



SALA PENAL

Medellín, veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 051

Radicado Nro. 2014-22638

Delitos: Hurto calificado agravado y otros

Acusado: Juan Diego Daza Ocampo

Sentencia de Segunda Instancia Nro. 011

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: Viernes, 5 de mayo, de 2017. Hora: 08:30 a.m.

Conoce esta Sala de Decisión Penal del recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia de fecha 31 de enero del año que transcurre, proferida por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, por medio de la cual condenó, luego de avalar el allanamiento a cargos, a JUAN DIEGO DAZA OCAMPO, como autor del delito de hurto calificado agravado en la modalidad de delito continuado en concurso heterogéneo con acceso abusivo en sistema informático agravado.

ANTECEDENTES

Aceptó el acusado haber cometido los delitos enrostrados cuando fungía como Gestor de Operaciones en una de las filiales del banco de Occidente de la ciudad de Medellín, apoderándose de \$383.672.678, luego de realizar un total de 232 transacciones de crédito por canales de consignación de caja rápida, durante un lapso de ocho años, del año 2006 al 2014.

El 1º de octubre de 2016, ante el Juez Treinta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se adelantaron las audiencias preliminares;

declarando la legalidad de la captura, se verificó la formulación de imputación así como la aceptación del cargo endilgado. Se impuso como medida de aseguramiento la detención intramural.

Posteriormente la Fiscalía 30 Seccional presentó el escrito de acusación con allanamiento, correspondiéndole su conocimiento al Juez Dieciocho Penal del Circuito de esta ciudad, quien verifica la aceptación del cargo avalándolo; concede la palabra a los sujetos procesales para que manifiesten los criterios individualizadores de la pena y finalmente realiza la lectura de la sentencia de condena por el punible de hurto calificado agravado realizado en la modalidad de delito continuado, conforme a los artículos 239, 240.4, 241.2, 267 y 31 del C. Penal, en concurso heterogéneo con el delito de acceso abusivo a un sistema informático, Art. 269 A ibíd., agravado conforme las disposiciones del canon 269 H, numerales 1 y 3 del Estatuto Represor, Art. 31 ibídem., imponiendo 120 meses de prisión y multa de \$49.280.000 como sanciones principales, la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, sin derecho a la condena de ejecución condicional de la pena, ni la prisión domiciliaria. La Decisión fue impugnada por la defensa.

DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

El defensor centra su recurso en torno a la violación del principio del nom bis in ídem, pues sostiene que en la adecuación típica que realiza la Fiscalía se está en presencia de un concurso aparente de tipos penales. Sostiene que el acusado actuó con la única finalidad de hurtar, con dolo de apoderarse del dinero, por ello se solicita que se revoque la sentencia en punto de la condena por los delitos consagrados en los artículos 269A, 269H, numerales 1 y 3 del C. Penal. En el caso concreto se incurre en una doble incriminación situación que la defensa viene alegando desde la imputación, sin que dichas inquietudes hayan sido resueltas en la sentencia confutada.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

El apoderado de la víctima actuando como no recurrente manifiesta que la argumentación expuesta por la defensa del acusado resulta del todo desacertada en atención a la forma en que ocurrieron los hechos. El accionar del agente no solo se agotó con el apoderamiento del dinero, sino que fue más allá, realizó otras

conductas a través de medios informáticos, lo que se adecua perfectamente a lo descrito en el canon 269A del C.P., tipificándose dicha ilicitud. Accedió a dichos medios para modificar saldos; dicho acceso lo realizó a través de cuentas de sus compañeros de trabajo. Conductas que si bien facilitaron el apoderamiento de los dineros por parte del sujeto activo, con ellas no se afectó per se el patrimonio económico del banco, pero si atentan contra el bien jurídico de la protección de datos y de información. Se trata de un concurso real heterogéneo de conductas punibles. Por estas razones solicita que se confirme la decisión de primera instancia en lo que es objeto de apelación por la defensa.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer de la alzada interpuesta.

Como quedó reseñado, en el presente evento el imputado JUAN DIEGO DAZA OCAMPO, debidamente informado y asistido por su defensa, aceptó libre y voluntariamente en la audiencia preliminar de imputación efectuada el 1° de octubre de 2016, los cargos que la Fiscalía le formuló como autor del reato de hurto calificado agravado, en la modalidad de delito continuado, en concurso heterogéneo con acceso abusivo a medios informáticos agravado. Dicha manifestación de voluntad fue verificada, como es de su competencia en esa etapa procesal, por el Juez Dieciocho Penal del Circuito de Medellín con función de conocimiento.

Es claro para esta Sala de Decisión, conforme a lo normado y la jurisprudencia, el carácter vinculante del allanamiento a cargos ocurrido en la audiencia de imputación, figura en virtud de la cual al aceptar el imputado en forma libre, consciente y voluntaria su responsabilidad frente a los cargos comunicados por la Fiscalía en la respectiva audiencia, una vez verificado por la Juez de Control de Garantías la incolumidad de los derechos de la parte pasiva de la acción penal, es improcedente la retractación de ese acto unilateral.

*Es decir, que una vez surtido el allanamiento durante las audiencias preliminares y verificado el mismo por el juez de control de garantías (**cfr. audio de la audiencia de imputación del 1 de octubre de 2010. Record: 01:10:25**), además de que no*

es posible retractarse en razón de que el acta representa materialmente la acusación, debe el juez de conocimiento, en caso de no advertir afectación de garantías fundamentales, proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena, ello en armonía también con el artículo 131 del C. de P. Penal.

En cuanto a este último punto, es decir sobre la forma en que debe proceder el juez de conocimiento frente a estos eventos de terminación abreviada durante las audiencias preliminares, la Corte Suprema de Justicia en pasadas oportunidades estableció que:

“De lo plasmado por la Corte Constitucional, con respecto a los argumentos concretos expuestos por el demandante ante esa sede, queda claro que no se precisa de un acto de reiteración al interior de la audiencia de verificación de legalidad frente a la aceptación inicial con el fin de revalidarla o refrendarla, práctica que incorrectamente se ha generalizado en el medio judicial, pues, como lo señala ese mismo Tribunal, éste no tiene carácter precario...”

En otras palabras, luego de que el Juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 293 de la ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.”¹

Ahora, toda vez que la actuación del juez de conocimiento en lo relativo a la aceptación de cargos realizada previamente, según la misma Corporación en jurisprudencia posterior donde retomó el asunto y varió tal postura², no se reduce a la de un simple fedatario de lo realizado ante el juez de control de garantías, resulta claro que en todo caso, al adelantar la audiencia de individualización de la pena y sentencia, le compete vigilar que en la tramitación ante él surtida se respeten las garantías, debiendo examinar que la aceptación de cargos esté exenta de vicios, no desconozca derechos fundamentales y que exista un mínimo de prueba que permita inferir razonablemente la tipicidad de la conducta imputada al procesado, y que su autoría o participación en ella proviene clara, todo lo cual se desprende de los artículos 7, 8° literal i), 10, 131, 293, 327, 351, 368 inciso primero y segundo y 381 de la Ley 906 de 2004.

Únicamente en caso de concurrir unos de estos eventos, bien porque así lo advierta el juez en su tarea de depuración o así lo demuestre el acusado o su defensor, deberá entonces el funcionario judicial invalidar ese acto y sus efectos en términos

¹ Sentencia de octubre 20 de 2005, rad. 24026. Reiterada en decisión de octubre 5 de 2006, rad. 25248.

² CSJ, SP. Radicado 39707 del 13 de febrero de 2013, M. P. María del Rosario González Muñoz.

del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, **o morigerar la situación en caso de jurídicamente poder subsanarse la irregularidad**, pues:

“Cabe advertir que la aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario”³.

