El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 23 de mayo de 2017

Proceso: Penal – Confirma parcialmente sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66170 60 00 066 2016 00413 01

Procesado: CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA.** “[E]sta Sala considera que es viable la aplicación del atenuante punitivo previsto en el artículo 268 del CP, en consecuencia se procederá a redosificar la pena impuesta al señor Arias Giraldo, de la siguiente manera: No existe duda de que en el presente caso se configuró el delito de hurto calificado en grado de tentativa (art. 240 numeral 3° y 27 del CP), el cual prevé una pena que oscila entre los 36 y 126 meses de prisión, tal y como lo adujo la A quo en la decisión apelada. Ahora bien, teniendo en cuenta que se encuentran fundados los requisitos para el reconocimiento de la diminuente de que trata el artículo 268 del CP, el margen de punibilidad será de 18 a 84 meses de prisión, (…) Siguiendo los demás derroteros de la juez de primera instancia para tasar la pena, frente a los que no versa el recurso propuesto, y en consideración a que en el caso del acusado concurren la circunstancias de menor punibilidad descrita en el artículo 55 numeral 6°, y no se causó un daño grave al patrimonio económico de la víctima, se partirá del mínimo de la pena establecido en el primer cuarto, es decir de 18 meses de prisión, monto que al realizarle el descuento del 4.16% por concepto de aceptación de cargos en la etapa de juicio, quedará en 17 meses y 8 días de prisión.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 454 del veintidós (22) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 9:09 .m

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66170 60 00 066 2016 00413 01 |
| Procesado | Carlos Eduardo Arias Giraldo |
| Delito | Hurto calificado y agravado en grado de tentativa |
| Juzgado de conocimiento | Primero Penal Municipal de Dosquebradas |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia |

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor Carlos Eduardo Arias Giraldo, contra la sentencia proferida el 18 de enero de 2017 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas.

2.1 ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico es el siguiente:

*“El día 04 de Marzo de 2016 siendo las 11:30 horas la señora LUZ MARINA GIRALDO PÉREZ recibió una llamada a su celular de su hermana ANA DELIA GIRALDO PÉREZ, quien le informó que CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO su hijo, se le estaba metiendo a la casa por el techo, de inmediato LUZ MARINA le dijo que llamara a la Policía porque muy seguramente su hijo le iba a hurtar, que ella ya se dirigía a la casa, cuando llegó a su inmueble ubicado en la Manzana 4 Casa 15 del barrio Panorama Country I de Dosquebradas, ya estaba la patrulla cuadrante 19 compuesta por los Patrulleros LÓPEZ y PÉREZ, a quienes autorizó para entrar al inmueble por el techo, ya que la puerta de acceso estaba trancada por dentro; los policiales ingresan a la casa y observaron a su hijo CARLOS EDUARDO que tenía lista una olla a presión para llevársela, abrieron la puerta y la señora LUZ MARINA reconoce a su hijo y la olla que se iba a hurtar, que éste no tenía ninguna autorización para entrar al inmueble ya que es adicto a los estupefacientes y le ha hurtado elementos en forma constante para cambiarlos o venderlos y adquirir la droga, la patrulla lo captura, lo identifican como CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO a quien le leyeron sus derechos y suscribió el acta de buen trato siendo trasladado a las instalaciones de la URI en Pereira.”*

2.2 El Juzgado Promiscuo Municipal de la Celia en traslado temporal al municipio de Pereira, el día 5 de marzo de 2016 llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor Carlos Eduardo Arias Giraldo por el delito de hurto calificado en grado de tentativa previsto en los artículos 239 y 240 numeral 3º del CP. El señor Arias Giraldo no aceptó dichos cargos (folio 5-6)

2.3 El Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas asumió el conocimiento de la presente causa (folio 7). El 7 de septiembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (folio 17-18); la audiencia preparatoria se realizó el en sesiones del 24 de octubre de 2016 (folio 22), y 3 de noviembre de 2016 (folio 25-26). El día 19 de diciembre de 2016 se dio inició a la audiencia de juicio oral, acto en el cual el acusado aceptó su responsabilidad frente al delito investigado (folio 30), motivo por el cual la A quo dio trámite a lo dispuesto en el artículo 447 del CPP y posteriormente profirió la sentencia condenatoria en contra del señor Arias Giraldo.

