

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO/ Dosificación de la pena/ Reglas y Criterios/... El juzgador debe determinar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, que se encuentran de manera directa revisando el tipo penal de que se trate o como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en la realización de la conducta punible. Estas circunstancias modificadoras son atenuantes o agravantes y se caracterizan porque hacen presencia o se estructuran en el momento de la comisión de la conducta punible, resultando inescindibles al comportamiento y por ende caracterizándolo. Por vía de ejemplo la Sala cita el fenómeno de la tentativa (art. 27), la complicidad (art. 30), el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 numeral 7º inciso 2º), el estado de ira o de intenso dolor (art. 57), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56), etc. Una vez determinados los extremos punitivos, se busca el ámbito punitivo de movilidad, que se define como la cantidad de pena que existe entre el límite mínimo y el límite máximo. Ese ámbito punitivo de movilidad se divide en cuartos y el juzgador seleccionará el mínimo, los medios o el máximo, según las reglas establecidas en el art. 61 del Código Penal. El cuarto mínimo debe ser seleccionado cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; los medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y el máximo, cuando únicamente concurren circunstancias de agravación. Es obvio que las circunstancias aquí referidas por el legislador son diversas a las modificadoras, que ya se tuvieron en cuenta para la determinación de los extremos punitivos y que por lo tanto no pueden volver a ser consideradas por vulneración efectiva del *non bis in ídem*. Eso significa que las circunstancias a considerar en este estadio de la dosificación son las no modificadoras, denominadas genéricas de mayor o menor punibilidad, contempladas en los arts. 58 y 55 del Código Penal. Dichas circunstancias pueden ser imputadas y deducidas cuando “no hayan sido previstas de otra manera”, pues si se imputaron como específicas se han debido tener en cuenta para la fijación de los límites mínimo y máximo, sin que tengan cabida nuevamente, so pena de vulnerar el principio del *non bis ídem* o de doble incriminación... “Una vez seleccionado el cuarto correspondiente, el sentenciador debe determinar la pena ponderando los siguientes aspectos: (i) la mayor o menor gravedad de la conducta; (ii) el daño real o potencial creado; (iii) la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad; (iv) la intensidad del dolo; (v) la preterintención o la culpa concurrentes; (vi) la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir

en el caso concreto. En la tentativa también se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda...” Establecida la pena a imponer, respecto de ese quantum, se deben aplicar los institutos post delictuales, o como lo dice la H. Corte Suprema de Justicia, las circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta punible, entre las que por vía de ejemplo se pueden citar las de los arts. 269 y 401 del Código Penal y desde luego las rebajas de pena por allanamiento a cargos Arts. 451 del C.P.P. y concordantes...” Cuando se trate de concurso de conductas punibles, los delitos han de ser dosificados de manera individual, para saber cuál de ellos tiene cuantitativa y cualitativamente la pena más grave. El delito que la tenga será el que sirva de base para la dosificación de los otros comportamientos punibles en concurso, siguiendo las reglas y límites contenidos en el art. 31 del Código Penal, pues la pena no puede superar hasta el otro tanto, ni ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas ni tampoco superior al máximo legal...”



SENTENCIA 026

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2015-0115

Procesado: Jader Jesús Burgos Pedraza y Henry López
Contreras

Delito: Hurto Calificado y agravado

Magistrado Ponente: **Dr. Edgar Kurmen Gómez.**

Aprobado: Acta **057 de mayo 4 de 2016**, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968

Tunja, diez (10) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Hora: dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)

Conoce la Sala el presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por el defensor de Jader Jesús Burgos Pedraza y Henry López Contreras contra la sentencia condenatoria proferida el 11 de diciembre de 2014 mediante la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Samacá les impuso 35 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado, tomando otras determinaciones.

