

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

SP2675-2019

Radicación n°51306

(Aprobado acta n°. 171)

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de Hilder Alfonso Rojas Rodríguez y Jeison Albeiro Montoya Rojas, contra la sentencia dictada el 1° de junio de 2017 por el Tribunal Superior de Medellín, que revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado 21 Penal Municipal con funciones de conocimiento de esa ciudad y condenó a los procesados como coautores del delito de hurto calificado y agravado en el grado de tentativa.

HECHOS

Según informe suscrito por el policial Yonathan Ahumada Collante, el 14 de febrero de 2016, a las 6 y 45 de la mañana, cuando se encontraba adelantando labores de patrullaje, fue informado sobre un hurto que se estaba cometiendo en el barrio Manrique de la ciudad de Medellín y al llegar al lugar encontró que la comunidad tenía acorralados a dos sujetos que se movilizaban en una moto Pulsar 135 color negro, de placa IHU 49C, identificados posteriormente como Hilder Alfonso Rojas Rodríguez y Jeison Albeiro Montoya Rojas,

quienes eran señalados por Alexander Contreras Arias de querer hurtarle su motocicleta Boxer 100, color negro, de placa LUZ 38D.

El denunciante, quien se dedica a labores de mensajería, explicó que cuando salió de su casa y vio que los implicados venían detrás de él en una moto, se corrió para darles paso, pero aquellos se le atravesaron y el parrillero se bajó y su compañero se quedó esperándolo más adelante. El sujeto cogió el manubrio de su rodante, le dijo que se bajara, lo tumbó al suelo y le dio un puño en la visera del casco. Entonces, llegó otro motociclista y un taxista que comenzaron a pitar, se activó una alarma de la esquina, el agresor subió a su moto pero no la pudo arrancar porque estaba con el cambio en tercera, por lo cual la sostuvo con fuerza de la parrilla y en ese momento llegó la policía y capturó a los dos sujetos.

Precisó que los rodantes no colisionaron y que el daño de su motocicleta fue ocasionado por las caídas que sufrió.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Al día siguiente, el Juzgado 13 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín impartió legalidad a la incautación de la motocicleta de placa IHU 49C, así como al procedimiento de captura de los indiciados, a quienes la Fiscalía formuló imputación por el delito de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa, previsto en los artículos 239, 240 inc. 2°, 241-10 y 27 del Código Penal, cargos que no aceptaron, y fueron afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia de cada uno y la obligación de portar un mecanismo de vigilancia electrónica¹, pero esta última orden fue revocada posteriormente por el Juez 17 de la misma categoría².

2. Radicado el escrito de acusación en los mismos términos³, su formulación se llevó a cabo el 25 de mayo de 2016 ante el Juzgado 21 Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín y, allí mismo, se le reconoció la calidad de víctima a Alexander Contreras Arias, quien tasó los perjuicios en la suma de \$255.000.00⁴.

3. La audiencia preparatoria se realizó el 5 de julio sucesivo⁵ y la de juicio oral en sesiones que iniciaron el 2 de agosto del mismo año⁶ y culminaron el 20 de octubre posterior con anuncio del sentido del fallo absolutorio y, consecuente con el mismo, en esa fecha, profirió sentencia a favor de los procesados⁷.

4. El 1° de junio de 2017, el Tribunal Superior de Medellín, al desatar el recurso de apelación incoado por la Fiscalía, revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, condenó a Hilder Alfonso Rojas Rodríguez y Jeison Albeiro Montoya Rojas como coautores del delito de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa.

Les impuso, cuarenta (40) meses de prisión y, por término igual, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al paso que les negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁸.

5. Recurrida en casación la anterior determinación por el defensor de los procesados, y admitido el libelo respectivo, el 3 de septiembre de 2018 esta Corporación llevó a cabo la correspondiente audiencia de sustentación⁹.

LA DEMANDA

Una vez el libelista identifica los hechos, la actuación procesal, las partes e intervinientes y la sentencia recurrida, postula un cargo con sustento en la causal primera de casación, por interpretación errónea del artículo 269 del Código Penal.

Recuerda que ese precepto consagra el derecho a obtener una rebaja de pena de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituye el objeto material del delito o su valor e indemniza los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Del contenido de la norma, aduce, es inequívoca la exigencia de que medie una reparación

de orden económico equivalente al valor del daño causado, bien porque se restituye el objeto material del delito o su equivalente y se resarcen los perjuicios causados, o porque no siendo exigible la devolución del objeto material, como en el caso de la tentativa, se cubren en su integridad los últimos, antes de la sentencia de primera instancia. Si la reparación económica no se satisface o solo se cumple en forma parcial, la aplicación de la rebaja no tiene cabida, tal como lo tiene decantado la jurisprudencia de esta Corporación.

En el caso concreto, dice el demandante, el problema jurídico radica en establecer cuáles son los parámetros de la cantidad de pena a reducir cuando se satisfacen los anteriores requerimientos pues si el Ad quem parte de la sanción mínima, esto es, 72 meses de prisión, «tendría que pensarse por equidad que la reducción de la pena sobre aquella debe ser la máxima que permite la ley, para imponer de ese mismo modo la pena mínima legal».

Explica que el juez, al fijar la sanción por la indemnización integral, no puede desbordar el límite de la mitad a las tres cuartas partes de la pena en concreto, como lo entendió el magistrado que aclaró el voto, y no de la sanción en abstracto, como lo asumió la sala mayoritaria del Tribunal, quien tenía que moverse entre 18 y 36 meses de prisión.

Sin embargo, la Colegiatura otorgó a los implicados una reducción que desconoce el principio de legalidad y les impuso una pena de cuarenta (40) meses de prisión, sin tener en cuenta que la consignación a la víctima, a su entera satisfacción, se hizo al poco tiempo que aquellos conocieron la ampliación de la denuncia, en la que el ofendido incrementó los iniciales \$100.000.00. por daños y perjuicios, a \$255.000.00.

Además, mientras en la aclaración de voto se invocan cuatro razones para considerar que la reducción de la pena, sobre la ya concretada, debió ser del 75%, para quedar en 18 meses, la mayoría de la sala invocó que sus asistidos no podían ser acreedores de la máxima reducción porque no repararon prontamente los perjuicios.

En cuanto a las finalidades del recurso, refiere la necesidad de ampliar la jurisprudencia,

«entregando parámetros acerca de la manera de reducir la pena concreta cuando ha habido indemnización integral a satisfacción de la víctima, en los márgenes mínimo y máximo que permite el artículo 269 del C.P.», pues crea inseguridad jurídica que ante la misma situación, los operadores judiciales tengan criterios distintos frente al monto de la disminución de la pena por reparación.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El defensor de los procesados, a través de correo electrónico se excusó de asistir a la diligencia por situaciones administrativas al interior de la Defensoría Pública y señaló que se remitía a los términos de la demanda presentada.

2. El Fiscal Delegado ante esta Corporación solicita no casar la sentencia demandada, por las siguientes razones:

i) La única queja del demandante radica en que se ha debido conceder la rebaja máxima prevista en el artículo 269 del Código Penal, esto es el 75% de la fijada por el Tribunal en el entendido de que si la sanción se tasó en la mínima legal, se debió seguir el mismo parámetro, sin atender que se trata de dos institutos diversos que, por ende, obedecen a criterios igualmente disímiles, pues la dosificación punitiva parte de la conducta cometida, en tanto que el descuento obedece a un fenómeno post delictual.

ii) Las razones expuestas por el Tribunal, para rebajar 32 meses por concepto de indemnización e imponer una sanción definitiva de 40 meses, derivan en criterios válidos, como que, esperar el paso del tiempo hace que se incrementen los daños a la víctima, quien debe estar al tanto del trámite, incurriendo en pérdida de tiempo y gastos adicionales.

iii) No es argumento válido de la supuesta inmediatez, que la indemnización se produjo luego que el afectado concretara su pretensión, pues si el interés estaba en reparar, ello

debió hacerse desde un principio, acudiendo, de ser necesario, a un estudio pericial que fijara el monto. Sin embargo, en claro propósito dilatorio, los acusados fueron reiterativos en negar la comisión del delito y en presentar pruebas para mostrar que el hecho fue inexistente.

iv) Los aspectos que el demandante pretende se diluciden por la jurisprudencia, ya han sido suficientemente decantados, como puede leerse, por ejemplo, en la sentencia 41464 de 13 de septiembre de 2013, donde la Sala de Casación Penal enseñó que tratándose de un fenómeno post delictual, el juez debe aplicar el descuento del referido artículo 269, moviéndose dentro del intervalo señalado en atención al interés prestado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente el acto indemnizatorio que fue exactamente lo realizado en el fallo censurado.

v) La Fiscalía considera que la primera condena proferida debe ser ratificada porque, en efecto, del dicho de la víctima y de las personas que conocieron el hecho, surge con suficiencia que la actuación y el propósito de los sindicados fue despojar a aquella de su motocicleta y así lo ratificó el agente del orden, quien percibió de manera directa el llamado de auxilio de la ciudadanía y esta indicaba sin vacilación que se estaba cometiendo el hurto de la moto, lo que fue reiterado en la escena del hecho. Entonces, si no se trató de un accidente y los sindicados atravesaron la moto en la que se transportaban para impedir la marcha del denunciante y con violencia le exigieron que se despojara de su rodante y uno de ellos se hizo a su mando para llevárselo, solo que no pudo prenderlo, no queda duda alguna que se intentó apropiarse de un bien ajeno, siendo la presencia de los vecinos y de la autoridad la que impidió que ello se consumara y que los acusados no huyeran del lugar.

3. La representante del Ministerio Público, parte por señalar que, en este caso, se produjo la indemnización integral de perjuicios y así lo manifestó la víctima.

Recuerda que la causal de reducción punitiva es un asunto de naturaleza post delictual que

por no afectar los extremos sancionatorios propios del tipo penal, no participa del proceso de individualización de la sanción, sino que su aplicabilidad se difiere para el momento posterior a la individualización de la sanción, como ocurrió en este caso, donde no se observa alguna irregularidad.

En cuanto al cargo propuesto, considera que el Tribunal erró al aplicar la rebaja porque ni siquiera descontó el 50% de la pena impuesta, con lo cual vulneró el principio de legalidad. Si estimó que ese era el descuento a aplicar, por no haberse indemnizado prontamente, matemáticamente la pena debió quedar en 36 meses de prisión y no en 40 meses, como en efecto ocurrió.

Por lo anterior, solicita casar parcialmente la sentencia acusada, en el sentido de redosificar la pena impuesta.

CONSIDERACIONES

1. En atención a que los defectos formales y de técnica que pueda presentar la invocación de la censura y su desarrollo, se entienden superados con la admisión de la demanda, corresponde a la Sala examinar de fondo el planteamiento del libelista, quien reprocha la violación directa de la ley, por interpretación errónea del artículo 269 del Código Penal.

Aduce, en concreto, que, si en la determinación de la pena para el delito de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa, el Tribunal partió de la sanción mínima, es decir, de 72 meses de prisión, «tendría que pensarse por equidad que la reducción de la pena sobre aquella debe ser la máxima que permite la ley, para imponer de ese mismo modo la pena mínima legal».

2. La Sala advierte que tal raciocinio no consulta la línea de pensamiento trazada por la jurisprudencia, sino que está soportado en el criterio subjetivo del casacionista y en la aclaración parcial de voto de la sentencia recurrida.

Adicionalmente, el censor confunde dos instituciones independientes, cada una de las cuales opera en momentos procesales distintos, según los específicos lineamientos consagrados en la ley.

2.1. Recuérdese que, el proceso de dosificación de la sanción es aquel que adelanta el funcionario judicial con miras a estimar y cuantificar la consecuencia punitiva dispuesta en el respectivo tipo penal, conforme a las directrices previstas en los artículos 60 y 61 del Código Penal.

En tanto que, la rebaja por reparación es una figura prevista para los delitos contra el patrimonio económico que, por tratarse de un fenómeno post- delictual, opera con posterioridad a la individualización de la sanción, siempre que se cumplan los requerimientos señalados en el canon 269 de la misma codificación, esto es, que antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituya el objeto material del delito o su valor e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

2.2. En el caso de la especie no surge discusión alguna frente a tales exigencias, porque, tal como lo puso de presente la colegiatura, los procesados indemnizaron los perjuicios, por la suma de \$255.000.00, por concepto de los daños que sufrió la moto de propiedad de la víctima Alexander Contreras, suma que fue consignada en la cuenta de un cuñado suyo según lo informó al rendir testimonio en el juicio oral¹⁰.

2.3. El asunto que corresponde dilucidar enseguida, es si el Ad quem incurrió en los desaciertos que menciona el libelista al momento de aplicar la rebaja, efecto para el cual, se impone recordar, de manera preliminar, los parámetros trazados por esta Corporación.

Así, en CSJ SP16816-2014, rad. 43959, se dijo:

La norma penal genera al sentenciado el derecho de una rebaja de la pena, que va de la mitad a las tres cuartas partes (entre el 50 y el 75%). La jurisprudencia ha decantado que

ese descuento, por tratarse de un fenómeno que se presenta con posterioridad a la comisión del delito, no afecta los límites punitivos, sino que se aplica luego de dosificada la sanción que corresponde a la conducta ejecutada.

El descuento debe ser establecido por el juzgador de manera discrecional, que no arbitraria, en atención al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas.

Significa lo anterior, que la disminución opera después de establecida la pena respectiva y que el porcentaje de descuento contemplado en el artículo 269 del Código Penal, depende del momento procesal en que se hizo efectiva la reparación.

2.4. En el caso concreto, el Tribunal, luego de determinar que la pena a imponer a los procesados sería de 72 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, apuntó lo siguiente sobre la rebaja de pena por reparación:

En el sub lite, los implicados indemnizaron los perjuicios según declaración del ofendido en audiencia de juicio oral y público.

La rebaja de pena no podrá ser la máxima pues los filiados no repararon prontamente los perjuicios, sino que lo hicieron luego de las audiencias de imputación y acusación.

La sanción de 72 meses se rebajará para quedar en cuarenta (40) meses de prisión, con las accesorias de rigor¹¹.

3. Frente a ese discernimiento, el demandante hace una interpretación que resulta equivocada, porque el Tribunal no realizó el descuento sobre la pena prevista en abstracto en el tipo penal, como lo asegura, sino sobre el monto de 72 meses previamente

individualizado.

Sin embargo, en lo que sí le asiste razón, y fue secundado por la delegada del Ministerio Público, es en que la reducción de 32 meses otorgada por la colegiatura a los procesados desconoce el principio de legalidad, porque no responde a ninguno de los límites previstos en el mencionado canon 269, pues, el mínimo de 50% arroja, sobre la pena de 72 meses, un monto de 36 meses y el máximo de 75% equivale a 54 meses.

3.1. Así las cosas, corresponde a la Corte corregir el desacierto, en el sentido de determinar la cantidad de descuento que se debe aplicar a Rojas Rodríguez y Montoya Rojas y para ello atenderá al interés mostrado por estos, es decir, si la reparación ocurrió pronta o lejanamente, teniendo en cuenta el lapso transcurrido entre la época de los hechos y la fecha del resarcimiento pues ninguna discusión se suscita en lo referente a la satisfacción total de la misma, tal como quedó reseñado en líneas anteriores.

Basta recordar, entonces, que si los acontecimientos datan del 14 de febrero de 2016 y la indemnización se produjo con posterioridad a las audiencias de imputación y acusación celebradas, en su orden, el 15 de febrero y el 25 de mayo de la misma anualidad, no es posible reducir el máximo, como lo postula el censor, porque es nítido que no se hizo de manera rápida, ni se tiene evidencia que en ese interregno los procesados hubiesen intentado resarcir los perjuicios causados, a través de un avalúo pericial, como bien lo acotó el Fiscal delegado ante esta Corporación.

Además, ninguna incidencia tiene el que la víctima, con posterioridad a la denuncia, elevara el valor de los daños, estimándolos en \$255.000.00, en lugar de los \$100.000.00 iniciales, pues lo cierto es que, en el transcurso de esas diligencias, no mostraron interés en querer indemnizar.

Tampoco es aconsejable reducir el mínimo descuento del 50% porque el acto de reparación no se produjo en el último momento procesal, que corresponde al instante previo a la

emisión de la sentencia, tal como lo ha dilucidado esta Corporación en diversas oportunidades¹².

3.2. En ese orden, la Sala considera que el porcentaje de descuento que se debe aplicar es del 60%, en la medida que la manifestación del resarcimiento no ocurrió en un espacio cercano al acontecer delictivo, sino cuando ya se habían superado las etapas correspondientes a la audiencia de imputación, la presentación del escrito de acusación y su formulación.

Nótese que fue en la audiencia preparatoria donde se anunció, por la defensa¹³, la consignación en Bancolombia de los \$255.000.00, que la Fiscalía había indicado en la audiencia de formulación de acusación¹⁴, como el nuevo monto estimado por Alexander Contreras Arias, quien, al rendir declaración en el juicio oral, manifestó haber sido indemnizado¹⁵.

Sin duda, el ofendido debió soportar la carga del perjuicio causado durante el lapso en el que se agotaron las señaladas diligencias judiciales sin manifestación expresa, por parte de los procesados, de reconocer y sufragar el daño irrogado.

4. En atención a que la anterior reflexión consulta las pautas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación, es nítido que no hay lugar a ampliar el tema, como lo pretende el demandante, máxime cuando tal pretensión no demuestra vacíos o inconsistencias frente a algún tópico específico que genere inseguridad jurídica, sino su desacuerdo porque la rebaja reconocida a sus defendidos no alcanzó el tope máximo del 75%, como se razonó en la aclaración parcial de voto.

5. Por último, ningún reparo debe hacer la Sala frente a la primera condena impuesta a los procesados porque, del análisis probatorio expuesto por el Ad quem, surge incuestionable la ocurrencia del hecho en la modalidad tentada y su responsabilidad penal.

Así se demuestra con la prueba de cargo pues, de un lado, el denunciante, Alexander Contreras Arias, relató la manera como fue abordado por los agresores que lo seguían en una moto, específicamente, la manera como el parrillero intentó llevarse su rodante luego de golpearlo y ordenarle que se bajara, así como la reacción de otros conductores que se acercaron y comenzaron a pitar, lo que activó la alarma comunal, el llamado de auxilio a la policía que enseguida hizo presencia en el lugar, las manifestaciones del sujeto negando la ejecución del ilícito, mientras la multitud gritaba lo contrario.

Fue enfático en señalar que en ningún momento las motos colisionaron, ni siquiera se tocaron y que los daños que sufrió su rodante, fue porque se cayó al suelo al tratar de evitar que se la llevaran.

Estas afirmaciones resultan creíbles, en la medida que aparecen corroboradas por el patrullero Jonathan Ahumada Collante, quien declaró que ese día estaba terminando el turno con un compañero y percibió el llamado de la ciudadanía que indicaba que a una cuadra se estaba cometiendo un hurto. Al verificar en el lugar, observó gran cantidad de gente acorralando a dos sujetos y, mientras el afectado le indicaba que habían intentado hurtarle su moto, uno de los implicados lo negaba, pero la gente gritaba que sí habían tratado de quitársela.

Es evidente que, el uniformado arribó casi de inmediato al lugar de los hechos y al darse cuenta de lo que estaba ocurriendo, procedió a dar captura a los procesados.

De contera, como bien lo precisó la colegiatura, el hecho no se consumó, gracias a la presencia de la ciudadanía y de la policía, impidiendo además que los agresores huyeran del lugar.

En cuanto a la prueba de descargo, se observa de un lado, que a Jaime Alexander Álvarez Gallego, amigo de los acusados no le consta nada de lo ocurrido pues refirió que estuvo departiendo con ellos desde la noche anterior, pero se despidieron hacia las cinco de la

mañana.

De otra parte, en el intento de hacer figurar lo acaecido como un accidente de tránsito, resultó evidente que los dichos de Gloria del Socorro Pinillos Tuberquía y el de los mismos procesados no solo se contradicen con los anteriores, sino que ni siquiera coinciden entre sí.

Según relató la dama, ese día vio que dos motos bajaban en el mismo sentido y se rozaron, ninguna cayó al suelo y los ocupantes se bajaron a discutir que debían arreglar por las buenas; que permaneció en el lugar cinco minutos, no vio gente, no escuchó pitos y no vio que llegara la policía, todo lo cual, difiere de lo expuesto por los testigos de cargo.

Hilder Alfonso y Jeison Albeiro mencionaron que chocaron con la moto del ofendido, pero, mientras el primero da cuenta de la aglomeración de personas que había en el lugar y del escándalo con pitos, el último no refirió tales aspectos.

Tan evidentes inconsistencias impidieron al Ad quem, razonadamente, concederles credibilidad.

6. En conclusión, ante la prosperidad del cargo postulado, se casará parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de descontar a la pena de 72 meses de prisión impuesta a Hilder Alfonso Rojas Rodríguez y Jeison Albeiro Montoya Rojas el 60%, para imponer, en definitiva, la de 28.8 meses de prisión o 28 meses y 24 días, como coautores del delito de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa, término al que se reduce la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

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,

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 1° de junio de 2017, por el Tribunal Superior de Medellín, en el sentido de imponer a Hilder Alfonso Rojas Rodríguez y Jeison Albeiro Montoya Rojas la pena de 28 meses y 24 días, como coautores del delito de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa, término al que se reduce la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de acuerdo a lo razonado en precedencia.

Las demás determinaciones permanecen sin modificación.

Contra esta decisión, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 5 y 6 Cuaderno principal.

- 2 Folio 25 lb.
- 3 Folios 30 a 33 lb.
- 4 Folio 66 y vto. lb.
- 5 Folio 92 y vto. lb.
- 6 Folio 112 y vto. lb.
- 7 Folios 203 a 212 lb.
- 8 Folios 234 a 241 lb.
- 9 Folios 33 y 34 Cuaderno de la Corte.
- 10 Cfr CD récord 25:03 en delante de la sesión de audiencia del 3 de agosto de 2016.
- 11 Folio 239 vto. Cuaderno principal.
- 12 Cfr CSJ SP, 13 nov. 2013, rad. 41464, CSJ SP1189-2015, rad. 44618, entre otras.
- 13 Folio 92 vto. Cuaderno principal.
- 14 Folio 66 vto. lb.
- 15 Récord 25:03 en adelante, CD sesión de audiencia del 2 de agosto de 2016.