



**DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**  
**SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, lunes, quince de marzo de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0025 del ocho de marzo de dos mil veintiuno

**Magistrado Ponente**  
**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por el defensor, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 30 de julio de 2020 por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual condenó al acusado SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE a la pena principal de setenta y tres (73) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, por hallarlo responsable del delito de HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS en concurso con CONCIERTO PARA DELINQUIR.

## **1. ANTECEDENTES**

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así por la primera instancia:

*"SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE aceptó que se concertó con otras personas para cometer delitos de hurtos, y que entre los meses de diciembre del año 2015 y noviembre de 2016, en asocio con esas personas, abordaba a usuarios del sistema financiero en el momento en que se encuentran realizando una transacción en cajeros electrónicos y a través de engaños, hacía que el usuario digitara su clave para visualizarla, se hacían a la tarjeta con la modalidad de cambio o clonación, y posteriormente retiraban el dinero de la víctima y se apropiaban del mismo; lo ocurrió en las siguientes ocasiones:*

*1.Lugar de los hechos, cajero de AV. Villas de la América, denunciante Luis Eduardo Bedoya Suarez, el 18 de diciembre de 2015 a las 19:00 horas; con la modalidad de cambio de tarjeta le hurtan la suma de \$660.000.*

*2.Lugar de los hechos, cajero de AV. Villas de parque Berrio; denunciante, Sonia Marleny Goez Valle, el 3 de mayo de 2016 a las 17:10 horas; con la modalidad de cambio de tarjeta le hurtan la suma de \$400.000.*

*3.Lugar de los hechos, cajero ATH, sector Calasanz; denunciante Gustavo Adolfo Zapata Camargo, el 20 de octubre de 2016 a las 14:30 horas; con la modalidad de cambio de tarjeta le hurtan la suma de \$1.000.000.*

*4.Lugar de los hechos, cajero AV. Villas, ubicado en la carrera 46 con calle 46 sector Centro; denunciante Luz Adelaida Vargas Restrepo,*

*el 1º de julio de 2016 a las 11:20 horas, con la modalidad de cambiazo de tarjeta le hurtan la suma de \$500.000.*

*5.Lugar de los hechos, cajero del Banco Popular en el centro comercial Punto de la Oriental; denunciante, María Ubiel Ortiz Fernández; el 4 de noviembre de 2016 a las 11:00 horas, con la modalidad de cambiazo de tarjeta le hurtan la suma de \$6.557.000.*

*6.Lugar de los hechos, cajero Banco de Bogotá, sector Junín; denunciante Luis Gonzalo Ardila Dávila; el 12 de julio de 2016 a las 10:45 horas, con la modalidad de cambiazo de tarjeta le hurtan la suma de \$1.827.000.*

*7.Lugar de los hechos, cajero Banco de Bogotá ubicado en la calle 44 con carrera 86; denunciante Mary luz Fernández Uribe; el 15 de agosto de 2016 a las 13:00 horas, con la modalidad de cambiazo de tarjeta le hurtan la suma de \$300.000.*

*8.Lugar de los hechos, cajero Banco de Bogotá sector la América; denunciante, Pedro Celestino Córdoba Ibarguen; el 15 de noviembre de 2016, con la modalidad de cambiazo de tarjeta le hurtan la suma de \$522.000.”*

En diligencias preliminares realizadas el 07 de febrero de 2020 ante la Juez Treinta y Dos Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscalía le formuló imputación al señor SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE por la autoría del delito de hurto por medios informáticos (8 eventos) en concurso heterogéneo con concierto para delinquir, cargo que fue aceptado unilateralmente por el imputado. En la misma audiencia se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

El 27 de marzo siguiente se radicó escrito de acusación con allanamiento y la verificación del mismo se llevó a cabo el 22 de julio de esa anualidad en el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, diligencia en la cual dicha aceptación unilateral de cargos fue verificada y aprobada por el fallador de primera instancia y en ese mismo espacio procesal se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. Finalmente, el 30 de julio pasado se dio lectura a la sentencia anticipada, decisión que es objeto de impugnación por parte del defensor en lo referente a la negativa de la prisión domiciliaria.