HECHOS

El 28 de julio de 2013 a las 23:30 horas José Yuber Moreno Rodríguez reportó a los patrulleros de la Estación de Policía de Samacá cuando realizaban patrullaje, que en la calle 6 N° 3-30 de ese municipio dos hombres cuyas características proporcionó, habían roto un vidrio de su vehículo de placas ATJ 248 apoderándose de algunas pertenencias. Los uniformados interceptaron en la calle 2A N°6-15 de ese municipio a José Yuber Moreno Rodríguez portando una maleta rosada en la que estaban depositados un saco azul con escudo del colegio de Salamanca, una jardinera gris a rayas, unos zapatos negros y un Álgebra de Baldór y a Henry López Contreras un buzo gris, un gorro rosado y los documentos de José Yuber Moreno Rodríguez, razón por la cual fueron capturados.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JADER JESÚS BURGOS PEDRAZA se identifica con la C.C. 85.466.228 de Santa Marta, nació el 5 de marzo de 1973 en esa ciudad, de 43 años de edad, soltero, cursó primaria, vendedor ambulante, hijo de Jorge Eliecer Burgos y Gladys Maritza Pedraza, reside en la carrera 37 N° 9C-79B de Santa Marta Magdalena, mide 1.65 metros, contextura media, piel trigueña, cabello negro y ondulado, ojos castaño claro y calvicie frontal.

HENRY LÓPEZ CONTRERAS se identifica con la C.C. 80.438.794 de Bogotá, nació el 5 noviembre 1969 en Silvania Cundinamarca, de 46 años de edad, soltero, cursó primaria, vendedor ambulante, hijo de Campo Elías López y Aurora Contreras, reside en la carrera 17 N° 15C-19 barrio Bosa Estación de Bogotá, mide 1.65 metros, contextura media, cabello ondulado, ojos castaño oscuro, barba escasa, piel trigueña, cabello negro y calvicie frontal.

ANTECEDENTES PROCESALES

Ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de control de garantías el 29 de julio de 2013 (i) se legalizó la captura en flagrancia de Jader Jesús Burgos Pedraza y Henry López Contreras y (ii) se les imputaron los delitos de hurto calificado y agravado conforme a los arts. 239, 240-1 y 241-10 del Código Penal, cargos aceptados. Se dijo en esa audiencia que la cuantía de lo hurtado ascendió a \$900.000.00.

Las diligencias se repartieron al juzgado Cuarto Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, autoridad que el 10 de septiembre de 2013 dispuso se remitieran al Juzgado Promiscuo Municipal de Samacá, por competencia territorial.

El 10 de septiembre de 2014 se adelantó la audiencia del art. 447 del C. de P. P. y el 11 de diciembre siguiente se leyó el fallo condenatorio, contra el que interpuso recurso de apelación la defensa.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada.

El a quo consideró que con el material probatorio allegado se logró establecer con certeza la materialidad del punible imputado del que fue víctima José Yuber Moreno Rodríguez, apreciándose en el álbum fotográfico los daños causados al automotor del que sustrajeron los elementos, coligiendo que se tipificaba el delito de hurto calificado y agravado, siendo los acusados Jader Jesús Burgos Pedraza y Henry López Contreras autores a título de dolo, teniendo en cuenta que la víctima cuando se percató del hurto avisó a la policía de Samacá, suministró las características de los autores y se inició su persecución y posterior captura. Predicó también la antijuridicidad y culpabilidad.

Para dosificar la pena el a quo precisa que debe darse aplicación a los arts. 268 y 269 del C.P., pues la cuantía de lo hurtado es inferior a un salario mínimo legal mensual y los procesados restituyeron el objeto material del delito o su valor e indemnizaron los perjuicios causados al ofendido. Señaló que la rebaja por allanamiento a cargos equivale a una cuarta parte de la mitad de la pena conforme al art. 301 en concordancia con el 351 del C. de P. P.

Aplicando los arts. 239, 240-1 y 241-10 del C.P., los límites punitivos van de 108 a 222 meses de prisión, los que de acuerdo al art. 268 ibídem quedan en 54 a 148 meses de prisión. Estos límites los redujo, en la mitad el mínimo y en las tres cuartas partes el máximo conforme al art. 269 ibídem, oscilando entre 40 meses 15 días a 74 meses de prisión, sobre los que calculó el ámbito punitivo de movilidad y los cuartos punitivos.

Como solo existían circunstancias de menor punibilidad dosificó la pena en el primer cuarto que calculó entre 40 a 48 meses 15 días, imponiendo la mínima de 40 meses de prisión, a la que rebajó 5 meses por allanamiento a cargos y captura en flagrancia, imponiendo en definitiva 35 meses de prisión.

También impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal y otorgó a los condenados la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2.- Del motivo de impugnación.

El defensor pretende que se modifique el quantum de la pena por considerar que la dosificada por el a quo está errada.

Para efectos procesales la pena que se tomó fue la del art. 241-1 del Código Penal que es 108 meses en el mínimo, concediéndose las rebajas de los arts. 268 y 269 ibídem. Por tanto al mínimo de la pena debe disminuirse de la tercera parte a la mitad, conforme al art. 268, oscilando el cuarto mínimo entre 54 a 72 meses de prisión. Como se reconoció la reparación integral de perjuicios, aplicando el art. 269, el mínimo de la pena sería de 13.5 meses de prisión, que serían las tres cuartas partes de la pena a imponer, concluyendo que el mínimo de pena es de 13.5 meses, debiendo sobre este cuarto reconocerse la rebaja por aceptación de cargos de que trata el art. 351 de una cuarta parte de la pena a imponer, quedando la pena definitiva en 10.2 meses de prisión que equivalen a 10 meses y 15 días de prisión.

3.- Alegatos de los no recurrentes.

La fiscalía considera que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, pues se aplicaron debidamente las rebajas de los arts. 268 y 269 del Código Penal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

La Sala en virtud del principio de limitación adquiere competencia sólo en referencia a los motivos de impugnación y a los asuntos que resulten necesariamente vinculados a ellos.

Establece el art. 381 del C. de P.P. que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

El señor defensor impugnó la sentencia condenatoria para que se modifique el quantum de la pena por considerar que la dosificación efectuada por el a quo está errada, por los motivos que enseguida serán objeto de análisis.

Para resolver la problemática propuesta la Sala estudiará en primer término (i) los requisitos de control de legalidad en caso de allanamiento a cargos, (ii) las reglas y criterios para la dosificación de las penas, (iii) la dosificación correcta en el caso en concreto y (iv) conclusiones.

1.- De los requisitos referidos al control de legalidad en caso de allanamiento a cargos.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado como ineludible el deber a cargo del Juez de conocimiento en referencia al control de legalidad que debe efectuar en los eventos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la fiscalía, los siguientes¹:

¹ Cfr. Casación 25108, 30 de noviembre de 2006.

“(i) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento², (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad”.

1.1. Allanamiento exento de vicios esenciales del conocimiento e informado.

En el caso de autos se advierte que a los procesados Jader Jesús Burgos Pedraza y Henry López Contreras se les imputaron cargos por los delitos de hurto calificado y agravado, conforme a los arts. 239, 240-1 y 241-10 del Código Penal, en cuantía de \$900.000.00., cargos a los que se allanaron y el juez de garantías verificó que dicho allanamiento fue realizado en forma consciente, libre y voluntaria, es decir, exento de vicios del consentimiento, con asistencia y asesoría de defensa técnica.

1.2. Elementos materiales probatorios y evidencias físicas que sustentan la imputación.

Téngase en cuenta que el allanamiento a cargos efectuado por los imputados implica confesión, que encontró corroborada el juez de primera instancia con el análisis acertado de los E.M.P. y E.F. recaudados, que lo determinaron a predicar en derecho la existencia de comportamiento punible a la luz de lo preceptuado en el art. 9 del C.P.. Los elementos materiales probatorios que corroboran dicha confesión son:

² Cfr. casación 25248, 5 de octubre de 2006.

- Formato único de noticia criminal FPJ 2³. Denuncia presentada por José Yuber Moreno Rodríguez el 29 de julio de 2013 ante la URI Tunja. Dice que el 28 de julio de 2013 a las 23:50 horas cuando se encontraba en una reunión familiar en la casa de su cuñado Héctor Julio Bastidas en la Cra. 6 N° 3-30 de Samacá sintió un golpe y con sus familiares observaron que dos individuos corrían portando dos bolsos que estaban en el carro de su propiedad que se encontraba aparcado frente a la casa. Enseguida llamaron a la policía y a llegar les proporcionaron las características y el lugar de huida de los delincuentes a quienes posteriormente capturaron los uniformados. En esa oportunidad manifestó que todo lo hurtado y el vidrio roto lo valoraba en la suma de \$900.000.
- Informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia FPJ 5⁴, de Jader Jesús Burgos Pedraza y Henry López Contreras del 28 de julio de 2013, signado por el patrullero Andrés Leonardo Ballesteros Vargas adscrito a la estación de policía de Samacá.
- Acta de derechos del capturado Jader Jesús Burgos Pedraza y constancia de buen trato⁵ del 28 de julio de 2013 suscrita por los patrulleros Andrés Leonardo Ballesteros y Jhonier Linares.
- Acta de derechos del capturado Henry López Contreras y constancia de buen trato⁶ de 28 de julio de 2013 suscrita por los patrulleros Andrés Leonardo Ballesteros y Jhonier Linares.
- Acta de incautación de elementos por la Policía Nacional al capturado Henry López Contreras⁷ de 28 de julio de 2013.

³ Folio 3 Cdno. de la Fiscalía

⁴ Folio 8 Cdno. de la fiscalía.

⁵ Folio 11 Cdno. de la Fiscalía.

⁶ Folio 12 Cdno. de la Fiscalía.

⁷ Folio 13 Cdno de la Fiscalía.

- Acta de incautación de elementos por la Policía Nacional al capturado Jader Jesús Burgos Pedraza⁸ de 28 de julio de 2013.
- Acta de entrega a José Yuber Moreno Rodríguez⁹ de elementos incautados a los capturados Jader Jesús Burgos y Henry López Contreras de 28 de julio de 2013.
- Registro fotográfico¹⁰ realizado por el patrullero Jhonier Norbey Linares Triana de la Estación de Policía de Samacá, en el que se documentan los daños ocasionados al vehículo Renault de placas ATJ 248.
- Certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado civil¹¹ en la que consta que la C.C. 85.446.228 expedida el 24 de septiembre de 1991 en Santa Marta (Magdalena) corresponde a Jader Jesús Burgos Pedraza y está vigente.
- Certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado civil¹² en la que consta que la cédula de ciudadanía 80.438.794 expedida el 26 de julio de 1989 en Bosa (Cundinamarca) corresponde a Henry López Contreras y está vigente.
- Oficio 454310/DEBOY-SIJIN 38.10 expedido el 29 de julio de 2013 por el Departamento de Policía Boyacá¹³ en el que consta que contra Jader Jesús Burgos Pedraza identificado con la C.C. 85.466.228 la Unidad 4 de Fiscalía de Yopal Casanare le adelanta el sumario 20554 por el delito de concierto para delinquir, art. 340 del C.P.. También se dice que Henry López Contreras identificado

⁸ Folio 16 Cdno. de la Fiscalía.

⁹ Folio 15 Cdno. de la Fiscalía.

¹⁰ Folio 16 Cdno. de la Fiscalía.

¹¹ Folio 21 Cdno. de la Fiscalía.

¹² Folio 22 Cdno. de la Fiscalía.

¹³ Folio 26 Cdno. de la Fiscalía.

con la C.C. 80.438.794 no registra antecedentes y/o anotaciones judiciales en el sistema.

- Individualización y arraigo de Jader Jesús Burgos Pedraza¹⁴, C.C. 85.466.228 de Santa Marta (Magdalena).
- Individualización y arraigo de Henry López Contreras¹⁵, C.C. 80.438.794 de Bogotá.
- Registro fotográfico y tarjeta decadactilar de Henry López Contreras¹⁶, C.C. 80.438.794 de Bogotá.
- Registro fotográfico y tarjeta decadactilar de Jader Jesús Burgos Pedraza¹⁷, C.C. 85.466.228 de Santa Marta (Magdalena).
- Informe ejecutivo FPJ-3¹⁸ del 29 de julio de 2013 con el que la investigadora de la Fiscalía General de la Nación reportó los actos urgentes con ocasión de la captura en flagrancia de Henry López Contreras y Jader Jesús Burgos Pedraza.
- Constancia de la fiscalía del 21 de noviembre de 2013¹⁹.

Se hace constar que se presentaron José Yuber Moreno Rodríguez y la abogada Adriana Mayerli Sandoval Sandoval, quien representa a los imputados con el fin de manifestar que los autores del ilícito están interesados en indemnizar a la víctima, quien informa está de acuerdo y que la reparación integral asciende a \$589.500 correspondiente a un salario mínimo que se consignará en el banco Davivienda.

¹⁴ Folio 28 Cdno. de la Fiscalía.

¹⁵ Folio 31 Cdno. de la Fiscalía.

¹⁶ Folio 34 Cdno. de la Fiscalía.

¹⁷ Folio 36 Cdno. de la Fiscalía.

¹⁸ Folio 40 Cdno. de la Fiscalía.

¹⁹ Folio 54 Cdno. de la Fiscalía.

- Constancia de la fiscalía²⁰, del 13 de marzo de 2014.

José Yuber Moreno Pedraza se presentó en la fecha para informar que recibió la suma de \$398.000 el 10 de diciembre de 2003 quedando un saldo de \$191.500 aproximadamente.

- Constancia de la fiscalía²¹, del 24 julio 2014.

José Yuber Moreno Rodríguez concurrió a la Fiscalía para hacer entrega de dos recibos de consignación del 11 de diciembre de 2013, uno por \$298.000 consignado por Henry López Contreras y el otro del 11 de diciembre de 2013 por \$100.000 consignados por Jader Jesús Burgos Pedraza, como pago de la indemnización por el hurto de las pertenencias de su vehículo, quedando pendiente el pago de \$202.000 por parte de los procesados para completar la suma acordada de \$600.000.

Estos elementos materiales probatorios con que contaba la fiscalía sin duda alguna permiten derruir la presunción de inocencia y edificar la existencia de comportamiento punible.

1.3. Ausencia de violación a garantías fundamentales.

En el trámite no se advierte vulneración a garantías fundamentales y por lo tanto era procedente dictar la correspondiente sentencia condenatoria, no sin antes advertir que el comportamiento constituye conducta punible a la luz del artículo 9° del Código Penal, pues corresponde perfectamente con la descrita en el tipo penal; vulnera el bien jurídico del patrimonio económico sin que obre causal que lo justifique y porque los sujetos agentes conocían los hechos constitutivos de infracción penal y se determinaron a realizarlo, como evidentemente lo lograron.

²⁰ Folio 55 Cdno. de la Fiscalía.

²¹ Folio 55 Cdno. de la Fiscalía.

2.- De las reglas y criterios para la dosificación de las penas.

Sea lo primero advertir que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, según lo exige el art. 59 del Código Penal y lo demanda la estructura del estado social de derecho y el principio democrático en que se funda.

2.1.- El juzgador debe determinar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, que se encuentran de manera directa revisando el tipo penal de que se trate o como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en la realización de la conducta punible.

Estas circunstancias modificadoras son atenuantes o agravantes y se caracterizan porque hacen presencia o se estructuran en el momento de la comisión de la conducta punible, resultando inescindibles al comportamiento y por ende caracterizándolo.

Por vía de ejemplo la Sala cita el fenómeno de la tentativa (art. 27), la complicidad (art. 30), el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 numeral 7º inciso 2º), el estado de ira o de intenso dolor (art. 57), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56), etc.

2.2.- Una vez determinados los extremos punitivos, se busca el ámbito punitivo de movilidad, que se define como la cantidad de pena que existe entre el límite mínimo y el límite máximo. Ese ámbito punitivo de movilidad se divide en cuartos y el juzgador seleccionará el mínimo, los medios o el máximo, según las reglas establecidas en el art. 61 del Código Penal.

El cuarto mínimo debe ser seleccionado cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; los medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y el máximo, cuando únicamente concurren circunstancias de agravación.

Es obvio que las circunstancias aquí referidas por el legislador son diversas a las modificadoras, que ya se tuvieron en cuenta para la determinación de los extremos punitivos y que por lo tanto no pueden volver a ser consideradas por vulneración efectiva del *non bis in ídem*.

Eso significa que las circunstancias a considerar en este estadio de la dosificación son las no modificadoras, denominadas genéricas de mayor o menor punibilidad, contempladas en los arts. 58 y 55 del Código Penal. Dichas circunstancias pueden ser imputadas y deducidas cuando “*no hayan sido previstas de otra manera*”, pues si se imputaron como específicas se han debido tener en cuenta para la fijación de los límites mínimo y máximo, sin que tengan cabida nuevamente, so pena de vulnerar el principio del *non bis ídem* o de doble incriminación.

2.3.- Una vez seleccionado el cuarto correspondiente, el sentenciador debe determinar la pena ponderando los siguientes aspectos: (i) la mayor o menor gravedad de la conducta; (ii) el daño real o potencial creado; (iii) la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad; (iv) la intensidad del dolo; (v) la preterintención o la culpa concurrentes; (vi) la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

En la tentativa también se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

2.4.- Establecida la pena a imponer, respecto de ese quantum, se deben aplicar los institutos post delictuales, o como lo dice la H. Corte Suprema de Justicia, las circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta punible, entre las que por vía de ejemplo se pueden citar las de los arts. 269 y 401 del Código Penal y desde luego las rebajas de pena por allanamiento a cargos Arts. 451 del C.P.P. y concordantes.

2.5.- Cuando se trate de concurso de conductas punibles, los delitos han de ser dosificados de manera individual, para saber cuál de ellos tiene cuantitativa y cualitativamente la pena más grave. El delito que la tenga será el que sirva de base para la dosificación de los otros comportamientos punibles en concurso, siguiendo las reglas y límites contenidos en el art. 31 del Código Penal, pues la pena no puede superar hasta el otro tanto, ni ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas ni tampoco superior al máximo legal.

Estas son en síntesis las reglas que se deben tener en cuenta para el proceso de dosificación punitiva por vía general y específicamente las que hemos de aplicar en el caso de autos, como se verá.

3.- De la dosificación correcta en el caso en concreto.

Siguiendo las reglas enunciadas anteriormente, efectuaremos la dosificación punitiva por el delito de hurto calificado y agravado imputado, cargos que los procesados aceptaron en la respectiva audiencia de imputación y que se constituyen en fundamento de la acusación.

El delito de hurto calificado -por haberse cometido con violencia sobre las personas- contemplado en el art. 240 N° 1 del C.P. tiene señalada pena de 6 a 14 años que equivale a 72 a 168 meses de prisión.

Pero como concurre la circunstancia de agravación del numeral 10 del Art. 241 del C.P. por haberse cometido por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto la pena se incrementa de la mitad a las tres cuartas partes lo que significa que los extremos punitivos oscilan entre 12 años y 24 años 6 meses o 108 a 294 meses de prisión²² y no como equivocadamente lo señaló el a quo cuando dijo que el extremo máximo correspondía a 222 meses²³.

Aunque en la diligencia de formulación de imputación se señala que la cuantía del delito ascendió a \$900.000, no se determinó cual valor correspondía a los elementos sustraídos y cual a la rotura del vidrio. Sin embargo el juez de primera instancia estimó actualizada la circunstancia concomitante de atenuación punitiva referida en el artículo 268 del C.P., que acatará esta colegiatura en acatamiento del principio de la no reforma peyorativa pues la parte defendida es apelante único. En consecuencia la pena se debe disminuir de una tercera parte a la mitad, lo que significa que los extremos punitivos oscilan entre 54 a 196 meses de prisión²⁴.

El ámbito punitivo de movilidad para la pena de prisión es de 142 meses que dividido en cuartos arroja 30.5 meses o 30 meses 15 días. El cuarto mínimo oscila de 54 a 89 meses 15 días; el primer cuarto medios de 89 meses 15 días a 125 meses: el segundo cuarto medio de 125 meses a 160 meses 15 días y el máximo de 160 meses 15 días a 196 meses.

Debido a que únicamente concurren circunstancias atenuantes se debe seleccionar el cuarto mínimo de 54 a 89 meses 15 días y dosificar la

²² En aplicación del Art 61 N°4 del C.P.

²³ Fol. 15 de la sentencia impugnada.

²⁴ En aplicación del Art. 60 N° 5 del C.P.

pena teniendo en cuenta los criterios del inciso 3° del art 61 del C.P. referidos a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes y la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Al revisar la sentencia de primera instancia se advierte a este respecto que el juez omitió cotejar estos aspectos e inmotivadamente impuso la pena mínima del cuarto mínimo, por lo que a la Sala, para no hacer más gravosa la situación del impugnante único, le resulta imperioso imponer también la pena mínima del cuarto mínimo esto es 54 meses de prisión.

Sobre la pena dosificada de 54 meses de prisión se deben efectuar las rebajas de pena correspondientes a institutos post delictuales. Como el juez de primera instancia estimó acreditadas las circunstancias post delictuales derivadas de la reparación según las voces del art. 269 del C.P. y por allanamiento a cargos según el parágrafo del artículo 301 en concordancia con el art 351 del C.P.P. y le otorgó la máxima rebaja para cada uno de esos institutos, es imperativo para la sala en acatamiento del principio de la prohibición de reformar empeorando, acatar esas pautas porque obviamente comportan situaciones favorables al sentenciado.

En relación con la reparación aceptada por el juez a quo, aspecto que también se torna inmodificable no obstante que la reparación acordada sería parcial conforme a las constancias de la Fiscalía, la disminución oscila de la mitad (50%) a la tercera parte (33%) y como el juez decidió otorgar la máxima del 50% la pena queda en 27 meses de prisión. Pero como también le otorgó la rebaja del 12.5% por allanamiento a cargos en flagrancia la pena a imponer es la de 23 meses 18 días de prisión, en lo que se entiende modificada la sentencia de primera instancia.

4.- Conclusiones.

Se modificará la sentencia impugnada porque en aplicación de las reglas de dosificación punitiva la pena a imponer es la de 23 meses 18 días de prisión, término por el que también se entiende impuesta la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En consecuencia prosperan parcialmente los motivos de impugnación aunque anclados en motivaciones diferentes a las expuestas en la sustentación del recurso.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de decisión penal administrando Justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el numeral primero de la providencia impugnada en el sentido de condenar a Jader Jesús Burgos Pedraza, de condiciones personales y civiles conocidas en autos, a la pena principal de 23 meses 18 días de prisión, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado cometido las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dan cuenta los hechos.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral segundo de la providencia impugnada en el sentido de condenar a Henry López Contreras de condiciones personales y civiles conocidas en autos, a la pena principal de 23 meses 18 días de prisión, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado cometido las circunstancias de tiempo, modo lugar que dan cuenta los hechos.

TERCERO. ACLARAR el numeral tercero de la providencia impugnada en el sentido que la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas se impone a Jader Jesús Burgos Pedraza por el mismo término de la pena principal esto es por 23 meses 18 días.

CUARTO. ACLARAR el numeral tercero de la providencia impugnada en el sentido que la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas se impone a Henry López Contreras por el mismo término de la pena principal esto es por 23 meses 18 días.

QUINTO. Abstenerse de emitir pronunciamiento respecto de las demás determinaciones adoptadas en la sentencia de primer grado por no haber sido apeladas.

SEXTO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ

Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ

Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ

Secretario