*Entonces de advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales **insubsanables**, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad.*

Persiste la posición de la Sala Penal, que la aceptación de cargos por el imputado no admite retractación cuando es voluntaria, libre y espontánea: “Cfr. CSJ AP, 27 Ene 2016, Rad. 46975 y CSJ AP, 24 Feb 2016, Rad. 47183, entre otras”⁴

En el caso concreto, no alega el recurrente que la aceptación de cargos por parte de su prohijado no haya sido libre, espontánea, consciente y voluntaria, debidamente asesorada por la defensa para el efecto, el mismo togado que ahora interpone el recurso de alzada; y no emerge en la actuación absolutamente nada indicativo de coacción e intimidación en contra del acusado. Pero sí advierte la Sala, conforme a lo planteado en la actuación por el defensor, que es muy probable la afectación de sus garantías fundamentales, concretamente del debido proceso, en su garantía de la legalidad o violación para el caso del non bis in ibídem.

De ahí que se imponga para la Sala el deber de dilucidar lo anterior, a efecto de decantarse si se está o no frente a un simple problema de retractación luego de un allanamiento a cargos, al estar esto implícito en las alegaciones de la defensa como recurrente.

En relación a la irretractabilidad del allanamiento la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha venido pronunciando en innumerables oportunidades:

³ CSJ, SP. AP 830-2014. Radicación No. 34699. (Aprobado acta No. 53). 26 de febrero de 2014. M. P. José Leónidas Bustos Ramírez.

⁴ CSJ, SP. Sala de Decisión de Tutelas N° 2. STP6953-2016. Radicación 85971. Aprobado Acta No. 164. Bogotá D.C., 26 de mayo de 2016. M. P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

En sentencia Nro. 24026 del 20 de octubre de 2005, adujo que atendiendo a la lealtad que las partes deben acatar al surgir la aceptación de cargos que es debidamente aceptada por el Juez de Control de Garantías por encontrar que es un acto voluntario, libre y espontáneo, no es posible su retractación, incompatible entonces con el principio de lealtad toda manifestación que busque deshacer los efectos de dicha aceptación.

En el radicado Nro. 24667 del 6 de abril de 2006, la Corte relacionó algunas de las normas de la Ley 906 de 2004, que el legislador redactó con la finalidad de que las garantías del procesado se mantengan incólumes cuando acepta los cargos imputados, aclarando que una vez preservadas estas garantías, es inadmisibile cualquier retractación:

“observa el fallo que las autorizaciones del juez en relación con los acuerdos no pueden implicar la renuncia de los derechos constitucionales (artículo 10); que si el imputado o procesado renuncia a las garantías de guardar silencio y/o al juicio oral, corresponde al juez de control de garantías o al de conocimiento verificar que se está frente a una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa (artículo 131); que los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía no pueden comprometer la presunción de inocencia y sólo proceden si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (artículo 327); que los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al Juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan las garantías fundamentales (artículo 351) y que serán inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor (artículo 354)”.

*El principio de “irretractabilidad”⁵ comporta la prohibición de desconocer el convenio realizado en forma directa o indirecta, por lo que debe el juez proceder a dictar la respectiva sentencia, a menos que se advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, **o que desconoce garantías fundamentales**, debiendo proceder a anular el acto procesal respectivo, **en caso de ser la irregularidad insubsanable**, caso en el cual no puede predicarse que operó una retractación o arrepentimiento.*

Al analizar el cargo admitido dentro del radicado Nro. 25248, la Sala Penal de La Corte Suprema de Justicia, el 5 de octubre de 2006 precisó que para que la aceptación de cargos produzca consecuencias jurídicas debe cumplir con estos requisitos: i) estar exenta de vicios en el consentimiento; ii) ser presentada con la asesoría de un profesional del derecho y; iii) ser aprobada por el Juez de Control de Garantías o de Conocimiento durante el juicio oral (Art. 131 Código de

⁵ CSJ, SP. Sentencia Radicado 25248 del 10 de mayo de 2006 M. P. Mauro Solarte Portilla

Procedimiento Penal). Cumplidos estos requisitos, la ley no prevé la retractación bien sea total o parcial, a menos que se vislumbre la eventual vulneración de garantías en desarrollo de estos actos procesales.

Pronunciamiento este que fue reiterado entre otros, en los radicados 26002 del 12 de octubre de 2006, 26587 del 21 de febrero de 2007, 27159 del 18 de abril de 2007, 27218 del 16 de mayo de 2007 y 29798 del 23 de agosto de 2007.

El legislador, ratificando el contenido del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal y acogiendo los hasta aquí claros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, modificó la norma en comento agregando con el artículo 69 de la Ley 1453 de junio 24 de 2011 un párrafo según el cual:

“La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales”

Es decir, que se ratifica entonces el principio de irrevocabilidad que opera en las decisiones voluntarias, libres y espontáneas donde se admite en forma anticipada la responsabilidad penal, siendo únicamente posible esta retractación cuando dicha manifestación no obedeció a un acto libre, voluntario o espontáneo, que fue producto de la coacción o la presión ejercida sobre el procesado, en términos generales que en desarrollo de dicho acto se vulneraron garantías fundamentales. Circunstancias estas que deben ser en cualquier caso, argumentadas y demostradas por quien las invoca.

En el caso presente, se impone para la Sala el deber de esclarecer si se está o no frente a un concurso aparente de delitos como lo pregona la defensa, a efecto así de dilucidar si se ha violado el principio del non bis in ídem.

Los delitos imputados, aceptados y por los cuales se ha condenado a JUAN DIEGO, aunque en forma continuada, son los previstos en el artículo 269 A del C. Penal, denominado “Acceso abusivo a un sistema informático”, prescribe lo siguiente: “El que sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o no con una medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, incurrirá...”.

*Acceso abusivo a un sistema informático este que punitivamente se agrava conforme lo disponen los numerales 1º y 3º del artículo 269H, esto es por haberse cometido: “**sobre redes o sistemas informáticos** o de comunicaciones estatales u oficiales o **del sector financiero, nacionales o extranjeros**” y “Aprovechando la confianza depositada por el poseedor de la información o por quien tuviere un vínculo contractual con este”.*

*Como en los artículos 239, 240 numeral 4º, 241 numeral 2º y 267 del C. penal, que tratan del hurto calificado por haberse cometido “... **violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes**”, agravado penalmente y en forma específica porque el agente lo cometió “aprovechando la confianza depositada por el poseedor de la información o por quien tuviere un vínculo contractual con este”; A la vez que igualmente se agrava ese hurto calificado por haberse cometido “Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

Tenemos entonces que la conducta realizada por el agente ha sido la de haberse apoderado con varias acciones de una suma considerable de dinero, violando o superando para ello seguridades electrónicas, pues aprovechó que tenía acceso al sistema informático protegido del banco de occidente dado el vínculo contractual que lo unía con esta entidad (por lo cual tenía clave de acceso a cuentas de ahorro de los clientes) y la confianza de sus compañeros de trabajo que desempeñaban similar labor.

Es decir, que para realizar tal apoderamiento de las sumas dinerarias en cuantía superior a los cien salarios mínimos legales mensuales, el agente, aprovechando la confianza que se le tenía por el poseedor o propietario, accedió sin autorización o por fuera de lo acordado en su contrato al sistema informático protegido con medidas de seguridad (claves) del banco de occidente, y concretamente a las cuentas de algunos de sus clientes.

En otras palabras, ese acceso abusivo a un sistema informático protegido, aprovechándose de la confianza depositada por el poseedor de la información o por quien tenía un vínculo contractual con este, no son más que las circunstancias que precisamente califican y agravan específicamente el apoderamiento de la cosa mueble ajena por parte del imputado JUAN DIEGO DAZA OCAMPO; de ahí que al sancionarlo doblemente por tales comportamientos que califican y agravan el hurto,

se viola indiscutiblemente, como lo asevera la defensa, el principio del non bis in ídem. Pues jurídicamente no se debe autónomamente endilgar el punible previsto en el artículo 269 A con la agravante del numeral 3º del artículo 269 H, cuando a su vez igualmente se imputa la comisión de un delito de hurto calificado (por cometer el apoderamiento violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes –accediendo a un sistema informático protegido-, el cual es además agravado por el aprovechamiento de la confianza del dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente. Dado que las conductas y circunstancias descritas en ese artículo 269 A y 269 H numeral 3º se absorben en la descripción más amplia o de mayor riqueza descriptiva con la que se regula el delito de hurto calificado agravado al que hemos hecho referencia.

En fin, estima la Sala, que el concurso de estos punibles se excluye, en razón a la absorción del contenido típico de una o varias normas (artículos 269 A y 269 H numeral 3º del C. Penal, en otras de mayor gravedad y riqueza descriptiva (artículos 239, 240 numeral 4º, 241 numeral 2º y 267 numeral 1º del C. Penal).

En tal sentido, se hace necesario traer a colación la referencia histórica que se ha venido haciendo en nuestra jurisprudencia, como en el congreso en relación a la creación del tipo penal previsto en el artículo 269 A del C. Penal, como de la normativa que regula esos nuevos delitos que hacen parte del mismo título VII BIS en que el mismo se encuentra regulado, denominado “DE LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS”.

1. 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 Cámara⁶- 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

⁶ Cuyo ponente fue el doctor GERMÁN VARÓN COTRINO.

interceptación de comunicaciones»⁷ 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 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

⁷ 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.

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.⁸ (Subrayas no originales).

Posteriormente, surgió una **segunda** iniciativa legislativa –Proyecto de Ley No. 123 de 2007 Cámara⁹-, con fundamento en un proyecto elaborado por un juez de la República¹⁰ 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 pública¹¹, 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 Senado¹², dando lugar a la proposición de crear un 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 I¹³ 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

⁸ Gaceta del Congreso No. 355 del 30 de julio de 2007, Exposición de Motivos, p. 39-40.

⁹ Cuyos ponentes fueron los doctores CARLOS ARTURO PIEDRAHITA y LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO.

¹⁰ ALEXANDER DÍAZ GARCÍA, Juez Segundo Promiscuo Municipal de Rovira.

¹¹ 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.

¹² Gaceta del Congreso No. 528 del 18 de octubre de 2007, Informe de ponencia para primer debate en Cámara.

¹³ 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).

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 normatividades que terminan por no ser aplicadas o, si lo son, de una manera deficiente»¹⁴ 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»¹⁵.

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»¹⁶ 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, entrándose de la violación de reserva industrial o comercial.

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 sede¹⁷ 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 última ratio y a la consecuente imposibilidad de dispensar una pronta y cumplida justicia; y a la importancia de

¹⁴ Gaceta del Congreso No. 528 del 18 de octubre de 2007, Informe de ponencia para primer debate en Cámara, p. 4.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Cfr. Gaceta del Congreso No. 528, Informe de Ponencia para primer debate en Cámara, p. 3.

¹⁷ A cargo del doctor PARMENIO CUELLAR BASTIDAS.

acudir a los conceptos de «esencias y fenómenos»¹⁸ 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»¹⁹ pues «preexisten tipos que genéricamente recogen la esencia del comportamiento a reprimir»²⁰.

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 superando seguridades electrónicas u otras semejantes. En consecuencia, no es correcto recalcar la relación ya existente.»²¹

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»²².

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 comercial²³- 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

¹⁸ Cfr. Gaceta del Congreso No. 275 del 22 de mayo de 2008, Informe de ponencia para primer debate en Senado, p. 2.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Cfr. Gaceta del Congreso No. 93 del 26 de febrero de 2009. Intervención del senador JOSÉ DARÍO SALAZAR CRUZ, p. 7.

²³ Gaceta del Congreso No. 953 del 19 de diciembre de 2008.

se atentara contra el patrimonio 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»²⁴, 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.

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 10. 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.

²⁴ Cfr. Gaceta del Congreso No. 77 del 25 de febrero de 2009. Intervención del senador OMAR DE JESÚS FLÓREZ VÉLEZ, p. 57.

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 ibídem.

2. 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 unisubjetivo²⁵- 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.

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, dirige 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

²⁵ Porque, respectivamente, no requiere una calidad especial en el sujeto ni que sea ejecutado, como condición indispensable, por varios individuos.

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.

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

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.”²⁶

La aceptación de este bien jurídico intermedio²⁷ 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,²⁸ 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.²⁹

²⁶ Lecciones de Derecho, 1993, p. 34 ss.

²⁷ 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.

²⁸ Mata y Martín. Bienes jurídicos intermedios, 1997, p. 58.

²⁹ Galán Muñoz, El fraude, 2005, p. 198.

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

Al tenerse al delito de hurto por medios informáticos y semejantes como un delito protector de valores supraindividuales, su estructura ha de consistir en que la conducta se encamina a causar la inmediata lesión de un bien jurídico de naturaleza individual (el patrimonio), y ocasiona, además la mediata y abstracta puesta en peligro de otro bien jurídico de naturaleza colectiva (el correcto funcionamiento de los sistemas de información y datos).³⁰³¹

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 autorización³².

Así pues, que como antes lo aseveramos, es claro que el imputado con las conductas cometidas, si bien afecta el bien jurídico de la Información y los datos, también afectó el bien jurídico del patrimonio, cual es realmente el interés superior protegido de manera directa.

Es decir, que en este caso en concreto es indiscutible, atendiendo a la forma o circunstancias modales en que se llevara a cabo el ilícito apoderamiento de la cosa mueble ajena, que se está, acorde con la nueva normativa penal, incurso en la comisión continuada de un punible pluriofensivo, atentatoria principalmente, pues esa es la finalidad del proceder criminal, del patrimonio económico, a través de la afectación del bien jurídico de la información y de los datos, medio empleado para lograr el fin.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² CSJ, SP. Sentencia 1245-2015, radicado 42724, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

De ahí, que sea excluyente en casos como estos, el concurso entre los punibles previstos en el artículo 269 A y el 269 I, pues el último contiene en forma específica la conducta prevista en el primero, es decir que lo subsume o absorbe. Tal como acontece respecto al artículo 269 A en relación al tipo penal complejo previsto en los artículos 239, 240.4 y 241.2, en cuanto en este último (el hurto calificado agravado) se tiene como medio para la comisión de la conducta principal, lo dispuesto como delito en el citado artículo 269 A. Es decir, que como bien lo afirma el impugnante, en casos como estos se está es frente a un concurso aparente de delitos, por lo que endilgar responsabilidad sobre ambos conlleva vulneración del non bis in ídem.

*Así entonces, que al ser sólo responsable el imputado de la comisión de un delito continuado de hurto calificado agravado -específica y genéricamente-, la pena a imponer siguiendo la dosificación ajustada a la legalidad llevada a cabo por el a-quo, partiría de 192 meses de prisión, a los cuales por allanamiento cargos al deducirle un 50%, queda la pena que se impone a JUAN DIEGO DAZA OCAMPO, **en 96 meses de prisión**, y la pena accesoria de la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término a la privativa de la libertad.*

Como es lógico, al quedar subsumido el punible de Acceso Abusivo en sistema informático agravado en el delito continuado de hurto calificado agravado -específica y genéricamente-, la pena de multa deja de imponerse.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: *Modificar la sentencia impugnada, en el sentido de declarar penalmente responsable a JUAN DIEGO DAZA OCAMPO, como autor de la conducta punible en forma continuada de Hurto calificado agravado -específica y genéricamente-, previsto en los artículos 239, 240.4, 241.2, 267.1 y parágrafo del 31 del C. Penal*

SEGUNDO: *En consecuencia, la pena principal por la cual se condena a JUAN DIEGO DAZA OCAMPO, es la de NOVENTA Y SEIS (96) MESES DE PRISIÓN.*

TERCERO: La pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas que se le impone al condenado DAZA OCAMPO, será sólo por el nuevo término de la pena privativa de la libertad.

CUARTO: Dejar sin efecto el numeral cuarto de la sentencia impugnada.

QUINTO: En todo lo demás se confirma en su integridad la sentencia impugnada.

SEXTO: Esta sentencia se notifica en estrados, y contra la misma sólo procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

**RELEVANTE
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M. PONENTE	: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
ACTA DE APROBACIÓN	: 070/ 2 DE JUNIO DE 2017
RADICADO	: 05-00-16000-248-2012-02786
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 2 DE JUNIO DE 2017
DECISIÓN	: FALLO ABSOLUTORIO
DELITOS	: FRAUDE PROCESAL, OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO, FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO AGRAVADA POR EL USO

DESCRIPTOR

- TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO EN AUDIENCIAS PRELIMINARES IRRETRACTABILIDAD. ASPECTOS MÍNIMOS QUE DEBE VERIFICAR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO FRENTE A LA ALEGACIÓN PREVIA DE CULPABILIDAD. JURISPRUDENCIA. / IRREGULARIDADES INSUBSANABLES EN CASOS DE ACEPTACIÓN TEMPRANA DE CARGOS. JURISPRUDENCIA / IRRETRACTABILIDAD DEL ALLANAMIENTO. JURISPRUDENCIA / NULIDAD POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. JURISPRUDENCIA / ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO AGRAVADO. CONSAGRACIÓN LEGAL / DOBLE DESVALORACIÓN DE LA CONDUCTA ENDILGADA VIOLA EL NON BIS IN IDEM / ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PROYECTO LEGISLATIVO / MODELO TÍPICO. CONSAGRACIÓN LEGAL / ELEMENTOS ESTRUCTURALES DESDE LA DOGMÁTICA PENAL / BIEN JURÍDICO TUTELADO. JURISPRUDENCIA.

RESTRICTOR

- Luego de que el Juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena.

- El juez de conocimiento no es un simple fedatario, al adelantar la audiencia de individualización de la pena y sentencia le compete vigilar que en la tramitación ante él surtida se respeten las garantías, debiendo examinar que la aceptación de cargos esté exenta de vicios, no desconozca derechos fundamentales y que exista un mínimo de prueba que permita inferir razonablemente la tipicidad de la conducta imputada al procesado, y que su autoría o participación en ella proviene clara. Si su evaluación arroja resultados negativos, deberá invalidar el acto de aceptación temprana de

responsabilidad, procediendo a adelantar el trámite ordinariamente, esto es, como si no hubiese existido aquella.

- El principio de “irretractabilidad” comporta la prohibición de desconocer el convenio realizado en forma directa o indirecta, por lo que debe el juez proceder a dictar la respectiva sentencia, a menos que se advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, debiendo proceder a anular el acto procesal respectivo, en caso de ser la irregularidad insubsanable, evento en el cual no puede predicarse que operó una retractación o arrepentimiento, y esta procederá en cualquier momento de la actuación.

- Jurídicamente no se debe endilgar autónomamente el punible previsto en el artículo 269 A con la agravante del numeral 3º del artículo 269 H, cuando a su vez igualmente se imputa la comisión de un delito de hurto calificado, por cometer el apoderamiento violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes –accediendo a un sistema informático protegido-, el cual es además agravado por el aprovechamiento de la confianza del dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente; ello resulta violatorio del principio non bis in ídem.

- 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.

- El modelo típico del hurto por medios informáticos es de naturaleza claramente subordinada y compuesta, de remisión al de hurto simple, tomando además de la agravante la pena a imponer. 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 del cual extrae el contenido normativo y descriptivo. Conducta por demás de ejecución instantánea.

- Este delito es pluriofensivo; protege el interés superior resguardado de manera directa cual el patrimonio económico, entendido como ese conjunto de derechos y obligaciones, susceptible de ser valorado en términos económicos, más concretamente, en dinero. 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.