

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

SP824-2021

Radicación N° 54026

Acta No. 57

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de Brayan Manuel Galán Castillo, contra la sentencia dictada el 27 de julio de 2018, por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la emitida por el Juzgado 34 Penal Municipal de esta ciudad y condenó al procesado como autor del delito de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa.

HECHOS

Se desprende de las diligencias que el 21 de julio de 2014, aproximadamente a las 18:05 horas, cuando Camila Santana Valencia se desplazaba en su vehículo por la carrera 4ª con calle 27, barrio La Macarena de esta ciudad, fue abordada por tres sujetos y, mientras dos de ellos la intimidaban con una navaja por la ventana izquierda, el otro rompió el vidrio del lado del copiloto, sacó un computador portátil marca Sony Vaio, y todos emprendieron la huida. La víctima los persiguió y gracias a las voces de auxilio de la comunidad y, a la intervención oportuna de la Policía, se logró la captura de los asaltantes, quienes fueron

reconocidos por la primera e identificados como Brayan Manuel Galán Castillo, Javier Alejandro Gómez Ospina y Johan Alfonso Lucero Cruz, así como la recuperación del elemento hurtado.

La ofendida avaluó los daños y perjuicios causados en un millón de pesos (\$1.000.000) suma que le fue entregada.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencia preliminar celebrada al día siguiente ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal, con funciones de control de garantías de Bogotá – URI de Puente Aranda-, se legalizó la captura de Javier Alejandro Gómez Ospina, Johan Alfonso Lucero Cruz y Brayan Manuel Galán Castillo y la imputación formulada por la Fiscalía como presuntos coautores del delito de hurto calificado y agravado, previsto en los artículos 239, 240-1 y 241-10 del Código Penal, cargo que no aceptaron los indiciados, quienes no fueron afectados con medida de aseguramiento¹.
2. El 6 de octubre siguiente se radicó el escrito de acusación, en el que se adicionó la circunstancia consagrada en el precepto 240, inciso 2° de la misma normativa (cuando la conducta se cometiere con violencia sobre las personas)² y su formulación verbal tuvo lugar el 18 de mayo de 2016, ante el Juzgado 34 Penal Municipal con funciones de conocimiento de esta ciudad³.
3. El 31 de enero de 2017 se instaló la audiencia preparatoria, pero, a solicitud del delegado del ente acusador, se varió el sentido de la diligencia y se procedió a la verificación del preacuerdo suscrito con Brayan Manuel Galán Castillo, en el que, a cambio de la aceptación de responsabilidad por parte de éste, se convino en reconocerle como único beneficio, degradar la incriminación de consumada a tentada.

La titular del despacho, una vez corroboró la legalidad del pacto y su aceptación por parte

imputado, le impartió aprobación y dispuso la ruptura de la unidad procesal para que se continuara, por separado, la actuación contra los otros implicados, Javier Alejandro Gómez Ospina y Johan Alfonso Lucero Cruz⁴.

En esa calenda dictó el fallo correspondiente, por cuyo medio condenó a Brayan Manuel Galán Castillo como coautor del delito de hurto calificado y agravado en el grado de tentativa. Le impuso treinta y ocho (38) meses de prisión y, por igual termino, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, sin derecho a la suspensión condicional de la pena, ni a la prisión domiciliaria.

Igualmente, ordenó al Centro de Servicios Judiciales hacer entrega del título judicial N° 400100004928795 por la suma de un millón de pesos (\$1000.000), a María Camila Santana Valencia por concepto de los daños y perjuicios que le fueron causados.

4. El 27 de julio de 2018, el Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso de apelación incoado por la defensa del procesado, confirmó en su integridad la decisión del A quo⁵.

LA DEMANDA

En el único cargo que postula el libelista por la vía de la violación directa, acusa la sentencia por interpretación errónea del artículo 269 del Código Penal.

Con sustento en jurisprudencia de esta Corporación (cita el radicado 41464 del 13 de noviembre de 2013), aduce que el Ad quem, al confirmar el fallo de primera instancia, únicamente tuvo en cuenta el tiempo en que su asistido se demoró en cancelar los perjuicios a la víctima y «menospreció o desconoció» que ésta recuperó el objeto material del delito –el computador– desde el mismo día de la captura, pues la cancelación de la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) correspondía al arreglo de la ventana del vehículo. Tampoco tuvo en cuenta, que desde la audiencia de acusación el indiciado manifestó su deseo realizar el preacuerdo y su celebración condujo a un menor desgaste para la

ofendida, quien no se vio avocada a compartir otro escenario con sus agresores. Por consiguiente, la rebaja por reparación ha debido ser el máximo porcentaje, esto es, del 75%.

En ese sentido, solicita se case la sentencia recurrida.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El defensor del procesado, agrega que para la fecha en que se hizo la consignación, es decir, el pago de perjuicios a la víctima, únicamente se había efectuado la audiencia de formulación de imputación, pero el Tribunal pasó por alto ese aspecto y solo hizo una cuenta aritmética de que habían transcurrido ocho (8) meses.

De otra parte, considera importante informar que Brayan Manuel Galán Castillo fue capturado el 19 de enero de 2016, pero por cuenta de otro proceso. Entonces, comenzaron a transcurrir las diligencias sin que fuera trasladado de la cárcel La Picota, pese a que tuvo toda la intención de asistir al juzgado de conocimiento y eso generó una demora en esta actuación, concretamente, para la realización de las audiencias de acusación y preparatoria.

Reitera la solicitud de casar la sentencia y conceder la rebaja de pena del 75%.

2. El representante de la Fiscalía considera que el cargo está llamado a prosperar, acorde a lo señalado por la Corte en la sentencia de revisión citada por el libelista, radicado 41464 del 13 de noviembre de 2013.

Así mismo, considera que el Tribunal interpretó erróneamente el contenido de las sentencias que citó como precedente jurisprudencial, -radicados 43959 del 10 de diciembre de 2014 y 44618 del 7 de octubre de 2015- donde se dejó establecido que ante el mayor desgaste de la actividad jurisdiccional menor han de ser los descuentos punitivos que se

puedan obtener por virtud de la reparación hecha a último momento. De manera que, esa gradualidad, no queda al arbitrio del juzgador de instancia.

En este caso, se debe dosificar la pena en atención a que la indemnización se dio en la etapa preparatoria y solicita casar el fallo recurrido, en el sentido de concederle a Brayan Manuel Galán Castillo un descuento del 60%, conforme al artículo 269 del Código Penal y la jurisprudencia reseñada.

3. La representante del Ministerio Público solicita casar el fallo recurrido porque los falladores de instancia, al momento de valorar el alcance del artículo 269 del Código Penal, no tuvieron en cuenta el criterio de la Corte.

Recuerda que, con ocasión del preacuerdo celebrado con la fiscalía, se condenó al procesado como autor del delito de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa. Además, los perjuicios causados a la víctima, quien los estimó en un millón de pesos, fueron indemnizados antes de proferirse la sentencia de primera instancia.

Verificada la jurisprudencia de esta Corporación, en especial, el radicado 51100 de 2018 SP4776, es deber del fallador establecer el lapso temporal entre el delito y la reparación y, además, el momento procesal específico en que ello ocurre.

En este caso, la única situación valorada, fueron los ocho (8) meses que transcurrieron, sin analizar en contexto otros aspectos, como la voluntad del procesado, las circunstancias personales por las que atravesaba al enfrentar otro proceso penal.

La indemnización de los perjuicios se produjo de manera efectiva el 25 de marzo de 2015, cuando había mediado el escrito de acusación y verificada la audiencia respectiva, en tanto que la sentencia de primer grado se dictó el 31 de enero de 2017. Por lo tanto, el procesado tiene derecho a un descuento mayor al 50% que, en ese caso sería, entre el 70 y el 75%. En tal virtud, reitera la solicitud de casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Sala resolver si, como lo postula el demandante, el Tribunal incurrió en interpretación errónea del artículo 269 del Código Penal al momento de establecer el porcentaje de la rebaja de pena por reparación.

Según el censor, el Ad quem, al confirmar el fallo de primera instancia, únicamente tuvo en cuenta el tiempo en que su asistido se demoró en cancelar los perjuicios a la víctima y «menospreció o desconoció» que ésta había recuperado el objeto material del delito –el computador– desde el mismo día de la captura; que la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) que se le pagó correspondía al arreglo de la ventana del vehículo; que desde la audiencia de acusación el indiciado manifestó su deseo realizar el preacuerdo y que su celebración condujo a un menor desgaste para la ofendida, quien no tuvo que compartir otro escenario con sus agresores.

Por su parte, el delegado de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público, coinciden en señalar que los sentenciadores no atendieron a las directrices jurisprudenciales sentadas de tiempo atrás, al momento de reconocer a Brayan Manuel Galán Castillo el correspondiente descuento punitivo.

2. En efecto, esta Corporación tiene dicho, que para efectos de establecer el porcentaje de descuento de que trata el artículo 269 del Código Penal es preciso tener en cuenta el tiempo transcurrido entre la comisión de la conducta punible y el momento que se materializa la reparación, así como la fase procesal en que se encuentra la actuación porque, de ese modo, será posible verificar la voluntad del acusado para resarcir los perjuicios.

Así lo ha señalado en diversos pronunciamientos, como el citado por el recurrente y demás sujetos procesales, CSJ SP, 13 Nov. 2013, rad. 414646, donde se dijo:

El artículo 269 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.

3. Se debe resaltar que el momento de la actuación procesal en la cual se materializa la reparación es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, la voluntad del acusado en resarcir el daño causado a las víctimas y así lo viene ratificando la Sala de manera consistente.

A manera de ilustración, léanse las siguientes consideraciones expuestas en providencia más reciente (CSJ SP11895-2015, Rad. 44618):

Ahora bien, la norma sustantiva determina que el procesado tiene derecho a una disminución que va de la mitad a las tres cuartas partes (50% al 75%), descuento que si bien es discrecional del juez, no es arbitrario, puesto que ha de tener en cuenta el 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» (CSJ SP16816/2014, rad. 43959).

En ese orden, debido a que en este caso el resarcimiento tuvo lugar en la última instancia procesal prevista para el efecto, lo que significó mayor desgaste de la Fiscalía, quien actuó en representación de los intereses de la ofendida, la Sala considera que la rebaja punitiva será la menor, esto es, del cincuenta por ciento (50%).

4. Los juzgadores no se ciñeron cabalmente a los anteriores parámetros, como bien lo aducen el defensor y los delegados de la Fiscalía y de la Procuraduría, pues, luego de individualizar la pena que correspondía imponer al procesado como autor del delito de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa, conforme a los términos del preacuerdo, esto es, 76 meses de prisión, efectuaron un descuento del 50% por reparación, teniendo en cuenta únicamente el término de ocho (8) meses transcurrido entre la fecha de los hechos, el 21 de julio de 2014, y el momento en que se efectuó el depósito del dinero en el banco, sin atender a la fase procesal en que se materializó ese acto de resarcimiento, supuesto necesario para calcular el porcentaje de rebaja que corresponde aplicar.

Tal como se verifica en la foliatura, la consignación en el Banco Agrario por la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) tuvo lugar el 25 de marzo de 2015, momento para el cual no solamente se había realizado la audiencia de formulación de imputación, como lo asegura el letrado, sino que también se había radicado el escrito de acusación. De contera, aún no había tenido lugar la audiencia de formulación de acusación, como lo aduce la representante de la sociedad, ni se había avanzado a la etapa preparatoria, según lo refiere el delegado de la Fiscalía.

Ello significa que el acto de reparación ocurrió ocho (8) meses después de acaecidos los hechos y mucho antes de la sentencia de primera instancia, que se emitió el 31 de enero de 2017.

El porcentaje a aplicar no podría ser el mínimo del 50%, según lo estimaron los juzgadores, pero tampoco es dable descontar el máximo del 75%, como lo pretende el defensor, porque, porque el resarcimiento no acaeció en los inicios de la actuación, ni se tiene conocimiento que, en ese lapso, el acusado hubiese intentado cancelar los perjuicios de manera rápida y ello implicó el agotamiento de algunos actos procesales y cierto desgaste para la víctima, al tener que estar pendiente del desarrollo del trámite, luego de presentar la noticia criminal.

5. Ante esa realidad, la Sala considera razonable y equitativo aplicar un porcentaje de descuento del 65%, habida cuenta que el depósito del dinero solicitado por la víctima, por concepto de daños y perjuicios, no ocurrió inmediatamente después del acaecer delictivo y tampoco en el último momento, antes de dictarse el fallo de primera instancia, sino, en una fase intermedia.

Así las cosas, ante la prosperidad del cargo formulado, se casará parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de descontar el 65% a la pena de 76 meses de prisión impuesta a Brayan Manuel Galán Castillo, para fijarla en definitiva en 26.6 meses de prisión, o 26 meses y 18 días, como autor 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.

6. No hay lugar a modificar la negativa a los subrogados por expresa prohibición art 68 A del Código Penal, como bien lo señalaron los falladores, y porque el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril 2020, por medio del cual se adoptaron medidas para conceder la prisión domiciliaria transitoria, a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID -19, excluye, en el artículo 6°, el delito de hurto calificado previsto en el inciso 2° del artículo 240 del Código Penal, esto es, cuando la conducta se comete con violencia sobre las personas.

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

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 27 de julio de 2018, por el Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de imponer a Brayan Manuel Galán Castillo la pena de 26 meses y 18 días de prisión, como autor 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.

SEGUNDO: Las demás determinaciones permanecen sin modificación.

TERCERO: Contra esta decisión, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 5 a 8 de la Carpeta anexa.

- 2 Folios 14 a 18 lb.
- 3 Folio 41 lb.
- 4 Folios 87 y 88 lb.
- 5 Folios 10 a 15 Cuaderno del Tribunal.
- 6 Reiterado en CSJ SP16816-2014, rad. 43959, CSJ SP11895-2015, rad. 44618, CSJ SP4776-2018, rad. 51100, CSJ SP2675-2019, rad. 51306, entre otros.