



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado Ponente

SP814-2019

Radicado 49482

Acta 65

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por defensor de Nubia Yolanda Bergaño Rincón, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de agosto de 2016, que confirmó la emitida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esta ciudad, a través de la cual se condenó a la procesada, junto con Juan de Jesús Rincón y Jorge Humberto Mora Rincón, como cómplices de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso y concierto para delinquir, a la pena principal de 80 meses de prisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El episodio fáctico es certeramente sintetizado por el Tribunal en la decisión impugnada, así:

“En razón a las múltiples denuncias presentadas por la representante legal del Grupo ÉXITO, por los constantes hurtos de mercancía exhibida al público realizados en contra de la empresa mencionada, se llevaron a cabo labores investigativas que permitieron identificar al llamado grupo ‘Los Mecheros’ compuesto por integrantes de la familia Bergaño-Rincón.

En esta actuación, por virtud de la conexidad, se les atribuyó a Nubia Yolanda Bergaño Rincón, Juan de Jesús Rincón y Jorge Humberto Mora Rincón participación en los sucesos que tuvieron ocurrencia el 9 de agosto, el 8 de abril y el 18 de marzo de 2014 en Surtimax del Barrio La Española de Bogotá; el 24 de julio de 2014 y el 21 de enero de 2015 en Surtimax del Barrio Las Ferias de esta capital; el 19 de octubre de 2014 en Surtimax del Barrio Brasil de esta ciudad y el 23 de octubre de 2014 en Surtimax de la carrera 51 A No. 128ª-50 de Bogotá”.

El 18 de noviembre de 2015, ante el Juzgado 62 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se cumplió la diligencia preliminar de legalización de registro y allanamiento y de captura (previamente autorizada), y de formulación de imputación, por los delitos de hurto calificado y agravado y concierto para delinquir de Nubia Yolanda Bergaño Rincón, Juan de Jesús Rincón y Jorge Humberto Mora Rincón, imponiéndose en su contra

medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

El 15 de febrero de 2016 se radicó el respectivo escrito de acusación y el 8 de marzo se hizo la audiencia de su formulación.

El 21 de abril de 2016 en que se debía adelantar la audiencia preparatoria, se aportó acta de preacuerdo suscrito el 18 de abril de 2016 entre la Fiscalía y los imputados, de conformidad con la cual los delitos de hurto calificado (art.240 numerales 1 y 4 del C.P.) y agravado (art.241 numeral 11 id.), en concurso homogéneo y sucesivo (art.31 id.) y concierto para delinquir (art.340 id.) en concurso heterogéneo, les serían atribuidos a los procesados a título de cómplices y no de coautores. En este mismo acto el apoderado de las víctimas manifestó haber recibido por parte de los procesados el equivalente a \$6 millones con lo cual se declaró indemnizado. El 26 de mayo se dio lectura al preacuerdo.

El 29 de junio el Juzgado 9 Penal del Circuito profirió sentencia anticipada producto de preacuerdo, imponiendo a los procesados 80 meses de prisión, en decisión, conforme fue referido, confirmada por el Tribunal.

DEMANDA

Un cargo es postulado por el procurador judicial de Nubia Yolanda Bergaño Rincón, acusando errónea

interpretación del art. 269 del C.P., que condujo a imponer la procesada una sanción punitiva que no le correspondía de conformidad con el preacuerdo pactado con la Fiscalía.

Recuerda que la sentencia para dosificar la sanción partió del art. 240 del C.P., que prevé una pena para el delito de hurto calificado de 6 a 14 años, la que aumentada en un 50% arroja un mínimo de 9 años, sobre la cual se reconoce la complicidad quedando en 4 años y 6 meses, esto es 54 meses.

Dicho guarismo, por razón del concurso homogéneo, se incrementa en 26 meses lo cual arroja como resultado 80 meses. A su turno, procede una rebaja de la pena en las $\frac{3}{4}$ partes por razón del art. 269, es decir 60 meses, para un total de 20 meses de prisión.

Ahora, por razón del delito de concierto para delinquir, siendo pena mínima 4 años de prisión, por la complicidad esta queda en 24 meses.

Así las cosas, para el censor la pena definitiva a imponer debió ser de 44 meses y no de 80 conforme se procedió, siendo este el sentido de la decisión que solicita a la Corte, al tiempo que reclama frente a la nueva pena a imponer que se conceda a la procesada la condena de ejecución condicional.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

-Reiteró el actor casacional su solicitud para que sea corregido el “error aritmético” en que afirma incurrió el fallo, toda vez que respetando los términos del preacuerdo y degradada la imputación de coautora a cómplice, la sanción definitiva que debió imponerse a Bergaño Rincón es de 44 meses de prisión y no los 80 deducidos.

-A su turno, para el Fiscal Delegado ante esta Corporación, asiste razón al actor, toda vez que como efecto del preacuerdo con la Fiscalía, la sanción a imponer por el delito de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo que en principio debía ser de 80 meses, por razón de la indemnización aceptada por la víctima, debió reducirse en las $\frac{3}{4}$ partes, esto es, en 60 meses, quedando por dicho concepto 20 meses que, sumados a la pena que a su turno correspondería por el delito de concierto para delinquir de 24 meses, en efecto da como resultado el guarismo reclamado por el demandante.

En relación con la condena de ejecución condicional, dada la expresa prohibición en el art. 68A del C.P. para delitos como el de hurto no hay lugar a la concesión de este beneficio.

Inquieta el Delegado sobre si acaso se encuentra oportuno hacer alguna referencia respecto de la rebaja de pena que comprendería en este caso a los dos delitos de hurto y concierto para delinquir objeto de imputación.

-Por su parte, tanto el representante de la víctima, como el apoderado de los procesados no recurrentes y la Procuradora Segunda Delegada, en sus coincidentes intervenciones coadyuvaron las pretensiones de la demanda, tras advertir que ciertamente habría existido error por parte de los juzgadores al momento de hacer el cálculo de la pena a imponer, en los precisos términos en que tanto el actor como los demás sujetos intervinientes lo pudieron observar en su oportunidad.

CONSIDERACIONES

1. Dados los términos de la pretensión contenida en la demanda, que es integralmente coadyuvada por los diversos sujetos que han intervenido ante la Corte y constatado que, en efecto, la sentencia equivocó la sanción finalmente impuesta a los procesados, imperativo para la Sala advertir desde ahora que razón asiste al actor y por ende que el único cargo propuesto ha de prosperar.

2. Así, el juzgado de primera instancia indicó que los extremos punitivos para el delito de *hurto calificado y agravado* previsto en los art. 240 y 241-11 del Código Penal, van de 108 a 294 meses de prisión. No obstante, comoquiera que en virtud del preacuerdo suscrito, entre otros, por Nubia Yolanda Bergaño Rincón con la fiscalía, dicha conducta le fue atribuida en calidad de *cómplice*, tales guarismos fueron disminuidos de una sexta parte a la mitad (art. 30 id.) quedando una pena de 54 a 245 meses de prisión.

Acto seguido y en atención a que no le fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad, el a quo se situó en el límite mínimo y lo aumentó en 26 meses por el concurso homogéneo de delitos concurrente, arrojando una pena de **80 meses de prisión.**

3. Ahora bien, como el juzgador encontró demostrado el supuesto del art. 269 del Código Penal por la reparación integral de los perjuicios a la víctima antes de proferirse el fallo correspondiente, concedió la rebaja de las tres cuartas partes (3/4) de la pena., lo cual implicaba una disminución de 60 meses. Por lo tanto, esta elección significaba que la sanción efectivamente a imponer, realizando la operación aritmética correcta, **-debió ser de 20 meses** y no de 60 meses como de manera desatinada se consignó en la sentencia-.

4. Finalmente, aun cuando el juez a quo individualizó la sanción por el delito de *concierto para delinquir* en 24 meses de prisión, al momento de aplicar el art. 31 del Código Penal, realmente aumentó por razón de los delitos contra el patrimonio concursantes 20 meses.

En consecuencia, para ajustar a derecho los fallos de primera y segunda instancia, toda vez que el Tribunal *ad quem* reprodujo en iguales términos el ejercicio de dosimetría punitiva sin advertir el yerro en el que incurrió la primera instancia, la Corte modificará la pena impuesta, en el sentido de que la misma quedará, acorde con lo

previamente señalado, en **40 meses de prisión**, lapso al cual se reduce la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

5. Por último, Bergaño Rincón no tiene derecho a la concesión de los subrogados penales de suspensión de la ejecución de la pena, o la prisión domiciliaria por expresa prohibición del art. 68A del C.P (modificado por la Ley 1709 de 2014).

Esta decisión, en términos del art. 187 de la Ley 906 de 2004 se hará extensiva a los procesados no recurrentes.

Con fundamento en 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

1°. CASAR parcialmente el fallo impugnado, en orden a señalar que la pena para Nubia Yolanda Bergaño Rincón, Juan de Jesús Rincón y Jorge Humberto Mora Rincón es de Cuarenta (40) meses de prisión, como cómplices responsables de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo y heterogéneo de concierto para delinquir. En el mismo término quedará fijada la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

2°. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

leggis

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

legis

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria