



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

NON REFORMATIO IN PEJUS – El error en la tasación de la pena no invalida la actuación cuando quien apela es el acusado

Empero, la Juez de conocimiento sin tener en cuenta el anterior derrotero, no precisó a cuanto ascendía la rebaja por la aceptación de cargos que había realizado en la audiencia acusación celebrada en el Juzgado Único Especializado de Santa Rosa de Viterbo, en cuyo trámite se desprendió la ruptura de la unidad procesal para que se adelantara este trámite en un juzgado penal municipal por competencia, sin embargo le reconoció el 40% en contravía de las previsiones legales, ya que, se reitera, como el encartado aceptó cargos en la audiencia de formulación de acusación y no en la diligencia de imputación, la rebaja de pena a la que se hacía merecedor era la contemplada en el artículo 356-5 de la Ley 906 de 2004, esto es, de hasta de la tercera parte de la pena a imponer.

De todos modos, el denotado error no afecta la legalidad del trámite, en la medida que en la sentencia apelada, el a quo le concedió un descuento mayor, guarismo que no fue objetado por ninguno otro de los sujetos procesales, situación que impide considerar la existencia de una nulidad por vicio del consentimiento, el que se genera cuando el acusado acepta su responsabilidad bajo unas prerrogativas que luego no son concedidas en el fallo de condena y que en este caso resultan mayores a las que podía ser beneficiario

Además, no es posible que el Tribunal enmiende el error en que incurrió la primera instancia al otorgar el descuento por la aceptación de cargos, por cuanto ello representaría una reforma peyorativa, la cual, en casos como el presente, donde el procesado es apelante único, está prohibida por el artículo 31 de la Carta Política y 20 de la Ley 906 de 2004.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”

Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	1523840040022016-00347-01
CLASE DE PROCESO:	PENAL – HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
PROCESADO	MAURICIO OROPEZA PÉREZ
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO 2º PENAL MUNICIPAL DE DUITAMA
DECISIÓN:	CONFIRMA SENTENCIA
APROBADA	Acta No.037
MAGISTRADA PONENTE:	Dra. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, veintiséis (26) de junio del año dos mil dieciocho (2018).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del sentenciado, contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama con Función de Conocimiento, en contra de MAURICIO OROPEZA PÉREZ por el delito de hurto calificado y agravado.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

2.1. El 17 de noviembre de 2013, en horas de la noche, los señores Guillermo Cruz Mendivelso, Walter González Escobar, Luis Antonio Rincón Pérez, Crisólogo Pérez Barrera, Fabián Camilo Velazco Gallo y Mauricio Oropeza Pérez ingresaron de manera violenta a la residencia del señor Marco Tulio Chaves Sanabria, ubicada en la vereda Santa Ana de Duitama, utilizando armas de fuego y uniformes de uso privativo de la fuerza pública, con el objetivo de hurtar un supuesto dinero que poseía el señor Marco Tulio Chaves Sanabria en su vivienda.

2.2. En un intento de huida de la víctima le fue propinado un golpe en la cabeza lo golpearon en todo su cuerpo, afectando así sus extremidades, cabeza y cara. Al no encontrar el dinero pretendido abandonaron la víctima y finalmente hurtaron un reloj, un teléfono celular, mercado de grano y escrituras públicas.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. El 27 de octubre de 2014 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Nobsa, la Fiscalía formuló imputación a Guillermo Cruz Mendivelso, Walter González Escobar, Luis Antonio Rincón Pérez, Crisólogo Pérez Barrera, Fabián Camilo Velazco Gallo y Mauricio Oropeza Pérez, entre otros por el delito de hurto agravado y calificado, previsto en los artículos 240 y 241 del Código Penal, cargos que no fueron aceptados.

3.2. El 27 de abril de 2016, en audiencia de formulación de acusación realizada en el Juzgado Único Penal Especializado de Santa Rosa de Viterbo, el señor Mauricio Oropeza Pérez aceptó cargos en calidad de coautor exclusivamente por el concurso homogéneo de delitos de hurto calificado y agravado, diligencias que por competencia fueron remitidas a los Juzgados Penales Municipales de Duitama,

3.3. La actuación correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama, autoridad ante quien el 20 de junio de 2017 se realizó audiencia de verificación de allanamiento, en la que se constató que el allanamiento a cargos se realizó de forma libre, consiente, debidamente informado y exento de vicios revistiéndola de legalidad; de igual forma se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y se corrió el traslado de que trata el artículo 447 del C de P.P.

3.3. El 20 de octubre de 2017 se emitió la sentencia, que fue apelada por el defensor del procesado y le compete a esta Sala resolver el recurso.

IV. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

4.1. El Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Duitama condenó a MAURICIO OROPEZA PÉREZ como coautor y responsable de la conducta punible de hurto calificado y agravado, a la pena principal de 96 meses de prisión, a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Así mismo, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

4.2. Al momento de dosificar la sanción, atendiendo lo previsto en el artículo 58 numerales 5º y 7º y el artículo 61 del C.P., fijó los extremos punitivos del

delito de hurto calificado y agravado que oscila entre 108 meses y 294 meses de prisión tasando para el punible una pena de 160 meses de prisión, dada la calidad de coautor del delito que se le atribuye a MAURICIO OROPEZA PEREZ; teniendo en cuenta que se presentó allanamiento a cargos en audiencia de formulación de acusación, efectuó rebaja del 40% de la pena motivo por el que se impuso una pena de 96 meses de prisión

V.- DE LA APELACIÓN

5.1. Inconforme con la decisión el defensor del procesado la impugna, sus argumentos:

En cuanto al descuento de la pena manifiesta que el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Duitama, concedió a su prohijado la rebaja del 40% de la pena sustentando que no se evitó un mayor desgaste a la administración de justicia toda vez que la fiscalía ya había ejercido las investigaciones del caso; sin embargo, considera se debe dar un mayor descuento en la pena toda vez que el allanamiento se efectuó como estrategia de defensa, sumado a ello se reparó el daño causado (y aporta para demostrarlo un memorial suscrito por la víctima con posterioridad a la sentencia en él informa que ha sido resarcido de los perjuicios materiales y morales causados) así como que no existe antecedente penal alguno.

Respecto al reconocimiento del subrogado penal, considera que el Juez negó la prisión domiciliaria con fundamento en la Ley 1709 de 2014, que modifica el artículo 63 del Código Penal, cuando los hechos ocurrieron con anterioridad a la vigencia de esta norma razón por la cual solicita la aplicación del principio de favorabilidad toda vez que la pena no supera los 8 años de prisión situación que torna viable la aplicación del subrogado penal invocado.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación invocado por el defensor del acusado.

Los problemas jurídicos que debe resolver la Sala se contrae en determinar: **i)** si procede un incremento mayor al descuento de la pena concedido en primera instancia **ii)** si hay lugar al reconocimiento de la reparación integral de perjuicios y **iii)** la procedencia de reconocer la suspensión condicional en la ejecución de la pena

1. El descuento punitivo por allanamiento a cargos

Frente a la pretensión de la apelante en el sentido que se reconozca a favor del procesado un descuento punitivo mayor al reconocido dado que el Juez tiene la potestad de disminuir la pena hasta en un del 50% de la pena dosificada, en virtud del allanamiento a cargos efectuado por el procesado MAURICIO OROPEZA PEREZ en la audiencia de formulación de acusación, prima facie debe anotar el Tribunal que la juez de instancia al realizar el proceso de dosificación de la pena, con acierto, definió que los extremos punitivos para el delito de hurto calificado y agravado, descrito y sancionado en los artículos 240 y 241 del Código Penal, que va de 108 a 294 meses de prisión.

Con base en ello, procedió a dividir el ámbito de movilidad en cuartos, situándose en los cuartos medios, al concurrir circunstancias de menor y mayor punibilidad correspondiendo a una pena entre 154.5 y 1 día a 247.5 meses, fijando como pena un total de 160 meses de prisión al cual le aplicó un rebaja equivalente al 40%, por la aceptación de cargos, concretando en definitiva una sanción de 96 meses de prisión.

Sin embargo, encuentra la Sala que teniendo en cuenta que la aceptación anticipada de responsabilidad tuvo lugar en la audiencia de acusación, el

descuento a otorgar por dicha conducta procesal, en los términos del artículo 356-5 de la Ley 906 de 2004, está representado hasta en una tercera parte de la pena a imponer, como lo tiene precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que mediante providencia adiada 8 de julio de 2009, dictada dentro del proceso con radicación 31063, estableció:

“En tales condiciones, resulta fácil advertir que la aceptación de los cargos sólo se puede cumplir en el acto de la audiencia de formulación de imputación, en la preparatoria y al inicio del juicio oral, toda vez que el legislador sólo previó dichas oportunidades para que el imputado, o acusado, según el caso, acepte su responsabilidad de manera oral, unilateral, libre, voluntaria y debidamente asistido.

En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, es evidente que los procesados no tienen derecho a la rebaja de pena que reclaman, esto es, hasta un 50% de la pena imponible, toda vez que la manifestación de allanarse a los cargos la hicieron con posterioridad a la audiencia de imputación, razón por la cual la misma debía regirse bajo los parámetros contemplados en el artículo 356, numeral 5°, de la Ley 906 de 2004, es decir, “hasta en la tercera parte”, tal como acertadamente sucedió en este asunto.

(...)

De manera que la manifestación de aceptación de cargos hecha por los procesados se cumplió después de haberse realizado la audiencia de formulación de imputación, razón por la cual para ellos había fenecido la oportunidad de obtener una rebaja de pena hasta del 50 por ciento, máxime cuando, se insiste, las mentadas oportunidades son perentorias.”

Empero, la Juez de conocimiento sin tener en cuenta el anterior derrotero, no precisó a cuanto ascendía la rebaja por la aceptación de cargos que había realizado en la audiencia acusación celebrada en el Juzgado Único Especializado de Santa Rosa de Viterbo, en cuyo trámite se desprendió la ruptura de la unidad procesal para que se adelantara este trámite en un juzgado penal municipal por competencia, sin embargo le reconoció el 40% en contravía de las previsiones legales, ya que, se reitera, como el encartado aceptó cargos en la audiencia de formulación de acusación y no en la diligencia de imputación, la rebaja de pena a la que se hacía merecedor era la contemplada en el artículo 356-5 de la Ley 906 de 2004, esto es, de hasta de la tercera parte de la pena a imponer.

De todos modos, el denotado error no afecta la legalidad del trámite, en la medida que en la sentencia apelada, el a quo le concedió un descuento mayor, guarismo que no fue objetado por ninguno otro de los sujetos procesales, situación que impide considerar la existencia de una nulidad por vicio del consentimiento, el que se genera cuando el acusado acepta su responsabilidad bajo unas prerrogativas que luego no son concedidas en el fallo de condena y que en este caso resultan mayores a las que podía ser beneficiario

Además, no es posible que el Tribunal enmiende el error en que incurrió la primera instancia al otorgar el descuento por la aceptación de cargos, por cuanto ello representaría una reforma peyorativa, la cual, en casos como el presente, donde el procesado es apelante único, está prohibida por el artículo 31 de la Carta Política y 20 de la Ley 906 de 2004.

Ahora, no siendo consciente el defensor que por un error del a quo, se le otorgó al procesado una rebaja muy superior a la que legalmente tenía derecho, impugna el fallo de primer grado demandado se le conceda a su representado la máxima rebaja prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, esto es, el equivalente al 50%, pretensión frente a la cual se le debe indicar, que cuando los artículos 351 y 356-5 de la Ley 906 de 2004, establecen que la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación o en la audiencia preparatoria comporta una rebaja de hasta de la mitad de la pena imponible, en el primer caso, o de hasta la tercera parte, en el segundo evento, la preposición “**hasta**” no conduce indefectiblemente a la aplicación de la rebaja máxima prevista en la ley, sino que, en todo caso, le corresponde al juez ponderar las circunstancias fácticas y probatorias que rodean el asunto, con la finalidad de graduar el descuento punitivo, pero no uno mayor.

En torno a este aspecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de junio de 2006, dictada dentro del proceso No. 24529, señaló:

“... una vez que el juez de conocimiento haya individualizado la pena conforme al tradicional sistema de cuartos, debe proceder a realizar la correspondiente rebaja, “atendiendo factores tales como –a título ejemplificativo– la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia; la significativa economía en la actividad estatal de investigación; el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria; el que –cuando sea del caso– se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos; el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc., sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para individualizar la sanción, pues ya agotaron su función”.

Ahora bien, a lo anterior debe agregarse que tratándose de la disminución punitiva que puede obtener el imputado por su allanamiento unilateral a cargos producido en la audiencia de formulación de imputación, la cual es de hasta la mitad de la pena imponible, según el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, se impone colegir que el porcentaje a reconocer por parte del juez de conocimiento cuando procede a determinar la pena, no puede ser inferior a la tercera parte, es decir, debe ser, por lo menos, la tercera parte más un día, toda vez que aquella proporción es la que el legislador previó para otro escenario procesal, como así lo consagra el artículo 352 ibidem, el cual establece que la pena se reducirá en una tercera parte cuando presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral acepta su responsabilidad”.

Con base en lo anterior, en el presente caso, pertinente resulta indicar que, si bien el procesado aceptó su responsabilidad penal en la audiencia de acusación frente a la conducta materia de juzgamiento; no puede desconocer el Tribunal, tal y como fue puesto de presente por la juez de instancia, que frente a este particular, el ente acusador llevó a cabo diferentes labores de investigación encaminadas a esclarecer la veracidad de los hechos y que la aceptación obedeció mas a los beneficios que le representaba y no por el simple interés de evitarle un mayor desgaste a la administración de justicia..

De manera que, aunque existió un menor desgaste judicial, al haberse pretermitido la realización de las audiencias propias del procedimiento ordinario, la mínima dificultad probatoria del caso impide reconocer la máxima rebaja de pena consagrada en la ley.

Corolario de lo anterior, se impone confirmar la rebaja del 40% que realizó la funcionaria de primera instancia, por razón del allanamiento a cargos efectuado por el procesado MAURICIO OROPESA PEREZ, motivo por el cual resulta ajustada a derecho la sanción impuesta, que resulta de descontar a los 160 meses de prisión que le fueron impuestos y que no fueron cuestionados por ninguno de los sujetos procesales, el 40% que le fue reconocido para un total de 96 meses de prisión.

2. La reparación integral

El artículo 269 de la ley 599 de 2000, consagra una rebaja punitiva que se estructura cuando el sujeto activo del delito, antes de la sentencia de primera o única instancia, restituye el objeto material o su valor e indemniza los perjuicios ocasionados; disminución que de acuerdo con el pacífico entendimiento jurisprudencial, soportado en la interpretación de dicha norma tiene una connotación puramente objetiva, de manera que configurado el supuesto de hecho regulado en el aludido precepto, con independencia del propósito o designio que subyace a la reparación integral, debe reducirse la pena previamente individualizada en un monto que fluctúa entre las dos proporciones señaladas en la citada norma, esto es, de la mitad a las tres cuartas partes¹.

No obstante, esta naturaleza del beneficio de ninguna manera implica que una vez constatada la indemnización integral de los perjuicios la rebaja punitiva corresponda sin más miramientos al porcentaje máximo establecido en la norma citada, como lo sugiere el recurrente, pues si bien no es facultativo reducir la sanción ante la constatación de esa conducta posterior al delito, en cambio es discrecional el señalamiento de su influjo en concreto, desde luego, con obligado norte en la oportunidad o momento procesal en el cual se produce la reparación del daño, como se infiere de la teleología del instituto.

¹ En este sentido, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de agosto 20 de 2002, M.P. Dr. César Augusto Gálvez Argote; de diciembre 12 de 2002, M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas; de enero 30 de 2003, M.P. Dr. Herman Galán Castellanos; de abril 20 de 2005, M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

En el caso que nos ocupa se advierte que con posterioridad al proferimiento del fallo de primera instancia, esto es el 27 de octubre de 2017 (fl 55) de la carpeta, el nuevo apoderado presentó el recurso y junto con él, un documento suscrito por la víctima en la que afirma que ha sido indemnizado integralmente de los perjuicios, documento que tiene como fecha de presentación el 23 de octubre de 2017, esto es con posterioridad a la decisión, siendo este un memorial que no fue conocido en la instancia.

En consecuencia y con apego a las directrices del artículo 269 de la ley 599 de 2000, para los fines de la rebaja de pena contemplada en dicha norma era necesario que ello ocurriera antes de la expedición de la sentencia de instancia, como ello no ocurrió, ninguna modificación se introducirá en esta instancia al fallo recurrido por el alegado motivo de inconformidad, que deberá confirmarse, pues aunque se acredita el pago económico, la norma exige que el mismo se haga en una oportunidad que aquí no se acredita.

3. La suspensión condicional en la ejecución de la pena

Teniendo en cuenta que el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 prohíbe la suspensión condicional de la ejecución de la pena en tratándose de hurto calificado, entre otros delitos, es claro que dicha ley no resulta aplicable en este caso, por no ser más favorable, como así lo advierte el recurrente y lo preciso el *A quo* dentro del fallo

En consecuencia, la pretensión de la defensa debe analizarse a la luz del original artículo 63 del C.P., acorde con el cual procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando la que se imponga sea de prisión que no exceda de tres años, y que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

En este evento al haberse impuesto una pena de 96 meses de prisión se supera el factor objetivo que consagra el artículo 63 del C.P. en su redacción original -36 meses- motivo por el cual no procede el reconocimiento de este beneficio; y aunque el recurrente afirma que por favorabilidad se debe atender que la pena no supera los 8 años, lo cierto es que en ninguna parte del texto original se exigía este *quantum* como requisito para acceder a la suspensión condicional de la pena que consagra el citado artículo 63 del C.P.

Ahora bien, si lo que se alega confusamente es que se satisfacen los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, lo cierto es que al revisar el artículo 38 del C.P. en su texto original como en el modificado por la Ley 1709 de 2014, es claro que la exigencia objetiva tampoco se estructura pues el delito por el que fue condenado HURTO CALIFICADO es una conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley supera los 8 años -(108) meses de prisión, motivo por el cual, al no satisfacerse el factor objetivo no hay lugar a abordar el estudio de los factores subjetivos que se deben estudiar para la procedencia de tales beneficios.

Estas son las razones que llevan al Tribunal a confirmar el fallo objeto de alzada sin más consideraciones por no resultar necesarias.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Tercera de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia apelada.

Segundo. Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación

Tercero. Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase por secretaria, el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GLORIA INES LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente

EURIPIDES MONTOYA SEPULVEDA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZABAL GARAVITO
Magistrada