2.4 El fallo fue recurrido por el defensor del acusado.

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se trata de Carlos Eduardo Arias Giraldo, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.088.018.550 de Dosquebradas, nacido el 11 de mayo de 1994 en Salamina, Caldas, es hijo de Luz Marina y Jairo, de ocupación oficios varios.

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

* Luego de realizar un recuento sobre los hechos materia de investigación, la juez de primer grado adujo que ante la aceptación de cargos realizada por el procesado se podía pregonar más allá de toda duda su responsabilidad respecto a los hechos investigados.
* En el proceso de dosificación de la pena argumentó que la conducta endilgada al señor Arias Giraldo se había cometido en el grado de tentativa, ya que la misma no se había perfeccionado pues el objeto de la misma en ningún momento había salido de la custodia y cuidado de la víctima, por lo que era viable dar aplicación a lo previsto en el artículo 27 del CP, motivo por el cual la pena debía oscilar entre los 36 y los 126 meses de prisión.
* Expuso que el procesado no podía ser favorecido con la circunstancia de atenuación dispuesta en el artículo 268 del CP, debido a que presentaba un antecedente, con base en una sentencia proferida por esa misma autoridad judicial el 20 de septiembre de 2016 por el delito de violencia intrafamiliar, dentro de la causa radicada con el Nro. 66170 40 04 006 2016 00766.
* Dijo que pese a que la FGN no presentó físicamente dicha providencia, lo cierto es que la misma se encontraba en los antecedentes de la página web de la Rama Judicial, aunado al hecho de que el señor Carlos Eduardo Arias Giraldo se encontraba detenido purgando la pena impuesta por ese despacho dentro del proceso aludido.
* Manifestó que como en el presente caso no se le endilgaron al procesado circunstancias de mayor punibilidad, resultaba viable moverse dentro del cuarto mínimo, el cual oscila entre 36 y 58 meses y 15 días de prisión, y en consideración a que en el presente caso se configuraba una circunstancia de menor punibilidad ante la reparación voluntaria del daño causado, decidió partir de la pena mínima de ese primer cuarto, es decir, de 36 meses de prisión, pena que fue disminuida en una proporción del 4.16% por el allanamiento a cargos por parte del señor Carlos Eduardo Arias Giraldo en el desarrollo del juicio oral, quedando la misma en 34 meses y 29 días de prisión.
* Teniendo en cuenta la indemnización de perjuicios que se dio al interior del proceso, y antes la realización de la audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia, era pertinente dar aplicación a la rebaja contemplada en el artículo 269 del CP, motivo por el cual fijó una sanción definitiva en 17 meses y 14 días de prisión.
* Finalmente denegó el subrogado de ejecución condicional de la pena, con fundamento en lo normado en la ley 1709 de 2014, la cual dispone la prohibición de dicho sustituto frente al delito de hurto calificado.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

5.1 Defensor (Recurrente)

* Su disenso radica en la no concesión de la rebaja establecida en el artículo 268 del CP, la cual fue denegada con el argumento de que si bien era cierto que el bien del cual pretendía apoderarse su prohijado no superaba en valor un salario mínimo, se debía tener en cuenta que el encartado contaba con un antecedente penal correspondiente a una sentencia condenatoria profería por esa misma autoridad el 20 de septiembre de 2016 por el delito de violencia intrafamiliar, cuya pena se encuentra purgando en la actualidad.
* Argumentó que los hechos por los cuales fue aprehendido al señor Carlos Eduardo Arias Giraldo, por el delito de hurto calificado agravado en modalidad tentada, acontecieron el 4 de marzo de 2016 fecha para la cual no contaba con ninguna sentencia condenatoria en su contra.
* Los hechos por los cuales el acusado fue condenado por el punible de violencia intrafamiliar, acontecieron el 23 de abril de 2016, y fue condenado por esos sucesos el 20 de septiembre del año anterior. El encartado se encuentra detenido por cuenta de dicha causa.
* La intervención del artículo 447 del CPP realizada por el delegado de la FGN fue casi inaudible. Sin embargo de la misma se desprende que el señor Arias Giraldo se encontraba detenido, que no contaba con la sentencia condenatoria que estaba cumpliendo el procesado, e hizo referencia a la anotación respectiva, dejando a criterio del despacho la concesión de la diminuente establecida en el artículo 268 del CP.
* La defensa y el apoderado de la víctima se encuentran de acuerdo en el sentido de que para la tasación de la pena se debía partir del cuarto mínimo de la sanción y aunado a ello era viable el reconocimiento de los beneficios establecidos en los artículos 268 y 269 del CP.
* En el fallo de primer nivel se expone que el señor Carlos Eduardo Arias Giraldo registra antecedentes penales, refiriéndose a la sentencia del 20 de septiembre de 2016, señalando que pese a que ese proveído no fue aportado físicamente, se debían tener en cuenta los antecedentes que figuraban en la página Web de la Rama Judicial citando para tal fin un precedente de la SP del TS de Pereira, y de esta forma denegar la diminuente a que hace alusión el precitado artículo 268 del CP.
* Reiteró que para el 4 de marzo de 2016 fecha de la captura del encartado, éste no contaba con antecedentes judiciales, y que por lo tanto debe prevalecer el principio de legalidad previsto en el artículo 6 del CP ya que en el caso concreto se están teniendo como antecedentes penales una situación que aconteció con posterioridad a su captura, por lo que solicita que se modifique la sentencia recurrida y se otorgue al acusado el descuento de la norma en cita.
* El precedente de la SP del TSP hace referencia a la “libertad probatoria” para acreditar un antecedente penal, por ello no es suficiente con que el delegado de la FGN anuncie que el procesado cuenta con una anotación, pues es necesario acreditar ante el juez de conocimiento tal situación pese a que el juez haya emitido la sentencia condenatoria, ya que las pruebas de oficio están fuera de contexto en el actual sistema penal para no afectar el principio de imparcialidad.
* Pidió que se modificara la dosificación de la sanción en lo que respecta al reconocimiento de la reducción del *plus* punitivo que prevé el artículo 268 del CP.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico a resolver

En atención al principio de limitación de la segunda instancia el problema jurídico se contrae a determinar si fue acertada la decisión del A quo frente al no reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva dispuesta en el artículo 268 del CP, con el argumento de que el procesado presentaba un antecedente penal que se generó por hechos acontecidos con posterioridad a los aquí investigados.

6.3 El artículo 248 de la Constitución Política hace referencia a la institución de los antecedentes de la siguiente manera:

“*Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.*

Según la norma transcrita, para que se genere un antecedente penal deben concurrir los siguientes requisitos:

i) La existencia de un proceso judicial de naturaleza penal o contravencional.

ii) Que la sentencia proferida dentro del proceso se encuentre en firme o ejecutoriada.

iii) Que se haya impuesto una condena o sanción.

6.4 Aunado a ello, esa disposición establece que los antecedentes así definidos tendrán efectos en todos los órdenes legales.

6.5 Los antecedentes judiciales se generan como consecuencia de una sentencia en firme.

En torno a este tema la Corte Constitucional expresó:

*“…Ya definido lo que constituye antecedentes penales, se puede colegir que son dos las características esenciales que los delinean y determinan, compuestos por los denominados condena y sentencia, estableciendo un cuerpo interdependiente, donde la falta de un elemento significa la inexistencia del conjunto como tal. El primer elemento es la presencia de un castigo o más precisamente de una sanción producto de un delito o una infracción. Couture define la condena como la "determinación judicial de la conducta debida por un litigante, al que se impone la obligación de dar, hacer u omitir algo, bajo amenaza implícita y eventual de coacción". Se requiere así, que la conducta del sujeto tenga la capacidad suficiente para producir la reacción del Estado con el fín de imponerle una pena y que la movilización estatal sea de tal grado que genere dicha reacción y no se quede simplemente en los actos previos, v.gr. una etapa procesal con el lleno de los requisitos establecidos en las leyes procedimentales, pero sin un pronunciamiento, que fue precisamente lo acontecido en el caso sub-exámine…”*

*(…)*

*“…El artículo 248 de la Carta Magna exige además que las condenas proferidas en sentencia judicial sean definitivas, lo que quiere decir que se hayan agotado todas las instancias legalmente establecidas para que se pueda hablar de antecedentes, pues la sola sindicación y vinculación de un sujeto no los constituye per sé y significaría no solo el desconocimiento de la norma citada, la cual ha sido reproducida como principio rector en el artículo 12 del C.P.P., sino del derecho en virtud del cual "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (art. 29 inc. 4 C.N.)…” [[1]](#footnote-1)*

6.6 Por su parte, el artículo 166 de la Ley 906 de 2004 indica que una vez se encuentre ejecutoriada la sentencia mediante la cual se imponga una pena o medida de seguridad, la autoridad judicial debe informar sobre dicha determinación a los organismos que tengan funciones de policía judicial y archivos sistematizados, tales como la Dirección General de Prisiones, la Registraduría Nacional de Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación, entre otros, pues esa norma es clara en señalar que “*sólo en estos casos se considerará que la persona tiene antecedentes judiciales”*; y en caso de que el fallo sea absolutorio y haya cobrado firmeza, el juzgado de fallador se debe informar tal situación a la FGN *“con el fin de realizar la actualización de los registros existentes en las bases de datos que se lleven, respecto de las personas vinculadas en los procesos penales”*. Sumado a lo anterior, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad están en la obligación de dar a conocer al ente investigador sobre las decisiones que adopten y puedan afectar la vigencia de la condena o redosificar la pena impuesta, con el fin de efectuar las actualizaciones respectivas en las bases de datos correspondientes tal y como lo señala el artículo 167 Ibídem.

6.7 Sobre la figura de antecedentes penales, la Corte Constitucional en sentencia T-058 de 2015, argumentó lo siguiente:

*“(…)*

*… los antecedentes judiciales cumplen importantes funciones amparadas por el ordenamiento jurídico. En materia penal, sirven para constatar la procedencia de algunos subrogados penales, para determinar la punibilidad, y para establecer si las personas privadas de la libertad que solicitan un beneficio administrativo, tienen o no requerimientos pendientes con otras autoridades judiciales.**[[67]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-058-15.htm" \l "_ftn67" \o ") Adicionalmente, los antecedentes penales permiten establecer la existencia de inhabilidades; sirven entonces a  la protección de los intereses generales y de la moralidad pública.**[[68]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-058-15.htm" \l "_ftn68" \o ") Asimismo, el registro de antecedentes penales es empleado por autoridades judiciales y con funciones de policía judicial, para el cumplimiento de sus funciones relacionadas con la persecución del delito y con labores de inteligencia asociadas a la seguridad nacional…**.”.*

6.8 Frente al tema específico que concita la atención de esta Corporación, es necesario hacer referencia a lo expuesto por la Sala Penal de la CSJ, mediante radicado 20597 del 18 de febrero de 2004, en el que frente a la temporalidad del antecedente penal, se dijo lo siguiente:

*“El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero,* ***implica la existencia de una condena judicial definitiva*** *(artículos 248 de la Constitución Nacional, y 7º del estatuto procesal penal),* ***al momento de la comisión del delito que se juzga,*** *pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo.”* (Subraya y negrilla fuera de texto).

**6.9 Solución al caso concreto**

6.9.1 El artículo 268 del CP señala lo siguiente:

*“CIRCUNSTANCIA DE ATENUACION PUNITIVA. Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.”*

6.9.2 Lo anterior quiere decir que para que se de aplicación a la diminuente prevista en la norma transcrita es necesario que se cumplan tres requisitos: i) que el valor de la cosa apropiada no supere un (01) salario mínimo legal mensual vigente; ii) la ausencia de antecedentes penales por parte del procesado; y iii) que no se haya ocasionado grave daño a la víctima.

6.9.3 Con el fin de verificar si el señor Arias Giraldo es merecedor del reconocimiento de la circunstancia de atenuación descrita en la norma en comento, es imperioso recordar que: i) el elemento del cual pretendía apoderarse el señor Arias Giraldo se trataba de una olla a presión, la cual fue avaluada en la suma de $100.000, lo que permite inferir que el valor de dicho elemento no sobrepasa un (1) salario mínimo; ii) al momento en el que se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia, al acusado le figuraba un antecedente penal correspondiente a una sentencia condenatoria proferida por el mismo juzgado de conocimiento donde se le dio trámite al presente asunto, de fecha 20 de septiembre de 2016, por el delito violencia intrafamiliar, dentro del proceso radicado con el Nro. 66170 04 004 066 2016 00766, y al confrontar la vigencia de ese fallo de condena con la fecha en la cual acaecieron los hechos materia de investigación dentro de la presente causa, es decir, el 4de marzo de 2016, se puede colegir que en el caso *sub judice* no se da el supuesto cronológico en materia de antecedentes penales, ya que la vigencia de la anotación que figura en contra del acusado, es posterior a los de la ocurrencia a los sucesos aquí juzgados; y iii) si bien es cierto, con el actuar del procesado se ocasionaron unos daños a la víctima del ilícito, también lo es que el señor Carlos Eduardo Arias Giraldo indemnizó a la persona afectada con la infracción penal por los perjuicios causados con su actuar.

Lo anterior permite establecer que el señor Arias Giraldo cumple con la totalidad de las exigencias previstas en el artículo 268 del CP, para ser beneficiario de la rebaja pretendida.

Es necesario señalar que pese a que al momento en el que la A quo profirió la sentencia de primer nivel, de conformidad con lo enunciado por el delegado de la FGN en la audiencia del artículo 447 del CPP, el encartado presentaba un antecedente penal, como consecuencia de una sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas, cuatro meses atrás (20 de septiembre de 2016) la cual se encontraba en firme, pero el mismo se generó por sucesos acontecidos con posterioridad a los de la presente investigación, y por lo tanto no fue acertada la decisión de la juez de primer nivel al negar la solicitud elevada por la defensa y por el apoderado de la víctima en el sentido de dar aplicación a lo normado en el artículo 268 del CP a favor del señor Carlos Eduardo Arias Giraldo.

6.9.5 Lo anterior significa que el antecedente penal que figura en contra del señor Carlos Eduardo Arias Giraldo por el *contra jus* de “violencia intrafamiliar”, que se ocasionó como consecuencia de un hecho posterior a la comisión del delito contra el patrimonio económico que corresponde al presente caso, si bien es cierto se encontraba vigente para el 18 de enero de 2017, no podía ser tenido en cuenta como tal, ya que el mismo fue consecuencia de hechos posteriores a los que son fue objeto del presente recurso.

6.9.6 Con base en lo anterior, esta Sala considera que es viable la aplicación del atenuante punitivo previsto en el artículo 268 del CP, en consecuencia se procederá a redosificar la pena impuesta al señor Arias Giraldo, de la siguiente manera:

6.9.1 No existe duda de que en el presente caso se configuró el delito de hurto calificado en grado de tentativa (art. 240 numeral 3° y 27 del CP), el cual prevé una pena que oscila entre los 36 y 126 meses de prisión, tal y como lo adujo la A quo en la decisión apelada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se encuentran fundados los requisitos para el reconocimiento de la diminuente de que trata el artículo 268 del CP, el margen de punibilidad será de 18 a 84 meses de prisión, cuyos cuartos de movilidad son los siguientes:

De 18 meses a 34 meses y 15 días

De 34 meses y 16 días a 51 meses

De 51 meses y 1 día a 67 meses y 15 días

De 67 meses y 16 días a 84 meses

Siguiendo los demás derroteros de la juez de primera instancia para tasar la pena, frente a los que no versa el recurso propuesto, y en consideración a que en el caso del acusado concurren la circunstancias de menor punibilidad descrita en el artículo 55 numeral 6°, y no se causó un daño grave al patrimonio económico de la víctima, se partirá del mínimo de la pena establecido en el primer cuarto, es decir de 18 meses de prisión, monto que al realizarle el descuento del 4.16% por concepto de aceptación de cargos en la etapa de juicio, quedará en 17 meses y 8 días de prisión.

Ahora bien, como en el asunto de la referencia el señor Carlos Eduardo Arias Giraldo indemnizó integralmente los perjuicios causados, y la A quo le reconoció frente a dicho aspecto una rebaja de la mitad de la sanción, la pena definitiva a imponer será de 8 meses y 19 días de prisión.

Las anteriores consideraciones llevan a confirmar parcialmente la decisión recurrida.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia del 18 de enero de 2017 del Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas mediante la cual se condenó al señor Carlos Eduardo Arias Giraldo por el delito de hurto calificado en grado de tentativa.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia recurrida, en el sentido de que la pena que debe descontar el señor Carlos Eduardo Arias Giraldo, es de 8 meses y 19 días de prisión.

**TERCERO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Sentencia T- 023 de 1993. M.P. Jaime Sanin Greiffestein [↑](#footnote-ref-1)