

Magistrado Ponente: CRISTIAN GABRIEL TORRES SAÉNZ

Número de Radicación: 0014-6000584-2013-00606

Tipo de decisión: Confirma sentencia.

Fecha de la decisión: 24 de enero de 2018.

Clase y/o subclase de proceso: Hurto por medios informáticos y semejantes y otros delitos.

HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES./ Tipo penal que pretende reprimir *"los atentados informáticos y otras infracciones"* y de contera, proteger el patrimonio económico de las personas que se hallan vinculadas con el sector financiero bajo variadas formas en plena era de la informática y la globalización económica, al igual que las entidades financieras y bancarias.

Problema jurídico: Correspondió a la Sala examinar las pretensiones del recurrente con las restricciones impuestas para la competencia funcional, las relacionadas con la prohibición de la reforma en perjuicio y la limitación exclusiva al estudio de los temas propuestos.

Tesis: "Del contexto general de la intervención de la fiscalía en la sustentación del recurso de apelación, advirtió la Sala, que la instructora pretendió infructuosamente remediar el tema de la pena final impuesta a los procesados, que fue de 36 meses de prisión y que habilitó a la juez de instancia para hallar colmados los requisitos contenidos en el artículo 63 de la ley 599 de 2000, con reforma introducida por el artículo 29 de la ley 1709 de 2014 y concederles la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Aspecto estos que revelan que en el caso concreto, todo indica la instructora fue muy benévola al pactar una pena tan reducida en el preacuerdo de 144 meses de prisión, que se redujo a 72 meses (por la mutación de autores a cómplices) y por la aplicación del artículo 269 del Código Penal, finalmente fue fijada por la señora juez en 36 meses, con los resultados ya conocidos.

Ciertamente las conductas ejecutadas por los procesados son gravísimas, por la modalidad de las mismas que se extracta del acontecer fáctico plasmado en la sentencia, pues se trata de individuos que acorde con lo que obra en la carpeta de la fiscalía recorren el país a lo largo y ancho. En efecto, nótese que fueron aprehendidos en situación de la flagrancia por vía de sendas diligencias de allanamiento y registro en un exclusivo edificio de la zona turística de la ciudad de Cartagena y hallado en su poder plurales elementos materiales probatorios.

El delito de hurto por medios informáticos y semejantes, creado por el legislador en el año 2009 a través de la ley 1273 (artículo1}, pretende reprimir *"los atentados informáticos y otras infracciones"* y de contera, proteger el patrimonio económico de las personas que se hallan vinculadas con el sector financiero bajo variadas formas en plena era de

la informática y la globalización económica, al igual que las entidades financieras y bancarias.

Dichas infracciones se han tomado recurrentes, adquiriendo un inaudito auge, como lo dan cuenta los medios de comunicación y los casos que llegan a la órbita penal, en lo que se ha dado en denominar "*clonación de tarjetas*", llámese de crédito o débito o de otras especies.

Por todo lo anterior, la judicatura insta a la fiscalía para que observe la preceptiva contenida en el inciso 2 del artículo 348 de la ley 906 de la ley 906 de 2004 (finalidades de los preacuerdos) que enseña: *<El funcionario al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento>*.

Lo anterior obvio, sin desconocer las bondades y eficacia de la figura jurídica de los preacuerdos y negociaciones para la agilización de los casos (como en múltiples pronunciamientos lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) junto la aceptación de cargos, la preclusión de la investigación, el principio de oportunidad de tal suerte que se cumpla con lo que se *<soñó>* cuando se implementó el sistema penal acusatorio, consiste en que el 90% de los casos culminara por vía de aplicación de las figuras reseñadas y que el restante 10% llegara a juicio, del cual el 30% aproximadamente serían sentencias absolutorias y el 7% de carácter condenatorio por vía de procesos ordinarios.

En suma el juzgado de instancia aplicó la ley objetivamente y nada puede hacerse en sede de esta instancia (no obstante la gravedad y modalidad de las conductas delictivas) con respecto a las censuras de la fiscalía, en observancia de la figura de la *no reformatio in pejus*.“

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE
CRISTIAN GABRIEL TORRES SÁENZ**

Radicación:	0014-6000584-2013-00606
Número interno.	Grupo 4 0002 de 2015
Procedencia	Juzgado Segundo Penal del Circuito
Procesados	TEYLOR VELÁQUEZ FLÒREZ y otros
Delitos	Hurto por medios informáticos y semejantes y otros delitos
Decisión	Confirma
Aprobado en Acta	010

Cartagena, veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Asunto

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación instaurado por la fiscalía en contra de la sentencia que por vía de **preacuerdo** dictó el 16 de septiembre de 2014 el juzgado segundo penal del circuito de esta ciudad por virtud de la cual condenó a los procesados **TEYLOR VELÁSQUEZ FLÓREZ, DANIEL RICARDO GONZÁLEZ LARA y MANUEL MAURICIO FAJARDO**, como cómplices responsables del delito de hurto por medios informáticos y semejantes, en concurso heterogéneo con violación de datos personales, falsedad en documento privado y concierto para delinquir.



Hechos

1.- El gerente regional de la entidad INCOCRÉDITO¹ puso en conocimiento de la fiscalía la existencia de una organización delictiva dedicada a la clonación y utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, actividad en la cual participaban propietarios y/o administradores de establecimientos comerciales con los cuales fingen o hacen transacciones ficticias y ulteriormente se reparten el producto de los cobros obtenidos ilícitamente, lo cual causa detrimento económico a las entidades bancarias.

2.- Fue así como el CTI de la FGN, adscrito a la unidad de delitos financieros, realizó actos de investigación, e individualizó a los sujetos que realizaban las descritas actividades delictivas. Igualmente, se detectaron los establecimientos de comercio y las transacciones fraudulentas ejecutadas en diversas ciudades del país.

Así como el *modus operandi* de sus integrantes, el *rol* que realizaba cada uno estos, la forma en que obtenían la información contenida en las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito y debito de los propietarios o incluso de tarjetahabientes extranjeros, la fabricación y utilización de las tarjetas clonadas en las transacciones ilícitas y la forma en que finalmente se

¹ Asociación de las instituciones bancarias constituida con la finalidad de prevenir y controlar situaciones de riesgo generadas por operaciones efectuadas mediante utilización ilícita de tarjetas de crédito y debito y otros dispositivos que permiten la realización de transacciones electrónicas fraudulentas.



repartían las utilidades producto de la descrita actividad delictiva.

3.- De tal suerte que por orden de la FGN (fiscalía seccional de Neiva- Huila) con fundamento en evidencia recolectada (tales como interceptaciones de comunicaciones y otros medios) se llevaron a cabo diligencias de registro y allanamiento el 12 de enero de 2014 en los inmuebles ubicados en el conjunto residencial Torre del Lago, torre A, apto 1402 y al apartamento 801 y carrera 1 Nro.1 A-469, de la ciudad de Cartagena, operativo que arrojó como resultados la captura en situación de flagrancia de 6 personas y el hallazgo e incautación de diversos elementos materiales probatorios, entre los cuales de destacan entre otros, 24 tarjetas crédito y débito e internacionales (las cuales con el dictamen de expertos en la materia se determinó que eran falsas).

Actuación procesal relevante

1.-Ante el respectivo juez de control de garantías de esta ciudad se llevaron a cabo las audiencias concentradas de legalización de los allanamientos, de las capturas, formulación de imputación e inposición de medidas de aseguramiento.

2.- En cuanto concierne a este asunto le fueron imputados a los tres aquí procesados **TEYLOR VELÁSQUEZ FLÓREZ, DANIEL**



RICARDO GONZÁLEZ LARA y MANUEL MAURICIO FAJARDO, en calidad de coautores las conductas punibles de hurto por medios informáticos y semejantes, violación de datos personales, falsedad en documento privado y concierto para delinquir, cargos a los cuales no se allanaron. Les fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

3. Al juzgado de conocimiento arriba mencionado le correspondió examinar el preacursdo suscrito entre la fiscalia, los tres aquí procesados y la defensa.

Aprobado el mismo, la fiscalía seccional 10 de Neiva (Huila) dentro del rito de que trata el artículo 447 Ley 907/04 sostuvo que no resulta dable dar aplicación al artículo 269 del Código Penal (rebaja por reparación integral) por cuanto el delito por el cual se procede no se halla previsto dentro de los ilícitos que atentan contra el patrimonio económico e impetro así mismo la no concesión de los mecanismos sustitutivos de la libertad, esto es, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Para esto último agregó que al procesado TEYLOR VELÁSQUEZ FLÒREZ le figuran antecedentes penales, en tanto que DANIEL RICARDO GONZALEZ LARA, tiene anotaciones penales por una actuación iniciada en el año 2013, que se halla activa.



El defensor pidió no se tuviera en cuenta lo que solicitó la fiscalía. Los procesados repararon a las víctimas y se le debe reconocer la rebaja de pena a que se refiere el artículo 269 del Código Penal.

4.- **La sentencia apelada.** El juzgado a-quo en el cuerpo del proveído materia de apelación rememoró lo que denominó “*las condiciones de la negociación*”.

Enfatizó entonces, en el acápite de “*dosificación de la pena*” que hay lugar a tener en cuenta la sanción que fue objeto de acuerdo y aceptación por parte de los sujetos procesales (sic) de SETENTA Y DOS (72) MESES DE PRISIÒN”.

5.- Sostuvo el juzgado de instancia que la representación legal de INCOCRÈDITO (representante de víctimas) informó que fueron indemnizados integralmente y adjuntó copia de consignaciones ante DAVIVIVIENDA a favor de INCOCRÈDITO “*febrero 28 de 2014 \$4.000.000, 13 de marzo de 2014 \$54.000.000, 10 de marzo de 2014 \$22.000.000, 13 de mayo de 2014 \$1.000.000, 21 de abril de 2014 \$10.000.000 y \$30.000.000 sin fecha legible de consignación*”.



Es así como refirió que el delito base tomado en el preacuerdo para efectos de la dosificación del concurso de conductas punibles lo fue el hurto por medios informáticos (artículo 269I del Código Penal) y que en el capítulo se resaltan unos tipos penales que según el querer del legislador fueron introducidos en el título VII bis, que son delitos pluriofensivos que lesionan tanto el patrimonio económico como a la información y los datos *“por cuanto la finalidad de la conducta punible descrita en el art. 269I es el HURTO”*.

Reflexionó que como quiera que el tipo penal en mención se denomina hurto por medio o a través de medios informáticos y dado que uno de los ingredientes normativos es *“realice la conducta señalada en el art. 239 manipulando”*, indica que es apoderarse de una cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para si o para un tercero, es dable sostener que no está desligada del título VII de los delitos contra el patrimonio económico *“porque si remite para la sanción al art. 239 del C.P, y al 240 para sus agravantes por favorabilidad debería aplicarse el art. 269 que establece la rebaja de pena por reparación”*. (cfr. Pgs 9- 10 de la sentencia. Fls 127 a 140 cuaderno original).

Impuso a los inculcados pena de prisión de 36 meses (esto es la mitad del guarismo pactado en el preacuerdo, que fue de 72 meses) por aplicación del artículo 269 del Código Penal (reparación).



Les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena bajo la égida, según se infiere del artículo 29 de la ley 1709/14 que modificó el artículo 63 de la ley 599 de 2000.

Recurso de apelación interpuesto y sustentado por la Fiscalía.

Sostuvo que son dos los temas objeto de su inconformidad contra el fallo apelado. El primero, respecto de la aplicación del artículo 269 del Código Penal y, el segundo, en punto al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a los procesados, la cual pide revoque.

Con respecto al primer tema.

El hurto por medios informáticos no protege el patrimonio económico pues la verificación de los datos tal y como lo prevé el artículo 1 de la ley 1273 de 2009. (269I) cuando remite al hurto calificado lo es para efectos de la pena, pero existe variación al bien jurídico tutelado que es la protección de la información y los datos y los atentados contra la confidencialidad, integridad de los mismos y de los sistemas informáticos.



El título VII Bis habla de otro bien jurídico tutelado, no se refiere al patrimonio económico, sino de la protección de la información y de los datos.

El título VII Bis crea un nuevo bien jurídico tutelado para preservar y utilizar esas tecnologías de la información y las comunicaciones. No se está protegiendo el patrimonio económico sino la información y de los datos que es el delito y el más esencial de este caso en particular, el hurto por medios informáticos, por ende son dos bienes jurídicos diferentes.

Si bien es cierto se trata de un delito pluriofensivo, ello en manera alguna permite que la persona que comete el delito indemnice al ofendido que en este caso es INCOCRÉDITO, pueda ser acreedor a la rebaja del artículo 269 del Código Penal, pues esta norma aplica es para los delitos del título VII y no para el que propende para la protección de la información y de los datos.

La norma 269 alude a los capítulos anteriores. Y se está hablando que el capítulo 1 del título VII BIS, es posterior al artículo 269 del Código Penal. El mismo artículo es expreso en indicar a cuales artículos se les aplicará dicha diminuyente.

La remisión al 239 y 240 lo es para describir la conducta y la pena, más no para ubicarlos como un atentado contra el



patrimonio económico. Pues es un atentado contra la protección de la información y de los datos.

La reparación integral no se plasmó en el preacuerdo porque no procede. La reparación se hacía necesaria y se exigió a los acusados y defensor, porque si no, no se habría podido realizar el preacuerdo con fundamento en el artículo 349 del C.P.P. y ello se le manifestó a la defensa que no se iba a tener en cuenta para efectos de aplicación del artículo 269, sino para efectos de la norma ya citada.

El tribunal de Neiva ha conocido de dos casos en los cuales se ha decidido no tener en cuenta el artículo 269. (record. 00.48.57).

Inherente a la segunda temática (concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena).

Expresó su inconformidad y rememoró que se opuso a ello en el trámite del artículo 447 de la ley 906 de 2004, pues los procesados constituyen un peligro para la comunidad. Ello no solamente porque no tuvieran sentencias condenatorias. Se trata de un grupo de personas concertadas con el fin de clonar tarjetas de crédito y luego utilizarlas fraudulentamente.



Los procesados aceptaron las conductas delictivas. Si bien es cierto la fiscalía no ha desconocido la colaboración. La pena arrojaba 144 meses de prisión, se acordaron 72 meses por esa colaboración y por ello eso se degradò el grado de participación, de *coautores a cómplices*.

Llevaban un tiempo considerable realizando esta misma actividad delictiva, la cual pone en riesgo el patrimonio económico de un grupo de ciudadanos y de la información y de los datos personales que en él registran.

Es por ello que no se cumple con ese requisito subjetivo. La fiscalía enfatizó en su momento con respecto a la modalidad y gravedad de la conducta que se estaba realizando, que consistió en la alteración del trafico financiero, lo cual genera incertidumbre en la circulación financiera y ello no puede pasar desapercibido, máxime cuando este tipo de conductas va en aumento y los medios de comunicación hablan al respecto.

Tal es, en suma, la intervención de la señora Fiscal. (Record. 00.42.00).

Defensa. No recurrente.



Pide que el Tribunal deseche dichos argumentos de la fiscal. Apoya la tesis del juzgado de instancia. El delito informático es un fin para afectar el patrimonio económico. La víctima allegó escrito donde manifiesta que se siente reparada e indemnizada en su totalidad. Son “argumentos apasionados”. (record. 00.52.00).

Concedido el recurso de apelación, la actuación fue remitida a reparto de este Tribunal. Le correspondió el caso al magistrado sustanciador dr. TAYLOR LONDOÑO, el 17 de diciembre de 2014 (cfr. Fl. 160 c. t) y pasó al citado despacho el 20 de enero de 2015. (cfr. Fl. 165 c.t).- Entre los folios 168 a 195, reposa plural documentación inherente materializar la suspensión condicional de la ejecución de la pena. (auto al respecto suscrito por el magistrado ponente, de aquel entonces, del 9 de marzo de 2015, títulos de despositos judiciales, sendas diligencias de compromiso y boletas de libertad signadas por el citado magistrado.

El ahora suscrito magistrado ponente deja expresa constancia que tomó posesión del cargo en provisionalidad el 11 de octubre de 2017. El presente caso, se hace parte de gran cantidad de procesos que al despacho se hallaban al momento de arribo (tutelas, procesos de leyes 600 de 2000 y 906 de 2004).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL



Competencia

La Sala está facultada para desatar el recurso incoado por la fiscalía, pues se está frente a un fallo emitido por un juez penal del circuito de esta capital, así lo habilita el artículo 34-1 de la Ley 906 de 2004 en armonía con² Por tal virtud se examinarán las pretensiones del recurrente con las restricciones impuestas para la competencia funcional, las relacionadas con la prohibición de la reforma en perjuicio y la limitación exclusiva al estudio de los temas propuestos.

1.- De la procedencia de aplicación del contenido del artículo 269³ del Código Penal con respecto la conducta punible descrita y sancionada en el artículo 269I del C. Penal, adicionado por el artículo 1 de la ley 1273/09 (hurtos por medios informáticos y semejantes).

Con el respecto al delito por el cual se procede sostuvo la Corte Suprema de Justicia.⁴

El anterior recuento, permite establecer, objetivamente, que el nuevo título -VII bis-, se dirigió a regular, en esencia, el tema de los delitos

² Artículo 91 de la Ley 1395 de 2010 que modificó la norma 179 Ley 906/04

³ Art. 269 del Código Penal. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restuyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizará los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

⁴ Sentencia del 11 de febrero de 2015, radicado SP1245-2015, 42.724, M.P. Eyder Patiño Cabrera



informáticos y a proteger la información y los datos de carácter electrónico. No obstante, como quiera que uno de los actos más reprochados por la sociedad contemporánea involucra la utilización de los medios de procesamiento de datos para esquilmar los capitales de las personas naturales y jurídicas, además de regular comportamientos propiamente característicos de la cibercriminalidad, el legislador colombiano utilizó esta oportunidad para enfatizar en la represión del apoderamiento ilícito, a través de mecanismos informáticos, de los dineros confiados al mercado financiero.

(...)

Lo primero a señalar es que, como viene de verse, se trata de un tipo penal de naturaleza claramente subordinada y compuesta. En efecto, la descripción normativa, en su tipo objetivo positivo y en la consecuencia jurídica, no consagra la conducta reprochada, el objeto material, ni la sanción correspondiente, sino que, en cuanto se refiere al comportamiento antijurídico y al referido objeto sobre el que recae la acción prohibida, efectúa un reenvío normativo al tipo base de hurto (artículo 239 de la Ley 599 de 2000) y a la disposición que lo califica (canon 240 ejusdem) para determinar la sanción imponible.

(...)

De lo hasta aquí dicho, es posible decantar, con meridiana claridad, que pese a la ubicación sistemática del punible de hurto por medios informáticos y semejantes en el título VII bis del Código Penal, rubricado bajo la denominación de la información y los datos, este bien jurídico resulta ser, para el caso concreto -como lo concibió la exposición de motivos del Proyecto de Ley 042 Cámara-, de naturaleza meramente intermedia, pues el interés superior protegido de manera directa es el patrimonio económico, entendido como ese conjunto de derechos y obligaciones, susceptible de ser valorado en



términos económicos, más concretamente, en dinero. (subrayas ajenas al texto original).

(...)

En el delito de hurto por medios informáticos y semejantes el bien jurídico intermedio está configurado, de un lado, por el interés en la protección del patrimonio económico, que sería el referente individual, cuya lesión permite, de otro lado, apreciar la puesta en peligro del interés general en la seguridad del tráfico de la información y los datos. Esto debido a que la lesión del patrimonio económico como bien jurídico individual está regulada de manera expresa como una exigencia típica del delito de hurto en el Código Penal colombiano; lo cual conduce a la conclusión de que el patrimonio económico sería el referente individual del bien jurídico intermedio.

Al tenerse al delito de hurto por medios informáticos y semejantes como un delito protector de valores supraindividuales, su estructura ha de consistir en que la conducta se encamina a causar la inmediata lesión de un bien jurídico de naturaleza individual (el patrimonio), y ocasiona, además la mediata y abstracta puesta en peligro de otro bien jurídico de naturaleza colectiva (el correcto funcionamiento de los sistemas de información y datos).⁵⁶

(...)

⁵ Martínez-Buján Pérez, *Penal General*, 2007, p. 191 y ss., afirma que no obstante que en los delitos socioeconómicos el bien jurídico mediato será siempre supraindividual, el objeto jurídico mediato puede ser individual o supraindividual, del mismo modo que pueden darse delitos en los cuales si bien en primera línea se afectará a un bien jurídico de naturaleza patrimonial individual (ej. Propiedad industrial, secretos industriales, delito societario de administración fraudulenta), pueden proyectarse inmediatamente sobre un interés de índole supraindividual.

⁶ Suarez Sánchez, Alberto. *El hurto por medios informáticos y semejantes a través de la utilización de tarjeta magnética falsa o ajena en cajero automático*. En: *Estudios de derecho penal I*. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Bogotá, 2010, p. 236-237.

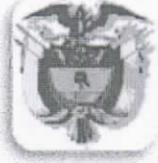


Para mayor claridad, es oportuno puntualizar que la norma en cuestión, expresamente, delimita la posibilidad de reconocer esta garantía respecto de «las penas señaladas en los capítulos anteriores», refiriéndose con ello a los delitos consagrados en los capítulos I al VIII del Título VII del Código Penal, lo cual podría sugerir, en sentido literal, que única y exclusivamente los injustos allí reglados son los llamados a ser objeto de tal descuento legal.

Con todo, es lo cierto que en vigencia del Estado constitucional y democrático de derecho, una interpretación sistemática e integradora del estatuto punitivo, garante de los valores de justicia e igualdad jurídica ante la ley, permite concluir que si todos esos capítulos regulan ilícitos contra el patrimonio económico, porque a ese bien jurídico se contraen, de acuerdo con la denominación del Título VII al que pertenecen, igualmente, el delito de hurto por medios informáticos y semejantes debería ser susceptible de idéntica consecuencia legal, es decir, del descuento por reparación integral, sobre todo porque, como fue ampliamente discernido atrás, la conducta reprochada: apoderamiento, el objeto material –la cosa mueble-, el elemento normativo concerniente a la ajenidad del mismo y la pena, sí están descritos en el capítulo I del aludido título (artículos 239 y 240 ejusdem).

En todo caso, si fuera necesario, también podría involucrarse el concepto de analogía en bonam partem⁷, el cual únicamente es admisible, en el ámbito penal «en materias permisivas», a voces del inciso 3° del artículo 6° de la Ley 599 de 2000.

⁷ Recuérdese que, existiendo una norma que le confiere a un supuesto de hecho determinado una consecuencia de derecho, es viable otorgarle, a un evento similar, igual tratamiento normativo, cuando quiera que el legislador haya omitido regular el asunto y el beneficio jurídico obtenido, sea en todo caso, benévolo a los intereses del procesado. Este criterio responde al principio general del derecho, según el cual, donde existe la misma razón, deben aplicarse las mismas disposiciones de derecho (ubi eadem ratio; ibi eadem dispositio juris debet). (CSJ SP, 26 ago. 2009. rad. 26.136).



Esto, teniendo en consideración que, como quedó visto, el interés jurídico inmediato de protección en ese reato es, justamente, de orbe patrimonial, en la medida que corresponde a un tipo penal subordinado respecto del tipo básico de hurto.(subrayas ajenas al texto original).

Ahora, lo recién argumentado, no pretende sostener la idea categórica de que el tipo penal de hurto por medios informáticos es necesariamente análogo al de hurto calificado, pues, como resulta obvio, éste no está dentro de la esfera de protección de la información y los datos o la intimidad, como si lo está el punible que nos ocupa; pero lo que sí se encuentra sujeto al criterio analógico, en cuanto resulta ser benigno al procesado, es la posibilidad de otorgar a un supuesto de hecho similar (protección del bien del patrimonio económico), la misma consecuencia jurídica que le imprime el artículo 269 ejusdem a los delitos rubricados bajo los capítulos comprendidos en el Título VII.

Esta postura es compatible y fiel al interés del legislador por entregar una ventaja punitiva a aquel que repare en términos económicos el daño causado por delitos que agredan el patrimonio de las personas. (subrayas ajenas al texto original).

Del citado recuento jurisprudencial surge con claridad que de cara al caso materia de estudio, si bien es cierto el juzgado de instancia aplicó el artículo 269 del Código Penal con respecto al canon 269I ejusdem bajo el amparo de principio rector de la *favorabilidad*, téngase en cuenta que la Corte lo hizo con base en



una interpretación sistemática e integradora de disposiciones normativas del Código Penal, al igual que bajo la figura de analogía en *bonam partem* (inciso 3 del artículo 6 de la Ley 599 de 2000). Ello por cuanto “*el interés jurídico inmediato de protección en este reato es, justamente, de orbe patrimonial, en la medida que corresponde a un tipo penal subordinado respecto del tipo básico de hurto*”.

Por ende, no se acogen las argumentaciones de la fiscal apelante, pues las mismas no se hallan acorde con el precedente jurisprudencial que *in extenso* fue menester transcribir para el cabal entendimiento del caso.

La censora, como se vió, hizo un esfuerzo intelectual grande, en sostener, por ejemplo que para efectos del preacuerdo, se dio observancia al artículo 349 ley 906/04 (reintegro de dinero cuando existe incremento patrimonial fruto de la conducta punible) y que por ende las sumas dinerarias reintegradas a la víctima INCOCRÉDITO, no podían proyectarse en orden a dar aplicación al artículo 269 del Código Penal (rebaja por reparación).

Tal postura, (la de la fiscalía) como quedó establecido en la jurisprudencia atrás citada, no resulta dable de ser acogida por esta Sala, no obstante que la recurrente cite un precedente horizontal del Tribunal Superior de Neiva, de la cual apenas hace mención, amén de que no sustentó porqué razón debe ser



acogida y no la de la C.S de J, en su Sala Penal, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria.

En términos de la jurisprudencia citada, el delito previsto en el artículo 269I del Código Penal, es un tipo penal de naturaleza claramente subordinada y compuesta. La descripción normativa hace un reenvío normativo al tipo base de hurto (artículo 239 de la Ley 599 de 2000) y a la norma que lo califica (240 ibídem ejusdem) para determinar la sanción imponible.

Por todo lo anterior, la Sala no acoge la postura de la recurrente de cara al tema objeto de análisis, pues como se vió sí es procedente en el caso presente la aplicación del artículo 269 del Código Penal.

2.- De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

En suma la inconformidad de la fiscalía se contrae a sostener que no se cumple el factor subjetivo dada la gravedad y modalidad de la conducta punible y tratarse de miembros de una organización que venía delinquirando desde hacía un largo periodo y alguno de ellos, registraba antecedentes penales al ser objeto de una sentencia condenatoria, en tanto que otros tenían anotaciones penales, como lo puso de presente -añade- en la audiencia de que trata el artículo 447 Ley 906/04.



Pues bien, lo primero que debe la Sala destacar es que conforme a la ley del hecho (13 de enero de 2014) se tiene entonces que en principio debería aplicarse el contenido del artículo 63 de la Ley 599 de 2000 (C.P) que establece como factor objetivo que la pena impuesta no exceda de tres (3) años de prisión.

En el caso presente a los procesados les fue impuesta la pena de 36 meses de prisión, de donde se colige la verificación del aspecto en comentario.

La norma en cita establece otro requisito cual es que “los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la gravedad y modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena”.

2.1.- Favorabilidad respecto de la Ley 1709 de 2014

De cara a este tema de favorabilidad con respecto la aplicación de la Ley 1709 de 2014, se ha sostenido por la jurisprudencia lo que sigue:



Ahora, a manera de obiter dicta, no sobra aclarar que de haber satisfecho el procesado dicho requerimiento objetivo, no habría sido posible negarle la condena de ejecución condicional con fundamento en el artículo 68A -que prohíbe la concesión de este beneficio a quienes sean condenados por el reato de hurto calificado- y aduciendo, para el efecto, la similitud dogmática del delito de hurto por medios informáticos con el descrito en el artículo 240 ibidem, toda vez que, aunque atrás, en punto de la reparación integral, se utilizó el criterio analógico para conferir igual consecuencia jurídica a un mismo supuesto de hecho, no sería viable argumentar algo semejante en sentido desfavorable a los intereses del procesado, pues la analogía en malam partem está proscrita en materia penal (artículo 6º, inciso 3º del Código Penal)⁸.

De donde se desprende que el delito contemplado en el artículo 269I del Código Penal, no puede ser interpretado en *malam partem* como extensión del hurto calificado y, en atención a ello, mal se haría en negar a los procesados los pluricitados sustitutos penales en atención a la prohibición expresa que a este último tipo penal refiere el artículo 68A del C.P. modificado por el canon 32 de la Ley 1709 de 2014.

Los procesados TEYLOR VELÁSQUEZ FLÓREZ, DANIEL RICARDO GONZÁLEZ LARA y MANUEL MAURICIO FAJARDO al haber sido condenados a la pena de 36 meses de prisión por vía del preacuerdo y no contar con antecedentes penales, se hacen merecedores, por disposición del legislador, a la mencionada

⁸ C.S.J. sentencia de 11 de febrero de 2015 M.P. Eyder Patiño Cabrera Rdo. 42.724



suspensión condicional de la ejecución de la pena, como así lo determinó el aquo y contrario a la pretensión de la fiscalía conforme al recurso de alzada.

Importa relieves que, contrario a lo que acontecía en el primigenio artículo 63 del C.P., con la reforma introducida, le está vedado al juez el examen del factor subjetivo, dado que los procesados en cita, satisfacen los numerales 1 y 2 del artículos 29 de la Ley 1709 de 2014.

Ello no obstante que la fiscalía en el rito del artículo 447 ley 906 de 2004, sostuviera que en contra del procesado TEYLOR VELÁSQUEZ FLÓREZ pesaba una sentencia condenatoria en su contra, no obstante el registro de audio exhibe que solo fue una mención, pues no se advierte que haya suministrado datos concretos del mentado fallo, o se entregará evidencia documental como sustento de tal aserto, como lo puso de presente la defensa.

Con respecto al procesado DANIEL RICARDO GONZÁLEZ LARA, adujo la fiscalía que presentaba una anotación con ocasión de un hecho acontecido en la ciudad de Medellín donde a la sazón fuera aprehendido en situación de flagrancia, tampoco se advierte que haya presentado evidencia documental al respecto. Y si así lo hubiera cumplido, tal circunstancia no ostenta la entidad de antecedentes penales como secuela de un sentencia condenatoria.



Y de cara al tercer procesado MANUEL MAURICIO FAJARDO, ninguna sustentación hizo al respecto.

El discurso anterior, lo repitió en la sustentación del recurso de apelación que ahora desata la Sala, y agregó el tema de la gravedad y modalidad de la conducta punible con respecto a los delitos por los que se procede.

Es así como la citada argumentación no colma las exigencias contempladas en el numeral 2 del artículo 63 de la ley 599 de 2000, modificado por el cànnon 29 de la ley 1709 de 2014 que prevé para sus concesión:

<2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo>

No puede perderse de vista que el propósito del legislador fue el de demarcar la discrecionalidad del juez en los eventos donde le era menester estudiar el sustituto materia de examen, en orden a que los componentes objetivos y subjetivos fueran consecuentes con la política criminal de cara a la necesidad de tratamiento



efectivo intramural y con respecto a la realidad poblacional carcelaria.

Como antecedente de la Ley 1709 de 2014 téngase en cuenta la gaceta número 117 de 2013 del Congreso de la República que contiene “*se busca que las personas, que objetivamente cumplan los requisitos establecidos en la ley accedan efectivamente a los beneficios de libertad. Actualmente, la existencia de criterios subjetivos, dada la alta discrecionalidad de la que gozan los jueces, impide el otorgamiento de dichos beneficios, a pesar de que muchas de estas personas podrían acceder a ellos y contribuir así a la descongestión de los establecimientos*”⁹.

Las anteriores argumentaciones resultan en el sentir de la Sala, suficientes para no acoger la solicitud de la fiscalía con respecto a este tema.

Conclusión. No accede la Sala a las dos pretensiones de la fiscalía en punto a que **(i)** no se reconozca la aplicación del artículo 269 con respecto al canon 269I del Código Penal y, que se **(ii)** revoque la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Por ende, se confirmará la sentencia del 16 de septiembre de 2014 dictada por el juzgado segundo penal del circuito de conocimiento de Cartagena, en lo que fue materia de apelación conforme a lo que aquí disertado.

⁹www.imprenta.gov.co.



Cuestión final. Del contexto general de la intervención de la fiscalía en la sustentación del recurso de apelación, advierte la Sala, que la instructora pretendió infructuosamente remediar el tema de la pena final impuesta a los procesados, que fue de 36 meses de prisión y que habilitó a la juez de instancia para hallar colmados los requisitos contenidos en el artículo 63 de la ley 599 de 2000, con reforma introducida por el artículo 29 de la ley 1709 de 2014 y concederles la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Aspecto estos que revelan que en el caso concreto, todo indica la instructora fue muy benévola al pactar una pena tan reducida en el preacuerdo de 144 meses de prisión, que se redujo a 72 meses (por la mutación de autores a cómplices) y por la aplicación del artículo 269 del Código Penal, finalmente fue fijada por la señora juez en 36 meses, con los resultados ya conocidos.

Ciertamente las conductas ejecutadas por los procesados son gravísimas, por la modalidad de las mismas que se extracta del acontecer fáctico plasmado en la sentencia, pues se trata de individuos que acorde con lo que obra en la carpeta de la fiscalía recorren el país a lo largo y ancho. En efecto, nótese que fueron aprehendidos en situación de la flagrancia por vía de sendas diligencias de allanamiento y registro en un exclusivo edificio de la zona turística de la ciudad de Cartagena y hallado en su poder plurales elementos materiales probatorios.



El delito de hurto por medios informáticos y semejantes, creado por el legislador en el año 2009 a través de la ley 1273 (artículo 1), pretende reprimir *“los atentados informáticos y otras infracciones”* y de contera, proteger el patrimonio económico de las personas que se hallan vinculadas con el sector financiero bajo variadas formas en plena era de la informática y la globalización económica, al igual que las entidades financieras y bancarias.

Dichas infracciones se han tornado recurrentes, adquiriendo un inaudito auge, como lo dan cuenta los medios de comunicación y los casos que llegan a la órbita penal, en lo que se ha fado en denominar *“clonación de tarjetas”*, llamese de crédito o debito o de otras especies.

Por todo lo anterior, la judicatura insta a la fiscalía para que observe la preceptiva contenida en el inciso 2 del artículo 348 de la ley 906 de la ley 906 de 2004 (finalidades de los preacuerdos) que enseña: *<El funcionario al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuesrionamiento>*.

Lo anterior obvio, sin desconocer las bondades y eficacia de la figura jurídica de los preacuerdos y negociaciones para la agilización de los casos (como en multiples pronunciamientos lo ha



puesto de presente la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) junto la aceptación de cargos, la preclusión de la investigación, el principio de oportunidad.

De tal suerte que se cumpla con lo que se <soñó> cuando se implementó el sistema penal acusatorio, consiste en que el 90% de los casos culminara por vía de aplicación de las figuras reseñadas y que el restante 10% llegara a juicio, del cual el 3% aproximadamente serian sentencias absolutorias y el 7% de carácter condenatorio por via de procesos ordinarios.

En suma el juzgado de instancia aplicó la ley objetivamente y nada puede hacerse en sede de esta instancia (no obstante la gravedad y modalidades de las conductas delictivas) con respecto a las censuras de la fiscalía, en observancia de la figura de la *no reformatio in pejus*.

De otra parte, detecta la Sala (cfr, fls. 66 a 125 carpeta de investigación de la fiscalía) que acorde con lo que allí reseñan los informes del investigador, al parecer se suscitaron irregularidades (en otro caso diverso a este que documento la fiscalía, pero que se hallan en los cuadernos que arribaron al Tribunal) que eventualmente pueden tener connotaciones penales), por ello se insta a la señora fiscal del caso para que adopte las medidas a que haya lugar.



En mérito de lo expuesto el **Tribunal Superior de Cartagena, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República**

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia materia de apelación (de fecha 16 de septiembre de 2014, dictada por el juzgado segundo penal del circuito de esta ciudad) de conformidad a las consideraciones plasmadas en precedencia.

Segundo. Contra esta decisión que se notifica en estrados no proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación, únicamente el recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia que deberá interponerse conforme lo establece el artículo 183¹⁰ de la ley 906 de 2004.

Notifíquese y cúmplase.

Los magistrados,

CRISTIAN GABRIEL TORRES SÁENZ
Magistrado Sustanciador

¹⁰ Modificado artículo 98 Ley 1395 de 2010



A large, stylized handwritten signature in dark ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
Magistrado

(en uso de permiso)
PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
Magistrada

Leonardo de Jesús Larios Navarro
Secretario

A large, stylized handwritten signature in light blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.