



## **SALA PENAL**

**Radicado: 05001 60 00000 2021 00768**  
**Procesado: Luis Eduardo Gutiérrez Canizales**  
**Delito: Hurto por medios informáticos y semejantes agravado**  
**Decisión: Confirma parcialmente y modifica**  
**Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín**  
**Acta N°: 106**

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**

#### **Sala Novena de Decisión Penal**

**Medellín, ocho de septiembre de dos mil veintidós.**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, en contra de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín, a través de la cual condenó al señor **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales**, a la pena principal de 23 meses de prisión, y la accesoria de rigor, luego de aprobar el preacuerdo celebrado entre el procesado y la Fiscalía General de la Nación. Al

sentenciado se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se le concedió el sustituto de la prisión domiciliaria.

### **HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:**

Los hechos a los que se contrae el presente proceso, acorde con los elementos de convicción aportados a la actuación y lo narrado en el fallo de primer grado, tuvieron su acontecer en las siguientes circunstancias temporo espaciales:

En el mes de abril de 2019, el señor **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** laboraba como técnico de primera línea para la empresa NCR, que a su vez prestaba sus servicios a la entidad financiera Bancolombia en soportes y mantenimiento de cajeros electrónicos.

Producto de las labores investigativas adelantadas, se estableció que **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** y otros, aprovechando que tenían servicio técnico en algunos cajeros y en otros donde no tenían programado, de manera abusiva procedieron a manipular múltiples cajeros; para ello utilizaban los usuarios y así desactivaban las alarmas de los cajeros que les habían entregado para realizar mantenimiento, luego simulaban hacer consignaciones, generando un error en el sistema informático del mismo, logrando así apoderarse de dineros pertenecientes a la entidad financiera Bancolombia por una suma de \$86'199.000.

En tales condiciones, el 15 de junio de 2017 la representación de la Fiscalía General de la Nación efectuó el traslado del escrito de acusación a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** y a su defensor, en el que se le atribuye la conducta

punible de Hurto por medios informáticos y semejantes agravado, en concurso homogéneo -4 eventos-, establecida en los artículos 269I, 269H numeral 1 y 31 del Código Penal, concurriendo además la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 ibídem. Cargo que en ese momento no fue aceptado por el señor **Gutiérrez Canizales**.

Presentada la carpeta, correspondió por reparto al Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín. Luego de múltiples aplazamientos, la oficina judicial fijó el 19 de julio de 2021 para la realización de la audiencia concentrada.

En la mencionada fecha, antes de dar trámite a la diligencia, el profesional del derecho que representa los intereses del señor **Luis Eduardo Gutiérrez** informó que se pactó con Bancolombia una reparación de perjuicios, únicamente respecto a ese procesado, por valor de \$10'000.000, suma que ya fue pagada. En esa misma línea se le puso de presente al Juez que entre las partes deseaban celebrar un preacuerdo. Por ese motivo se decidió reprogramar la audiencia con miras a verificar el preacuerdo que se alcance entre el ente acusador y el ciudadano **Gutiérrez Canizales**.

El 6 de septiembre de la pasada anualidad, se dio continuidad al trámite y el Fiscal delegado procedió a exponer los términos del preacuerdo suscrito con **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales**, estando éste debidamente asesorado por su defensor:

El señor **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** se declara penalmente responsable del delito de Hurto por medios informáticos y semejantes agravado, en concurso homogéneo -4 eventos- y, a cambio de esa aceptación, se degrada el grado de

participación de autor a cómplice para efectos de la tasación de la pena. Así mismo se pone de presente la reparación de perjuicios efectuada por el procesado a Bancolombia. La tasación de la pena se dejaba a consideración del Despacho.

Tanto el delegado del Ministerio Público como la apoderada judicial de la víctima, informan estar de acuerdo con los términos del preacuerdo, y ésta última remarca que, en efecto, sí se realizó el pago de los perjuicios a la entidad bancaria que representa.

Luego de constatar que la aceptación de la responsabilidad obedeció a un acto libre, consciente y voluntario por parte del encartado, y contando con la debida asesoría de su defensor, el señor Juez de primera instancia le impartió aprobación al acuerdo celebrado entre las partes y emitió sentido del fallo de carácter condenatorio.

En la audiencia de individualización de pena y sentencia prevista en el artículo 447 del Estatuto Procesal Penal, el Fiscal delegado pidió se diera aplicación a los términos de la negociación celebrada entre las partes. El delegado del Ministerio Público indicó no oponerse a la rebaja de la pena, ya que se realizó el pago de perjuicios a la víctima, y manifestó que la concesión del subrogado, queda a criterio del Despacho. La representante judicial de la entidad bancaria víctima, manifiesta no presentar oposición a que se realice la máxima rebaja de la pena, en consideración a la reparación de perjuicios. Finalmente, el defensor solicita se tengan en cuenta los términos del acuerdo, como también que su prohijado carece de antecedentes penales; pide se parta de la pena mínima y se conceda la suspensión condicional de la pena al no existir prohibición expresa.

El 10 de septiembre de 2021, se profirió el fallo en los términos ya indicados.

## **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

En primer lugar, el *A quo* resaltó que, de los elementos materiales probatorios aportados por el ente acusador, se constató la existencia de la conducta punible atribuida y la responsabilidad penal que cabe endilgarle al procesado **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales**. Así mismo, manifestó que el acuerdo alcanzado por las partes salvaguardaba los derechos y garantías fundamentales.

En cuanto a la sanción a imponer, el funcionario de conocimiento remarcó que pese a celebrarse una negociación entre las partes, se dejó a consideración del Despacho la tasación de la pena, por lo que se hacía necesario acudir al sistema de cuartos.

En el presente evento se trata del delito de Hurto por medios informáticos y semejantes agravado, en concurso homogéneo, conducta en la cual la participación de **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales**, en virtud del preacuerdo, es de cómplice.

Se parte del artículo 269I del Código Penal que remite, para efectos de la pena, al numeral 4 del artículo 240 del mismo compendio normativo, el cual señala una sanción de 72 a 168 meses de prisión, y en virtud de la circunstancia de agravación del numeral 1 del artículo 269H ibídem, los extremos punitivos quedan de 108 a 294 meses.

Habida cuenta que la calidad de participación del acusado, con ocasión del acuerdo, se degradó a cómplice, al aplicar la rebaja del inciso 3º del artículo 30 del Estatuto Penal, la pena aplicable oscila entre 54 y 245 meses de prisión.

En este punto, indica el *A quo* que, al no haberse deducido circunstancias de mayor punibilidad, lo procedente es ubicarse en el primer cuarto de movilidad según lo previsto en el canon 61, que en este caso va de 54 a 111.75 meses.

Argumenta el fallador que atendiendo a los criterios establecidos en la ley y especialmente en consideración a la modalidad y gravedad del delito, en tanto no solo se presentó una pluralidad de sujetos activos en el ilícito proceder, sino que además prevalido de su posición, como empleado de una entidad bancaria a la que prestaba sus servicios técnicos para realizar mantenimiento a los cajeros electrónicos, aprovechándose de la confianza en él depositada y usando el conocimiento que tenía por su labor, sustrajo una suma considerable de dinero. Lo anterior, arguye el *A quo*, demuestra un dolo altamente definido en el justiciable, resultando clara la necesidad de la pena, motivo por el cual aumenta el mínimo del primer cuarto en 28 meses y, de esa manera, determina fijar la pena en 82 meses.

Al tratarse de un concurso homogéneo de delitos, esto es, 4 eventos en total los que fueron atribuidos a **Luis Eduardo Gutiérrez** y que fueron aceptados por él vía preacuerdo, el Juez decide aumentar 10 meses por las conductas ilícitas concursantes, quedando una pena a imponer de 92 meses.

Ahora bien, dada la indemnización integral de perjuicios efectuada por el aquí condenado, conforme lo previsto

en el artículo 269 del Código Penal, el *A quo* indicó que se aplicaría la rebaja de las 3/4 partes, quedando en definitiva la pena a imponer en 23 meses.

De otro lado, en cuanto a la concesión de sustitutos penales, manifiesta el Juez Veintitrés Penal Municipal que, aunque se cumple con el requisito objetivo del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, atinente a que la pena no supere los 48 meses, no sucede lo mismo respecto al presupuesto subjetivo y dada la modalidad delictiva a que se remite el artículo 269I del Código Penal, esto es, al Hurto calificado, existe prohibición expresa para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Por el contrario, en lo concerniente a la prisión domiciliaria, manifiesta que en este caso se cumplen los requisitos del artículo 38G del Código Penal, en tanto ya ha cumplido más de la mitad de la pena, además de las exigencias de los numerales 3 y 4 del artículo 38B de la misma obra. En tal sentido concede a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural.

Notificada la sentencia a las partes, el profesional del derecho que representa los intereses de la víctima recurrió la misma en apelación, sustentado el recurso por escrito dentro del término legal.

### **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO:**

El apoderado judicial sustituto de Bancolombia, inicia su intervención poniendo de presente su desacuerdo con la tasación de la pena efectuada en este caso por el Juez Veintitrés Penal Municipal, pues aduce que la sanción impuesta al procesado

no es adecuada ni está acorde con los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para la dosimetría penal.

En primer lugar, en cuanto a la individualización de la pena, manifiesta que, al efectuar una revisión de las actuaciones procesales surtidas en este trámite, se evidencia que tanto en el traslado del escrito de acusación, como en el preacuerdo y en la sentencia, se señala, sin dubitación alguna, que en los hechos atribuidos a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** concurre la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, es decir, obrar en coparticipación criminal.

Pese a lo anterior, indica que al momento de tasar la pena y seleccionar el cuarto de movilidad en el que debía ubicarse, el *A quo* no tuvo en cuenta esa circunstancia de mayor punibilidad y optó por situarse en el cuarto mínimo para deducir la pena.

Sostiene que conforme con lo normado en el artículo 61 del Código Penal, en el presente evento, el Juez estaba en la obligación de ubicarse en los cuartos medios de movilidad en razón a que concurren circunstancias tanto atenuantes como de agravación punitiva; sin embargo, reitera, el funcionario fallador desconoció esa normativa.

De otro lado, se opone a la concesión de la máxima rebaja en razón a la reparación de perjuicios realizada por el procesado a la víctima.

Arguye que contrario a la obligación legal existente, el Juez no motivó en modo alguno la razón por la que decidió



conceder la máxima rebaja prevista en el artículo 269 del Código Penal.

Afirma que si la motivación del *A quo* para el otorgamiento de la rebaja de las 3/4 partes, fue la manifestación que al respecto realizaron la Fiscalía y la defensa como parte del preacuerdo, ello constituiría un doble beneficio de la negociación en favor del acusado, lo que está vedado.

Remarca que según está establecido en el artículo 269 del Estatuto Penal, la rebaja por reparación de perjuicios no necesariamente debe ser de las 3/4 partes de la pena a imponer, sino que parte de una disminución de la mitad hasta el guarismo máximo indicado; en tal sentido, afirma que, para la fijación de esa disminución, se debieron tener en cuenta las circunstancias de mayor punibilidad presentes en este caso.

Por lo expuesto pide a la segunda instancia se revoque parcialmente la sentencia de condena proferida en este caso y, en su lugar, determine una sanción punitiva en contra de **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** conforme los presupuestos de la dosimetría penal.

### **CONSIDERACIONES:**

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias que en primera instancia profieran los Jueces Penales Municipales.

La función revisora del Tribunal se ha de circunscribir en esta oportunidad, de manera puntual, a los reparos efectuados por el impugnante, y a aquellos que le sean inescindibles.

Inicialmente debe advertir la Colegiatura que le asiste legitimación al recurrente, pues en efecto, a pesar de tratarse de un asunto de justicia premial o consensuada, es procedente su impugnación porque el reparo versa sobre el monto de la pena impuesta, misma que en sede del acuerdo celebrado entre las partes, fue dejada a consideración del Juzgador, quien para su dosificación dio aplicación al sistema de cuartos, según lo previsto en el artículo 61 del Código Penal.

En aras de adoptar la decisión que en derecho corresponde, se dará un orden lógico al asunto, debiendo entonces pronunciarse, en primer lugar, respecto de la determinación del funcionario fallador de ubicarse en el primer cuarto punitivo de movilidad; posteriormente el análisis se centrará en la disminución efectuada por el Juez Veintitrés Penal Municipal en razón de la reparación de perjuicios. Por último, aunque no hace parte de los puntos de disenso, evidencia la Sala la necesidad de referirse a la decisión del *A quo* de negar a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Adentrándonos al primer tópico que se analizará, debe precisar la Magistratura que luego de examinar detenidamente el proceso de tasación de la pena efectuado por el señor Juez de primer grado, es dable concluir que, tal como lo argumentó el recurrente, se ha incurrido en un error al momento de seleccionar el cuarto punitivo de movilidad en el que debía ubicarse el fallador conforme la normatividad aplicable.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el proceso de dosificación de la pena exige el acatamiento de unas precisas pautas previstas en la ley, cuya finalidad es propender por la objetividad y razonabilidad en la determinación de la sanción penal y no que sea el resultado del capricho y abuso del operador judicial, en desmedro del principio de legalidad de la sanción contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

De esta forma, para el tema que aquí nos interesa, debe precisarse que el artículo 61 del Código Penal establece los parámetros que se deben acatar en el proceso de selección del cuarto de movilidad en el cual habrá de ubicarse el fallador para determinar la pena a imponer.

**“ARTÍCULO 61. Fundamentos para la individualización de la pena.** Modificado por el Art. 4 de la Ley 2098 de 2021. Efectuado. el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

*El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.*

*Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.*

Por su parte, de tiempo atrás la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que el proceso dosimétrico comprende cuatro fases, claramente diferenciadas por el Estatuto Penal, que se cumplen progresivamente. De esta manera, en lo que atañe a la

determinación del cuarto de movilidad procedente en cada caso, la Alta Corporación ha precisado:

*“La tercera fase, de selección del cuarto de punibilidad dentro del cual el juez tasa la pena, labor que debe realizar siguiendo las directrices establecidas en el inciso segundo ejusdem (artículo 61 del Código Penal), con base en las circunstancias genéricas de agravación o atenuación concurrentes.*

*La Corte tiene dicho que las circunstancias de agravación o atenuación punitivas llamadas a tener en cuenta en el proceso de elección del cuarto dentro del cual se debe fijar o individualizar la pena, son las previstas en los artículos 55 y 58 del Código Penal, no las circunstancias especiales que inciden en variación de los extremos punitivos, puesto que estas, como se explicó, ya han sido tenidas previamente en cuenta en la fijación del marco de punibilidad que corresponde a los límites mínimo y máximo de la sanción aplicable para el delito”<sup>1</sup>.*

En el caso que aquí nos concita, tal como se dejó entrever previamente, encuentra esta Sala de Decisión que le asiste razón al recurrente al manifestar que, en el momento de la tasación de la pena, el Juez de primer grado no tuvo en cuenta o pasó por alto la circunstancia de agravación genérica atribuida en el curso de esta actuación a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales**, esto es, aquella prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, obrar en coparticipación criminal.

En efecto, al examinar el escrito de acusación<sup>2</sup> que fue dado a conocer al procesado y su apoderado, allí claramente se indica que la Fiscalía General de la Nación acusó al señor **Gutiérrez Canizales** por la conducta punible de Hurto por medios informáticos y semejantes agravado, en concurso homogéneo -4 eventos-, establecida en los artículos 269I, 269H numeral 1 y 31 del Código Penal, atribuyendo, de manera expresa, la concurrencia de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en

---

<sup>1</sup> Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP3141-2020. Radicación 54.108 del 19 de agosto de 2020.

<sup>2</sup> Archivo digital denominado “001EscritoAcusación”. Folio 8.

el numeral 10 del artículo 58 ibídem, misma que también se desprende de las circunstancias fácticas endilgadas, pues de las labores investigativas adelantadas por el ente acusador, se estableció que **Luis Eduardo Gutiérrez**, junto con otras 3 personas, manipularon los sistemas informáticos de los cajeros electrónicos de Bancolombia con el objeto de apropiarse de sumas de dinero.

Tales circunstancias fácticas y jurídicas fueron reiteradas al momento de exponer el preacuerdo celebrado entre las partes, siendo enfático el Fiscal delegado al indicar que sí se presenta la circunstancia de mayor punibilidad “*obrar en coparticipación criminal*”, señalada en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal<sup>3</sup>.

Posteriormente, la misma adecuación típica fue puesta de presente en la parte considerativa de la sentencia de primer grado, en donde claramente se indica que se profiere condena por el delito de: *“HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES, EN CONCURSO HOMOGÉNEO (art. 31 C. Penal), descrito en el art. 269I, que remite para efectos de las penas al núm. 4 del art. 240 del Código Penal, modificado por la ley 1142 de 2007 artículo 7, definido como Hurto Calificado y agravado, concurriendo la circunstancia de agravación punitiva del numeral 1 del art 269H, por que el delito se ejecutó sobre sistemas informáticos del sector financiero, esto es cajeros automáticos de la entidad financiera Bancolombia, quedando una pena de 108 a 294 meses de prisión, en concurso homogéneo en 4 eventos, **concorre en el presente caso la circunstancia de mayor punibilidad**, contemplada en el código penal, libro primero título IV capítulo segundo, **art 58 numeral 10, por obrar en coparticipación criminal**, en calidad de cómplice conforme al preacuerdo”<sup>4</sup>. (se ha destacado).*

---

<sup>3</sup> Audiencia del 6 de septiembre de 2021. Minuto 6:10.

<sup>4</sup> Archivo digital denominado “054FalloLuisEduardoGutierrez”. Folios 3 y 4.

De esta manera, se insiste en que a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** se le acusó y se le profiere condena por la conducta varias veces referenciada, en la que, sin duda alguna, concurre la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal y, en tal sentido, debió darse aplicación a lo previsto en el inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, es decir, partir de los cuartos medios de movilidad para determinar la pena a imponer. Sin embargo, tal como se indicó antes, sin que existiese razón válida para ello, el Juez Veintitrés Penal Municipal de ubicó en el primer cuarto, falencia que en este punto debe entrar a corregir esta Sala de Decisión.

Tal como se indicó en la sentencia objeto de censura, este caso se parte del artículo 269I del Código Penal que remite, para efectos de la pena, al numeral 4 artículo 240 del mismo compendio normativo, el cual señala una sanción de 72 a 168 meses de prisión, y en virtud de la circunstancia de agravación del numeral 1 del artículo 269H ibídem, los extremos punitivos quedan de 108 a 294 meses. Atendiendo a que con ocasión del acuerdo la calidad de participación del acusado se degradó a cómplice, al aplicar la rebaja del inciso 3º del artículo 30 del Estatuto Penal, la pena aplicable oscila entre 54 y 245 meses de prisión.

Sobre este marco se fijarán los cuartos de movilidad, los cuales corresponden a:

Primer cuarto: 54 meses - 101 meses 22 días

Segundo cuarto: 101 meses 23 días - 149 meses 15 días

Tercer cuarto: 149 meses 16 días - 197 meses 7 días

Último cuarto: 197 meses 8 días - 245 meses

Aquí, debe ponerse de presente otro error en el que incurrió la primera instancia, en este caso aritmético, pues al realizar la correspondiente operación se evidencia que el primer cuarto de movilidad oscila entre 54 meses y 101 meses 22 días, y no arriba a 111 meses 22 días como lo indica el *A quo*.

Establecidos los cuartos sobre los cuales ha de fijarse la pena y siguiendo los argumentos expuestos en precedencia, en consonancia con el lineamiento trazado en el artículo 61 del Código Penal, debe la Sala ubicarse en los cuartos medios de movilidad de la pena privativa de la libertad, que en este evento fluctúan entre 101 meses 23 días y 197 meses 7 días de prisión.

Siguiendo los mismos parámetros indicados en la sentencia objeto de alzada, que, valga recalcar no fueron objeto de censura por alguna de las partes, se aumentarán 28 meses al mínimo del primer cuarto medio, obteniendo un guarismo de 129 meses 23 días.

De igual manera, continuando el mismo razonamiento del Juez Veintitrés Penal Municipal, al tratarse de un concurso homogéneo de delitos, esto es, 4 eventos en total, se aumentan 10 meses por las conductas ilícitas concursantes, quedando una pena preliminar a imponer de **139 meses 23 días**.

Finiquitado este primer tema de análisis, a continuación, se ocupará la Sala de Decisión de definir el segundo tópico de apelación atinente a la determinación del señor Juez Veintitrés Penal Municipal de conceder la rebaja máxima en razón a la reparación de perjuicios.

Sobre este asunto, la Corporación de cierre en la especialidad penal se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“De los anteriores pronunciamientos se deriva, que el descuento consagrado en el canon 269 del Código Penal, para delitos contra el patrimonio económico, está condicionado al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con la reparación de derechos vulnerados a las víctimas. Bajo ese criterio, en ambos casos, la Sala estimó pertinente aplicar un descuento del 60%, en atención al tiempo que transcurrió entre la fecha de los hechos y los actos de reparación, así como las actuaciones que se agotaron en ese lapso, sin dejar de lado las circunstancias que rodearon cada asunto y el desgaste que implicó para los perjudicados.*

*Lo anteriormente expuesto permite afirmar que, el momento de la actuación procesal en que se materializa la reparación, es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, la voluntad del acusado en resarcir el daño causado a las víctimas y así lo viene ratificando la Sala de manera consistente”<sup>5</sup>.*

En otra oportunidad, la Alta Corporación también indicó:

*“El artículo 269 del Código sustantivo establece que el juez disminuirá las penas señaladas para los delitos previstos en los capítulos anteriores -aquellos contra el patrimonio económico-, 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.*

*En relación con el punto, la jurisprudencia ha manifestado que el funcionario de conocimiento tiene la facultad de determinar la cuantía del descuento -que no se traduce en arbitrariedad-, en la medida en que le asiste la obligación de argumentar con solidez probatoria y jurídica el quantum a reconocer -entre la mitad y las tres cuartas partes-, dependiendo del momento en el que se haya materializado la indemnización y del sujeto de quien surgió la voluntad de hacerla”*

En este punto, lo primero que debe advertirse es que en el traslado de la audiencia de individualización pena, la anterior profesional del derecho que en esa etapa procesal representaba

---

<sup>5</sup> Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP4776-2018. Radicación 51.100 del 7 de noviembre de 2018.



los intereses de la entidad financiera víctima, manifestó no presentar oposición alguna a que se realizara la máxima rebaja de la pena en razón a la reparación de perjuicios<sup>6</sup>.

Al respecto, no puede ser aceptable que por el solo hecho de que se presente cambio o sustitución de apoderados judiciales, la postura de la parte, en este caso la víctima, varíe sobre los aspectos que se debaten al interior del trámite, y lleven a que esa circunstancia que inicialmente fue aceptada de manera expresa por la representante judicial, ahora sea uno de los motivos de disenso.

Salta a la vista que ante la solicitud hecha por la defensa en el sentido de que se concediera la máxima rebaja por reparación de perjuicios, y la aquiescencia que al respecto evidenció la apoderada de víctimas, el Juez optó por aplicar la rebaja de las 3/4 partes de la pena a imponer.

Ahora bien, es verdad que el *A quo* debió exponer en la sentencia las razones por las que decidía otorgar la máxima rebaja permitida por la norma, omisión que se suma a los desaciertos que hasta este punto se han puesto de presente. No obstante, no puede dejar de advertirse que el apelante tampoco presentó argumento válido alguno que permita entender que esa rebaja de 3/4 partes no es viable, sino que lo procedente es una disminución menor.

El representante de víctimas recurrente sólo pronunció su desacuerdo con el monto de la rebaja, pero también omitió manifestar porqué es desacertada esa disminución y menos

---

<sup>6</sup> Audiencia del 6 de septiembre de 2021. Minuto 38:52.

aún indicó los motivos por los cuales es necesario, en este caso, concreto aplicar una rebaja menor.

Nótese que nada de ello dijo el apelante, quien se limitó a indicar que, en consideración suya, para la disminución de la pena se debieron tener en cuenta las circunstancias de mayor punibilidad presentes en este caso, manifestación que se aparta de los criterios actualmente vigentes que según la Jurisprudencia se deben tener en cuenta para la disminución de que trata el artículo 269 del Código Penal, sin que nada manifestara al respecto.

En tal sentido, resulta improcedente la solicitud del apelante de que se modifique la decisión del *A quo* de otorgar la rebaja de 3/4 partes, sin que el recurrente haya expuesto motivo alguno para proceder de esa manera, máxime cuando su antecesora había consentido en ello, no siendo dable que sea esta Corporación en segunda instancia, quien traiga a colación los argumentos para tal efecto, pues ello significaría actuar de oficio, lo cual no le está permitido.

Conforme con lo expuesto, concluye la Sala que lo procedente en este caso es dar aplicación a la rebaja de 3/4 partes a la pena preliminar de **139 meses 23 días**, tal como lo determinó el Juez de primer grado.

De esa manera, al realizar esa disminución se obtiene que la pena privativa de la libertad que se impondrá al sentenciado corresponde a **34 meses 28 días**.

En el mismo término queda fijada la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Finalmente, como se anticipó, aunque no hace parte de los puntos de disenso, esta Sala de Decisión encuentra necesario referirse a la decisión del *A quo* de negar a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Inicialmente, debe precisarse que en lo que atañe a 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, abril de 2019, se encontraba vigente la Ley 1709 de 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 de 2014:

*“ARTÍCULO 29. Modifícase 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 concurren 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 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.*

*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 ibídem (que modificó el artículo 68A de la Ley 599 de 2000) el cual 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 listado 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 de 2014, la concesión del subrogado penal quedó supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos objetivos: (i) que la pena no exceda los cuatro años de prisión, (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 una prueba 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 ibídem, 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>7</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 otras palabras, la calificación que le dio la Fiscalía a la conducta realizada por **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** está contenida en un bien jurídico autónomo “De los 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

---

<sup>7</sup> Numeral 4 del artículo 240 del Código Penal

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 el Juez de instancia, básicamente se está proponiendo que, con base en una misma descripción típica atribuida al procesado, se le debe sancionar por dos delitos diferentes, con lo cual obviamente se transgreden sus derechos y garantías fundamentales, puesto que se le 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 acusar al aquí procesado, 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>8</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 del Código Penal, los cuales se encuentran dentro de *“las penas señaladas en los capítulos anteriores”<sup>9</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 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 ibídem, 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*

---

<sup>8</sup> Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP1245-2015. Radicado 42.724 del 11 de febrero de 2015.

<sup>9</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.”

*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, el señor **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** reúne 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 el mismo tuviese antecedentes penales.

Por lo expuesto, se concederá a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años, durante el cual quedará sometido a cumplir las obligaciones previstas por el artículo 65 del Código Penal.

Ese compromiso deberá ser garantizado mediante caución prendaria por valor equivalente a cien mil pesos (\$100.000), prestada mediante título de depósito judicial. El condenado deberá pagar la caución y suscribir diligencia de compromiso. Luego de lo anterior, se concederá la libertad al procesado, lo que se hará una vez suscrita esta providencia sin necesidad de esperar hasta la lectura de la misma, siempre y cuando se preste la caución exigida.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en **Sala Novena de Decisión Penal**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**



**Primero: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se condenó al señor **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** por el delito de Hurto por medios informáticos y semejantes agravado, en concurso homogéneo, pero **SE MODIFICA** en sentido de que se le impone una pena privativa de la libertad de **34 meses 28 días**. Ello, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**Segundo: SE MODIFICA** el ordinal segundo del fallo impugnado, en el sentido de que la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas queda igualmente en **34 meses 28 días**.

**Tercero: SE REVOCA** el ordinal tercero y, en su lugar, **SE CONCEDE** a **Luis Eduardo Gutiérrez Canizales** la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años, durante el cual quedará sometido a cumplir las obligaciones previstas por el artículo 65 del Código Penal. Ese compromiso deberá ser garantizado mediante caución prendaria por valor equivalente a cien mil pesos (\$100.000), prestada mediante título de depósito judicial. El condenado deberá pagar la caución y suscribir diligencia de compromiso. Luego de lo anterior, se concederá la libertad al procesado en los términos indicados en la parte motiva.

**Cuarto: SE REVOCA** el ordinal cuarto del fallo impugnado.

**Quinto:** En todos los demás aspectos rige el fallo recurrido.

**Sexto:** Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de Casación.

**DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.**



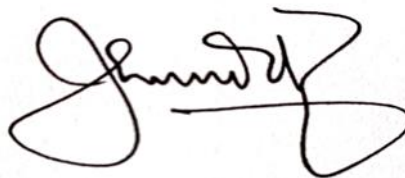
**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**

**Magistrado**



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO**

**Magistrado**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ**

**Magistrado.**