

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP1245-2015

Radicación n° 42.724

(Aprobado Acta No. 44)

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la defensora pública de **CARLOS ARTURO ÁLVAREZ TRUJILLO** contra la sentencia dictada el 29 de agosto de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, que confirmó la proferida el 19 de julio del mismo año por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa

ciudad, mediante la cual lo condenó en calidad de coautor del concurso de delitos de hurto por medios informáticos y semejantes agravado, concierto para delinquir y falsedad en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Los primeros fueron sintetizados por el Tribunal de la siguiente manera:

(...) se estableció que existe una organización delictiva dedicada a clonar tarjetas de crédito y utilizarlas fraudulentamente con la participación de establecimientos comerciales y afectar a las entidades bancarias.

Se indicó que fueron identificados Pedro Vargas Perdomo, Dianne Carolina Barbosa López, Andrés Vargas Perdomo y Paola Andrea Rifaldo Ceballos, quienes se concertaron para obtener información de las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito, las que registran en un computador y luego utilizan un magnetizador para grabarla en bandas y elaboran tarjetas falsas, contactan a los propietarios o administradores de establecimientos de comercio y les ofrecen el 40% o 50% como utilidades para la transacción ficticia, tal como ocurrió el 7 de diciembre de 2012 en el establecimiento comercial “Mucura” (sic) representado por Diego Mauricio Arias Ibáñez en el que se efectuó una compra ficticia por \$7.000.000.00, y en el almacén Tennis & Tennis representado por Ricardo Jaime Sánchez Calderón se efectuó otra negociación ficticia por \$8.000.000.00, contacto que fue realizado por Andrés Vargas Perdomo líder de la organización, quien inicialmente contactó a Carlos Arturo Álvarez Trujillo conocido como “Rata”, el cual ubicó a Anibal (sic) Zamora Genneco para acercarse a los propietarios de los citados locales donde utilizaron la tarjeta clonada 4539387010020066 a nombre de Diana Paola Narváez que pertenece al banco Scotiabanc de Estados Unidos, en cuya banda magnética aparece el numero (sic) 2666 8412 4521 7870 que corresponde al Chase Bank de ese país.

Se señaló que las tarjetas clonadas fueron enviadas desde Cali por la señora Dianne Carolina Barbosa López, siendo recibidas por la señora Esperanza Perdomo de Vargas quien se las entregó a su hijo Andrés Vargas Perdomo para ser utilizadas en los citados establecimientos comerciales, además, el último de los citados viajó en compañía de Carlos Arturo Álvarez Trujillo a Manizales a realizar más acciones delictivas sin que lo hubieran logrado porque las tarjetas no tenían cupo.¹

2. El 22 de diciembre de 2012, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Neiva, se legalizaron las órdenes de interceptación de comunicaciones, el registro y allanamiento de algunos inmuebles, la incautación de elementos materiales probatorios respectiva y la captura de, entre otros, **CARLOS ARTURO ÁLVAREZ TRUJILLO**, oportunidad en la que el Fiscal Décimo Seccional de dicha ciudad le imputó los punibles de hurto por medios informáticos y semejantes, concierto para delinquir y falsedad en documento privado, previstos en los artículos 269I, 340 y 289 del Código Penal, en calidad de coautor, cargos a los que no se allanó. Igualmente, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario².

3. Entre el imputado y la Fiscalía, el 14 de febrero de 2013 se celebró un preacuerdo en el que **CARLOS ARTURO ÁLVAREZ TRUJILLO**, asesorado por su defensora, aceptó su responsabilidad en los injustos endilgados, con la variación consistente en adicionar la circunstancia de menor

¹ Cfr. folios 1-3 de la sentencia de segunda instancia a folios 12-14 del cuaderno del Tribunal.

² Cfr. folios 14-24 de la carpeta.

punibilidad del artículo 55.1 y la de agravación específica, contemplada en el artículo 269H³, respecto del delito de hurto por medios informáticos, a cambio de la imposición del mínimo de la sanción de este injusto, un incremento de 12 y 48 meses por los reatos concursantes –falsedad en documento privado y concierto para delinquir, en su orden– y una rebaja de pena del 45%, conforme al artículo 351 de la Ley 906 de 2004, para un monto definitivo de 92.4 meses de prisión. En el mismo documento se dejó constancia de que las víctimas fueron indemnizadas integralmente⁴.

4. La verificación del preacuerdo se llevó a cabo por el Juez Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Neiva el 19 de julio siguiente, oportunidad en la que la Fiscalía precisó que el agravante imputado es el consagrado en el numeral primero del canon 269H y el representante de la víctima reiteró que fue indemnizado de manera integral⁵.

5. Mediante sentencia de dicho día, el Juez de conocimiento condenó a **CARLOS ARTURO ÁLVAREZ TRUJILLO**, en calidad de coautor del injusto de hurto por medios informáticos y semejantes agravado, en concurso con los de concierto para delinquir y falsedad en documento privado, a la pena principal de noventa y dos (92) meses y doce (12) días de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio

³ No se precisó el numeral.

⁴ Cfr. folios 106-110 *ibidem*.

⁵ Cfr. folios 238-239 *ibidem* y minutos 1:02:12-1:02:54 del CD contentivo de la audiencia de verificación del preacuerdo.

de derechos y funciones públicas, por igual término que la sanción privativa de la libertad.

Igualmente, se abstuvo de condenarlo en perjuicios y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁶.

6. Recurrido el fallo por la defensa técnica de **ÁLVAREZ TRUJILLO**, el 29 de agosto de 2013 fue confirmado por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva⁷.

7. La defensora pública interpuso⁸ y sustentó⁹ oportunamente el recurso extraordinario de casación, que fue admitido por la Corte el 8 de mayo de 2014¹⁰.

8. La audiencia de sustentación oral correspondiente se llevó a cabo el 14 de noviembre siguiente¹¹.

LA DEMANDA

Tras identificar a las partes e intervinientes y la sentencia impugnada, transcribe la cuestión fáctica y procesal como fue sintetizada por el Tribunal, y al amparo de la causal primera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal invoca la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 269I del

⁶ Cfr. folios 273-287 *ibidem*.

⁷ Cfr. folios 12-29 del cuaderno del Tribunal.

⁸ Cfr. folio 33 *ibidem*.

⁹ Cfr. folios 94-102 *ibidem*.

¹⁰ Cfr. folio 4 del cuaderno de la Corte.

¹¹ Cfr. folios 20-21 *ibidem*.

Código Penal que conllevó a la falta de aplicación del canon 269 *ejusdem*.

Con el propósito de demostrarlo recuerda que para el *ad quem* no fue viable el reconocimiento de la rebaja punitiva, prevista en el aludido precepto 269, porque el delito de hurto por medios informáticos y semejantes no atenta contra el patrimonio económico.

Enseguida, transcribe, en extenso, algunos apartes del fallo acusado, en los cuales se asegura que, i) en este caso, el interés objeto de protección es la información y los datos ii) pese a que el punible en estudio puede ser pluriofensivo el mencionado descuento únicamente es posible respecto de los punibles señalados en el Título VII del Estatuto Sustantivo Penal, tal como lo ha reseñado la Sala de Casación Penal, iii) la Ley 1273 de 2009 creó un nuevo bien jurídico y unos delitos para garantizar la determinación informática, entre ellos, el de violación de datos personales, conducta que fue desplegada por el procesado.

A partir de dicha providencia, la defensora estima que el juez colegiado desatendió la clasificación e interpretación del tipo penal de hurto por medios informáticos y tergiversó una decisión de la Corte Suprema sobre un asunto en el que se pretendía obtener dicho beneficio respecto del delito autónomo de violación de datos personales.

Así mismo, destaca que el reato imputado tiene una estructura subordinada o complementaria, que requiere,

para su comprensión, acudir al tipo básico o especial, esto es, al de hurto.

Agrega que el propósito del legislador fue salvaguardar el patrimonio y sancionar también el medio utilizado para la ejecución del ilícito.

En ese orden, es de la idea que «el SUPUESTO DE HECHO, se conforma con las dos disposiciones»¹², o sea, con las de los artículos 239 y 269I, razón por la cual considera válido afirmar que el legislador no únicamente sancionó la afectación del derecho a la intimidad sino también del patrimonio, máxime cuando «la redacción de la norma, da cuenta de que el fin principal o la acción reprochada es el apoderamiento de cosa mueble ajena, a más de recriminar el medio utilizado, es decir, el acceso a medios informáticos.»¹³

Añade que si lo reprochado con el ilícito es el apoderamiento de cosa mueble, a través de medios informáticos, y la víctima es reparada, el procesado debe ser beneficiario del descuento consagrado en el canon 269, aspecto al que reduce la trascendencia del cargo postulado.

Cierra criticando al Tribunal por comparar el injusto de hurto por medios informáticos con el de apoderamiento de hidrocarburos, habida cuenta que este último está circunscrito a los delitos contra el orden económico y social, bien jurídico que, en criterio de la letrada «no es sujeto de indemnización, como si lo es el patrimonio de las personas»¹⁴.

¹² Cfr. folio 101 *ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

Solicita casar el fallo impugnado y proferir otro de reemplazo en el que se le conceda a su representado la rebaja de pena del canon 269 del Código Penal.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. La defensa

Parte por reiterar que el único cargo propuesto tiene por propósito acreditar la infracción directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 269I del Código Penal, que condujo a la falta de aplicación del canon 269 *ejusdem*.

Tras destacar las razones que llevaron al Tribunal de Neiva a negar la rebaja punitiva por reparación integral a su prohijado, resalta que aquellas no solo desatienden la clasificación del tipo penal y su interpretación sino que tergiversan a la Corte cuando ella señaló que ese descuento era improcedente entratándose del delito de violación de datos personales, habida cuenta su condición de delito autónomo que no afecta el patrimonio económico.

Destaca, asimismo, que el injusto de hurto por medios informáticos y semejantes es de naturaleza subordinada y requiere para su comprensión, acudir al tipo básico especial de hurto, consagrado en el artículo 239 del Código Penal.

En criterio de la jurista, es innegable que el precepto 269I remite a los delitos contra el patrimonio económico y

que la intención del legislador fue resguardar este interés, sin importar el medio utilizado para birlarlo.

Para la comprensión del artículo 269I, dice, no se puede excluir el tipo básico de hurto, porque «el supuesto de hecho se conforma con las dos disposiciones que deben armonizarse»¹⁵. Así, es de la idea que no solo se sanciona la lesión del derecho a la intimidad sino también el apoderamiento del patrimonio atacado por medios informáticos.

Añade que «el apoderamiento del patrimonio continúa con su entidad especial jurídica toda vez que la principal acción reprochada es el apoderamiento de una cosa o mueble ajena como lo dice el tipo base y es recriminar el medio utilizado, es decir, a título de agravante pero el tipo base necesariamente (...) deberá ser el del hurto inexorablemente (...)»¹⁶.

Tras asegurar que la sentencia es el producto de un preacuerdo respecto de una imputación formulada contra 12 personas, advierte que solamente a su representado no le fue concedido dicho beneficio y que el representante de la víctima está de acuerdo con su reconocimiento, debido a que fue indemnizada.

Para cerrar, solicita estimar lo dicho en la audiencia y lo consignado en el recurso de apelación, para que, con fundamento en la causal invocada, se case totalmente la sentencia impugnada y se emita fallo de reemplazo que conceda a su prohijado la rebaja punitiva prevista en el canon 269.

¹⁵ Cfr. minuto 14:28-14:34 del CD de la audiencia de sustentación oral del recurso de casación.

¹⁶ Cfr. minuto 15:15-15:47 *ibidem*.

2. La Fiscalía.

El Fiscal Noveno Delegado ante la Sala de Casación Penal es del criterio que la pretensión de la demandante está llamada a prosperar.

Al respecto, inicia su disertación señalando que el problema jurídico se contrae a determinar si el hurto por medios informáticos y semejantes es un tipo penal autónomo o subordinado, a fin de establecer si es posible la aplicación de la diminuyente consagrada en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000.

Con tal propósito, alude a la clasificación de los tipos penales «atendiendo los vínculos que existan entre ellos, bien sea por los bienes jurídicos que salvaguardan o los elementos estructurales que les puedan ser comunes»¹⁷, para, enseguida, diferenciar entre los de naturaleza autónoma y subordinada, destacando de los primeros que «gozan de estructura dogmática completa, por plena conjunción de los elementos que deben integrar el tipo penal, al punto que no es necesario que se asocien con otros para completar su ordenación típica»¹⁸, mientras que los segundos «quedan siempre remitidos a un tipo principal, por razones de técnica legislativa, pues requieren de ellos para perfeccionarse por ausencia de alguno de los componentes necesarios para que tenga independencia normativa.»¹⁹

¹⁷ Cfr. minutos 21:45-21:54 *ibidem*.

¹⁸ Cfr. minutos 22:16-22:29 *ibidem*.

¹⁹ Cfr. minutos 22:32-22:44 *ibidem*.

Frente a los tipos subordinados, agrega, «deben interpretarse y adecuarse partiendo necesariamente del tipo básico del que dependen o se sirven, porque es éste el que contiene la descripción general como sujetos, conducta y objeto material, para después complementarla con los ingredientes propios de aquellos, que pueden ser normativos, subjetivos o referidos a la punición.»²⁰

En ese orden, contrario a lo estimado por el *ad quem*, cree que el artículo 269I no es un tipo autónomo sino incompleto y fragmentado, ya que incluso desde su *nomen juris*, remite, en cuanto al comportamiento reprobado, al tipo básico de hurto simple y, al hurto calificado, en punto de pena, de tal forma que únicamente enuncia «dos complementos descriptivos, referidos a la forma de ejecución o modo de comisión del delito, lo que descarta en él la condición de conducta típica básica o principal.»²¹

Resalta que como el reato examinado no tiene verbo rector ni objeto material, estos elementos esenciales deben ubicarse en la acción de apoderamiento del hurto que recae sobre cosa mueble ajena.

A continuación, con apoyo en doctrina nacional, sostiene que el referido punible es de carácter pluriofensivo pese a su ubicación sistémica como delito informático, ya que no solo protege la información y los datos contenidos en sistemas electrónicos o virtuales, sino, de manera esencial, el patrimonio económico, porque «se trata intrínsecamente de la

²⁰ Cfr. minutos 22:46-23:09 *ibidem*.

²¹ Cfr. minutos 24:25-24:27 *ibidem*.



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

sustracción de bienes muebles ajenos, solo que a través de las tecnologías que allí se refieren como modalidades de ejecución del despojo patrimonial.»²²

A juicio del representante de la Fiscalía se incurrió en un error de técnica legislativa, pues las dos modalidades delictivas descritas en el canon 269I *ejusdem* «debieron hacerse concurrir como agravantes o calificantes del hurto, atendiendo su inconclusa descripción, al punto que el artículo 240 del C.P. ya contempla en su numeral 4° como circunstancia calificadora del hurto el que se cometa "violando o superando seguridades electrónicas y otras similares".»²³

Dicho lo anterior, concluye que la figura consagrada en el artículo 269 *ibidem*, puede ser aplicada «sistemática o extensivamente y no de manera gramatical o restrictiva»²⁴ al hurto por medios informáticos, atendiendo los fines de la interpretación, concretamente, la búsqueda del sentido natural y obvio de la ley a través del contexto (artículo 30 del Código Civil) y su vocación práctica y correctiva.

En efecto, considera que de acuerdo con los modelos intermedios de positivismo normativista y de argumentación en los que se otorga primacía a los fines consecuencialistas y pragmáticos de la interpretación de los jueces, atemperados por los principios del derecho o normas rectoras, (constitucionalización) y los artículos 13 del Código Penal y 26 del Código de Procedimiento Penal, es viable sostener que «la decisión justa y prevalente frente al derecho sustancial es en este caso reconocer la aplicación de la diminuyente por el resarcimiento del que habla el

²² Cfr. minutos 25:50-26:02 *ibidem*.

²³ Cfr. minutos 26:17-26:38 *ibidem*.

²⁴ Cfr. minutos 26:57-27:01 *ibidem*.



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre:

artículo 269 del Código Penal al punible de hurto por medios informáticos (...)»²⁵.

Añade que el precedente citado por el juez plural (auto del 13 de septiembre del 2013, radicado 37145) no es aplicable a este caso, debido a que el delito del que se ocupó es el de violación de datos personales, agravado, descrito en el artículo 269F sustantivo, que corresponde a un tipo penal principal, completo y autónomo, ajeno a toda connotación patrimonial y la Corte no aseveró que a los delitos informáticos no se les puede aplicar la figura de reparación examinada sino que sólo cabe respecto de reatos contra el patrimonio económico.

Remata destacando que, en la audiencia de legalización del preacuerdo, el representante de la víctima expresó que el procesado restituyó el objeto material del delito e indemnizó los perjuicios ocasionados, por lo que se satisfacen los presupuestos exigidos por el artículo 269 sustantivo para que se disponga la disminución de la pena en los términos allí señalados.

En consecuencia, solicita casar la sentencia demandada y conceder la rebaja punitiva reclamada.

3. Representante de la Víctima

Se limita a reiterar que el acusado indemnizó integralmente a las entidades financieras por su

²⁵ Cfr. minutos 28:33-28:48 ibidem.

participación en las conductas punibles imputadas, particularmente, en la clonación de tarjetas en los establecimientos comerciales y en la respectiva defraudación.

CONSIDERACIONES

1. El asunto que nos ocupa plantea varias cuestiones a dilucidar que, resueltas afirmativamente, lograrían dar respuesta al problema jurídico de mayor envergadura, consistente en establecer si el delito de hurto por medios informáticos y semejantes admite la figura de la reparación integral, descrita en el artículo 269 del Código Penal y, por ende, si los jueces de instancia incurrieron en la infracción directa de la ley sustancial por falta de aplicación de esa norma como consecuencia de la interpretación errónea del canon 269I *ejusdem*, al negar dicho derecho punitivo al procesado.

Para definir tal aspecto, la Corte adoptará como metodología de estudio la del conocimiento deductivo, para lo cual, como primer eje temático, examinará los elementos estructurales del aludido tipo penal y sus antecedentes legislativos para, con fundamento en ello, adentrarse en el análisis del bien jurídico protegido y la posibilidad de aplicar el criterio sistemático de interpretación y la analogía en *bonam partem*.

Finalmente, evaluará si el acusado puede o no ser beneficiario del descuento de pena por reparación integral de

que trata el referido precepto 269, previsto para los injustos consagrados en el Título VII.

2. Antecedentes legislativos del delito de hurto por medios informáticos.

Debido a la creciente criminalidad en materia informática y a la necesidad de que Colombia alcanzara un nivel normativo similar al de otros países que, de tiempo atrás, venían sancionando infracciones relacionadas con el abuso de los sistemas informáticos y los datos personales – Convenio sobre la ciberdelincuencia de Budapest (2001), adoptado por el Consejo de Europa-, en el Congreso de la República surgió una **primera** iniciativa –Proyecto de Ley No. 042 de 2007 Cámara²⁶- destinada a modificar y adicionar algunos tipos penales regulados en el capítulo VII del Código Penal relativos a la «*Violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones*»²⁷ y a endurecer las penas del *hurto calificado*, el daño en bien ajeno, la violación de reserva industrial o comercial y el espionaje, cuando quiera que se ejecuten utilizando medios informáticos o se vulneren las seguridades informáticas de las víctimas.

La exposición de motivos fue expresa en señalar que, de los tres modelos legislativos posibles, a saber, i) ley especial –no integrada al Código Penal-, ii) capítulo especial –incorporado al Estatuto Sustantivo- y iii) modificación de los

²⁶ Cuyo ponente fue el doctor GERMÁN VARÓN COTRINO.

²⁷ Concretamente, la posesión de instrumentos aptos para interceptar comunicaciones privadas, el acceso abusivo a un sistema informático, la violación a la disponibilidad de datos informáticos y sus circunstancias de agravación.

tipos penales existentes, se optó por el tercero a fin de garantizar la protección de otros bienes jurídicos distintos al de la información que también podían resultar lesionados con actividades relacionadas con la cibercriminalidad.

Así lo concibió el legislador:

Cuando se ha optado por una legislación o un capítulo especial que compendie los llamados delitos informáticos se ha partido de la base de la elevación a bien jurídico tutelado el derecho a la información, referida al dato informático (información almacenada, procesada y transmitida a través de sistemas informáticos), o si se quiere, el bien jurídico a salvaguardar es la seguridad informática, teniendo en cuenta que a través de su ataque se pueden vulnerar otros bienes como la intimidad, la propiedad, la libre competencia y hasta la misma seguridad del Estado. Es por eso que algunos doctrinantes catalogan a ese derecho a la información o a la seguridad informática como bien jurídico intermedio que se hace digno de tutela penal, por su propio valor y por el peligro potencial que encierra su quebrantamiento para los demás bienes jurídicos.

Desde ese punto de vista han denominado al delito informático como una acción delictiva en la cual la computadora o los sistemas de procesamiento de datos han estado involucrados como material o como objeto de la misma; y se ha desarrollado el tema alrededor de la triple dimensión de los datos informáticos: confidencialidad, integridad y disponibilidad. Su respeto trae consigo un sentimiento de seguridad y tranquilidad a todos los asociados. De ahí que su transgresión deviene de la afectación de un derecho colectivo o supraindividual que por lo mismo debe ser digno de protección. Por eso es un bien intermedio para la afectación de derechos individuales.

(...)

Nuestra reciente tradición jurídica viene decantándose por la otra modalidad de legislación para este tipo de comportamientos consistente en la modificación de los tipos existentes para adecuarlos a la realidad, manteniendo tales conductas dentro de los capítulos correspondientes sin alterar los bienes jurídicos protegidos, y en esa dirección apunta el presente proyecto pues, como veremos, en gran parte de la iniciativa lo

que se busca es agravar conductas actualmente tipificadas, o ampliarles el verbo rector, y solo en algunos casos se pretende tipificar comportamientos no contemplados en la ley penal.

*La principal razón para optar por este camino es que son varias las conductas que si bien utilizan medios informáticos para la comisión de los delitos, bien puede asegurarse que no corresponderían a lo que se ha denominado delitos informáticos, sino que son delitos tradicionales remozados con nuevas formas de comisión, pero que ameritan un pronunciamiento expreso de la ley penal para aumentar su castigo dado la alarma social que genera la ruptura de la confianza que se deposita en una actividad cotidiana y necesaria de la vida moderna en la que el derecho a la información ha cobrado vida propia.*²⁸ (Subrayas no originales).

Posteriormente, surgió una **segunda** iniciativa legislativa –Proyecto de Ley No. 123 de 2007 Cámara²⁹-, con fundamento en un proyecto elaborado por un juez de la República³⁰ y la asesoría de algunos académicos patrios, la cual propuso la creación de un nuevo bien jurídico para la protección de la información.

Es así que, luego de la audiencia pública³¹, en la que se enfatizó sobre la necesidad de proteger el patrimonio y los sistemas informáticos, se acumularon las dos propuestas legislativas en el Proyecto de Ley No. 042 Cámara, 123 Cámara y Senado³², dando lugar a la proposición de crear un

²⁸ Gaceta del Congreso No. 355 del 30 de julio de 2007, Exposición de Motivos, p. 39-40.

²⁹ Cuyos ponentes fueron los doctores CARLOS ARTURO PIEDRAHITA y LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO.

³⁰ ALEXANDER DÍAZ GARCÍA, Juez Segundo Promiscuo Municipal de Rovira.

³¹ En la que participaron el ponente de la primera de las iniciativas, algunos congresistas y representantes de los Ministerios del Interior y de Justicia y Relaciones Exteriores, de Incocrédito, la Universidad del Rosario y la Jefatura de Delitos Informáticos de la DIJIN. Gaceta del Congreso No. 455 del 17 de septiembre de 2007.

³² Gaceta del Congreso No. 528 del 18 de octubre de 2007, Informe de ponencia para primer debate en Cámara.

Título VII Bis al Código Penal, destinado, esencialmente, a la salvaguarda de la información y los datos, tomando como base, para el efecto, las conductas reguladas en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest y algunas que atentan contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, las cuales fueron ubicadas en el capítulo I³³ y un segundo grupo de punibles definidos bajo el rótulo de “*otras infracciones*”, concretamente, el hurto por medios informáticos y semejantes, la transferencia no consentida de activos, la falsedad informática, el espionaje informático, la violación de reserva industrial o comercial valiéndose de medios informáticos (capítulo II).

Separaron, pues, en dos conjuntos de normas, los atentados contra la confianza en el tráfico informático y los también lesivos de este bien y otros intereses jurídicos.

En esta oportunidad, explican los Informes de Ponencia para primer y segundo debate en Cámara que, se escogió el sistema legislativo consistente en confeccionar un título adicional para ser incluido en el texto del estatuto punitivo porque si bien, era más técnica la expedición de una ley especial, ella podría perderse «dentro de todo el entramado del ordenamiento jurídico, sin merecer la atención requerida por parte de estudiosos y administradores de Justicia, quienes, pretextando dificultades técnicas, falta de preparación, etc., prefieren dejar en el olvido este tipo de

³³ Las conductas allí consagradas fueron: acceso abusivo a un sistema informático, obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación, interceptación ilícita de datos informáticos o de emisiones electromagnéticas, daño informático, uso de software malicioso (malware), violación de datos personales (hacking), suplantación de sitios web para capturar datos personales (phishing).

normatividades que terminan por no ser aplicadas o, si lo son, de una manera deficiente»³⁴ y, asimismo, el modelo adoptado en el proyecto original -042- debido a que contraía «la dificultad de permitir la dispersión de esta problemática a lo largo del articulado lo que le quita fuerza y coherencia a la materia, (...) amén de que (sic) dificulta en extremo la precisión del bien jurídico que se debe proteger en estos casos, esto es, la Protección de la Información y de los Datos»³⁵.

Una afirmación como la recién transcrita podría sugerir un único valor jurídico a ser protegido: la información y los datos, pero son las mismas ponencias las que precisan frente a los punibles de hurto por medios informáticos y semejantes y transferencia no consentida de activos, que el primero procura «completar las descripciones típicas contenidas en los artículos 239 y siguientes del Código Penal, a las cuales se remite expresamente»³⁶ y el segundo busca variar la estafa clásica por la figura de la estafa electrónica.

Repárese, en este punto, que, en relación con los otros delitos ubicados inicialmente en el capítulo II, los ponentes admitieron que además del interés por proteger la información y los datos también, pretendían salvaguardar bienes como la información privilegiada industrial, comercial, política o militar relacionada con la seguridad del Estado, en el caso del espionaje informático, y el orden económico y social, entratándose de la violación de reserva industrial o comercial.

³⁴ Gaceta del Congreso No. 528 del 18 de octubre de 2007, Informe de ponencia para primer debate en Cámara, p. 4.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. Gaceta del Congreso No. 528, Informe de Ponencia para primer debate en Cámara, p. 3.

El proyecto, así concebido fue aprobado en Cámara, pero en Senado su trámite sufrió algunas dificultades, al punto que la ponencia para primer debate en esa sede³⁷ fue negativa y reclamó su archivo definitivo por considerarla innecesaria, de cara a la regulación penal existente para la fecha.

El ponente, luego de referirse a la tendencia colombiana a la hiperproducción de leyes y al casuismo; al derecho penal como *ultima ratio* y a la consecuente imposibilidad de dispensar una pronta y cumplida justicia; y a la importancia de acudir a los conceptos de «esencias y fenómenos»³⁸ para distinguir entre el tipo penal con sus denominadores comunes o genéricos y sus modalidades, concluyó que no se deben «crear tipos con “nuevas” denominaciones o descripciones»³⁹ pues «preexisten tipos que genéricamente recogen la esencia del comportamiento a reprimir»⁴⁰.

Particularmente, en cuanto se refiere al injusto de hurto por medios informáticos y semejantes, descrito en el artículo 269I, la ponencia señaló que se asimila al reato de hurto agravado y agregó que «[s]i se observan los actuales artículos 239 y 240 de la (sic) C.P., dicha relación se establece sin ninguna modificación, pues el numeral cuarto del artículo 240 agrava el hurto con ganzúa, llave falsa

³⁷ A cargo del doctor PARMENIO CUELLAR BASTIDAS.

³⁸ Cfr. Gaceta del Congreso No. 275 del 22 de mayo de 2008, Informe de ponencia para primer debate en Senado, p. 2.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

superando seguridades electrónicas u otras semejantes. En consecuencia, no es correcto recalcar la relación ya existente.»⁴¹

Sometido este informe a la aprobación de la Comisión Primera del Senado, se llegó al acuerdo de no archivar el proyecto, siempre que se hicieran algunos ajustes a los tipos penales, teniendo en cuenta, la creciente necesidad de regular las defraudaciones patrimoniales a los ahorradores de los sistemas financieros, «a quienes les copian por medios electrónicos –por ejemplo, las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito a quienes les ingresan a las cuentas corrientes- y con claves descifradas transfieren fondos de una cuenta a otra y eso no es nuevo»⁴².

El proyecto, con sus modificaciones –las que, en esencia, consistieron en eliminar del articulado los reatos de falsedad informática, espionaje informático y violación de reserva industrial o comercial⁴³- fue aprobado por la plenaria del Senado, por lo que se designó una Comisión de Conciliación que, finalmente, conservó como únicos delitos del capítulo II, los de hurto por medios informáticos y semejantes y transferencia no consentida de activos.

En este punto, es bueno precisar que ante las preocupaciones del senador GERMÁN NAVAS TALERO por la confusión que podría suscitarse en la definición del bien jurídico protegido en aquellos casos en que además de la información y los datos se atentara contra el patrimonio

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. Gaceta del Congreso No. 93 del 26 de febrero de 2009. Intervención del senador JOSÉ DARÍO SALAZAR CRUZ, p. 7.

⁴³ Gaceta del Congreso No. 953 del 19 de diciembre de 2008.

económico y la solución propuesta de agregar a los tipos básicos la modalidad informática y la inquietud del también senador OMAR DE JESÚS FLÓREZ VÉLEZ acerca de «[s]i en el proyecto o la norma que se pretende aprobar, quedan debidamente protegidos, tutelados, los derechos de los ciudadanos, usuarios del sistema financiero, personas naturales y/o jurídicas, que sean objeto o víctimas de transacciones financieras, a través de la tecnología, a través de la utilización indebida, por parte de organizaciones criminales en la Internet»⁴⁴, uno de los ponentes –CARLOS ARTURO PIEDRAHITA CÁRDENAS– aclaró que aunque el bien jurídico protegido es el de la protección a la información y los datos, la nueva ley de la República procuraba amparar al sistema financiero y a sus usuarios de las defraudaciones patrimoniales.

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

⁴⁴ Cfr. Gaceta del Congreso No. 77 del 25 de febrero de 2009. Intervención del senador OMAR DE JESÚS FLÓREZ VÉLEZ, p. 57.

La Corte argumenta que el propósito del órgano legislativo fue acentuar, que no regular, por primera vez, el reproche jurídico-social respecto de dicha actividad ilegal porque ésta ya venía siendo sancionada conforme al punible de hurto, previsto en el artículo 239 del Código Penal, calificado por la circunstancia descrita en el numeral 4 del precepto 240 *ibidem*, tal como acertadamente destacaron varios de los congresistas en el debate parlamentario, con mayor énfasis, el senador PARMENIO CUÉLLAR en su informe de ponencia para primer debate en Senado.

En efecto, rezan dichas disposiciones:

ARTICULO 239. HURTO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 240. HURTO CALIFICADO. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere:

(...)

4. Con escalonamiento, o con llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otro instrumento similar, o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes. (Subrayas fuera del texto original).

Antes de la expedición de la Ley 1273 de 2009, el estatuto sustantivo sancionaba, de esta manera, la

modalidad de sustracción de una cosa mueble ajena –el dinero– para provecho propio o de un tercero a través de la ruptura de las barreras de protección informáticas o electrónicas dispuestas por el titular del bien jurídico del patrimonio económico.

Pero, aprovechando la coyuntura legislativa, que abogaba por la regulación de los delitos informáticos, en el artículo 269I, el legislador quiso redefinir o enriquecer con mayor precisión idiomática, si se quiere, el mecanismo de desplazamiento ilícito de la cosa mueble desde el titular del derecho hacia el sujeto activo, más no creó una nueva acción objeto de juicio de desvalor, porque, se insiste, ella ya estaba tipificada en la conducta simple de hurto y en la circunstancia calificante, al punto que no consagró un nuevo verbo rector sino que, al respecto, se remitió al canon 239 *ejusdem* y, en función de la pena, al precepto 240 *ibidem*.

3. Elementos estructurales del tipo penal de hurto por medios informáticos y semejantes desde la dogmática penal.

El texto del artículo 269I que tipifica el delito de hurto por medios informáticos y semejantes es del siguiente tenor:

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.

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.

En verdad, el precepto examinado -269I- solamente se ocupa de establecer el sujeto activo *indeterminado* –no cualificado o común y unisubjetivo⁴⁵- del punible y de consagrar unos específicos ingredientes normativos, que lo identifican como un tipo *de medio concreto* o, si se quiere, *determinado*, por cuanto estructura una modalidad o mecanismo específico de desapoderamiento de la cosa mueble ajena, a saber, superar las seguridades informáticas mediante i) la manipulación del sistema informático, la red de sistema electrónico, telemático u otro semejante o ii) la suplantación de una persona ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos.

⁴⁵ Porque, respectivamente, no requiere una calidad especial en el sujeto ni que sea ejecutado, como condición indispensable, por varios individuos.

Y es que la remisión en cuestión al hurto simple, se traduce, en lo fundamental, en la introducción de un elemento descriptivo, esto es, del verbo rector traído desde un tipo autónomo, consistente en el apoderamiento ilícito de un bien mueble ajeno. Es decir, que, para la configuración del injusto, la disposición en estudio, redirige al operador judicial hacia el hurto simple, para integrar una suerte de delito complejo que responde a una relación de estricta dependencia.

Si se redactara de forma inclusiva, el tipo penal de hurto por medios informáticos resultaría de la siguiente manera: el que, superando medidas de seguridad informáticas, se apodere de cosa mueble ajena con el fin de obtener provecho para sí o para otro, manipulando un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante, o suplantando a un individuo ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos, incurrirá en pena de prisión de 6 a 14 años.

Ahora, una lectura apresurada del precepto estudiado podría sugerir, equivocadamente, por supuesto, que la conducta reprochada penalmente es la de superar las seguridades informáticas, caso en el cual el bien jurídico de la protección de la información y los datos estaría en clara correspondencia con la concepción de un único interés superior a tutelar; no obstante, es el legislador el que se ocupó de identificar que el comportamiento objeto de reproche es el señalado en el artículo 239, es decir, el de

hurto, realizado, eso sí, ejecutando la acción complementaria, consistente en superar (violentar) las seguridades informáticas a través de cualquiera de las dos formas modales de realización de la conducta reseñadas, como derivaciones del tipo básico.

Agréguese, que dicha remisión al artículo 269I abarca no solo el verbo rector de la conducta de hurto simple, el objeto material –la cosa mueble– y el elemento normativo relativo a la ajenidad del mismo, sino, también el ingrediente especial subjetivo necesario para su comisión, como lo es, el *animus lucrandi* o la finalidad o propósito *doloso* de obtener un provecho o utilidad –propio o en favor de un tercero– de carácter patrimonial.

Se constata así, pues, la categoría no autónoma del injusto de hurto por medios informáticos y semejantes y, por consiguiente, su dependencia directa, necesaria e inescindible con la conducta básica de hurto.

El tipo penal analizado, además de estar supeditado al contenido descriptivo y normativo del hurto simple, es de *lesión* porque exige el efectivo menoscabo del interés jurídicamente tutelado, que para el caso lo son el patrimonio económico y la seguridad en el tráfico a través de los sistemas informáticos; pero también es de *resultado*, como quiera que para la consumación del desvalor total del injusto requiere el desapoderamiento del dinero con el subsecuente perjuicio,

estimable en términos económicos, para quien tenga la relación posesoria con la cosa.

Igualmente, es de *conducta instantánea* toda vez que el agotamiento del comportamiento típico se perfecciona cuando la víctima es desposeída de su dinero vulnerando los sistemas de protección informáticos dispuestos para su resguardo.

El *sujeto pasivo* de la infracción, por su parte, no está expresamente determinado en la norma, aunque es posible inferirlo de la conjunción de los tipos base y subordinado, de tal suerte, que lo será el titular del derecho patrimonial birlado o poseedor del dinero sustraído, que, según el caso, podrá serlo el usuario financiero y/o la persona jurídica que lo custodia, dependiendo de cuál sea la barrera informática, telemática o electrónica comprometida para acceder al circulante.

En efecto, si la defensa informática quebrantada corresponde a algún sistema de autorización o autenticación -clave o *password*- puesta por el sujeto, éste será la víctima, mientras que si los alterados son los mecanismos de protección implementados por la persona jurídica encargada de resguardar el bien, será ésta la llamada a perseguir su reparación.

En cuanto al objeto, la distinción doctrinal entre *objeto jurídico y/o material* de protección, obliga a determinar, en el

caso concreto, que si bien el delito se ubica dentro del título que protege la información y los datos, el bien material del delito no puede ser otro que la cosa mueble ajena que sufre un apoderamiento por parte de un extraño. Los datos, la información y su contenido solo son manipulados con el fin de obtener un provecho económico por medio de la sustracción irregular de la cosa mueble ajena que se condensa en el dinero.

4. Sobre el bien jurídico tutelado en el delito de hurto por medios informáticos y semejantes

El derecho penal tiene por objeto regular, desde el punto de vista sancionatorio, el comportamiento humano que no se adecua al imaginario colectivo de la sociedad. Es así que, con el propósito de salvaguardar los más caros intereses del conglomerado, el poder punitivo del Estado busca reprimir, desde la coerción normativa (prevención general negativa), todo aquel intento por perturbar la tranquilidad y el bien común y motivar a los ciudadanos para que se abstengan de ignorar sus mandatos (prevención general positiva).

Con ese fin, cada nación ha identificado unos especiales valores, cualidades o bienes objeto de protección jurídica, que responden a un querer mayoritario, visible en las normas de carácter sustancial que describen ciertas acciones u omisiones prohibidas y determinan unas sanciones – restrictivas de la libertad o de otros derechos o pecuniarias– frente a su eventual desacato (prevención especial).

Esos objetos de tutela legal –que en el derecho penal liberal eran escasos y básicos: la vida, el honor, la libertad, la propiedad, entre otros- no son necesariamente estáticos, pues los grupos sociales debidamente establecidos o constituidos en Estados, regidos por sus evoluciones o involuciones de naturaleza política, religiosa, científica, tecnológica, etc., han marcado, desde la llamada sociedad del riesgo (ULRICH BECK), las pautas para determinar qué interés en particular debe ser amparado y la forma de hacerlo.

Una de esas formas es el derecho penal, que al reconocer los objetos jurídicos concretos de protección –individuales o colectivos-, a partir, por supuesto, de referentes con asiento en la realidad, paralelamente determina cuáles son las actividades de los ciudadanos que merecen ser reprobadas y reprimidas con alguna sanción, a efecto de garantizar la inmutabilidad de cada interés superior.

Y es que los tipos penales solo pueden alcanzar su ámbito de prohibición si verdaderamente afectan un bien jurídico, el cual debe justificar, necesariamente, la lesividad de la conducta, o al menos la dirección u orientación protectora que se le atribuye a la norma.

Así es que, al legislador, en función del principio de representación popular, le corresponde escoger entre la multiplicidad de acciones u omisiones humanas capaces de

generar un juicio de desvalor, y consignar, en un estatuto punitivo, el correspondiente mandato de prohibición, de tal forma que se habilite una «relación de disponibilidad del sujeto con el objeto» -en los términos de ZAFFARONI⁴⁶- como elemento de contención del poder punitivo.

Sobre la manera de definir los bienes jurídicos tutelados, la doctrina ha reconocido que, generalmente, el interés jurídico tutelado aparece instituido en los títulos y capítulos que agrupan los delitos, pero, en veces, es el intérprete quien debe identificarlo

acudiendo a un procedimiento de conjugación de las expresiones literales de los rubros de los títulos y los capítulos, que forman la Parte especial, con el “sentido” de la acción descripta en un determinado tipo (...). Y no pocas veces la forma de la acción indicará que, pese a la localización del bien jurídico enunciado por éste solo indirectamente se corresponde con el protegido según el tipo: por ejemplo, [en Argentina] el delito de violación (...) está inserto entre los “delitos contra la honestidad”, pero de su contenido se deduce, sin esfuerzos, que lo que en realidad protege es la “libertad sexual”.

A veces ocurre que el tipo comprende más de un bien jurídico (p. ej. En el “secuestro” de una persona para pedir rescate (...) entran en juego los bienes jurídicos de la propiedad y de la libertad); en esos casos la tipicidad de la conducta que se examina (...) dependerá del bien jurídico preponderantemente afectado por la conducta del agente, lo cual será materia de interpretación en cada caso particular.⁴⁷

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, Derecho penal. Parte general, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 489).

⁴⁷ CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general. 5ª edición. Editorial Astrea. Universidad del Rosario. Buenos Aires, Bogotá. 2012. P. 194-195.

Es así como, por ejemplo, el legislador colombiano advirtió que algunas formas delincuenciales en el ámbito de la informática, que trascendían, en muchas ocasiones, las fronteras nacionales, no estaban siendo objeto del reproche punitivo requerido, pues o no estaban reguladas o permanecían subsumidas en el ámbito de protección de otras garantías, *verbi gratia*, la intimidad, razón por la que se dio a la tarea de “crear”⁴⁸ -léase reconocer-, la vigencia de un nuevo bien jurídico que, de manera sistemática y específica, recogiera todos aquellos comportamientos dispersos a lo largo y ancho del Estatuto Sustantivo.

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

⁴⁸ Así lo expresó literalmente el legislador del 2009.

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.

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.

En verdad, nadie podría dudar que el mentado ilícito tiene la virtualidad de lesionar tanto la seguridad y la confianza de las personas naturales y jurídicas en los sistemas informáticos, telemáticos, electrónicos o semejantes, con sus componentes de *software* y *hardware*, implementados por las entidades encargadas de custodiar el capital de sus usuarios, como los intereses individuales de

contenido económico del titular de la cosa ajena, cuestión que ubica al tipo penal examinado en el contexto de los delitos típicamente pluriofensivos por afectar más de un interés jurídico, el descrito expresamente en la legislación penal codificada –en este caso, el título VII bis- y el que surge de manera remota, pero directa, de la realización de la acción injusta.

Sin embargo, es lo cierto que la afrenta contra el primero de los bienes reseñados –de carácter colectivo-: la información y los datos, es solamente mediata (intermedia), porque solo se vincula con el mecanismo ilícito –de naturaleza informática- de sustracción del dinero que no con el comportamiento prohibido, mientras que el ataque contra el segundo (de orden individual): el patrimonio económico, es inmediato, pues se relaciona con la conducta reprobada misma, o sea, con el desapoderamiento de la cosa ajena en tanto mandato de prohibición final que tutela la relación de dominio o tendencia de una persona con la cosa.

A esta conclusión es fácil llegar si se examina la naturaleza subordinada y compuesta –que no autónoma- del injusto de hurto por medios informáticos respecto del tipo básico de hurto, que lo sitúa en similar lugar descriptivo que el hurto calificado –pues a su pena se remite-, y cuando se indaga el espíritu del legislador que, como se vio, a pesar del propósito general de regular actividades ilícitas estrictamente relacionadas con la afectación de los sistemas informáticos y los datos, utilizó esta oportunidad para precisar algunas de

las modalidades de hurto desarrolladas para transgredir las defensas de protección informáticas.

Sobre el carácter intermedio del bien jurídico protegido en la conducta de hurto por medios informáticos y semejantes, la doctrina ha elaborado las siguientes reflexiones:

Se trata, entonces, de los denominados bienes jurídicos intermedios, como lo entendía Tiedemann, quien señalaba como ejemplo de tales intereses el tutelado en el delito de estafa informática, que estaría constituido por el correcto procesamiento de los datos electrónicos, que es tenido como un instrumento imprescindible de la vida económica moderna, y el patrimonio económico.⁴⁹

La aceptación de este bien jurídico intermedio⁵⁰ tiene una gran incidencia en la delimitación e interpretación del injusto típico del delito de hurto por medios informáticos y semejantes. Esto porque si los delitos protectores de un bien jurídico intermedio se caracterizan frente a los simples delitos pluriofensivos de peligro por el hecho de que para su consumación se exige la efectiva lesión de uno de los dos valores que lo conformen, el colectivo o el individual,⁵¹ para poder calificar a aquel delito de hurto como protector de un bien jurídico intermedio hay que aceptar que la conducta típica se dirige a lesionar de manera inmediata un bien jurídico individual, al mismo tiempo que provoca dicha lesión la mediata puesta en peligro de otro valor de índole diversa a la del primero, de carácter colectivo.⁵²

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

⁴⁹ Lecciones de derecho, 1993, p. 34 ss.

⁵⁰ Luzón Peña, Curso I, 1996, 314, afirma que junto a los tipos sólo de peligro, a veces se configuran “delitos de lesión y peligro”, que implican lesión de un bien jurídico y peligro para otro, como el incendio, por ejemplo.

⁵¹ Mata y Martín. Bienes jurídicos intermedios, 1997, p. 58.

⁵² Galán Muñoz, El fraude, 2005, p. 198.

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).⁵³⁵⁴

Siendo ello así, natural es concluir, como lo hiciera la demandante y el representante del ente acusador, que el tipo penal de hurto por medios informáticos y semejantes no solo está circunscrito al ámbito de punibles contra la información y los datos, sino, esencialmente a la esfera de los lesivos del patrimonio económico, pues es el valor ético jurídico que al final resultaría atacado con la sustracción de dineros a través de mecanismos ilícitos de manipulación de los sistemas informáticos, electrónicos, telemáticos o similares, o suplantación de las personas ante los sistemas de autenticación y de autorización.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

5. Alcance de la figura de reparación integral frente al delito de hurto por medios informáticos y semejantes.

La reparación integral, consagrada en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que tiene su antecedente en el artículo 374 del Decreto Ley 100 de 1980, es un derecho, que no un beneficio⁵⁵, consistente en una reducción de la mitad a las tres cuartas partes de la pena en favor de quien hubiere sido condenado por delitos contra el patrimonio económico, siempre que haya restituido el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado, antes del fallo de primera o única instancia.

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

⁵⁵ Así lo ha reiterado la Corte, por ejemplo, en el auto CSJ AP, 27 Feb. 2013, rad. 40.642.

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 partem*⁵⁶, el cual únicamente es admisible, en el ámbito penal «en materias permisivas», a voces del inciso 3º del artículo 6º de la Ley 599 de 2000.

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.

Ahora, lo recién argumentado, no pretende sostener la idea categórica de que el tipo penal de hurto por medios

⁵⁶ 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).

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.

6. El caso concreto

Como desde el inicio se anticipó, el problema jurídico determinante, en el asunto de la especie, se contrae a establecer si los jueces de instancia incurrieron en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 269I de la Ley 599 de 2000 con la consecuente falta de aplicación del canon 269 *ejusdem*.

La respuesta es decididamente afirmativa, pues se constata que, de espaldas a la estructura dogmática del delito de hurto por medios informáticos y al interés tutelar que tuvo el órgano legislativo al consagrar dicho tipo penal, los falladores inaplicaron la rebaja punitiva por reparación

integral, pese a que el sentenciado acreditó el cumplimiento de todos los requisitos de orden legal para ser beneficiario de la misma, como adelante se demostrará.

Al efecto, varias fueron las razones de los jueces de instancia, pero, como se examinará, ninguna de ellas tiene verdadero fundamento jurídico.

De un lado, el juez de primer nivel adujo, con apoyo en el auto CSJ AP 13 sep. 2011, rad. 37.145, según el cual «la citada diminuyente sólo es aplicable a los delitos que atentan contra el patrimonio económico, y no aquél que propende por la protección de la información y los datos», que «la redacción normativa y la ubicación sistemática del tipo penal que define el delito de hurto por medios informáticos y semejantes indican que no protege el patrimonio económico, sino bienes de naturaleza diversa, vale decir, (...) la información y los datos (...)»⁵⁷.

Resaltó, asimismo, el *a quo* que la Corte en auto CSJ AP, 14 ag. 2012, rad. 39.160, señaló que «[c]uando el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 incluye la expresión “*las penas señaladas en los artículos anteriores*”, se está refiriendo a que su ámbito de aplicación es única y exclusivamente el Título VII del estatuto sustantivo, esto es, los delitos contra el patrimonio económico.».

Y remató sosteniendo que esta Corporación definió que en el delito de “*hurto de hidrocarburos*” no cabe la aplicación del artículo 269 *ibidem* porque el bien jurídico protegido no es el del patrimonio económico, dado su carácter de tipo penal autónomo, criterio que en sentir del juzgador debe ser

⁵⁷ Cfr. folio 277 del de la carpeta.

empleado respecto del punible de hurto por medios informáticos -postura que también comparte el *ad quem*-.

Al respecto, basta señalar que, tal como lo pusiera en evidencia la casacionista y lo destacara el representante de la Fiscalía, los precedentes jurisprudenciales empleados por el juez de primer nivel resultan del todo impertinentes y descontextualizados, de cara al caso de la especie.

Ciertamente, de una parte, cuando esta Sala de Casación Penal aseguró, en el proveído CSJ AP 13 sep. 2011, rad. 37.145, que la rebaja por reparación integral era imposible frente a los punibles previstos en el Título VII bis, en tanto estaban destinados a proteger la información y el dato y el derecho a la intimidad, lo expresó, concretamente, en torno al injusto de violación de datos personales, agravado, conducta claramente autónoma -no subordinada- y efectivamente lesiva de los referidos intereses jurídicos y no del patrimonio económico.

De igual manera, la reflexión de esta Corporación, en el sentido que los únicos delitos que admiten la rebaja por reparación integral son los del Título VII del Código Penal, esto es, los lesivos del patrimonio económico, si bien es consistente con el entendimiento básico del mentado artículo 269, no fue bien entendida por el fallador de primer grado, pues no se percató de que, en el caso examinado por la Corte, la pretensión de descuento punitivo por reparación integral se negó porque los reatos por los que allí se procedía eran los de proxenetismo con menor de edad y utilización o facilitación de

medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años, infracciones que, en modo alguno, gozan de algún contenido patrimonial que debiera ser salvaguardado.

Nótese, cómo la Sala de Casación Penal precisa en la providencia citada por el juzgador (CSJ AP, 14 ag. 2012, rad. 39.160) al respecto lo siguiente:

Como bien lo señaló el representante del Ministerio Público en la audiencia oral de sustentación, ello es una manifestación de la política criminal del Estado, en la cual la afectación del bien jurídico que con la conminación de pena el legislador pretende proteger merece de manera significativa un menor grado de reproche, “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 los delitos sexuales, por el contrario, el objeto de protección no son los bienes muebles o fungibles que tenga o posea una persona, sino la persona misma, en particular, el derecho a tener una formación apropiada en materia sexual, a no ser explotado por otros en ese sentido, a no ser sometido a abusos ni maltratos de tal índole, etcétera. (Subrayas fuera del texto original).

Ahora, del hecho que el ilícito de apoderamiento de hidrocarburos esté referenciado al ámbito de los injustos contra el orden económico y social –cuestión admitida por la Corte-, no se sigue que el delito que nos ocupa no se adscriba a los punibles contra el patrimonio económico.

En verdad, el objeto material del primero de ellos recae en los hidrocarburos y sus derivados biocombustibles o mezclas que los contengan debidamente reglamentados, cuando sean transportados a través de un oleoducto,

gasoducto, poliducto o a través de cualquier otro medio, o cuando se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo y la conducta reprochada está claramente individualizada en un tipo de naturaleza autónoma, mientras que en el segundo, la acción típica se integra con los tipos base y subordinado y tanto ella como su objeto material no corresponden a la defraudación de un sustrato económico de la nación sino al interés económico particular, máxime, si se recuerda que equivale, más a una modalidad de la acción prohibida que al comportamiento antijurídico en sí mismo considerado.

En todos los casos, resultaba, por decir lo menos, desafortunado asimilar las razones esgrimidas por la Corte para negar la reparación integral frente a tan puntuales infracciones penales con el supuesto jurídico examinado.

Las consideraciones del Tribunal, por su lado, adolecen de similares defectos hermenéuticos sustantivos.

Nótese sobre el particular, cómo, aunque para desentrañar el sentido de la norma estudiada (artículo 269I) el *ad quem* se valió del informe de ponencia para primer debate a los proyectos acumulados –no precisa si en Senado o en Cámara– que indica que la intención del Congreso era amparar el bien jurídico de la información y los datos, en su análisis sesgado pasó por alto lo argumentado por los parlamentarios en el resto del trámite legislativo, en el sentido que su pretensión también era tutelar el patrimonio

económico de los usuarios azotados por el flagelo del hurto a través de las nuevas tecnologías, al punto que advirtieron sobre la naturaleza apenas intermedia del aludido bien jurídico.

A dicha falencia interpretativa, debe sumársele la derivada de admitir, contrariando el principio de no contradicción, que algunas de las conductas consagradas en el Título VII bis, como el hurto por medios informáticos, son pluriofensivas, pero aun así no es posible aplicar la mencionada rebaja del canon 269 porque ella solamente cabe respecto de los delitos de aquella sección del Código, según lo expresó la Corte frente al injusto de violación de datos personales.

Este razonamiento del juez plural, evidentemente restrictivo, parte de asimilar, como si fuera posible, el injusto recién mencionado con el de hurto por medios informáticos, de estructura dogmática sustancialmente diferente, y de tener como autónomo un tipo penal que, si bien es nuevo, está en definitiva subordinado al tipo base de hurto -en tanto, *stricto sensu*, constituye una modalidad más de ese clásico punible- y a la pena del hurto calificado.

Por manera que, resulta diáfano el quebranto inmediato de la ley sustancial, por conducto de una deficiente interpretación del artículo 269I del Código Penal, que derivó en la exclusión evidente del canon 269 *ejusdem*, la cual tiene incidencia determinante en el sentido del fallo impugnado, en

tanto, como enseguida se constatará, el procesado satisface todos los requisitos establecidos en orden al reconocimiento del derecho a un descuento de la mitad a las tres cuartas partes de la pena.

7. Verificación de los requisitos de la figura de la reparación integral.

El canon 269 de la Ley 599 de 2000, bajo la interpretación consignada en esta providencia, demanda, para la concesión de la rebaja por reparación integral, el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

i) El delito objeto de condena debe estar consagrado entre los capítulos I al VIII del Título VII del Código Penal o, en todo caso, atentar contra el patrimonio económico.

ii) El responsable de la infracción penal está obligado a restituir el objeto material del delito o su valor, e indemnizar los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Significa lo anterior que, debe existir una reparación de orden económico, equivalente al valor del daño causado, lo cual se puede alcanzar por dos vías devolviendo el objeto material del ilícito o su equivalente junto con el resarcimiento de los perjuicios causados con la infracción, o satisfaciendo estos últimos, cuando quiera que no fuera exigible o posible la restitución del aludido objeto material (CSJ AP, 22 may. 2013, rad. 38.628).

iii) La reparación tiene que surtirse, necesariamente, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia.

En el asunto que nos convoca, se tiene que, si bien el delito de hurto por medios informáticos y semejantes no está consagrado entre los delitos de que trata el Título VII de la Ley 599 de 2000, como quedó ampliamente demostrado a lo largo de la providencia, no solo atenta contra el bien jurídico del patrimonio económico, sino que la descripción típica esencial está –es decir, la conducta, el objeto material y la pena- está regulado en los cánones 239 y 240 del Código Penal.

Así también, obra constancia en el expediente de que el representante de la víctima (Incocrédito) manifestó durante las diligencias de preacuerdo y verificación del mismo ante el juez de conocimiento e, incluso, en sede de casación, que dicho interviniente había sido reparado integralmente por los procesados.

En efecto, en el acta de preacuerdo se lee lo siguiente:

Se advierte por parte de Incocrédito que DIEGO MAURICIO ARIAS, ha reintegrado a la cuenta de Davivienda a nombre de Incocrédito el valor de cuatro millones ciento sesenta mil trescientos noventa pesos (\$4.160.390.00) y por parte de RICARDO JAIME SÁNCHEZ CASTRILLÓN, HA REINTEGRADO a la cuenta del Banco Davivienda a nombre de Incocrédito, cuenta que fue establecida por Davivienda para el reintegro de dinero por operaciones fraudulentas la suma de tres millones noventa y ocho mil cuatrocientos noventa pesos (\$3.098.490.00). De esta manera, como incredito (sic) advertimos que ha existido por parte de los señores RICARDO JAIME SANCHEZ (sic) CASTRILLON (sic) y DIEGO MAURICIO

*ARIAS IBÁÑEZ (sic), indemnización integral por los perjuicios ocasionados con los hechos delictivos sucedidos el pasado 7 de Diciembre de 2012, en los establecimientos comerciales Múcura y Tennis y Tennis.- Adjuntamos la documentación de los extractos o soportes que se advierten en este documento.*⁵⁸

Durante la audiencia de legalización del preacuerdo reiteró que no tenía ninguna objeción frente al mismo, considerando que los extractos de unas notas débito cargadas a los establecimientos Múcura y Tennis & Tennis y la consignación del saldo que había quedado pendiente por las transacciones fraudulentas⁵⁹.

Y en la audiencia de sustentación oral del recurso de casación, recalcó que el acusado indemnizó integralmente a las entidades financieras por su participación en las conductas punibles a él endilgadas, particularmente, en la clonación de tarjetas en los establecimientos comerciales y la respectiva defraudación.

En este punto, es imperioso precisar que aunque el procesado no fue el sujeto que indemnizó integralmente a la víctima, es viable reconocer en su favor el descuento solicitado, habida cuenta que, de tiempo atrás, la jurisprudencia, de manera pacífica, ha reiterado que la rebaja por reparación integral se puede hacer extensiva a los copartícipes y, en este caso, se observa que fueron los administradores de los establecimientos comerciales

⁵⁸ Cfr. folio 26 de la carpeta.

⁵⁹ Cfr. minutos 1:02:12-1:02:54 del Cd contentivo de la audiencia de verificación del preacuerdo.

(coautores) comprometidos en la falsificación de las tarjetas de crédito y en las transacciones fraudulentas quienes retornaron a la entidad perjudicada las sumas de las que se habían apoderado.

Finalmente, es nítido que dicha reparación integral se produjo antes de que se emitiera el fallo de primer grado del 19 de diciembre de 2013, concretamente, el 14 de febrero de igual año⁶⁰, esto es, el día en que las partes –procesado y Fiscalía- suscribieron el preacuerdo.

Siendo lo anterior así, y estando acreditada la infracción directa denunciada por la defensa, hay lugar a **casar parcialmente** la sentencia para reconocer la rebaja de pena por reparación integral demandada respecto del delito de hurto por medios informáticos y semejantes, agravado.

7. La redosificación punitiva

CARLOS ARTURO ÁLVAREZ TRUJILLO fue condenado en calidad de coautor del delito de hurto por medios informáticos y semejantes, agravado, en concurso con los de concierto para delinquir y falsedad en documento privado (artículos 269I, 269H.1, 340 y 268 del Código Penal), a la pena de 92 meses y 12 días de prisión.

Para llegar a este número, por el primero de los punibles mencionados (base), el juzgador le impuso el mínimo de 108

⁶⁰ Cfr. folio 39 de la carpeta.

meses de prisión, por el segundo, 48 meses y, por el tercero, 12 meses, para un total preliminar de 168 meses, cantidad a la que le dedujo un 45% por razón del preacuerdo, quedando en definitiva en 92 meses y 12 días.

Ahora, para restablecer el derecho conculcado por las instancias al procesado, la Corte estima procedente reconocer un descuento por reparación integral (artículo 269 *ejusdem*) de la mitad de la pena impuesta por el delito de hurto por medios informáticos y semejantes, considerando que la reparación integral no se produjo en la primera fase procesal (imputación), sino algún tiempo después y que la conducta de defraudación de los usuarios del sistema financiero a través de canales informáticos, desplegada por el acusado, en concurso criminal con varios sujetos, reviste especial connotación, tornando necesario dar alcance a los principios de prevención general y especial.

Esa proporción, aplicada a los 108 meses de prisión por el mentado injusto, equivale a **54 meses**⁶¹, que sumados a los 48 y 12 meses por los demás delitos concursantes, arroja un resultado de 114 meses⁶².

Ahora, como quiera que este valor excede el otro tanto de la pena individualmente considerada para el injusto de hurto por medios informáticos, conforme al artículo 31 del Código Penal, la sanción por los reatos concursantes se

⁶¹ La operación aritmética es como sigue: $118 \div 2 = 54$.

⁶² La suma es la siguiente: $54 + 48 + 12 = 114$.

reducirá estrictamente al doble de 54 meses, para un monto de 108 meses, cantidad a la que corresponde rebajar un 45% (48.6 meses⁶³) en los términos del preacuerdo, para un monto definitivo de **59,4 meses⁶⁴** o, lo que es igual **59 meses y 12 días**.

A dicha cantidad, también, deberá reducirse la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

8. Sobre los mecanismos sustitutivos de la prisión.

Como quiera que, como acaba de verse, el monto de pena impuesto al sentenciado varió con ocasión de la redosificación punitiva, se impone revisar de nuevo si él podría tener derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena o a la prisión domiciliaria.

8.1 Al respecto, en punto del subrogado, lo primero a destacar es que, de acuerdo con la normas vigentes al tiempo de los hechos -7 de diciembre de 2012- (artículo 63 y 38 del Código Penal, sin las modificaciones introducidas por la Ley 1709 de 2014) no es viable la concesión del subrogado o del sustituto penal, pues el factor objetivo lo impide, habida cuenta que para el primero, el precepto exige que la pena de prisión impuesta no exceda de 3 años y para el segundo que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años o menos y, en el

⁶³ La proporción corresponde a esta regla de tres: $108 \times 45\% \div 100\% = 48.6$.

⁶⁴ La resta es así: $108 - 48.6 = 59.4$.

asunto de la especie, se tiene que **CARLOS ARTURO ÁLVAREZ TRUJILLO** fue condenado a la sanción de 59 meses y 12 días de sanción aflictiva de la libertad y el monto mínimo sancionatorio previsto para el injusto de hurto por medios informáticos y semejantes, agravado, es de 108 meses, ambas cantidades superiores a los topes legales mencionados.

En similar sentido, el ejercicio de favorabilidad, que resulta de la aplicación de la Ley 1709 de 2014, muestra que tampoco ésta regulación permite la concesión de alguno de los mentados derechos.

8.2. En efecto, el artículo 63 del Código 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.*
- 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.*

En el caso examinado, la sanción definitivamente impuesta al procesado (59 meses y 12 días) es superior a los cuatro (4) años que el legislador determinó como presupuesto

objetivo para acceder al referido subrogado; por ende, no es necesario avanzar en la evaluación de los demás requisitos y, por supuesto, a su reconocimiento.

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

8.3. Por su parte, el canon 38B *ejusdem* establece que son requisitos para conceder la prisión domiciliaria que i) la sentencia se imponga por un delito cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, ii) no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del canon 68A de la Ley 599 de 2000, iii) se demuestre el arraigo familiar y social del condenado y iv) se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el numeral 4° de la norma.

Trasladando estos enunciados al asunto examinado, se observa que uno de los delitos por el que fue condenado **ÁLVAREZ TRUJILLO** –hurto por medios informáticos y semejantes– no satisface el presupuesto objetivo, habida cuenta que la pena mínima para dicho delito está prevista en 108 meses y el precepto en cuestión exige que la sanción a imponer sea igual o inferior a 8 años. Por modo que, por esta razón, tampoco es posible la sustitución de la pena aflictiva de la libertad en establecimiento carcelario al domicilio.

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

RESUELVE

Primero. Casar parcialmente la sentencia proferida el 29 de agosto de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, en el sentido de reconocer a favor de **CARLOS ARTURO ÁLVAREZ TRUJILLO** la rebaja por reparación integral, de que trata el artículo 269 del Código Penal.

En consecuencia, **fijar** la pena de prisión en **59 meses y 12 días**, mismo término al que se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Segundo. Negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En lo demás, el fallo permanece incólume.

Tercero. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifiquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria