

Proceso: 053606099057 **2021-50679**
Delito: Hurto por medios informáticos y semejantes
Acusado: Juan Pablo Barrera Sierra
Procedencia: Juzgado 1º Penal Municipal de Medellín
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria por allanamiento
Decisión: Confirma y modifica
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No: 031-2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según Acta No. 092

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **JUAN PABLO BARRERA SIERRA**, en contra de la sentencia proferida el 7 de abril de este año, por el Juzgado 1º Penal Municipal de Medellín, a través de la cual, en virtud del allanamiento a cargos, lo halló penalmente responsable del delito de hurto por medios informáticos y semejantes.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES:

Fueron consignados en la decisión objeto de recurso, así:

“El día 11 de febrero de 2021, el señor ARMANDO DE JESÚS LAVERDE CASTRILLÓN (la Víctima), se acercó a las instalaciones de Ferrovél ubicada en la calle 31B No. 89E-140 MEDELLIN, donde compró unas varillas pagando con su tarjeta debito Bancolombia siendo atendido por el señor JUAN PABLO BARRERA SIERRA empleado de Ferrovél sede san juan quien para la época de los hechos estuvo realizando un remplazo de cajero quien se quedó con la tarjeta debito del señor ARMANDO y a su vez con su clave ya que pudo observarla mientras hacia el pago de la compra. Con posterioridad a esta compra se realizaron retiros de dinero de su cuenta sin la autorización de la víctima, retiros que se empezaron a realizar desde el mismo día de la compra del señor ARMANDO así:

El día 11 de febrero de 2021 entre las 13:55- hasta 14:10: horas el señor JUAN PABLO BARRERA SIERRA en compañía de un sujeto no identificado procedieron a autenticarse ante el cajero 5001 Bancolombia MF AV JUNIN, ubicado en la carrera 49 No.49-74 se realizaron cuatro retiros de la cuenta terminada en 9057 del señor ARMANDO DE JESÚS LA VERDE CASTRILLÓN, así: el primer retiro por valor de \$400.000, dos de ellos por valor de \$600.000 cada uno y otro por \$100. 000.

El día 11 de febrero de 2021 a las 14:30 - 14:45 horas desde el cajero Bancolombia de Comfenalco 7846 ubicado en la carrera 50 N° 53-43 se realizó un retiro de la cuenta terminada en 9057 de Bancolombia del señor ARMANDO DE JESÚS LAVERDE CASTRILLÓN por valor de \$20.000.

Una de las personas que realizó los retiros el día 11 de febrero de 2021 fue identificado como JUAN PABLO BARRERA SIERRA, quien no es miembro de la familia del señor ARMANDO DE JESÚS LAVERDE CASTRILLÓN y tampoco contaba con la autorización de este para realizar dichos retiros. El total del dinero hurtado fue de \$1.720.000”

El 15 de diciembre de 2021, la fiscalía delegada corrió traslado del escrito de acusación, conforme a las previsiones de la Ley 1826 de 2017, convocándolo

a juicio como autor del delito de hurto por medios informáticos y semejantes en los términos de los artículos 269I del C. P. Posteriormente, el ente acusador presentó ante los juzgados penales municipales de esta ciudad formato de traslado del escrito de acusación en contra del procesado, correspondiéndole la actuación al Juzgado 1° Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín..

El 17 de febrero de este año cuando se iba a llevar a cabo la audiencia concentrada de que trata la Ley 1826 de 2017, Juan Pablo Barrera Sierra anunció que era su deseo allanarse a los cargos, de esa manera, tras verificar el pago de los perjuicios a la víctima, la *a quo* avaló la aceptación de cargos por considerarla libre e informada.

El 5 de abril siguiente se realizó la audiencia de individualización de la pena, oportunidad en la que el defensor de Barrera Sierra solicitó que se le concediera la máxima rebaja por allanamiento a cargos y por indemnización de perjuicios, así mismo se le concediera la suspensión condicional de la ejecución de la pena o en su defecto, la prisión domiciliaria, dado el monto de la pena a imponer.

El 7 de abril de este año, se profirió sentencia condenatoria en contra de **Juan Pablo Barrera Sierra**, como coautor responsable del delito de hurto por medios informáticos y semejantes en concurso homogéneo, imponiéndosele una pena de 11 meses prisión y por el mismo lapso la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, además le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El defensor interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve, respecto a la no concesión de la suspensión condicional de la pena.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

Para los efectos del recurso interpuesto, la falladora de primera instancia indicó que el art. 63 del C.P establece dos condiciones para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el primero es que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 4 años, y la segunda que los antecedentes personales, sociales, y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

Dijo que, en este caso, la pena impuesta al sentenciado, no supera los 4 años de prisión, pues se le impuso una de once (11) meses y agregó: *“sin embargo, no se concede a JUAN PABLO BARRERA SIERRA, el subrogado de la suspensión de la condena de ejecución condicional del Art. 63 del C. Penal, modificado por el Art. 29 de la ley 1709 de 2014, ni la prisión domiciliaria por prohibición expresa del artículo 68A del Código Penal”*.

3. DEL RECURSO

El defensor contractual de **Juan Pablo Barrera Sierra** interpuso y sustentó de manera oral el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. El soporte de su inconformidad radica en que la funcionaria de primer grado negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena con fundamento en que el delito por el que fue condenado su asistido está enlistado en el art. 68A del C.P.

Agregó que, si bien es cierto, el art. 269I contempla la pena del delito de hurto calificado contenido en el art. 240 del C.P también lo es que, la negativa del subrogado no puede hacerse con fundamento en que éste tiene prohibición expresa y remitirse al art. 68A de la misma obra, pues de hacerlo así se conculcan garantías fundamentales como el principio de legalidad y recordó

que el art. 6 de la ley 599 de 2000 indica que “*la analogía sólo se aplicará en materias permisivas*”.

Así entonces considera que la funcionaria de primera instancia violó el debido proceso y se extralimitó en la aplicación del efecto jurídico que la norma contempla, por consiguiente, solicitó que se revoque el numeral tercero de la decisión de primera instancia y se le conceda a su asistido la suspensión condicional de la ejecución de la pena¹.

No hubo pronunciamiento de los sujetos procesales no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Es competente la Sala para abordar el estudio de la decisión proferida por la *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

4.2 En primer lugar, ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando nos enfrentamos a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, en mayor grado, la competencia de esta Corporación.

4.3 El problema jurídico propuesto por el recurrente se contrae a establecer si la conducta por la cual se condenó al procesado Barrera Sierra, hurto por medios informáticos, se encuentra enlistada en el artículo 68A del C.P., como una de aquellas respecto de las cuales resulta improcedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

¹ Audiencia de lectura de fallo del 7 de abril de 2022. Minuto: 11:05

Previo a hacer el estudio de fondo, resulta pertinente señalar que, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.

Lo anterior, para resaltar que pese a que la defensa, dentro del traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, le solicitó a la falladora que le concediera a su asistido la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia descrita en el art. 63 del C.P, por cumplir todos los requisitos, en especial que la pena impuesta fue menor a los cuatro (4) años que indica la norma, dicha funcionaria no se pronunció al respecto y solo hizo alusión a que el delito por el cual fue condenado Juan Pablo Barrera Sierra hace parte de aquellos contenidos en el art. 68ª del C.P, sin hacer un mayor análisis, omisión que, en principio, conllevaría a la nulidad por quebrantamiento del debido proceso y de la garantía a ejercer una adecuada contradicción y defensa, ante los defectos de motivación en la sentencia.

Sin embargo, considera la Sala que, en aras de salvaguardar el principio de residualidad que gobierna las nulidades, resultaría inane retrotraer la actuación en atención a que, como pasa a exponerse, se avalará la petición del recurrente. En consecuencia, el Tribunal pasará a resolver el problema jurídico planteado.

4.4 Pues bien, el artículo 269I del C.P señala:

“HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES.

Artículo adicionado por el artículo 1º 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”.

El delito en cuestión fue abordado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SP1245-2015 de 11 de febrero de 2015 en la que señaló:

“[...] 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”.

4.5 En el *sub judice* Juan Pablo Barrera Sierra fue condenado por el delito descrito en párrafos que anteceden, en concurso, a una pena privativa de la libertad de once (11) meses de prisión, luego de aplicar la rebajas del 50% por el allanamiento a cargos y la del 75% en virtud de la reparación integral a la víctima tal y como lo describe el art. 269 del C.P.

No obstante, como se dijo, la *a quo* al momento de valorar si eran o no procedentes los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, dijo que por tratarse de un delito que hacía parte de aquellos contenidos en el art. 68A del C.P no era posible su concesión, sin más.

El censor criticó dicha postura, bajo el supuesto de que, si bien es cierto, al delito de hurto por medios informáticos y semejantes le era aplicable la pena del delito de hurto calificado, por remisión expresa de la norma, también lo es que, sólo era para efectos de la pena a imponer y no respecto de los mecanismos sustitutivos, de ahí que la decisión de la juez de primera instancia incurriera en una violación del principio de legalidad, pues el art. art. 6º del

C.P en su inciso 3° que señala que *“la analogía sólo se aplicará en materias permisivas”*.

Y es que en este punto cabe señalar, tal y como lo indicara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia citada con anterioridad que:

“...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 in malam partem está proscrita en materia penal (artículo 6°, inciso 3° del Código Penal).

Recuérdese, además, que en reciente jurisprudencia² se dijo que *“por vía de hermenéutica, en materia penal, las sentencias de las altas cortes, tribunales y juzgados no pueden “ampliar la punibilidad” ni hacer interpretación “analógica in malam partem” (C- 645/12)”*.

Más adelante agregó:

*“El administrador de justicia, sobre materias no reguladas o respecto de la aplicación de lo establecido legalmente, no puede asignar consecuencias **o alcances** más gravosos o restrictivos, estas específicas materias están vedadas al juez, cuando la decisión judicial tiene esta*

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal radicado 52227 del 24 de junio de 2020.

orientación debe contar con un fundamento legal expreso, que por reserva de la configuración legislativa no le compete a la administración de justicia.

La jurisprudencia puede determinar el significado del texto legal y su alcance en la aplicación, a través de la interpretación. El ejercicio de tal potestad tiene límites, en principio, debe circunscribirse al objeto al que se refiere el supuesto de hecho que está contenido en la disposición examinada.

Vía jurisprudencial, la fijación de una regla comprendida en el supuesto de hecho expresamente regulado tiene obligatoriedad, pero si tal interpretación desborda la materia reglamentada, porque extiende su alcance a una situación no contemplada, esta únicamente será oponible y exigible cuando es favorable a la situación jurídica del acusado, no en el caso contrario.

Las anteriores afirmaciones tienen apoyo en la Carta Política, las normas rectoras del C.P. y C.P.P. y, especialmente en los artículos 5, 8 y 45 de la Ley 57 de 1887, reglamentada por el Decreto 1083 de 2015. Estas últimas imponen como reglas al juez en los juicios penales: i) Que “los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna”; ii) La aplicación de leyes a casos o materias semejantes procede solamente cuando no tienen regulación expresa y, iii) la hermenéutica es para “fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”.

(...)

Es analogía resolver un asunto no regulado por la ley con lo establecido por otro texto legal. La solución normativa para el asunto sub judice no existe, se crea con la decisión judicial y, cuando ello ocurre con orientaciones que desfavorecen la situación jurídica del procesado en materia penal, es aplicar analogía in malam partem, la que está proscrita constitucional y legamente en el ordenamiento

jurídico colombiano para todos los administradores de justicia, cualquiera sea la jurisdicción a la que pertenezcan”. (Negrilla de la Sala)

Visto lo anterior para esta Colegiatura es claro, que la juez de primera instancia se equivocó al extender el alcance del art. 240 a los mecanismos sustitutivos de la prisión, pues el art. 269I no hace parte de aquellas conductas que se encuentran enlistadas en el art. 68A. En ese orden de ideas y al asistirle razón al recurrente en su censura, la sentencia apelada deberá modificarse para en su lugar, conceder en favor del procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues el artículo 63 del C. Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, enumera los siguientes requisitos para ser beneficiario de la suspensión condicional de la ejecución de la pena:

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.* (Negrilla de la Sala)
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.*

Ahora, como la condena aquí impuesta no supera los 4 años de prisión (11 meses) y el delito de hurto por medios informáticos y semejantes no se halla dentro del listado previsto en el inciso 2º del artículo 68ª del C.P., al ser una verificación netamente objetiva por la carencia de antecedentes penales

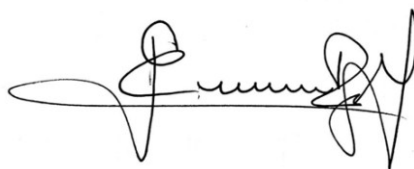
dentro de los 5 años anteriores a la condena que ahora se revisa, no encuentra la Sala ningún impedimento legal para conceder al acusado el subrogado en comento.

En esas condiciones, se concederá a **Juan Pablo Barrera Sierra** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por un período de prueba de dos (2) años para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso, y garantizar las obligaciones previstas en el artículo 65 del Código Penal, a través de una caución equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, con la advertencia de que el incumplimiento de aquellas dará lugar a la revocatoria del subrogado.

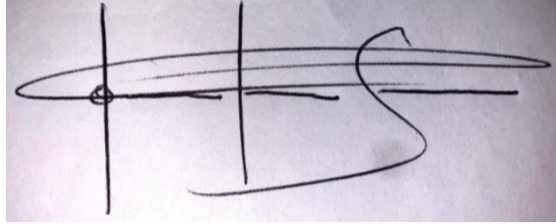
Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **CONFIRMA PARCIALMENTE** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión y **MODIFICA** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **CONCEDER** a **Juan Pablo Barrera Sierra** la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos (2) años, efecto para el cual habrá de prestar caución por valor equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y suscribir acta de compromiso. En lo demás permanece incólume la sentencia de primer grado.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

A handwritten signature in black ink, consisting of several horizontal and vertical strokes, with a large, sweeping flourish on the right side.

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

A handwritten signature in black ink, featuring a series of connected loops and a long, vertical stroke extending downwards on the right side.

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO