

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado Ponente

SP16816-2014
Radicación N° 43.959
Aprobado acta N° 428

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante *sentencia anticipada* (producto de un acuerdo) del 20 de enero de 2014, el Juez Penal del Circuito de Fusagasugá declaró a **Juan Ricardo Silva Quintero** coautor penalmente responsable de la conducta punible de hurto calificado. Le impuso 96 meses de prisión y de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El defensor apeló la decisión reclamando la concesión del descuento punitivo del artículo 269 del Código Penal. El 9 de abril siguiente el Tribunal Superior de Cundinamarca la *ratificó*, pero *modificó* la pena que dejó en 88,9 meses.

El apoderado interpuso casación.

En auto del pasado 13 de junio se admitió la demanda respectiva.

Realizada la audiencia de sustentación, la Sala resuelve el fondo del asunto.

HECHOS

Aproximadamente a las 9:35 de la mañana del 14 de agosto de 2013 el señor John Mauricio Gallego Ruiz solicitó la colaboración de la Policía para que se revisara su camión de placas TTX-521, avaluado en \$ 110.000.000, por cuanto la información por el sistema GPS indicaba que se transportaba por la vía de Melgar a Fusagasugá, conducido por su progenitor (de 60 años de edad) quien no contestaba las llamadas realizadas.

Agentes del orden esperaron el automotor en el sitio El Indio, vereda Cucharal de Fusagasugá y observaron que no era conducido por el señor descrito, razón por la cual lo siguieron e interceptaron en el centro de Fusagasugá, bajándose dos hombres que emprendieron la huida, siendo capturado el copiloto **Juan Ricardo Silva Quintero**.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 15 de agosto de 2013, ante el Juez 2° Penal Municipal de Control de Garantías de Fusagasugá, la Fiscalía formuló imputación en contra del sindicado como coautor del delito de hurto calificado agravado, previsto en los artículos 239, 240 inciso 4° (se cometió sobre medio motorizado) y 241.10 (se ejecutó por dos personas) del Código Penal.

2. El 7 de octubre siguiente la Fiscalía radicó escrito de acusación en los términos señalados.

3. El 11 del mismo mes la Fiscalía, el procesado y su defensor suscriben un acta de preacuerdo, en la cual el acusado acepta los cargos y como único beneficio se acuerda descartar la agravante del artículo 241.10 del Código Penal. Se agrega que mediante dictamen pericial (que se acompaña) se estableció en \$ 2.475.000 el monto de

los perjuicios causados al ofendido, *“cuyo pago se garantiza por parte del acusado a favor de la víctima mediante consignación de depósito judicial realizada el 11 de octubre de 2013”*.

Al acta, además del aludido dictamen, se anexó copia del título de depósito judicial.

4. En la audiencia de verificación del acuerdo, las víctimas se hicieron presentes y explicaron que lo consignado solo constituía una indemnización parcial (lo mismo afirmó la Fiscalía), por cuanto no se incluyeron dos teléfonos celulares y la herramienta que no aparecieron, así como las incapacidades decretadas al conductor, por cuanto el hecho afectó su salud.

En escrito, que tiene presentación personal del 20 de enero de 2014, las dos víctimas manifestaron *“que hemos sido reparados integralmente por parte del acusado”*.

5. Luego fueron emitidas las sentencias reseñadas.

LA DEMANDA

El defensor formula **dos cargos**, así:

Primero. Violación directa por falta de aplicación del artículo 269 del Código Penal, en tanto quedó demostrado que antes de emitirse la sentencia de primera instancia el acusado restituyó el objeto material (fue incautado) e indemnizó los perjuicios, pues esto lo hizo en el acta del preacuerdo, por voluntad propia, el 16 de diciembre consignó una suma adicional y el 20 de enero de 2014 las víctimas expresaron haber sido indemnizadas de manera integral.

El Tribunal erró al redosificar la pena para reconocer un descuento adicional por aceptación del cargo, cuando ha debido limitarse a lo convenido.

Segundo. Violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 269 penal y 348 y 349 procesales, producto de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, en tanto el Tribunal no tuvo en cuenta el contenido del preacuerdo ni sus anexos, especialmente el dictamen pericial que tasó los daños causados, como tampoco la posterior consignación hecha por el acusado ni la manifestación de las víctimas, con lo cual supuso que la indemnización fue posterior al fallo.

Solicita se case la sentencia y se emita la sustitutiva de rigor.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El defensor reiteró lo expuesto en su demanda.

2. Los delegados de las Fiscalía y del Ministerio Público postularon no se case la sentencia por cuanto no hubo restitución del bien, dado que el carro fue recuperado por las autoridades y no se devolvieron los teléfonos y la herramienta, luego lo establecido en el acuerdo era una indemnización parcial y el escrito de las víctimas, del 20 de enero del 2014, fue posterior al fallo de primera instancia, sin que el juzgador hubiese podido verificar la voluntad de las víctimas al suscribir el documento ni escucharlas para determinar si fueron reparadas en su totalidad, luego resultaba inaplicable el artículo 269 penal.

Los jueces aplicaron en forma debida los artículos 348 y 349 de la Ley 906 del 2004.

La Procuraduría agregó que en el acuerdo no fue escuchada la víctima y, por ello, dejaron de considerarse bienes no devueltos (celulares y herramientas), lo cual hacía que el convenio no fuera vinculante para el juez (no debió aprobarlo). En ese supuesto no debía avalarse que la víctima no fuera escuchada y se suplantara con un perito, lo cual solo es viable cuando aquella se niegue a comparecer o no exista consenso sobre los daños.

El Tribunal se equivocó al reconocer un descuento adicional al acordado como único por las partes, pero la defensa carece de legitimidad para proponerlo y no se puede corregir por la prohibición de reforma perjudicial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala *casará* la sentencia del Tribunal. Las razones son las siguientes:

1. En principio, debe reiterarse que, admitida la demanda de casación, se tienen por superados los defectos técnicos de que pueda adolecer, razón por la cual la Corte no se ocupará de ellos, para adentrarse en el fondo de la propuestas que radica en si es procedente o no reconocer el descuento punitivo de que trata el artículo 269 del Código Penal.

2. La Corte, atendiendo la postulación del Ministerio Público, encuentra necesario llamar la atención de fiscales y jueces respecto de lo necesario que se torna que, previo a realizar acuerdos y avalar los mismos, la víctima del delito sea escuchada.

Bastante tinta, en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, ha corrido en los últimos lustros sobre las condiciones especiales de que debe rodearse a la víctima dentro del proceso penal, en aras de su protección y el restablecimiento de sus derechos a la verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición. En modo alguno pueden desconocerse esas potestades irrenunciables, que, por el contrario, deben consolidarse y reforzarse cada día.

De ello deriva que, tratándose de situaciones de terminación anticipada del proceso, la Fiscalía tiene la carga ineludible de contar con la participación activa del sujeto pasivo del delito en las actas de preacuerdo y dejar expresa constancia de sus pretensiones.

En modo alguno se trata de que el convenio quede supeditado a la voluntad de la víctima, sino que se cumpla con el deber de escucharla y dejar plasmadas sus pretensiones.

Lo anterior se torna más exigente cuando se trata de situaciones en donde las partes convienen pedir al juez conceda descuentos punitivos relacionados con la reparación integral de las víctimas, como que tal estipulación debe partir de la acreditación necesaria precisamente de que aquellas han sido indemnizadas por

todos los daños y perjuicios, materiales y morales, causados con la infracción.

3. En el caso en estudio, se observa que en el acta de preacuerdo del 11 de octubre de 2013 no existe constancia alguna de que se hubiese convocado a la víctima, como tampoco de las razones de su inasistencia, pero todo indica que no fueron buscadas y que en modo alguno eligieron no asistir.

Los registros reflejan que los ofendidos no eludieron la comparecencia al proceso. Por el contrario, tanto personalmente como por escrito dejaron expresa constancia de su interés por aceptar la indemnización, de relacionar los daños reales causados, tener lo estipulado en el convenio como una indemnización parcial y finalmente acordar con el acusado la totalidad de la reparación y recibirla.

En esas condiciones, parece que la Fiscalía no ha debido pactar, en tanto, previo a ello no adelantó las obligatorias gestiones para escuchar a las víctimas y, como consecuencia de lo mismo, no resultaba legítimo que se procediera a designar un perito y que este fijara el monto de los daños y perjuicios causados con el delito, cuyo pago es el que se alega para que se conceda el descuento del artículo 269 del Código Penal.

Ese proceder no resultaba legítimo, porque para determinar la cuantía de los daños y perjuicios el primer llamado a hacerlo es el directo perjudicado con el delito. El deber ser imponía a la Fiscalía la carga de escuchar a las víctimas, saber sus pretensiones indemnizatorias, con el aporte de los respectivos elementos de juicio que soportaran las mismas.

Solo en el supuesto de que, debidamente informada, la víctima eludiese comparecer, o que, haciéndolo, sus pretensiones se mostrasen totalmente irreconciliables con las del acusado, cabía acudir al mecanismo de designar el perito que, así, se convierte en una medida supletoria de aquella que debe tenerse como principal.

Como consecuencia de lo anterior, la Fiscalía no ha debido lograr el convenio y, como lo hizo, al juez se le imponía no convalidarlo.

4. Dicho lo anterior, se observa que, no obstante esa irregular situación, de parte de acusado y ofendidos se presentó una actividad prolija que concluyó en que finalmente se pusieron de acuerdo respecto de la indemnización de los daños y perjuicios, que aquellas recibieron a satisfacción.

Así, en el acta de preacuerdo el perito designado estableció un monto, que fue consignado por el acusado, pero en la audiencia de preacuerdo las víctimas y la Fiscalía, al relacionar aquellas que faltaban hechos por

considerar (no se devolvieron ni cuantificaron dos teléfonos móviles, una herramienta, ni la incapacidad fijada al conductor), explicaron que esa consignación se admitía solamente a título de indemnización parcial.

Todo indica que el acusado aceptó esa postura, pues el 16 de diciembre consignó en la cuenta de uno de los afectados la suma de \$ 1.500.000 y en escrito que tiene presentación personal del 20 de enero de 2014 los dos perjudicados admitieron que con esa cifra y la recibida con antelación tenían por *“reparados todos los daños y perjuicios de orden material y mora”*.

Para responder a la Fiscalía, dígase que desde la buena fe, además de que los dos afectados entregaron personalmente el escrito en el juzgado y que el último dinero fue consignado en la cuenta de uno de ellos, se infiere que el acto lo realizaron voluntariamente.

En esas condiciones, si bien el preacuerdo parece haberse celebrado sin cumplir las exigencias formales ya reseñadas, todo indica que el actuar posterior de víctimas y acusado, hoy por hoy, habría convalidado el yerro, desde donde se impone dar prevalencia a lo sustancial sobre las formas y, así, tener como válido el acuerdo, en tanto en la actualidad los perjudicados con el delito, que no fueron escuchados previamente, se han hecho oír, pudieron

expresar sus pretensiones y acordar y recibir el pago de las mismas.

5. La aplicación del artículo 269 del Código Penal, esto es, disminuir la pena fijada de la $\frac{1}{2}$ a las $\frac{3}{4}$ partes, exige que se cumplan los siguientes requisitos: (I) que el responsable restituya el objeto material del delito o su valor, (II) que indemnice los perjuicios causados, y (III) que ello se haga “*antes de dictarse sentencia de primera o única instancia*”.

5.1. Respecto del primer presupuesto, en el caso del automotor, es evidente que el mismo no fue devuelto por el acusado, como que fue incautado por las autoridades, supuesto en el cual la exigencia debe tenerse por suplida, en tanto nadie puede ser obligado a lo imposible (no se puede devolver lo que fue quitado por la fuerza), ni tampoco acudirse a entregar “*su valor*”, porque ello comportaría un enriquecimiento sin causa para la víctima que, así, recibiría el carro y su valor.

Lo mismo no sucede con los restantes objetos puestos de presente por las víctimas (como consecuencia de su no convocatoria). En efecto, en el acta de acuerdo solo se relacionó el carro, pero con posterioridad los ofendidos señalaron como objetos del hurto la herramienta del vehículo y dos teléfonos móviles, que no se reintegraron y su valor tampoco fue considerado en ese convenio.

Sucedo, no obstante, que luego de hacer expresas esas pretensiones, los ofendidos aceptaron un dinero entregado por el procesado y de manera expresa manifestaron que con el mismo se tenían por reparados integralmente por todos los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados con el delito. Si ello es así, dentro de esos conceptos globales surge incuestionable que está comprendido el valor de los objetos no relacionados en un comienzo y, con ello, se cumple con la exigencia de que se trata.

5.2. Las consignaciones hechas por el acusado y recibidas a satisfacción por las víctimas, unidas a las expresas alusiones de estas en documento entregado personalmente por ellas, respecto a sentirse plenamente reparadas por los daños y perjuicios materiales y morales causados con la infracción, permite concluir que se cumple el segundo requisito de que trata la disposición penal.

5.3. Sobre la última exigencia, no admite discusión que, para hacerse acreedor a la rebaja punitiva, el acusado debe cumplir sus actos de reparación *“antes de dictarse sentencia de primera instancia”*.

Del acta de lectura de fallo se entiende que este se profirió entre las 11:03 y las 11:36 de la mañana del 20 de enero de 2014, de donde surge que, para cumplir el lineamiento legal, el acusado ha debido realizar sus actos de indemnización antes de ese día y hora.

Ahora, lo que dice la norma es que el procesado indemnice antes de proferirse la sentencia, esto es, que lo trascendente, lo sustancial, lo de fondo, es que a la víctima se la repare en ese momento, con independencia de que ello le sea comunicado al juzgador en fecha posterior.

Es claro que si al juez no se lo entera con la debida antelación, mal puede cargarse en su contra el que no reconozca la rebaja, pero ello no obsta para que, verificado, no el momento de enteramiento a la justicia, sino que el acto de indemnización fue previo al proferimiento de la decisión del a quo, la segunda instancia haga los ajustes necesarios.

En el presente evento, no parece que se esté ante alguna maniobra llamada a ubicarse estratégicamente dentro de la norma, pues obra el recibo de consignación del dinero admitido por los ofendidos y que ingresó a la cuenta de unos de ellos, lo cual se hizo a las 12:36 horas del 16 de diciembre de 2013.

Con la suma consignada en esa fecha, finalmente los afectados se dieron reparados integralmente, desde donde se infiere que el acto resarcitorio acaeció en ese momento, 16 de diciembre de 2013, esto es, con antelación al fallo de primer grado, que es del 20 de enero de 2014.

Por lo demás, en el documento por medio del cual las víctimas expresamente refieren haber sido indemnizadas de manera integral, no aparece tan claro que realmente hubiese sido entregado con posterioridad a la emisión del fallo, pues si bien es cierto que obra un sello que señala la hora de las 12:10 p. m. del 20 de enero, lo cierto es que este solo alude a una “*Mónica Herrera*”, en tanto que las presentaciones personales que realizaron los ofendidos aparecen en sendos sellos en los que no se fijó la hora.

Independientemente de ello, la Sala reitera que no admite discusión que los actos admitidos como de indemnización fueron llevados a cabo días anteriores a la emisión de la sentencia de primera instancia y esta es la exigencia que se debe cumplir de conformidad con el artículo 269 del Código Penal.

6. En las condiciones señaladas, cumplidos sus presupuestos ha debido aplicarse el artículo 269 de la Ley 599 del 2000. Como el Tribunal no lo hizo, se impone casar su fallo para hacer la redosificación respectiva.

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.

En el caso estudiado se observa que si bien el acusado ha sido reiterativo en su postura de indemnizar, lo cierto es que esperó a que se radicara en su contra escrito acusatorio, luego de lo cual celebró el preacuerdo, pero previo a este no se evidencia de su parte diligencia para buscar a las víctimas y conocer sus reales expectativas, además de que desde un comienzo no reintegró la totalidad de los bienes sustraídos, o su valor, lo cual solo hizo cuando estaba próximo a emitirse el fallo de primer nivel, momento en el cual, a su vez, hizo la reparación total.

Esas circunstancias significaron un mayor desgaste para los perjudicados, que hubieron de trasladarse hasta los estrados judiciales para hacer conocer su inconformidad y lo parcial de lo que se reparaba, lo cual significa que el acto de contrición total esperó a los instantes previos a la sentencia (tope máximo legal), habiéndose alejado de la época de la comisión del delito, en detrimento de los

afectados, por lo cual resulta prudente conceder la rebaja alejándose del marco inferior, quedando el mismo en el 60%, que debe aplicarse al castigo señalado por los jueces de instancia, cuyos lineamientos se impone respetar.

El fallo del Tribunal fijó la pena de prisión en 88.9 meses (por igual lapso quedó la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas), los cuales, aplicado el descuento del 60% (53,34 meses) quedan en 35,56 meses (41 meses 22 días), que en definitiva será la sanción que debe cumplir el acusado.

7. Como lo resalta el demandante, el Tribunal se equivocó en el proceso de dosificación punitiva, por cuanto de manera oficiosa (el asunto no fue objeto de apelación), en virtud del “*principio de favorabilidad*”, aplicó “*la diminuyente punitiva por aceptación*” del cargo, en los términos del artículo 352 procesal.

De una parte, al parecer la Corporación tiene una inteligencia equivocada sobre el principio y derecho fundamental de la favorabilidad, como que, en los términos de sus argumentos, no se estaba ante un conflicto de leyes en el tiempo que impusiera el deber de realizar un juicio para establecer aquella que resultara benéfica al acusado, sino de un simple olvido del a quo al no aplicar ese descuento.

De otra, el Tribunal dejó de lado el mandato expreso del inciso 2° del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, conforme con el cual, si las partes pactan un cambio sobre los hechos y sus consecuencias, que resulte favorable para al acusado en relación con la pena a imponer, “*esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo*”.

Y sucede que en el numeral 6° del acta de acuerdo las partes señalaron esa disposición y en forma resaltada estipularon que “*acuerdan eliminar de la acusación el delito de HURTO AGRAVADO consagrado en el artículo 241 numeral 10 del C. P., **constituyendo esta la única rebaja***”.

El yerro surge evidente (el Tribunal reconoció doble descuento), pero también lo es que la defensa carece de legitimidad en la causa postulada, porque su interés jurídico para pretender se enmiende la equivocación parte del supuesto necesario de que esta le hubiese ocasionado un perjuicio real y el mismo no solo no existe, sino que, por el contrario, su patrocinado resultó beneficiado.

Si a ello se agrega que cuando se trate, como en el presente evento, de que el condenado sea apelante único, se impone dar cabida a la prohibición de reforma en perjuicio suyo, en términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia, deriva que la Corte queda impedida para intervenir.

Consecuente con lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Casar parcialmente la sentencia del 9 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, **exclusivamente** para fijar en 41 meses 22 días de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas las penas que debe cumplir **Juan Ricardo Silva Quintero** como coautor del delito de hurto calificado por el que fue condenado.

En todo lo demás, el fallo del Tribunal permanece vigente.

Esta decisión no admite recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

Casación 43.959
JUAN RICARDO SILVA QUINTERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria