



## **SALA PENAL**

Magistrado Ponente

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Acusatorio anticipado: 2016-00446

Aprobado mediante acta 095

Medellín, junio treinta (30) de dos mil diecisiete (2017)

Se decide el recurso de apelación presentado por la defensa contra la sentencia condenatoria proferida por la Juez Primera Penal Municipal de Envigado en contra de **Ivonne Alexandra Consuegra Tangarife** y **Sebastián Felipe Londoño Vélez** como autores de los delitos de hurto por medios informáticos y semejantes agravado y otro de igual naturaleza en grado de tentativa.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La sentencia.**

El 28 de febrero del presente año, **Ivonne Alexandra Consuegra Tangarife** y **Sebastián Felipe Londoño Vélez** fueron condenados a la pena principal de 41 meses de prisión, por los delitos de *hurto por medios informáticos y semejantes*

*agravados*, uno consumado y el otro en grado de tentativa. Como pena accesoria se les impuso la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

A los condenados se les negaron los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento, por tanto se les revocó la detención domiciliaria y se ordenó su remisión al establecimiento que designara el INPEC para el cumplimiento de la pena.

En la decisión la Juez dejó planteado en cuanto a los sustitutos que no obstante la pena no superaba los 48 meses de prisión y por ende se cumplía con este requisito objetivo para que fuera procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el hurto calificado estaba relacionado dentro de las prohibiciones del artículo 68A del Código Penal y al haberse imputado y acordado el delito de *hurto por medios informáticos y semejantes agravado*: "es el legislador quien ha señalado que se trata de un delito contra el patrimonio económico, cuyo fin es obtener el provecho económico o de carácter patrimonial, aunque la protección al bien jurídico haga referencia a la información y los datos".

Adicionalmente, argumentó que el comportamiento delictivo fue sumamente grave puesto que un empleado de la entidad bancaria se concertó con los procesados para obtener el dinero, para lo cual se extrajo información de los clientes, sus cuentas personales y se vulneraron los sistemas de seguridad electrónica o informática del sistema financiero del banco, proceso que fue guiado por el procesado **Sebastián Felipe**. Además la cantidad que se hurtaron y la que pretendía obtener

demuestra “la sagacidad y temeridad de estas personas para lograr su cometido”.

En cuanto a la prisión domiciliaria que prevé el artículo 38B del Código Penal, adujo en similares condiciones que este tipo de delito tiene una prohibición legal descrita en el artículo 68A del Código Penal. En cuanto a la concesión de este sustituto en virtud de la Ley 750 de 2002, expuso que los hijos de los procesados no se encuentran en condición de desamparo, motivo por el que no era procedente.

### **3. La apelación.**

**3.1.** El defensor de **Ivonne Alexandra Consuegra Tangarife**, apeló lo atinente a la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como pretensión principal, y la prisión domiciliaria de que trata la Ley 750 de 2002 como subsidiaria.

En cuanto al primer sustituto, considera equivocada la argumentación de la Juez para negarlo puesto que el delito de hurto por medios informáticos, que prevé el artículo 269I del Código Penal, no está enlistado en el artículo 68A del Código Penal. La Juez, entonces, realiza una analogía *in malam partem*, vulnerando con ello el principio de legalidad, pues el hecho de que el artículo 269I haga un reenvío al delito de hurto calificado, no por ello se restringe este beneficio para el hurto por medios informáticos, conforme lo ha establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sendas sentencias que relacionó, entre ellas, las del 11 de febrero de 2015, radicado 42.724 (SP1245-2015), con ponencia del doctor Eyder Patiño Cabrera.

Concretamente, argumentó que su prohijada tiene arraigo familiar, social y laboral y que carece de antecedentes penales, lo que permite considerar que no requiere de tratamiento penitenciario a fin de lograr su resocialización, lo que hace procedente la concesión del sustituto.

Expuso que ni siquiera con una interpretación meramente gramatical se podría inferir que tal prohibición pueda aplicarse de manera análoga al delito por el cual fue condenada su prohijada, por tanto basta con que la pena impuesta en vigencia de la Ley 1709 de 2014, no supere los 4 años de prisión y que se acredite la ausencia de antecedentes penales.

Concluyó que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, realizó un análisis en donde se indicó lo antitécnico que fue el legislador al incluir este tipo penal con un bien jurídico intermedio, "de ello su reenvió a la pena del artículo 240, y la referencia al verbo rector descriptivo del artículo 239 ídem, pero no por ello, se puede interpretar analógicamente este delito como si estuviese enlistado en la prohibición del artículo 68A" del Código Penal. De manera subsidiaria, solicitó que se revoque la negativa de la prisión domiciliaria con base en la condición de madre cabeza de familia de su prohijada. Aludió a sentencia C-184 de 2003, en la cual se declararon exequibles los apartes acusados del artículo 1º de la Ley 750 de 2002, y se indicó que no basta para esa protección del interés superior del menor que el hijo tenga padre, como lo señaló la juez en este caso, pues lo que se protege es la unidad familiar.

Señaló que se acreditó con prueba sumaria que **Ivonne Alexandra** es madre cabeza de familia. Se aportó una entrevista, copia del acta de divorcio donde se acredita que los hijos quedaron

en su custodia y además paga su universidad. También se encuentra el registro civil de nacimiento y los certificados que acreditan su desempeño laboral desde la casa, elementos que considera suficientes para demostrar esta condición.

Conforme a la sentencia T-705 de 2013 de la Corte Constitucional, alegó que el principio de prevalencia del interés superior del menor impone a las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos del niño. Para la efectividad de tales presupuestos, los jueces y cualquier otra autoridad implicada en la resolución de las tensiones entre las garantías fundamentales de menores de edad, de las personas de tercera edad en discapacidad, que no puedan laborar, que no pueden autosostenerse y que carecen de cualquier auxilio o pensión estatal, y las de cualquier otra persona, deberán dar prevalencia a los intereses de éstos mediante la aplicación de la norma más favorable, con plena observancia de los criterios jurídicos establecidos en el ordenamiento jurídico para promover la preservación del bienestar integral de ese tipo de población.

Finalmente, explicó que si bien con anterioridad el artículo 63 del Código Penal obligaba al pronunciamiento de la gravedad de la conducta, ello fue modificado en el sentido de que cumplidos los aspectos objetivos es dable conceder el beneficio. Aunque reconoce que son graves los delitos aceptados, adujo que cuando se restituye el objeto de apropiación en el delito de hurto y se reconoce la marginalidad, de que trata el artículo 56 del estatuto penal, ello exige que la pena se observe desde esos disminuyentes.

**3.2.** El defensor de **Sebastián Felipe Londoño Vélez**, solicitó que se revoque la decisión atinente a la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que su prohijado reúne los requisitos para su concesión.

En primer lugar, llamó la atención en cuanto a que el acuerdo con la Fiscalía consistió en el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad prevista en el artículo 56 del Código Penal, y para efectos de procedibilidad del acuerdo se restituyó el dinero hurtado, pero en ningún momento se realizó la indemnización integral de que trata el artículo 269 ídem, como equivocadamente se señaló en la sentencia.

En segundo término, expuso que a su defendido se le imputó el delito de hurto por medios informáticos y semejantes y el hecho de que para la sanción se remita al artículo 240 del estatuto penal no obedece a que se trate de una misma conducta puesto que son delitos diferentes y autónomos, y el artículo 68A no lo refiere en la exclusión de beneficios y subrogados penales.

Resaltó que acerca de este tópico ya ha habido pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las que se refiere que el delito por el que fue condenado **Sebastián Felipe** no se encuentra dentro de las prohibiciones legales y por ende es procedente la concesión del sustituto.

#### **4. No recurrente.**

El apoderado de la víctima solicitó que se confirme la decisión. Considera que los procesados hacen parte de una organización dedicada al hurto de bancos a través de medios informáticos y

aun así fueron condenados a una pena de 41 meses de prisión, con base en un acuerdo en el que se les reconoció una circunstancia de marginalidad que no resulta acorde con la realidad, razón por la que se viola el principio de legalidad.

Los condenados residen en una vivienda con servicios públicos domiciliarios, los que no tendría una persona marginal, al igual que no contaría con una educación a nivel superior y estaría en el nivel 1 del SISBEN.

En su sentir, la interpretación de la Juez fue acertada en cuanto a la prohibición del artículo 68A del Código Penal para la concesión de los sustitutos. Además, respecto a la prisión domiciliaria adujo que el numeral 4, literal b, del artículo 38b exige que la persona repare los daños ocasionados con el delito y en este caso no se ha realizado ninguna indemnización, solamente se reintegró el dinero hurtado, pese a que los perjuicios causados ascienden a \$604.000.000 por la suspensión de operaciones bancarias durante un día, entre otras actividades que tuvieron que realizarse a partir de la comisión delictiva, aunado al daño en la reputación de la entidad bancaria.

### **CONSIDERACIONES**

Con base en estos antecedentes, procederá la Sala a resolver el recurso en lo que es objeto de censura, misma que se circunscribe únicamente a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria con base en la Ley 750 de 2002, respecto a **Ivonne Alexandra Consuegra Tangarife**; y al otorgamiento del primer

mecanismo sustitutivo del encarcelamiento en cuanto a **Sebastián Felipe Londoño Vélez**.

En relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no existe discusión frente a la norma a aplicar por cuanto para la fecha de los hechos, 26 de marzo de 2015, se encontraba vigente la Ley 1709 del 2014 por la cual el legislador introdujo importantes cambios para la concesión de subrogados y sustitutos penales.

La norma llamada a regir el asunto es el artículo 29 de la Ley 1709 del 2014:

**ARTÍCULO 29.** Modificase el artículo [63](#) de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

**Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena.** La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

**2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o 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.**

**3.** Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo [122](#) de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.”

Este canon nos impone remitirnos al artículo 32 ídem que introduce un conjunto de prohibiciones, primero, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores y, segundo, respecto a un conjunto de delitos en los que figura “el hurto calificado”.

Cotejadas ambas normas se puede concluir que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1709 del 2014, la concesión del subrogado penal quedó supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos objetivos: **(i)** que la pena no exceda los cuatro años, **(ii)** la ausencia de antecedentes penales y **(iii)** que el delito no esté incluido en el listado del inciso segundo del artículo 68A del Código Penal. No obstante, en el evento que el procesado registre antecedentes penales y el delito no se encuentre en el listado de conductas excluidas, el funcionario judicial deberá adelantar un estudio de los antecedentes personales, familiares y sociales (factor valorativo) para que a través de un test de ponderación concluya la procedencia o no del referido sustituto.

Ahora bien, el tipo penal de hurto por medios informáticos y semejantes, previsto en el artículo 269I del Código Penal, establece:

**“ARTÍCULO 269I. HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES.** <Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que, superando medidas

de seguridad informáticas, realice la conducta señalada en el artículo 239 manipulando un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante, o suplantando a un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 240 de este Código.”

Con base en la estructura de este tipo penal, observamos que si bien existe una remisión expresa a los artículos 239 y 240 ídem, a efectos de especificar que la conducta sancionada es “El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro” y que la pena imponible será de “prisión de seis (6) a catorce (14) años”; no puede ser excluido de la concesión de beneficios o mecanismos sustitutivos del encarcelamiento.

La explicación de lo anterior versa en que si bien la descripción de la conducta lleva incito un contenido de carácter patrimonial y, como se dijo, el tipo penal remite al delito de hurto calificado, en relación con el cual una de sus modalidades es “Con escalonamiento, o con llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otro instrumento similar, o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes”<sup>1</sup>, el legislador a partir de la Ley 1273 de 2009 le dio un tratamiento diferenciado al establecerlo como una conducta autónoma relativa a los atentados informáticos y otras infracciones, razón por la cual no puede considerarse que cuando el sujeto activo infringe este tipo penal también está incurriendo en un hurto calificado.

En otros términos, la calificación que le dio la Fiscalía a las conductas realizadas por **Ivonne Alexandra** y **Sebastián Felipe** está contenida en un bien jurídico autónomo “DE LOS

---

<sup>1</sup> Numeral 4 del artículo 240 del Código Penal

ATENTADOS INFORMÁTICO Y OTRAS INFRACCIONES” y si bien el delito de hurto por medios informáticos es pluriofensivo porque comprende la lesión de varios intereses, entre ellos el patrimonio económico de la víctima, finalmente el legislador no lo relacionó dentro de la prohibición legal del 68A del Código Penal ni como delito ni como bien jurídico.

Con la interpretación que hace la Juez básicamente se está proponiendo que con base en una misma descripción típica a los procesados se les debe sancionar por dos delitos diferentes, con lo cual obviamente se transgreden sus derechos y garantías fundamentales, puesto que se les estaría juzgando dos veces por el mismo hecho.

Independientemente de que (i) el legislador haya cometido un error al dejar vigente una causal calificante del hurto, que de alguna manera también contiene la acción típica que posteriormente creó como independiente con la Ley 1273 de 2009 y, (ii) que el artículo 269I remita en cuanto a la acción reprochada y a la pena, al delito de hurto calificado; la Fiscalía optó por escoger el delito de hurto por medios informáticos y semejantes para imputarlo a los procesados, por tanto, no puede dársele un alcance adicional, que no tiene, para la exclusión de los sustitutos:

“De este modo, mediante la Ley 1273 de 2009 “creó” el título VII bis “*De la protección de la información y de los datos*” y, en él, varios tipos autónomos que tendrían por objeto evitar la lesión de este interés jurídico, como el acceso abusivo a un sistema informático, la interceptación de datos informáticos, el daño informático, el uso de software malicioso, la violación de datos personales, por mencionar algunos; no obstante, al final del trámite legislativo menospreció las consecuencias -no inadvertidas inicialmente por cierto-,

de regular dentro de este título conductas subordinadas a otros tipos básicos, como lo es el caso del reato de hurto por medios informáticos y semejantes.

Ciertamente, aunque el legislador fue consciente de la dificultad que comportaba la ubicación del bien jurídico protegido respecto de aquellas acciones antijurídicas reguladas dentro del mentado título, que de manera directa afectaban el patrimonio económico, prefirió atar, de manera antitécnica, como lo aseveró el representante de la Fiscalía, la modalidad de la acción típica prohibida –que es el hurto por medios informáticos– al bien jurídico amparado en el referido título VII bis, que adicionar o modificar las circunstancias modales calificantes del artículo 240 del Código Penal, como hubiera sido lo ideal.”<sup>2</sup>

Ahora bien, en cuanto a la analogía realizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de febrero de 2015, radicado 42.724 (SP1245-2015) en la cual explicó el origen y la naturaleza del hurto por medios informáticos, debemos precisar que no obstante se aplicó una interpretación sistemática e integradora para conceder la rebaja de reparación integral del artículo 269 del Código Penal, porque el tipo penal remite al apoderamiento de cosa mueble, descrito en los artículos 239 y 240 ídem, los cuales se encuentran dentro de “las penas señaladas en los capítulos anteriores”<sup>3</sup>; ello se realizó porque se trataba de una analogía para conceder un beneficio jurídico, esto es, en provecho del procesado, lo cual es permitido conforme al inciso 3º del artículo 6º del Código Penal.

En este caso no podría aplicarse tal analogía a efectos de negar el sustituto, precisamente porque la misma iría en contravía de

---

<sup>2</sup> Sentencia del 11 de febrero de 2015, radicado 42.724 (SP1245-2015), con ponencia del doctor Eyder Patiño Cabrera

<sup>3</sup> “**ARTICULO 269. REPARACION.** 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 restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.”

los intereses del procesado, aspecto que ya había sido definido por la Corporación en la misma decisión:

“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)”.

En tales condiciones, los procesados **Ivonne Alexandra** y **Sebastián Felipe** reúnen los presupuestos exigidos para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. La sanción impuesta no supera los cuatro años y no se demostró que los mismos tuviesen antecedentes penales. Además, la gravedad de la conducta referida por la Juez, sólo podría ser tomada en cuenta como referentes personales o sociales de los condenados en caso de que existiesen tales antecedentes dentro de los cinco años anteriores.

Como consecuencia de lo anterior, se revocará el numeral cuarto de la sentencia y, en su lugar, se les concede a los procesados la suspensión condicional de la ejecución de la pena con un periodo de prueba de dos (2) años. Los condenados deberán pagar una caución de tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes para el presente año, y suscribir diligencia en la que se comprometan a cumplir con las

obligaciones descritas en el artículo 65 del Código Penal: (i) informar todo cambio de residencia, (ii) observar buena conducta, (iii) reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que están en imposibilidad económica de hacerlo, (iv) comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fueren requeridos para ello y, (v) no salir del país sin previa autorización judicial.

Por sustracción de materia, al concederse la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no nos referiremos a la prisión domiciliaria que solicitó el defensor de **Ivonne Alexandra Consuegra Tangarife** con base en la Ley 750 de 2002.

Finalmente, respecto a las argumentaciones del apoderado de la víctima como no recurrente, debemos manifestar que con fundamento en el principio de preclusividad de los actos, en esta etapa procesal no pueden cuestionarse los términos del acuerdo, el cual fue aprobado en su momento porque la Jueza consideró que no se vulneraron garantías ni derechos fundamentales, entre ellos el principio de legalidad.

En cuanto a los perjuicios a los que se aludió, la víctima cuenta con el incidente de reparación integral, una vez ejecutoriada la sentencia, para buscar el eventual resarcimiento de los daños ocasionados con la comisión delictiva.

**El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

## FALLA

**Primero: Revocar** el numeral cuarto de la sentencia objeto de apelación. En su lugar, se le concede a **Ivonne Alexandra Consuegra Tangarife** y a **Sebastián Felipe Londoño Vélez** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de que trata el artículo 63 del Código Penal. El periodo de prueba se fija en dos (2) años.

**Segundo:** Los condenados deberán pagar una caución y suscribir diligencia de compromiso, conforme se indicó en la parte motiva de esta decisión. Luego de lo anterior, se concederá la libertad a los procesados.

**Tercero:** Esta decisión se le informará a las autoridades pertinentes.

Se informa que procede el recurso de casación.

## CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

**MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**

**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**