## **2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

En punto de la controversia, el sentenciador de primera instancia negó al señor SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria argumentando que ello obedecía a la expresa prohibición contenida en el artículo 68A del código penal, y que aunque el defensor allegó al despacho historia clínica en la cual da cuenta que el condenado puede estar sufriendo una enfermedad grave, lo cierto es que la incompatibilidad para descontar la pena en un centro de reclusión debe estar avalada de manera expresa por medicina legal y ese trámite no se surtió en la presente actuación, sin perjuicio de que dicha solicitud se pueda elevar posteriormente ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

De igual manera indicó el a quo que denegaba la solicitud de prisión domiciliaria transitoria prevista en el Decreto 546 de 2020, toda vez que los delitos por los cuales es procesado

SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE se encuentran excluidos de dicha posibilidad, conforme a lo previsto en su artículo 6°.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.**

**El señor defensor** inició aclarando que si bien hizo alusión a la extrema y delicada situación que atraviesa la población carcelaria en todo el país a consecuencia del COVID 19, lo cierto es que el motivo por el cual solicitó el beneficio de la prisión domiciliaria para su prohijado, y por el cual interpuso el recurso de apelación, no es otro que por encontrarse satisfechos los requisitos objetivos y subjetivos que para tal efecto exige el artículo 38B del código penal, en armonía con el artículo 314 del código de procedimiento penal.

Ahora, específicamente sobre su inconformidad, adujo el recurrente que en este evento se cumplen a satisfacción todas las exigencias consagradas para el otorgamiento de la prisión domiciliaria, pues la pena impuesta no supera los ocho años de prisión, ninguno de los dos delitos por los que fue condenado el señor AGUAS BUSTAMANTE se encuentra enlistado en el artículo 68A del código penal, está demostrado el arraigo familiar y social del procesado, y éste no cuenta con antecedentes penales dentro de los últimos cinco años, aun cuando este último no es un requisito exigido por el subrogado deprecado.

Continuó anotando que es en el punto relacionado con el numeral 2° del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 en donde debe centrarse el análisis y la reflexión, como quiera que si bien en un principio podría pensarse que el delito de hurto por medios

informáticos y semejantes podría estar excluido del beneficio de la prisión domiciliaria por asimilarse o tratarse de un delito de hurto calificado, el cual sí tiene prohibición expresa para el otorgamiento del reclamado beneficio, finalmente ninguna cabida ni aceptación tendría una interpretación en este sentido, que de darse resultaría a toda luces errada, odiosa y restrictiva.

Expresó que aunque el artículo 269I del código penal señale que quien *“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...incurrirá en las penas señaladas en el artículo 240 de este código”*, no puede desde ningún punto de vista afirmarse que dicho delito es uno más de los del hurto calificado, ni tampoco que está incluido dentro de la calificante consagrada en el numeral 4º de esta última norma, concretamente en lo atinente a su comisión *“...violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes”*.

Y que la razón para llegar a la anterior afirmación es simple y se infiere del hecho de que el hurto por medios informáticos y semejantes -consagrado en el artículo 269I del código penal- es un tipo penal autónomo e independiente, constituyéndose en una norma que reenvía al artículo 240 de su misma obra solamente para efectos de la pena, más de ningún modo en lo que respecta a la modalidad y naturaleza delictiva, pues si el espíritu del legislador hubiese sido considerar este delito como un hurto calificado más no habría creado un nuevo tipo penal para combatirlo sino que simplemente se hubiera encajado la conducta cometida por este medio dentro del aludido numeral 4º del artículo 240 ibídem.

Finalizó exponiendo que una razón más que lleva a concluir lo afirmado en precedencia la constituye el hecho de que en el artículo 6º del reciente Decreto 546 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional para evitar la propagación del COVID19 en los establecimientos carcelarios, están enlistados de manera independiente los punibles de hurto por medios informáticos y hurto calificado dentro de las exclusiones para la aplicación de dicho decreto, resaltando que de haberse considerado que el primero de estos delitos quedaba incluido automáticamente dentro del segundo, no se habría relacionado de manera individual.

De conformidad con lo anterior, deprecó el recurrente que se revoque el fallo impugnado en el sentido de otorgarle al señor SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE el beneficio de la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria impuesta por el juez de primera instancia.

#### **4. CONSIDERACIONES**

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. En razón de la limitación temática de la segunda instancia sólo examinaremos el único punto del disenso y es el relacionado con la negativa del a quo de conceder la prisión domiciliaria al señor SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE.

Al respecto, tenemos que la normatividad que se ocupa de la materia, esto es, el artículo 38B del código penal,

consagra que la prisión domiciliaria podrá ser concedida por el Juez siempre que concurren los siguientes presupuestos: *I) Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos; II) Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000; III) Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo; y IV) Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el mismo.*

Y fue con fundamento en el segundo requisito que el a quo le negó al señor AGUAS BUSTAMANTE la prisión domiciliaria, pues aunque la argumentación no fue muy profusa frente a este aspecto, en la sentencia de primera instancia se estableció que *“No proceden la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria de los artículos 63 y 38 del CP, por ausencia de los elementos objetivos y de (sic) toda vez que no se acreditó su condición de padre cabeza de familia o enfermedad grave, por expresa prohibición del artículo 68 A del CP, ley 1773 de 2016, art.4...”,* sin embargo, como ya se dijo, no se especificó la razón por la cual dicha exigencia no se encontraba cumplida en este evento.

Recordemos que el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 consagra la prohibición legal de conceder subrogados penales cuando (i) el procesado ha sido condenado por delito doloso dentro de los cinco años anteriores; (ii) y también a quienes se les esté emitiendo juicio de reproche penal por la comisión de alguna de las

conductas delictivas que se encuentran enlistadas en el inciso segundo de dicho apartado normativo.

Pues bien, de conformidad con lo anterior se descenderá al caso sometido a estudio en aras de comprobar el cumplimiento de las exigencias legales para conceder la prisión domiciliaria y en ese sentido tenemos que la pena impuesta al señor SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE fue de seis (6) años y un (1) mes de prisión, por lo que la primera exigencia se encuentra satisfecha.

Ahora, el procesado fue condenado por la autoría de los delitos de hurto por medios informáticos y semejantes en concurso heterogéneo con concierto para delinquir (artículos 269-I y 340 del código penal), punibles que no se encuentran dentro del listado contenido en el artículo 68A ibídem, deducción que se obtiene de la simple lectura de la norma en cuestión y por tanto no se hace necesario entrar a analizar los presupuestos expuestos por el censor en torno a la calidad de delito autónomo e independiente del que goza el punible contenido en el artículo 269-I, que se encuentra ubicado dentro del capítulo II del título VII BIS "De la protección de la información y de los datos", pues, se insiste, el catálogo de conductas punibles frente a las cuales opera la prohibición legal de conceder subrogados penales es taxativa y no permite hacer interpretaciones extensivas o por remisión, máxime cuando el a quo no planteó que fuera en razón del delito de hurto por medios informáticos que negaba la prisión domiciliaria, es más, nada aclaró el juzgador frente a este tópico ya que tan solo hizo una mención general del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Respecto a la tercera exigencia la Sala considera que se encuentra demostrado el arraigo familiar y social del señor SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE en tanto que en la individualización de la pena y sentencia la delegada de la Fiscalía aclaró que éste es hijo de JULIO AGUAS y BERTILDA BUSTAMANTE, reside en la vivienda ubicada en la calle 34 B N° 113F-93 del barrio Belencito en el municipio de Medellín y que su oficio es transportador.

Y frente al último requisito exigido y que tiene que ver con que el cumplimiento de las obligaciones legales adquiridas para disfrutar de la prisión domiciliaria debe ser garantizado mediante caución y la suscripción de la respectiva diligencia de compromiso, se tiene que la verificación de dicho requerimiento quedaría a cargo de la judicatura.

Entonces, constituyó un error del Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín indicar que la concesión de la prisión domiciliaria no procedía por expresa prohibición del artículo 68A del código penal cuando en realidad ninguno de los dos delitos por los cuales fue condenado el señor AGUAS BUSTAMANTE hacen parte de dicha restricción, adicionalmente porque éste tampoco registra antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores, tal y como lo aseveró la delegada de la Fiscalía en la audiencia de individualización de la pena.

Así las cosas, claramente se observa que el condenado tiene derecho a la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria ya que cumple con los requisitos del artículo 38B del código penal, pues la pena mínima individualizada en este caso específico no excede los 8 años de prisión; no se demostró que

registre antecedentes penales y los delitos por los cuales se le profirió juicio de reproche no están contenidos en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000 y fue demostrado el arraigo familiar.

Por último, en relación con la garantía de caución deberá prestarla por un (1) salario mínimo legal mensual vigente con el cual garantizarán el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 4º del artículo que regula el beneficio estudiado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **FALLA**

**REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de julio de 2020 por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín y en su lugar **CONCEDER** al condenado SAMUEL AGUAS BUSTAMANTE el subrogado penal de la prisión domiciliaria que regula el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, lo que garantizará con caución prendaria por un (1) salario mínimo legal mensual vigente y suscripción de diligencia compromisoria.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado



**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado