunciado en nada afecta la conclusión a la que arribó el *ad quem*.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda se declaró ajustada a las exigencias previstas en el art. 184 del C.P.P., la Sala analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, especialmente las dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establecido en el artículo 180 *idem*.

4.1 De acuerdo con el art. 181-3 *idem*, la casación procede cuando se afecten garantías fundamentales, producto del manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación *de la prueba* sobre la cual se ha fundado la sentencia de segunda instancia. Allí se encuentra consagrada la modalidad de infracción *indirecta* o *mediada* de la ley sustancial, por errores en la construcción de la premisa *fáctica* del silogismo jurídico.

Cuando en esta sede se acude a la violación *indirecta* de la ley sustancial, por errores *de hecho* en las fases de observación o valoración de la prueba, ha de acreditarse la incursión en falsos juicios de existencia, identidad o falso raciocinio.

La primera de dichas hipótesis, que fue la invocada por el censor, se presenta cuando al proferir la sentencia impugnada el fallador *desconoce por completo* el contenido material de una prueba debidamente incorporada a la actuación -falso juicio de existencia por omisión-; también, cuando le concede valor probatorio a una que jamás fue recaudada, suponiendo su existencia.

Además, la acreditación del falso juicio de existencia no sólo

exige al censor identificar la prueba omitida o supuesta, sino poner en evidencia *qué se acredita con ella* y cómo, de haber sido apreciada conforme a las reglas de la sana crítica, en conjunto con los demás medios de conocimiento, habría conducido a *variar las conclusiones del pronunciamiento* de fondo.

4.2 En el presente caso salta a la vista que, en efecto, el Tribunal hizo *completa abstracción* del testimonio pericial rendido por el perito grafólogo Alberto Caballero Merchán en la sesión de juicio oral del 6 de diciembre de 2012, en cuyo desarrollo aquél declaró sobre los fundamentos técnico-científicos de sus hallazgos y conclusiones, al tiempo que se incorporó el informe respectivo.⁴ La lectura del fallo impugnado pone en evidencia que, pese a haberse practicado con cumplimiento de los requisitos legales, el Tribunal inobservó el dictamen. De modo que, al abstenerse de apreciarlo, se configura un falso juicio de existencia por omisión.

4.2.1 Sin embargo, la prosperidad del cargo no depende únicamente de la acreditación del yerro denunciado, sino de su trascendencia y aptitud de provocar un sentido diverso de la decisión adoptada en el fallo impugnado. Para constatar tal aspecto, enseguida, la Sala reseñará la estructura probatoria que sustenta la declaratoria de responsabilidad penal; luego de ello determinará qué enunciados fácticos pueden probarse con el medio de conocimiento desconocido, para así establecer si, al valorar en conjunto las pruebas con inclusión del dictamen, las conclusiones probatorias han de variar de manera tal que no exista fundamento sustancial para condenar.

4.2.1.1 En criterio del Tribunal⁵, existe prueba más allá de toda duda para afirmar que JOHNY MERCHÁN SUÁREZ, al participar de

⁴ Cfr. fls. 88-89 C. 1 y 76-87 C.2.

⁵ Cfr. fls. 12-29 sent. 2ª inst.

la ejecución de compras con tarjetas de crédito y débito clonadas, incurrió en el delito de violación de datos personales.

Es un hecho probado, señala, que al momento de la captura el acusado tenía en su poder una tarjeta débito de Davivienda, que tras ser sometida a análisis se determinó que su banda magnética poseía información de una tarjeta de crédito emitida por el banco Citibank USA, por lo que se trataba de una tarjeta clonada. Sumado a ello, enfatiza, el señor MERCHÁN portaba documentos y manuscritos con números de tres y cuatro dígitos que correspondían a claves de varias tarjetas, con las que se habían realizado varias compras en establecimientos comerciales en Manizales, entre el 20 y 30 de abril de 2010. Además, destaca, quienes efectuaron las transacciones se movilizaban en un vehículo igual al que conducía JOHNY MERCHÁN al ser interceptado por agentes de policía.

La tarjeta hallada al acusado, prosigue, fue empleada por el señor MERCHÁN SUÁREZ -quien estaba acompañado de otros dos sujetos- en el restaurante Mediterráneo, difiriendo el pago a 12 cuotas. De ello dio cuenta Gloria Lucía Patiño Urrego, administradora del local, quien reconoció a aquél a través de álbum fotográfico y en el juicio. Así mismo, resalta, varios vendedores informaron sobre las actividades realizadas por el procesado y sus acompañantes, que implicaron un desfaldo económico a entidades como BBVA, Citibank y Davivienda, por cuanto se *obtuvieron, compraron, modificaron y emplearon* códigos personales para obtener provecho, en detrimento del patrimonio económico de dichos bancos.

En punto de valoración, continúa, la declaración de la señora Patiño Urrego es determinante, como quiera que de lo relatado por ella se desprenden serios indicios de responsabilidad en contra de JOHNY MERCHÁN. Aquélla, se lee en la sentencia, dijo que el 29 de

abril, a las diez de la noche, entraron dos hombres que se movilizaban en un Renault verde oscuro *y preguntaron si recibían tarjetas*; respondió que sí, aquéllos se sentaron y pidieron licor, uno se acercó al datáfono para cancelar la cuenta. Más tarde, según la versión de la testigo consignada en el fallo, quisieron hacer otra compra pero la tarjeta presentada arrojó saldo no disponible, por lo que pasaron otra tarjeta y se hizo la transacción. Los sujetos fueron identificados por la testigo en diligencia de reconocimiento fotográfico, cuyas actas le fueron puestas de presente durante el interrogatorio en juicio. Ante los investigadores de policía judicial, la declarante manifestó que uno de los individuos, correspondiente a JUAN CARLOS PÁEZ, hizo una transacción y tenía varias tarjetas, mientras que la otra persona era JOHNY MERCHÁN SUÁREZ. En el juicio, aclaró que sólo reconoció a un sujeto, sin que recuerde si las tarjetas eran débito o crédito.

Tal relato, para el *ad quem*, se ofrece creíble por encontrar respaldo en las demás evidencias aportadas al juicio. En concreto, que el señor MERCHÁN SUÁREZ fue sorprendido *en flagrancia* por Subintendente de la SIJIN William Giraldo Rendón, portando documentos contentivos de datos financieros personales y de comprobantes de transacciones realizadas en compañía de JUAN CARLOS PÁEZ, quien además de haber sido visto con el acusado, aceptó cargos por los hechos investigados.

Ahora, enfatiza el Tribunal, con la tarjeta que le fue hallada a JOHNY MERCHÁN al momento de su captura se efectuó un pago en el restaurante Mediterráneo.

A partir de la evidencia testimonial y documental, prosigue, es dable declarar probado el indicio de presencia en el lugar de los hechos, que valorado en conjunto con la aprehensión en flagrancia, permite afirmar que MERCHÁN SUÁREZ fue coautor del delito de

violación de datos personales, no que fue un mero conductor que transportó a JUAN PÁEZ y a un ciudadano extranjero.

El aquí acusado, puntualiza, fue visto junto a PÁEZ PÁEZ *en diferentes lugares* -estaciones de servicio La Manuela y Fundadores-, sobre lo cual fue informada la Policía por parte de comerciantes del sector de Los Fundadores, quienes reportaron que tres sujetos se movilizaban en un carro de placa NAA-667 y efectuaban compras con tarjetas clonadas. Ese vehículo, destaca, precisamente pertenecía a JOHNY MERCHÁN.

Además, se pone de presente en la sentencia, el procesado no pudo justificar por qué la tarjeta que le fue encontrada, sin que estuviera a su nombre y con una banda magnética de un banco distinto, estaba en su poder.

Por otra parte, puntualiza el Tribunal, si en verdad el acusado hubiera sido alguien que sólo fue contratado como conductor, no tendría por qué tener en su poder los elementos ilegales ni las tirillas y facturas de compra coincidentes con las fechas en que fueron reportadas las clonaciones de las tarjetas por los respectivos bancos, esto es, entre el 20 y 30 de abril de 2010.

En consecuencia, sostiene, es forzoso concluir que JOHNY MERCHÁN SUÁREZ estuvo *utilizando y realizando compras* con las tarjetas clonadas en compañía de dos personas más, entre ellas el hoy condenado JUAN CARLOS PÁEZ. Al margen de que hubiera sido quien conducía el automóvil, subraya, *empleó* códigos personales en beneficio propio, accediendo a bienes y servicios con los elementos (tarjetas clonadas) que tenía en su poder.

Tal hipótesis fáctica, aclara, se adecúa a un supuesto de coautoría donde, durante varios días, mediando un plan común,

varios sujetos participaron en la actividad criminal con división de trabajo o distribución coordinada de tareas.

4.2.1.2 Pues bien, apreciado el contenido material de la prueba echada de menos por el *ad quem*, la Sala puede declarar probado que las firmas y demás signos escriturales estampados en los *vouchers* encontrados al acusado al momento de su captura, no fueron plasmados por JOHNY MERCHÁN SUÁREZ.

El objeto del examen pericial consistió en determinar si las grafías plasmadas en los 8 *vouchers*⁶, firmados a nombre de JUAN PÁEZ, corresponden a la escritura de JOHNY MERCHÁN SUÁREZ - en poder de quien fueron hallados tales documentos-. Ese material dubitado fue contrastado con siete muestras de escritos y firmas del señor MERCHÁN SUÁREZ tomadas ante el perito (elemento indubitado).

Tras la observación y comparación del material, el grafólogo analizó los resultados a la luz de los principios de identidad y especificidad o diversidad, que rigen la grafología forense. En tal virtud, concluyó que entre las grafías dubitadas e indubitadas se advierten características dinámicas y formales totalmente discordantes, propias de diferentes desenvolvimientos escriturales. Según el experto, el cotejo puso de presente que hay diferencias notables respecto a la velocidad (espontaneidad), presión, ritmo, puntos de iniciación y terminación, inclinación, desplazamiento lineal, movimientos generadores del grafismo, formas gráficas, proporcionalidad, enlaces, dimensiones y peculiaridades de la escritura.

Tal disparidad caligráfica, expone, se evidencia singularmente

⁶ Aportados por el restaurante Mediterráneo, supermercado El Ahorro, centro de servicios La Pipa y establecimiento comercial Inter-música Entretenimiento.

en cuanto a los diseños específicos de los signos, movimientos, giros y acabados, en general la morfología particular de los trazos, lo que lleva a concluir que *los escritos confrontados no presentan uniprocedencia escritural, es decir, que no corresponden a las grafías de JOHNY MERCHÁN SUÁREZ.*⁷

4.2.1.3 No obstante, como se expondrá, ello no prueba *per se* que el aquí acusado no hubiera participado, en conjunto con otras personas, en el empleo de los códigos personales contenidos en las tarjetas clonadas, ni mucho menos, como lo manifestó el fiscal en la audiencia de sustentación, que automáticamente deba ser absuelto de los cargos imputados.

El planteamiento absolutorio del libelista parte de una base errónea. Se fundamenta en una falacia argumentativa de inatinencia, pues cierto es que, acorde con la costumbre comercial, una transacción con tarjeta débito o crédito se realiza de manera individual, no mancomunada. Empero, la conducta atribuida al aquí acusado no fue la de *pagar*, sino la de *emplear* códigos o datos personales ajenos contenidos en las tarjetas clonadas.

La ausencia de facultad para el empleo de los datos o códigos es inherente a la condición misma *-e indiscutida-* de las tarjetas espurias, que llevaban una banda magnética perteneciente a cuentas de bancos diferentes, abiertas en el exterior.

Ahora, según el demandante, los resultados de la prueba grafológica constatan que quien firmó los *vouchers* fue JUAN PÁEZ, persona que aceptó cargos por los hechos investigados y quien desvincula de cualquier responsabilidad a JOHNY MERCHÁN. Sin embargo, de ello no se desprende que este último no hubiera podido *concurrir* al empleo ilícito de la información contenida en las tarjetas

⁷ Fls. 76-80 C.2

clonadas. Antes bien, admitiendo que el señor PÁEZ fue quien plasmó las firmas, como lo sugiere el libelista, adquiere solidez la hipótesis delictiva, cifrada en que aquéllos actuaron con división de trabajo, movilizándose durante varios días por Manizales para realizar compras fraudulentas, empleando los datos contenidos en las tarjetas espurias.

Según se declaró probado en la sentencia de primera instancia a partir del informe de investigador rendido por el funcionario de policía judicial William Giraldo Rendón (fls. 7-8), con la tarjeta hallada *en la billetera* de JOHNY MERCHÁN SUÁREZ -en apariencia débito Maestro de Davivienda, pero con banda magnética del Citibank USA- se realizaron pagos diferidos a 12 cuotas en el bar Mediterráneo, de donde se sigue que, en verdad, se trataba de una tarjeta de crédito. Ahora, para el *a quo* (fl. 12), siguiendo el estudio técnico preliminar realizado a la tarjeta por Víctor Julián Ramos Lara, ejecutivo de investigaciones de INCOCRÉDITO, al realizar la verificación con el sistema de tarjetas de Redeban Multicolor, se estableció que la misma figuraba a nombre de JUAN PÁEZ.

Por otra parte, se lee en la sentencia de primer grado (fl. 10), acorde con el testimonio de Gloria Lucía Patiño Urrego, administradora y cajera del bar Mediterráneo, la primera transacción la hizo un hombre moreno, grueso, de cabello corto y ondulado, entre 170 y 175 cm. de estatura y el segundo pago cree que lo hizo “*el calvo*”. En el fallo igualmente consta que la declarante mencionó que hizo un reconocimiento fotográfico, que se incorporó al juicio mediante su reconocimiento. En las actas respectivas, se advierte que reconoció a dos de los sujetos que ingresaron una noche al bar *preguntando si recibían tarjetas*, a saber, JOHNY MERCHÁN SUÁREZ y JUAN CARLOS PÁEZ. Este último, como se advierte en la fotografía, mide un poco más de 170 cm., es de piel trigueña y de cabello negro, mientras que, en contraste, el señor MERCHÁN

SUÁREZ es calvo (fls. 58-65 cuaderno de pruebas). La declarante dijo que los sujetos se fueron en un automóvil Renault 19 de color verde.

A su turno, subraya el *a quo* (fl. 19), JUAN PÁEZ PÁEZ testificó que JOHNY MERCHÁN simplemente era un conductor que contrató, por 30 días, un ciudadano extranjero que los acompañó -de quien no ofrece ninguna información-. Sin embargo, tal coartada, se extrae de los argumentos expuestos por el Tribunal, no es digna de credibilidad, como quiera que -de acuerdo con la experiencia- un chofer no tiene por qué tener en su poder tarjetas bancarias de quien lo contrata. De otro lado, la tarjeta hallada en su billetera y que le fuera incautada no estaba a su nombre, sin que diera alguna explicación sobre su tenencia (fls. 24-26 sent. 2ª inst.).

Adicionalmente, para el *ad quem*, el acusado no sólo fue sorprendido con la tarjeta clonada con la que se habían realizado varias compras en establecimientos comerciales de Manizales durante el tiempo en que fue visto en compañía de dos sujetos, que se movilizaban en el vehículo Renault 19 de placa NAA-667, de su propiedad, sino que MERCHÁN SUÁREZ también tenía en su poder los recibos de tales compras. Es más, aquél era igualmente poseedor de documentos manuscritos con números de 3 y 4 dígitos, que según el subintendente de la SIJIN Giraldo Rincón, correspondían a claves de varias tarjetas; inclusive, se lee en la sentencia de primera instancia (fl. 12), el investigador de INCOCRÉDITO determinó que dichos documentos *cifrados* contenían cuatro dígitos, los cuales, acorde con su experticia, corresponden a claves de tarjetas débito o a las últimas cuatro cifras de tarjetas de crédito.

Aunado a lo anterior, hay otro argumento que deja desprovisto de solidez el planteamiento absolutorio del demandante, basado en el simple hecho que el acusado no firmó comprobantes de transacción. En efecto, pasa por alto el censor que múltiples

transacciones podían efectuarse sin necesidad de firma alguna, como quiera que se emplearon tarjetas *débito*, que requieren la digitación de una clave en el datafono, no la aceptación del cargo mediante rúbrica. A ese respecto, el *a quo* trajo a colación el testimonio del experto de INCOCRÉDITO (fl. 12), quien expuso que a las personas se les induce en error diciéndoles que la tarjeta es de *débito internacional*, que se maneja como crédito, y que cuando pide los dígitos es la clave que debe ser marcada.

El *a quo* absolvió porque, a su modo de ver, no encontró prueba *directa* sobre el empleo de los códigos o datos por parte del acusado MERCHÁN SUÁREZ. Empero, para el Tribunal, sí hay prueba indiciaria que así permite afirmarlo más allá de toda duda, conclusión que la Corte encuentra del todo acertada y que no es refutada atinada ni suficientemente por el censor, quien omite controvertir las conclusiones indiciarias en que se soporta la condena, bajo la errada convicción de que la ausencia de firma del acusado en los comprobantes de transacción impide que hubiera participado del empleo ilícito de los códigos y datos personales.

Para mostrar la solidez de la hipótesis delictiva más allá de duda razonable, la Sala reconstruirá la estructura de la prueba indiciaria a partir de los hechos indicadores que se declararon probados en las sentencias de primera y segunda instancia. De estas decisiones, se extractan los siguientes enunciados fácticos:

1. JOHNY MERCHÁN SUÁREZ fue capturado portando una tarjeta clonada en su billetera -en apariencia débito Maestro de Davivienda, pero con banda magnética del Citibank USA-, que en los registros de Redeban Multicolor figuraba a nombre de JUAN PÁEZ PÁEZ.

2. Con esa tarjeta se efectuaron pagos en establecimientos de

comercio a los que concurrió JUÁN PÁEZ PÁEZ en compañía de otro individuo y de JOHNY MERCHÁN SUÁREZ. Al ingresar a los locales y estaciones de servicio, inmediatamente preguntaban si “*recibían tarjetas*”.

3. Al momento de su captura, JOHNY MERCHÁN SUÁREZ no se movilizaba con JUÁN PÁEZ, sino con una mujer.

4. JUAN PÁEZ PÁEZ aceptó cargos por los hechos investigados, cifrados en la utilización de tarjetas clonadas.

5. El primer pago en el bar Mediterráneo fue efectuado por un sujeto de las características de JUAN PÁEZ. La segunda transacción, según la administradora, fue realizada por un hombre calvo -quien habiendo sido reconocido en fotografías correspondió a JOHNY MERCHÁN SUÁREZ- *que pasó otra tarjeta*, por cuanto la primera arrojó saldo no disponible.

6. Al señor MERCHÁN SUÁREZ le fueron encontrados, al momento de su aprehensión, un bolso con documentos manuscritos con números de 3 y 4 dígitos, compatibles con claves y números de tarjetas débito y crédito, respectivamente, así como los comprobantes de las transacciones realizadas.

7. JUÁN PÁEZ dice conocer a JOHNY MERCHÁN como una persona que le prestó servicio de transporte por unos días, sin que hubiera hecho actividad distinta a la de conducir.

En punto de valoración, el *ad quem* destacó, en relación con los hechos indicadores N° 1, 5 y 6, que se puede inferir la responsabilidad del acusado por su “*presencia*” en el lugar de los hechos y por su “*captura en flagrancia*”. Pero más allá de esos rótulos, lo que se advierte es que no sólo hay un nexo entre las

escenas de los crímenes -establecimientos donde se emplearon los datos y códigos personales contenidos en las tarjetas clonadas- y el señor MERCHÁN SUÁREZ, sino una serie de conexiones forenses que lo señalan de haber participado en tal actividad, por estar vinculado con evidencia incriminatoria.

En efecto, la tarjeta hallada en su billetera, además de no estar a su nombre, era clonada -pertenecía a un cuenta habiente en el exterior- y, como lo sostiene el censor, fue utilizada por JUÁN PÁEZ para efectuar fraudulentamente pagos en establecimientos de comercio a los que el acusado concurrió con aquél (hecho N° 2). Ahora, del testimonio del señor PÁEZ, reseñado en la sentencia de primera instancia, no se advierte que aquél se la hubiera entregado a JOHNY MERCHÁN con algún propósito lícito plausible. Antes bien, acudiendo a la experiencia, el Tribunal puso de presente que, por lo general, las personas no entregan sus tarjetas a desconocidos que apenas prestan un servicio de transporte (hecho N° 7). Menos, para que se las lleven a otros lugares donde no acude su titular (hecho N° 3).

De ello, inobjetablemente ha de inferirse que el aquí acusado participaba de la actividad ilegal desplegada por JUAN PÁEZ al utilizar las tarjetas en múltiples establecimientos de comercio. Y esto se ve ratificado al haberle sido encontrados al señor MERCHÁN SUÁREZ una serie de documentos que, desde luego, denotan su utilización en actividades fraudulentas, como la realización de transacciones con tarjetas clonadas. Que alguien porte escritos con nombres de bancos y, al frente, aparezcan series numéricas de cuatro dígitos que parecen claves no es por sí mismo muestra de un ilícito. Pero ello cambia de connotación cuando alguien, *además*, lleva consigo una tarjeta *clonada* y ha concurrido a establecimientos comerciales con otra persona que -como lo reconoció posteriormente ante la justicia (hecho N° 4)- ha efectuado pagos fraudulentos, cuyos

comprobantes le son descubiertos en su poder (hecho N° 6).

Tales hechos indicadores, tomándolos aisladamente, no indican más que una probabilidad, como lo destaca el libelista. Mas articulándolos unos con otros, dan cuenta de la responsabilidad del señor MERCHÁN SUÁREZ con un grado de convicción más allá de duda razonable. En efecto, todos estos enunciados fácticos, como lo determinó el Tribunal, unidos en un solo tejido, conducen a descartar cualquier otra hipótesis diferente a la planteada por la Fiscalía, puesto que no de otra manera se explica que el acusado hubiera concurrido a los sitios donde se utilizaron las tarjetas y que hubiera sido sorprendido con la aludida evidencia incriminatoria en su poder.

Inclusive, en las instancias (cfr. fls. 7-8 sent. 1ª inst.) se acreditó con el testimonio de la administradora del bar Mediterráneo, *en el que se emplearon tres tarjetas diferentes*, como lo señaló el Subintendente Giraldo Rendón de la SIJIN, que el acusado efectuó un pago cuando una de las tarjetas reportó saldo insuficiente.

Y esa estructura probatoria no se ve de ninguna manera refutada ni debilitada por el reproche formulado en la demanda. La hipótesis delictiva estriba en el *empleo o utilización* conjunta de las tarjetas con códigos personales, en el marco de un propósito criminal común -la obtención de provecho económico ilícito al adquirir bienes y servicios con tarjetas clonadas- con *división de trabajo*, realizado coordinadamente durante varios días, no en el *pago* efectuado por varias personas. Es algo sustancialmente diferente que, al no comprender debidamente la censura, la deja desprovista de prosperidad, pues no se puede derrumbar una estructura argumentativa si se atacan bases *diferentes* a las que la sustentan, como tampoco si éstas no se refutan *con suficiencia*.

4.3 Por consiguiente, pese a la existencia del yerro denunciado, éste es incapaz de alterar sustancialmente la estructura probatoria en que se soporta la declaratoria de responsabilidad penal, motivo por el cual el cargo no prospera.

4.4 Sin perjuicio de ello, del examen de la actuación la Sala advierte la existencia de irregularidades que obligan a emitir un pronunciamiento oficioso en casación, a fin de reparar la vulneración de garantías fundamentales como la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho y la legalidad de la pena.

4.4.1 En efecto, en la acusación se imputó la agravante de obtener provecho para sí o para un tercero (art. 269 H num. 5° del C.P.). Empero, su aplicación comporta la vulneración del *non bis in idem*, como quiera que uno de los ingredientes normativos del tipo básico de violación de datos personales (art. 269 F *idem*) es, precisamente, que el autor realice alguno de los verbos rectores *con provecho propio o de un tercero*. Si tal aspecto de la conducta ya es tenido en cuenta para afirmar la tipicidad objetiva del tipo penal, mal podría volverse a considerar para incrementar el juicio de reproche por la vía de la aplicación de una causal específica de agravación. En consecuencia, de la imputación habrá de *excluirse* tal circunstancia agravante, por ser manifiestamente conculcadora de la aludida garantía fundamental (arts. 29 inc. 4° de la Constitución y 8° del C.P.).

Ello, sin embargo, no tendrá impacto en la dosificación de la pena, como quiera que en el presente caso también se imputó y acreditó la concurrencia de la circunstancia específica de mayor punibilidad prevista en el art. 269 H num. 1° del C.P., esto es, que la conducta se hubiere cometido sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones del sector financiero, nacionales o extranjeros.

4.4.2 De otro lado, el Tribunal quebrantó el debido proceso en su estructura, por violación del principio de congruencia entre acusación y sentencia. Revisado el registro de video de la audiencia de formulación de acusación⁸, la Sala encuentra que, como lo advirtió el defensor en la audiencia de sustentación de la demanda de casación, la Fiscalía no imputó ninguna causal genérica de mayor punibilidad (art. 58 del C.P.). Y sin cumplir con tal presupuesto, mal podrían ser tenidas tales circunstancias al momento de individualizar la sanción penal (cfr., entre otras, C.S.J. SP 18 dic. 2013, rad. 41.734).

Ahora, el art. 61 inc. 2° del C.P. establece que el sentenciador sólo podrá moverse dentro de los cuartos medios de dosificación cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación punitiva. Sin embargo, a la hora de analizar los fundamentos concretos para la individualización de la pena, el Tribunal interpretó erróneamente esa norma, pues justificó la dosificación de la sanción en los cuartos medios, aduciendo que la imputación jurídica comprendió dos circunstancias agravantes, pese a que ninguna causal de agravación *genérica* fue imputada por la Fiscalía en la acusación. Ahora, no es dable que, a fin de determinar el cuarto para individualizar la sanción, se acuda a las agravantes específicas, como quiera que el mayor juicio de reproche por tales circunstancias ya se ve reflejado en una elevación legal de la pena a imponer.

Ello, a su vez, condujo a que se individualizara la sanción penal con quebranto del principio de la legalidad de la pena, lo cual obliga a la Sala a redosificar la sanción penal, aplicándola en el cuarto mínimo -por cuanto no se imputaron agravantes genéricas-, en los siguientes términos:

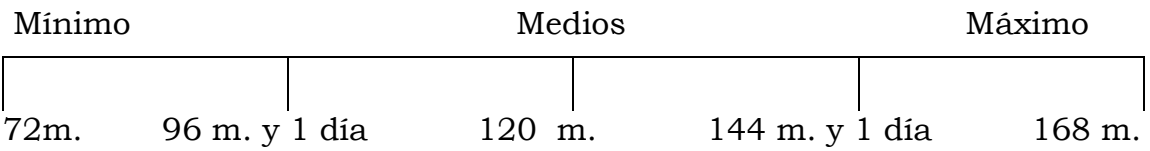
⁸ Min. 08:36 a 11:17.

a) Fijación de los límites

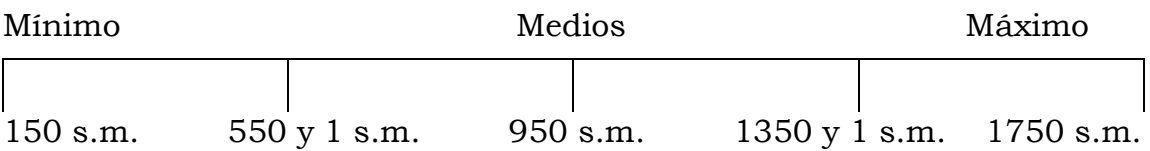
De conformidad con lo previsto en los arts. 269 F y 269 H inc. 1° del CP, los límites punitivos para el delito de violación de datos personales agravado son de 72 a 168 meses de prisión. En cuanto a la pena de multa, los límites son de 150 a 1750 s.m.l.m.

b) División en cuartos y selección del segmento punitivo

De acuerdo con los extremos arriba indicados, el ámbito punitivo de movilidad para la prisión es de 96 meses, que al ser dividido en cuartos, da como resultado 24 meses:



Para la pena de multa, el margen es de 1600 s.m.l.m., que al dividirse en cuartos, arroja 400 salarios:



Ahora bien, según se expuso en precedencia, dado que únicamente concurren circunstancias de menor punibilidad, la pena ha de imponerse en el cuarto mínimo.

c) Individualización de la pena

Como quiera que, luego de ponderar los factores previstos en el art. 61 inc. 3° *ídem*, el *ad quem* fijó las penas en el mínimo del primer cuarto medio, la Sala se abstendrá de efectuar incrementos, por lo que la sanción penal quedará en los montos

mínimos del primer cuarto, es decir, 72 meses de prisión y 150 s.m.l.m. de multa.

d) Aumento por razón del concurso de conductas punibles

Al momento de dosificar la pena por el concurso real homogéneo, el Tribunal determinó un aumento de *una cuarta parte* de la pena impuesta para el delito base. Aplicada esa misma proporción a la nueva dosificación, se tiene un incremento de 18 meses y 37.5 salarios mínimos, para unas penas definitivas de 90 meses de prisión y 187.5 salarios mínimos legales mensuales. La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas ha de equipararse al término de duración de la prisión.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO CASAR la sentencia impugnada por el cargo formulado en la demanda.

SEGUNDO: CASAR oficiosa y parcialmente el fallo, a fin de excluir de la imputación la causal específica de agravación del art. 269 H num. 5° del C.P.

TERCERO: CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia con el propósito de ajustar la individualización de la sanción penal. En consecuencia, JOHNY MERCHÁN SUÁREZ queda condenado a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio

de derechos y funciones públicas por 90 meses, así como a la pena de multa en cuantía de 187.5 salarios mínimos legales mensuales, como coautor del delito de violación de datos personales agravado, en concurso real homogéneo (arts. 31 inc. 1°, 269 F y 269 H num. 1° del C.P.).

En lo demás, la sentencia permanece incólume.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

