

Proceso No 20785

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 003

Bogotá D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil seis (2006).

V I S T O S

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de ROBERTO ANTONIO GUTIÉRREZ AGUIRRE contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida el 12 de noviembre de 2002, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 19 de septiembre de esa anualidad, en la que lo condenó a la pena principal de 42 meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de perjuicios, como coautor de las conductas punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

H E C H O S

El juzgador de segundo grado los reseñó así:

“... en la mañana del 18 de enero del año en curso (2002), sujetos haciéndose pasar por empleados encargados de reparaciones telefónicas penetraron a la residencia de la señora ROSA SILVA BUITRAGO con el objeto de desposeerla de sus bienes y ante la llamada angustiosa de la citada, los vecinos y personal del lugar, intervinieron oportunamente

dando lugar a que fueran aprehendidos y hallados en su poder algunos objetos producto de la acción llevada a cabo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el informe policial, la Unidad de Fiscalía Delegada de Delitos contra la Salud y otros, el 19 de enero de 2002, declaró la apertura de la instrucción.

Escuchados en indagatoria, entre otros, Roberto Antonio Gutiérrez Aguirre, el 25 de enero de 2005 le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por las conductas de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Ante petición elevada por los procesados Justo Pastor Torres Castillo y Roberto Antonio Gutiérrez Aguirre, el 4 de septiembre de 2002, se celebró la diligencia de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada, en la que de manera libre y voluntaria los aceptaron.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, el 19 de septiembre de 2002, dictó sentencia de primera instancia, en la que condenó a Roberto Antonio Gutiérrez Aguirre y Justo Pastor Torres, a la pena principal de 42 meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción principal y al pago de perjuicios morales por cuantía equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como coautores de las conductas punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Apelado el fallo por el procesado Justo Pastor Torres Castillo y el defensor de Roberto Antonio Gutiérrez Aguirre, el Tribunal Superior de Pereira, al desatar el recurso, el 18 de noviembre de 2002, lo confirmó en su integridad y negó la petición de la defensa de otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena por el factor objetivo y la

prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión por el factor subjetivo.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de Roberto Antonio Gutiérrez Aguirre, al amparo de la causal primera de casación, presenta dos cargos contra la sentencia del Tribunal cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo

Acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 27 y 269 del Código Penal.

En lo que llamó “Desarrollo de la causal invocada”, luego de copiar el artículo 27 del Código Penal, de exponer que estamos en presencia de una sentencia anticipada y que no es posible debatir las pruebas en sede de casación, argumenta que no es lo mismo que al autor se le sorprenda cometiendo un comportamiento en estado de flagrancia que no estándolo. En el presente supuesto, continúa, el iter críminis no había culminado “y cuando tocaron la puerta, los intrusos lo único que pensaron en huir, sin posibilidades de hacerlo. Además, qué posibilidad tenían de hacerlo, si ya los estaban esperando con armas de fuego en la calle? Ninguna y en tal evento, la seguridad de las cosas siempre estuvo de parte de la ofendida, quién no solo demostró valor cuando gritó sino de los vecinos quienes impidieron que se consumara la acción. Tal acontecer no puede ser sino una tentativa, con mayor acercamiento al momento consumativo. Los dólares y el reloj, hallados cuando aquél huía, cuando los demás seguramente pensaban en cosas de superior valor, no pueden llevarnos a creer que por ello se ha consumado la infracción”.

Acota que el artículo 61 del Código Penal estatuye que para efecto de determinar la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al

momento consumativo sin contar si hubo o no aprovechamiento y el desplazamiento de lo pretendido hurtar por fuera de la esfera y dominio del ofendido.

En esas condiciones, el artículo 27 del Código Penal se dejó de aplicar, aspecto que afectó a su defendido en la dosificación de la pena.

A continuación pasa a informar que el sentenciador no aplicó el artículo 269 del Código Penal, habida cuenta que la tasación de perjuicios que hizo el perito fue aceptada por la ofendida en la declaración que rindió en el proceso y no obstante no se le hizo la rebaja de pena correspondiente.

Segundo cargo

Acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 55.1, 55.6, 59, 60 y 61 del Código Penal.

Acota que para graduar la pena debe tenerse lo estatuido en los artículos 55. 1º y 6º, 59, 60 y 61, “pues las circunstancias de atenuación y agravación punitiva son apenas, unos de los varios criterios establecidos en la ley para dosificación de la pena. Al lado de ellos, se encuentran como otros factores de regulación de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente”.

Anota que la fijación del mínimo de pena opera cuando solamente concurren circunstancias de atenuación punitiva y siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el Art. 61 del C. Penal.

Se pregunta ¿ qué sucede, como en este evento, en tratándose del hurto frustrado, cuando el desplazamiento de los ínfimos elementos no correspondían a un provecho sino de huir de sus captores? o, cuando no se tuvo en cuenta el peritaje de daños materiales y morales, que fue aceptada por la ofendida, o, cuando el valor de lo

supuestamente hurtado fue mínimo?. Por ello, de donde tenía que partir la graduación de la pena.

Insiste que no se tuvo en cuenta la rebaja de pena consagrada en el artículo 268 del Código Penal, puesto que el juzgador agravó la situación del procesado, “cuando de una vez estableció los topes máximos y mínimos sobre los cuales radicó la pena, sin considerar que la ley le mandaba a regularse por lo que ya estaban establecidos en la norma”.

Acota que se realizaron los incrementos punitivos luego de haber agravado sin razón alguna la penalidad con los argumentos que la calificación que el delito ofrecía así lo imponía, por lo que se aplicó indebidamente dichas normas y, al mismo tiempo, dejó de aplicar los artículos 55.1°.5°. y 6°, 59, 60, 61 y 268 del Código Penal, que también condujo a que se vulnerara el contenido del artículo 63 del Código Penal.

Por lo expuesto, deprecia a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, “para que se reforme el punto primero en el sentido de que la pena para mi procurado debe oscilar entre 18 y 24 meses de prisión, así mismo los puntos segundo y tercero deben seguir los parámetros de la pena principal y el punto cuarto de la parte resolutive de la sentencia que confirmó la Honorable Sala del Tribunal Superior de Pereira, se reforme concediendo a mi procurado como consecuencia de la nueva tasación de la pena que se haga, el subrogado comprendido en el Art. 63 del C.P. sobre la suspensión de la ejecución de la pena, por reunir los requisitos exigidos para dicha concesión. Como coautor responsable de los delitos de hurto calificado y porte ilegal de armas en concurso y por las cuales se le dictó resolución de acusación. En cuanto a la duración de las penas accesorias será por el tiempo de duración de la pena principal”.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

PRIMERO DELEGADO PARA LA CASACIÓN PENAL

Primer cargo

En primer término considera el Procurador Delegado que el libelista incurrió en una imprecisión técnica al cuestionar los hechos, pues si se escoge la violación directa de la ley sustancial, el acontecer fáctico no es motivo de debate, porque el objeto del error en estos casos es exclusivamente normativo.

Así, estima que carece de fundamento que se pretenda una reducción punitiva a partir del desconocimiento de la evaluación de las pruebas, “de una nueva calificación del delito, y de la misma aceptación de los cargos por parte de los procesados, quienes reconocieron la comisión de los ilícitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal”.

Luego de copiar una porción del fallo atacado, manifiesta que la imputación hecha por la fiscalía y ratificada en la sentencia se ajusta a derecho, razón por la cual no hubo falta de aplicación del artículo 27 del Código Penal.

Respecto del artículo 269 del Código Penal considera que tampoco se equivocó el fallador, al negar la rebaja punitiva allí prevista, pues no se cancelaron los perjuicios morales, aspecto que encuentra pleno respaldo en el expediente.

Por lo expuesto, estima que el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo

Advierte que constituye un desatino técnico que se proponga la violación de diversas normas bajo un mismo capítulo. De igual manera, los argumentos que exhibe el casacionista más que demostrar un error, se limitan a reseñar sus contenidos.

Dice que el actor mezcla diversos aspectos, inclusive la rebaja de pena por reparación y

el beneficio correspondiente “por el mínimo valor de lo hurtado, son proposiciones que se apartan del sentido y objeto de la censura en sede del recurso extraordinario de casación”.

Así mismo, dice que el censor no advirtió que los jueces sí tomaron en consideración el valor de lo apropiado y la carencia de antecedentes penales para efecto de dosificación de la pena.

Así, deprecia a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

1. El defensor del procesado Roberto Antonio Gutiérrez Aguirre presenta dos reparos al interior del mismo cargo, así:

1.1. Estima que la conducta punible por la que fue condenado el citado procesado no se consumó, sino que por circunstancias ajenas a la voluntad de los procesados, los gritos de la víctima y la oportuna intervención de los vecinos, el iter críminis se quedó en la fase ejecutiva, debiéndose por lo mismo atribuir dicho punible en grado de tentativa y, por lo mismo, realizar la correspondiente disminución punitiva.

1.2. Como lo ha dicho la Corte, el interés jurídico para recurrir, en tratándose del instituto de sentencia anticipada, se encuentra limitado para los procesados y defensores a los temas de la dosificación de la pena, el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad y la extinción de dominio sobre bienes, de acuerdo con lo que prevé el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, de modo que resulta inadmisibles por falta de interés toda impugnación que tenga el definido propósito de plantear una retractación del acuerdo, salvo que se advierta una violación de derechos fundamentales.

Así, en la sentencia anticipada el procesado acepta la comisión del hecho y su responsabilidad respecto de los cargos que se le formulan, siendo tal admisión irrevocable. Renuncia al interés para impugnar la sentencia con fundamento en la negación de responsabilidad de los cargos que le fueron atribuidos en la diligencia de formulación y aceptación de los mismos.

Por consiguiente, la sentencia anticipada forma parte de los mecanismos político - criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia, a cambio de hacer menos gravosa la pena.

Empero, como quedó visto, esta facultad del Estado a favor del acusado no es gratuita, sino que se exige de parte de éste una contraprestación consistente en que debe reconocer la comisión de los hechos imputados y su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputaban en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal, optando por uno abreviado, previsto en la ley, y una sentencia inmediata, que sólo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por lo mismo, se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad, libremente aceptada.

En el evento que ocupa la atención de la Corte, resulta evidente que el 4 de septiembre de 2002, entre otros, al procesado Gutiérrez Aguirre se le formularon cargos por las conductas punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, que los aceptó, de manera libre y voluntaria, en presencia de su defensor.

En dichas circunstancias, resulta claro que el censor pretende retractarse de la aceptación de cargos que hizo el procesado de manera libre y voluntaria de la conducta punible de hurto calificado y agravado, en el sentido de que no fue consumado, sino en grado de tentativa.

En efecto, no se puede llegar a otra conclusión, cuando reclama, amparado en un posible error en la dosificación de la pena, la falta de aplicación del artículo 27 del Código Penal, toda vez que, a su juicio, su procurado no consumó dicha conducta punible al haber sido capturado por los vecinos de la casa de habitación de la víctima cuando huía de ese lugar.

En otras palabras, amparado en un posible error en la dosificación punitiva se aparta del cargo que contra el patrimonio económico aceptó el procesado de manera libre y voluntaria, al consignar que la conducta no se consumó sino que quedó en grado de tentativa, razón por la cual, dicho dispositivo amplificador del tipo debió tenerse en cuenta para efecto de imponer la pena privativa de la libertad.

Por consiguiente, el defensor, en este puntual aspecto, no tiene interés para recurrir la sentencia anticipada dictada en contra del procesado, pues con la impugnación se busca retractarse del cargo de hurto calificado y agravado que Roberto Antonio Gutiérrez Aguirre aceptó de manera libre y voluntaria.

En consecuencia, la Sala no abordará el estudio de fondo del reparo.

1.3. En lo atinente al segundo reparo, el defensor de Gutiérrez Aguirre acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 269 del Código Penal, pues, en su criterio, el procesado indemnizó los perjuicios ocasionados con la comisión de las conductas punibles atribuidas en la diligencia de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada.

1.3.1. Recuérdese que el artículo 269 del Código Penal contempla que el juez disminuirá las penas para los delitos que atenten contra el bien jurídico del patrimonio económico de la mitad a las tres cuartas partes, “si antes de dictarse sentencia de primera instancia o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

Frente a tal disposición la Corte puntualizó, en sentencia del 13 de febrero de 2003:

“-Se trata de un mecanismo de reducción de pena, no de una atenuante de responsabilidad. Por lo tanto, no incide en el término de prescripción de la acción penal ni en la determinación de la cantidad máxima de pena que hace procedente el recurso de casación.

“- La rebaja de pena no es facultativa del juez. Cumplido el supuesto fáctico, se aplica la consecuencia jurídica correspondiente sin que interese determinar el motivo que indujo a la restitución o indemnización, valoraciones subjetivas que no hacen parte de los requisitos consagrados en la ley.

“Si el objeto material del delito desaparece, se destruye o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, la exigencia legal se cumple si paga el valor o indemniza el perjuicio causado.

“-Si no se logra el apoderamiento del objeto material –como ocurre en la tentativa- o éste es recuperado por las autoridades, la rebaja opera si el responsable resarce los perjuicios causados con el hecho punible.

“-La reducción es extensiva a los copartícipes, aunque no necesariamente en la misma proporción dadas las particularidades que se deben observar en el proceso de dosificación de la pena.

“La estimación de perjuicios hecha por el ofendido sólo puede ser objetada por los demás sujetos procesales, de manera que si aquél no reclama por daño moral es porque lo consideró inexistente. Sin embargo, aunque el funcionario judicial no puede cuestionar la pretensión indemnizatoria, debe verificar que recoja el querer de la ley para que sea integral y se estime de manera razonada, no como consecuencia de una intervención rutinaria y superficial de la víctima del delito.

“-Su reconocimiento no concurre con circunstancias genéricas de menor punibilidad”¹.

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, es evidente que en el proceso obra experticia en la que se tasó el daño material en la suma de \$30.000 y en cuanto al daño moral, a juicio de la experta, “no es cuantificable pecuniariamente y por ello escapa a la regulación por medio de peritos. Por lo tanto, la perito no puede evaluar estos perjuicios”.

Del mismo modo, es bien cierto que en la diligencia de ampliación de declaración la señora Rosa Silva Buitrago inicialmente se mostró inconforme con la suma fijada en la experticia, de todos modos, posteriormente manifestó que se “acoge el avalúo y acepta el dinero consignado”.

En esas condiciones, teniendo en cuenta la manifestación de la víctima se advierte que ésta se encontró conforme con la tasación de perjuicios hecha por la perito, considerando que se habían indemnizado los perjuicios ocasionados con la infracción a la ley penal, al punto que con base en su dicho y con la consignación de la suma tasada por la experta, ante petición elevada por la defensa, el instructor, mediante providencia del 20 de febrero de 2002, concedió a los procesados la libertad provisional, con estricto apego en lo consagrado en el artículo 365, numeral 7°, de la Ley 600 de 2000.

Así, como se advirtió, la estimación de los perjuicios hecha por el ofendido sólo puede ser objetada por los demás sujetos procesales, evento que aquí no ocurrió.

Por consiguiente, resulta claro para la Sala que los juzgadores de instancia se apartaron, de manera incorrecta, de la estimación de los perjuicios hecha por la víctima, siendo esa la razón para predicar que los procesados no habían reparado, según lo preceptuado en el artículo 269 de la Ley 600 de 2000, y, por lo mismo, no tenían derecho a la rebaja de pena consignada en esta normativa, con claro menoscabo de sus derechos legales.

En otras palabras, los sentenciadores desconocieron la manifestación de aceptación hecha por la víctima de los perjuicios tasados por el perito, en donde fueron fijados en la suma de \$30.000 pesos, afirmando que los procesados no habían reparado integralmente los daños, habida cuenta que no cancelaron los perjuicios morales, que fueron fijados en el fallo de primera instancia y confirmado por el Tribunal, situación que riñe con los presupuestos del citado artículo 269 de la Ley 599 de 2000.

En consecuencia, el Tribunal adujo que los procesados no tenían derecho a la rebaja de pena consagrada en dicha norma y que por ello no procedía la misma. Con esta actitud desconocieron un beneficio al que tienen derecho los procesados, circunstancia que evidentemente se adecua al motivo de casación propuesto por el libelista y ante la correcta determinación y demostración del yerro, se adoptará la decisión que en derecho corresponda.

Así, este aparte del cargo está llamado a prosperar.

Segundo cargo

1. Acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 55.1, 55.6. 59, 60 y 61 del Código Penal, situación que, en su criterio, influyó en la dosificación de la pena y condujo a que se le impusiera una pena privativa de la libertad mayor a la que correspondía.

2. El censor no respetó los hechos que fueron declarados como probados en el fallo de primer grado, en razón de que parte de supuestos que no fueron reconocidos en la sentencia y que en algunos aspectos ponen en evidencia su falta de interés para recurrir a esta sede extraordinaria, como por ejemplo, cuando sostiene que el delito de hurto no fue consumado sino que el mismo se quedó en la fase ejecutiva del iter criminis, por las razones expuestas en precedencia.

De otro lado, el casacionista dejó la censura a mitad de camino, puesto que no enseñó a la Corte cómo el juzgador, al momento de elaborar el juicio de derecho, seleccionó, de manera indebida, los artículos 55.1, 55.6, 59, 60 y 61 del Código Penal.

Resulta también evidente para la Corte que el censor se muestra confuso en el planteamiento, al punto que se puede predicar que equivocó el sentido de la violación directa de la ley sustancial, habida cuenta que no es lógico que denuncie, entre otros, la aplicación indebida del artículo 55, numerales 1°2 y 6°3, cuando dichas circunstancias de menor punibilidad favorecieron al procesado en el proceso de determinación de la pena, pues, en determinados eventos, tal aspecto impone que el juzgador parta del primer cuarto dentro del ámbito de movilidad, al concurrir solamente éstas, como sucedió en este caso.

En síntesis, la mixtura de argumentos que presenta el libelista pone en evidencia que unos resultan contradictorios a los intereses procesales que representa y que indican su falta de interés para recurrir en esta sede, al reclamar la aplicación indebida de preceptos que favorecieron a su procurado en el proceso de determinación de la punibilidad y, en otras, depreca la aplicación de circunstancias que si fueron tenidas en cuenta en dicho proceso, como por ejemplo, el valor de lo apropiado y la carencia de antecedentes penales.

Ahora bien, encuentra la Corte que la determinación de la pena de los procesados no se ajusta a los parámetros legales, habida cuenta que la rebaja de pena consagrada en el artículo 268 de la Ley 599 de 2000, se hizo de manera incorrecta, puesto que se realizó luego de haberse determinado la sanción, cuando dicha preceptiva influía sobre los extremos punitivos, impropiedad que afectó los derechos de los procesados, habida cuenta que tal desacierto condujo a que se fijaran dichos extremos en suma mayor a la que realmente correspondía.

En efecto, el juzgador de primera instancia adujo que “siguiendo los parámetros contenidos

en los Artículos 59, 60 y 61 del Código Penal”, estimó que la pena para el delito más grave es la que correspondía a la conducta punible de hurto calificado y agravado, señalando el ámbito de movilidad de la siguiente manera: “el mínimo de, entre cincuenta y seis (56) y ochenta y siete (87) meses; los dos medios, entre ochenta y siete (87) y ciento cuarenta y nueve meses (149) meses; y el máximo, entre ciento cuarenta y nueve (149) y ciento ochenta (180) meses”.

Seguidamente, como lo anunció en las consideraciones del fallo, manifestó que en este evento sólo concurrían “circunstancias de menor punibilidad, la pena se ubicará en el cuarto mínimo, es decir, entre cincuenta y seis (56) y ochenta y siete (87) meses”.

Posteriormente, sostuvo que de acuerdo con el artículo 61 del Código Penal, teniendo en cuenta los “factores de ponderación y en este orden de ideas ha de relievase cómo la conducta desplegada por los señores GUTIÉRREZ AGUIRRE y TORRES CASTILLO, reviste connotaciones graves por cuanto como se advirtiera, no solo se asalta a una ciudadana inermes, sino que la misma es una persona de la tercera edad, población per se más vulnerable, solitaria en esa vivienda a la que se somete a tortuosos momentos, se le amenaza con arma y con ser encerrada, despojándola de ínfimos haberes, ocasionándole una inmensa zozobra, inminencia de un mal mayor, como lo es la pérdida de la vida, la que es colocada en riesgo con el uso de arma de fuego, aspecto que conduce a rotular de real la lesión irrogada. Por ello, en consecuencia, el comportamiento con base en este panorama, se estima revestido de connotaciones de gravedad, siendo la intensidad de su dolo, de innegable trascendencia, advirtiéndose un daño con una esfera de extensión amplia”.

En consecuencia, concluye que la pena a imponer es de 87 meses de prisión, suma a la que hay que disminuirle “una tercera parte en razón del valor de lo apropiado (artículo 268 de la Ley 599 de 2000) para un sub total de cincuenta y ocho (58) meses que se incrementarán en cinco (5) más, en razón al concurso, para un sub total

de pena de sesenta y tres (63) meses, que conforme lo ordena el artículo 40 de la codificación en cita, se disminuirán en una tercera parte, para un monto total de pena a purgar de cuarenta y dos (42) meses de prisión, para cada uno”.

Así, es evidente que la sanción impuesta a los procesados no fue correctamente determinada, motivo por el cual, la Sala casará el fallo impugnado, haciendo uso de la oficiosidad reglada en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, que se hará extensiva al sentenciado Justo Torres castillo, sujeto no recurrente, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 229 de la misma ley.

DETERMINACIÓN DE LA PENA Y OTRAS DECISIONES.

En virtud de la casación del fallo se hace indispensable entrar a determinar la pena teniendo en cuenta lo estatuido en los artículos 268 y 269 de la Ley 599 de 2000 y demás normas pertinentes para dosificar la sanción.

Recuérdese que los procesados en la diligencia de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada, aceptaron la comisión de las conductas punibles de hurto calificado y agravado (artículos 240, numeral 4°, inciso segundo, y 241 numerales 4° y 10 de la Ley 599 de 2000), y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones (artículo 365 de la Ley 599 de 2000).

En esas condiciones, como lo destacó el juez de primera instancia, la pena más grave es la señalada para el delito de hurto calificado y agravado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000. Veamos:

Con base en lo reglado en los artículos 240, numeral 4°, inciso segundo (que estatuye una de prisión de cuatro (4) a diez (10) años), 241 numerales 4° y 10 (al anterior guarismo se le debe realizar un incremento de una sexta parte a la mitad, que arroja un subtotal de cuatro (4) años y ocho (8) meses a quince (15) años), y 268 de la Ley 599 de 2000

(norma que contempla una rebaja de pena de una tercera parte a la mitad), quedando como extremo punitivo de 28 meses a 120 meses de prisión. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, el ámbito punitivo de movilidad es el siguiente: 28 meses a 51 meses (primer cuarto), 51 meses y 1 día a 74 meses (primer cuarto medio), 74 meses y 1 día a 97 meses (segundo cuarto medio) y 97 meses y 1 día a 120 meses (cuarto máximo).

Como quiera que el sentenciador sólo dedujo circunstancias de menor punibilidad, entre ellas, con estricto apego en lo estatuido en el artículo 55.1°, la carencia de antecedentes penales, resulta claro que sólo podía moverse dentro del cuarto mínimo, es decir, de 28 a 51 meses.

Del mismo modo, siguiendo los derroteros del juzgador de primera instancia y teniendo en cuenta los aspectos consagrados en el artículo 61, inciso 3°, de la Ley 599 de 2000, esto es, la mayor gravedad de la conducta y la intensidad del dolo, se concluye que la pena para la conducta punible de hurto calificado y agravado es de 51 meses de prisión, suma a la que hay que restarle la mitad por reparación (artículo 269 de la Ley 599 de 2000), dando como pena definitiva la de 25 meses y 15 días.

Respecto de la conducta punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal que describe el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, se sabe que los extremos de pena es de 12 meses a 48 meses. El ámbito de movilidad está circunscrito, así: 12 meses a 21 meses (primer cuarto), 21 meses y 1 día a 30 meses (primer cuarto medio), 30 meses y 1 día a 39 meses (segundo cuarto medio) y 39 meses y 1 día a 48 meses (cuarto máximo). Del mismo modo, como sólo concurren circunstancias de menor punibilidad, el sentenciador de igual manera sólo podía moverse en el primer cuarto, (12 meses a 21 meses) y con estricto apego en los aspectos en precedencia reseñados, la sanción para esta conducta punible sería de 21 meses.

Así, para efecto del concurso de delitos se debe partir de la pena más grave “aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas” (artículo 31 de la Ley 599 de 2000), que en este evento sería la conducta punible de hurto calificado y agravado.

Como quiera que el sentenciador de instancia fijó frente al delito de hurto calificado y agravado una pena de 58 meses, quantum al que le agregó 5 meses más por el punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, que representa un porcentaje del 8.62 %, es esa misma proporción la que debe tomarse ahora frente a los 25 meses y 15 días de pena que se impondrá por parte de la Corte, arrojando un incremento por razón del concurso delictual de 2 meses y 5 días.

En esas condiciones, dada esta redosificación la pena a imponer queda en 27 meses y 20 días, quantum al que se le resta una tercera parte, es decir, 9 meses y 6 días, por razón de la rebaja de pena por sentencia anticipada, de acuerdo con lo reglado en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, quedando como pena privativa de la libertad 18 meses y 14 días de prisión.

La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se fija en el mismo lapso, esto es, 18 meses y 14 días.

2. En esas condiciones, como quiera que la pena de prisión queda por debajo de 36 meses de prisión, procederá la Sala a estudiar los presupuestos formales a fin de verificar si se cumplen o no para suspender la ejecución de la pena, según el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, anunciando desde ya que los procesados no se hacen acreedores a dicho mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

En efecto, la suspensión condicional de la ejecución de la pena es procedente cuando ésta sea de prisión que no exceda de 3 años, lo que, sin duda se cumple en este

evento (aspecto objetivo).

No sucede lo mismo con el aspecto subjetivo, es decir, que los antecedentes personales, familiares y sociales de los sentenciados, así como la modalidad y naturaleza de la conducta punible, permitan al juzgador suponer que no requieren tratamiento penitenciario, ya que analizados los hechos y las circunstancias en que ocurrieron los mismos se puede llegar a concluir que al aprovecharse de las particulares condiciones de la víctima, es decir, tratándose de una anciana, que vivía sola y que fue amenazada de causarle la muerte con un arma de fuego, denotó la presencia del irrespeto completo por los mínimos valores de convivencia social y civilidad, que permiten concluir la necesidad de la ejecución de la pena.

3. En cuanto a la condena de perjuicios morales impuesta a los procesados, de manera solidaria, por cuantía equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la Corte no les impondrá dicha obligación, pues, como quedó reseñado en precedencia, la víctima no reclamó daños morales por este evento, habida cuenta que mostró su conformidad con el dictamen efectuado por la perito que se abstuvo de determinarlos.

En otras palabras, con la manifestación hecha por la víctima en el sentido de que acepta el dinero consignado por los procesados y de esa manera da por reparado los perjuicios ocasionados con la comisión de la conducta punible, pone en evidencia que consideró como inexistente los perjuicios morales, no siendo del resorte del funcionario judicial entrar a cuestionar esa pretensión indemnizatoria.

En esas condiciones, no se condenará a los procesados apagar perjuicios por dicho concepto.

En lo demás, el fallo no sufre ninguna modificación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

1. CASAR, de una parte con base en el cargo propuesto por la defensa, y de otra, de oficio, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira. En consecuencia, imponer a los procesados Roberto Antonio Gutiérrez Aguirre y Justo Pastor Torres Castillo la pena privativa de la libertad de 18

meses y 14 días y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como coautores de las conductas punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

2. No condenar a los procesados ROBERTO ANTONIO GUTIÉRREZ AGUIRRE y JUSTO PASTOR TORRES CASTILLO al pago de perjuicios morales, conforme con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

3. No suspender la ejecución de la pena de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

4. En lo demás, la sentencia no sufre ninguna modificación.

5. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

En cita medica

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1. Rad. 15613.

2 La carencia de antecedentes penales.

3 Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible.