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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: HURTO CALIFICADO / ALLANAMIENTO A LOS CARGOS / LÍMITES DE LA APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE CONDENA / CONGRUENCIA ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA / ES POSIBLE VARIAR LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA IMPUTACIÓN CON EL FIN DE FIJAR LA PENA A IMPONER / CONGRUENCIA ENTRE LA SITUACIÓN FÁCTICA Y LA ADECUACIÓN JURÍDICA REALIZADA POR LA FGN / MODALIDAD DE LA CONDUCTA IMPUTADA / GRADO DE TENTATIVA.**

En principio, se debe tener en cuenta que en el presente trámite procesal el encartado decidió aceptar los cargos que le fueron comunicados en la audiencia de formulación de imputación, de conformidad con lo previsto en el artículo 288 numeral 3º del CPP., diligencia en la cual estuvo acompañado de un abogado adscrito al sistema nacional de defensoría pública por lo que es dable pregonar que el señor JAMV contó con una defensa técnica que le brindó la asesoría correspondiente. (…)

Ante tal planteamiento la a quo advirtió que no era procedente acceder al pedimento defensivo para lo cual tuvo en cuenta, en primer lugar, que consideraba la acción criminal como consumada toda vez que el encartado tenía guardado el espejo retrovisor en la pretina del pantalón…

En segundo lugar la a quo se refirió a la extemporaneidad e improcedencia de la petición toda vez que no era en la audiencia de individualización de pena y sentencia donde se debía debatir tal pretensión. (…)

… no resultaría posible que el abogado que representa sus intereses entre a controvertir por vía de apelación de la sentencia de primer grado el juicio de adecuación típica efectuado por la FGN, frente a una decisión del procesado que fue avalada por el Juez que ejerció el control de garantías del procedimiento, en virtud de la competencia que le otorga el artículo 131 del CPP ya que precisamente la conducta procesal del señor JAMV de allanarse a los cargos en los términos formulados por la FGN, constituyó una renuncia al juicio oral y por ende a la controversia sobre los medios de prueba de que disponía el ente acusador para esa fase procesal, ya que se entiende que el avenimiento unilateral del encartado con la acusación, como ocurrió en este caso, comportaba la aceptación tanto de los hechos como de su calificación jurídica, lo cual viene a ser consecuencia del principio de congruencia entre acusación y sentencia que establece el artículo 448 del CPP. (…)

No obstante, el defensor soportó su pretensión en el citado precedente No. 31280 del 8 de julio de 2009 de la CSJ, según el cual es viable para el juez de conocimiento variar los elementos normativos de la imputación aun cuando exista allanamiento a cargos, con el fin de fijar la pena a imponer. (…)

… se advierte que la respuesta al primer problema jurídico es que sí es posible la variación de los presupuestos de la adecuación jurídica de la imputación de cargos aún en los casos de allanamiento, una vez se examine el grado de acierto de la calificación jurídica con los hechos relevantes en aras de evitar la trasgresión de derechos fundamentales del procesado.

… examinados los EMP o EF la Sala concluye que contrario a la imputación de cargos que formuló la FGN, la conducta por la cual se adelantó la investigación fue tentada en el entendido que para el momento de la captura del señor JAMV, si bien se hallaba en poder del espejo del vehículo propiedad de la víctima, no había consumado la conducta por cuanto seguía intentando extraer otros elementos del automotor y fue descubierto por la patrulla de vigilancia, por lo tanto no había sido extraído de la protección o esfera de custodia de su propietario.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA PENAL**

**M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, primero (1º) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nro. 332

Hora: 2:04 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2013 01185 01 |
| Sentenciado | JAMV |
| Delito | Hurto calificado |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento de Pereira |
| Asunto a decidir | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia del 10 de diciembre de 2013 |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento de Pereira - Risaralda, en la que se condenó a JAMV por el delito de Hurto calificado.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 Según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

*“Tuvieron ocurrencia el 8 de marzo de 2013, aproximadamente a eso de las 7.10 de la mañana, cuando fue capturado JAMV, en la carrera 12 nro. 7 e 36 Barrio Pizamo, de esta ciudad; quien momentos previos y con violencia ejercida sobre el retrovisor del lado izquierdo del vehículo Mazda BT 50 de placas PFK852, como quiera que dañó el protector que cubre el espejo, se logró apoderar del mismo, elemento avaluado en la suma de $80.000. El rodante es de propiedad del señor LUIS ARBEY CARDONA CAICEDO.*

*Con los elementos materiales probatorios legalmente allegados a la investigación, el despacho fiscal 44 en turno URI el pasado 9 de marzo de 2013 ante el juzgado único promiscuo municipal de Guática Risaralda, con función de control de garantías en esta ciudad, llevo a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, y en tal sentido se declaró legal la captura, y se elevaron cargos a JAMV, como autor de la conducta punible de Hurto Calificado, reglada dentro del Libro segundo, título VIl, capítulo I, artículo 239 , 240 inciso 1o. numeral 1o “con violencia sobre las cosas”, codificaturas del código penal., quien luego de escuchar los cargos decide libre, voluntaria y espontáneamente ACEPTARLOS. Se retiró solicitud de medida de aseguramiento de detención preventiva y se ordenó libertad inmediata.*

*En consecuencia por razón de la aceptación de la imputación de JAMV, de conformidad con lo preceptuado en el canon 293 de nuestro estatuto adjetivo penal, lo actuado debe entenderse como acusación, tal como lo ha advertido la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia en ponencia del Magistrado ALFREDO GÓMEZ QUINTERO del 31 de julio de 2008., por lo que se remite al señor juez penal de conocimiento (r) para que se sirva fijar fecha y hora para llevar a cabo audiencia de individualización de pena y sentencia, y se sostiene la acusación en calidad de autor y a título de dolo, por el cargo de Hurto Calificado, reglada dentro del Libro segundo, título VIl, capítulo I, artículo 239 , 240 inciso 1o. numeral 1o “con violencia sobre las cosas”, codificaturas del código penal.”*

2.2 La audiencia preliminar de formulación de imputación se llevó a cabo ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Guática - Risaralda el 9 de marzo de 2013. En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor JAMV por el delito de Hurto calificado, previsto en los artículos 239 y 240 inciso 1º numeral 1º del CP.[[2]](#footnote-2). El señor JAMV aceptó los cargos imputados.

2.3 El Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folios 1 y 7). La audiencia de individualización de pena y sentencia se celebró el 15 de agosto de 2013 (folio 42), en la misma la defensa solicitó que se le conceda a su prohijado la rebaja de pena correspondiente al artículo 27 del CP por considerar que el delito se realizó en grado de tentativa.

2.4 La sentencia fue proferida el 10 de diciembre de 2013 (folios 46 a 49). En dicho proveído la juez de primera instancia dispuso: i) condenar a JAMV a la pena principal de sesenta y tres (63) meses de prisión, al encontrarlo autor responsable del delito de hurto calificado al atentar contra el patrimonio económico de Luis Arbey Cardona Caicedo; ii) condenar a JAMV a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, esto es, 63 meses; iii) no conceder al señor JAMV el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 63 del Código de las Penas. Se dispone librar la correspondiente orden de captura.

El defensor del acusado apeló el fallo de primer nivel.

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de JAMV, identificado con la cédula de ciudadanía número 9.863.204 de Pereira - Risaralda, nació el 14 de septiembre de 1985 en la misma ciudad, es hijo de Teresa y Gabriel, de ocupación reciclador[[3]](#footnote-3).

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia *“tantum devolutum quantum apellatum”,* se menciona solamente la parte específica de la sentencia que fue objeto de impugnación, que tiene que ver con la negativa respecto de reconocer la rebaja de pena correspondiente al delito en modalidad de tentativa, así:

*“Ha presentado la defensa solicitud de reconocer en el presente asunto disminución de pena por tratarse de un delito tentado, al respecto ha de decirse que el Despacho se aparta de las argumentaciones esbozadas por la defensa por las siguientes dos razones:*

*La primera porque la acción criminal en efecto fue consumada, así lo dieron a conocer los agentes de la policía que realizaron el procedimiento de captura, al informar que el aquí procesado tenía guardado el retrovisor en la pretina de su pantalón, además, no satisfecho con dicho hurto, intentaba abrir el vehículo para apoderase de lo que allí se encontrara.*

*El hecho que fuera capturado al lado del vehículo, no quiere decir que la acción no fue consumada, porque se repite, ya tenía en su poder el espejo retrovisor y si estaba todavía al lado del rodante, era porque estaba tratando de abrirlo.*

*Y la segunda razón, es que la petición es extemporánea e improcedente, en virtud que no es la audiencia de individualización de pena, donde se debate este tipo de pedimentos por ser diversas a las contempladas en el artículo 447 del C. de P.P., frente a lo cual se retoma lo expuesto en la honorable Sala Penal del Tribunal Superior (del veintiséis (26) de Abril de dos mil trece (2013), dentro del proceso con radicado Nro. 11001600005520060112803. M.P. Manuel Yarzagaray Bandera) de este distrito donde se expuso lo siguiente:*

*“Los aspectos personales, familiares y sociales a los que se pueden referir el Fiscal y el defensor en tal audiencia, servirán de referentes para la fijación en concreto de la sanción- entendido que ya anteriormente, gracias a lo decidido en el anuncio del sentido del fallo, la verificación del allanamiento o la aprobación del acuerdo, se establecieron los criterios objetivos necesarios para determinar los límites punitivos y el específico cuarto a que éste corresponde -o para determinar formas de cumplimiento de la misma o bien para la cuantificación individualizada de la pena pecuniaria, respecto de la cual se deben estimar factores concernientes a la situación económica, ingresos y cargos familiares del condenado (artículo 30 de la ley 599 de 2000) o para la imposición de penas accesorias, y principalmente, para la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de libertad"*

*Y se ha establecido jurisprudencialmente (ver sentencia CSJ Casación Penal, de fecha marzo 21 de 2007 , Radicado 25862, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca) que no queda duda que la formulación de la imputación o de la acusación ha de ser explícita, y clara y así que el procesado la conozca, entienda y comprenda para que ejercite en debida forma su defensa, adquiriendo el derecho a tal conocimiento un carácter instrumental destinado a posibilitar el ejercicio defensivo y preservar el equilibrio entre las partes, debe incluir la conducta circunstanciada y con todos los motivos que indican la punibilidad. Consecuentemente, bajo el sistema acusatorio dispuesto para nuestro país, el fundamento de la imputación no ha de ser solo táctico, también debe ser jurídico, es decir, se deben incluir los hechos constitutivos del delito con su consecuencia calificación jurídica, pues al conocer de ella el imputado ha de saber de sus condignas consecuencias.*

*En ese sentido no resulta procedente acatar las peticiones que eleva el abogado defensor.”*

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

**5.1 Defensor (recurrente)**

(Sinopsis)

* Plantea si ante la aceptación de cargos es posible dosificar la pena a imponer teniendo en cuenta el dispositivo amplificador de la tentativa aunque no haya sido parte de la imputación jurídica, para lo cual citó la sentencia No. 31280 de la CSJ - SP, MP Julio Enrique Socha Salamanca del 8 de julio de 2009, cuyas situaciones fácticas son homologables al caso de marras, siendo el problema jurídico y su solución, idéntico al acá planteado.
* En la citada jurisprudencia se analizó la aceptación de cargos que de forma libre y voluntaria realiza una persona al imputársele un homicidio con circunstancias de agravación, ya en audiencia de individualización de pena y sentencia, la FGN expuso que por labores investigativas posteriores a ese primer estadio procesal se pudo establecer que el delito se había cometido bajo una circunstancia de exceso en la legítima defensa a favor del procesado y por consiguiente debía de reconocérsele dicha circunstancia al momento de dosificar la pena, petición negada por el juez de conocimiento y confirmada en segunda instancia bajo el argumento que ante una aceptación de cargos no se podía variar las circunstancias en que esta se dio, por lo que se acude a sede de casación en donde se resuelve que el juez de conocimiento sí debió de aceptar esa circunstancia disminuyente de responsabilidad al momento de tasar la pena a pesar de no haber sido señalada en la imputación inicial.
* Dicha facultad es lógica en pro del principio de legalidad, si se tiene en cuenta que el acto de imputación se compone de dos elementos, narración fáctica y la adecuación jurídica, siendo la primera la base de la figura de aceptación de cargos y su inmutabilidad.
* Cosa distinta ocurre con la imputación jurídica, pues en ella se ve necesario tener conocimientos claros, precisos y particulares en la ciencia del derecho que permitan adecuar ese comportamiento humano a una descripción típica constitutiva de delito, siendo más complicado y objeto de equivocaciones por parte de los diversos intervinientes e inclusive, en la imputación puede existir un error en su adecuación jurídica que nace de la FGN, es avalada por un juez y logra pasar el filtro del defensor y Ministerio Publico si se hace presente. Por todo lo anterior es factible concluir entonces que el yerro jurídico al momento de imputar es posible y los operadores judiciales no pueden abstenerse de purgarlo bajo ciertos parámetros normativos.
* Consideró que como la respuesta es positiva en el entendido que el juez de conocimiento puede tener en cuenta el dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, es necesario analizar si en el presente caso efectivamente existió o no esa circunstancia de atenuación punitiva.
* Doctrinariamente se ha dividido el inter críminis en cuatro etapas, la ideación, preparación, ejecución y consumación, este último del cual no pasó el procesado, pues si bien superó las dos primeras fases, ya que por razonabilidad se puede sustraer que al ver un carro abandonada en vía pública, ideo la forma de sustraer partes y elementos al interior de este y proyectó como iba a apropiarse del espejo y posteriormente intentar abrir el vehículo (ideación), posteriormente hubo de verificar que no estuviera bajo la mirada de alguna persona y que fuera posible realizar el acto sin ser descubierto (preparación), ya una vez tenía una probabilidad de éxito, se dirigió al vehículo, arranco el espejo retrovisor, puso este en su pretina para tener las manos libres y así abrir el vehículo y hurtar los elementos al interior de este, siendo interceptado por los agentes de Policía sin que alcanzara a abrir el vehículo. Son esas dos últimas fases las que son objeto de discusión.
* Es de señalar que la delimitación entre el grado de tentativa y consumado ha sido ampliamente debatida por la judicatura y para el interés de la presente se acogió pacíficamente hasta la fecha la teoría de la esfera de protección, citando para ello la sentencia No. 21558 de 2005 de la CSJ, pero, esta no ofrece una respuesta en el preciso caso por lo que acude a la teoría del dominio del objeto, la cual pregona que la conducta de hurto se encuentra consumada cuando le es posible al sujeto activo disponer o disfrutar de su botín de alguna forma.
* La finalidad subjetiva buscada por el sujeto activo de la acción, tal cual era robar distintos objetos del vehículo y no única y exclusivamente un espejo retrovisor, por lo que el desprender este elemento del automóvil fue única y exclusivamente una acción dentro de la etapa ejecutoria de la conducta delictiva deseada, siendo las siguientes abrir el vehículo, hurtar los objetos al interior de este y huir del lugar para que nadie lo descubriera. La anterior anotación de conformidad con la teoría finalista de la acción, acción que en el presente caso no fue consumativa del delito que quería el señor JAMV, pues aun buscaba abrir el vehículo y robar el resto de las cosas al interior de este, por lo que la conducta desplegada fue tentada.
* Solicitó declarara la nulidad de la sentencia de primera instancia para que el *a quo* se pronuncie nuevamente sobre la pena a imponer teniendo en cuenta el dispositivo amplificador del tipo de la tentativa. En forma subsidiaria requirió que se emita un nuevo fallo en forma directa.

**5.2 Delegado FGN (No Recurrente)**

(Sinopsis)

* En cuanto a la oportunidad para debatir la aplicación del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa se refirió a la sentencia No. 26716 del 16 de mayo de 2007, M.P. Sigifredo Espinoza Pérez, de la cual extracta que la audiencia del 447 del C.P.P., no es una nueva oportunidad que tienen las partes para referirse al tópico de responsabilidad si se tiene en cuenta que desde el anuncio del sentido del fallo el juez ya ha definido con suficiencia este tema, especialmente si se trata de allanamientos o preacuerdos en los que la condena versará por el delito aceptado, el cual debe constar con total claridad en el escrito de acusación.
* Dichos conceptos jurisprudenciales permiten reflexionar que la audiencia de individualización de pena y sentencia no es ya el escenario para hacer prerrogativas diferentes como las pretende hacer valer el togado de la defensa, pues no puede olvidarse que el ejercicio de la acción penal lo detenta la FGN, y en momento alguno el órgano acusador ha solicitado la variación de la calificación, más aún el escrito de acusación por aceptación de cargos en contra de JAMV, fue por hurto calificado, de acuerdo a los derroteros de los artículos 239 inciso 2º y 240 inciso 1º numeral 1º.
* Revisada la citada providencia No. 31280 del 8 de julio de 2009, la misma no corresponde a las conducta punibles endilgadas al acusado de la presente causa, y para el caso de marras existe congruencia entre lo factico y lo jurídico, y en tal sentido el señor JAMV de forma libre, voluntaria, espontánea y consciente aceptó los cargos.
* En el fallo recurrido la *a quo* señaló que la petición de la defensa es extemporánea e improcedente ya que la audiencia de individualización de pena y sentencia no es el escenario para este tipo de pedimento, y en tal sentido cita el referente jurisprudencial del 26 de abril de 2013 dado por la Honorable Sala Penal del Tribunal Superior de este distrito, en ponencia del Dr. Manuel Yarzagaray Bandera, por lo que resulta improcedente acatar las peticiones que eleva el defensor de otorgar el amplificador de la tentativa en la conducta desplegada por JAMV.
* En cuanto a la hipótesis de la tentativa en el caso concreto discurrió que los interrogantes del recurrente son subjetivos de lo que pude ser y no fue, y pretende endilgar a la víctima una responsabilidad dentro de la esfera de protección al dejar el rodante abandonado temporalmente en la calle, en un lugar público a su suerte, información que resulta totalmente falsa, ya que de los elementos materiales probatorios legalmente acopiados a la investigación se informa que el vehículo estaba estacionado en el parqueadero del antejardín de su residencia.
* Consideró que no existe tentativa, pues el hecho de no poder por parte del sujeto activo disponer o disfrutar de su botín, como lo pretende pregonar la defensa, no quiere indicarse con ello que la conducta no se consumó, es que la misma norma, en su canon 239 del CP, como ingrediente normativo enseña que el apoderamiento es con el propósito de obtener provecho para sí o para otro.
* Los EMP indican que el retrovisor fue apartado de su lugar de ubicación en forma violenta por el señor JAMV quien lo hace suyo, indistintamente que no se haya retirado del rodante, ese ocultamiento para sacarlo de la vista de posesión y dominio de su dueño, ya que si no existe la requisa de rigor, hubiese pasado desapercibido para los agentes del orden la existencia del retrovisor; luego entonces, el acto desplegado fue consumado.
* Por último indica que en caso de que el superior considere que se debe establecer en el presente evento el amplificador de la tentativa, y por ende la pena quedaría en 31 meses 15 días, no es dable la concesión del subrogado que establece el artículo 63 del CP, por el factor subjetivo teniendo en cuenta que el encartado cuenta con tres sentencias condenatorias.
* Solicitó confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia dentro de la investigación que por hurto calificado se sigue en contra del señor JAMV y se mantenga la no concesión del sustituto del art. 63 del CP.

**6. CONSIDERACIONES**

6.1 Esta Sala es competente para pronunciarse sobre el recurso propuesto, en atención a lo que dispone el artículo 34-1 del CPP-

6.2 De conformidad con los argumentos expuestos por el recurrente, esta Sala debería pronunciarse frente a dos temas específicos: i) si es posible variar los presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación con ocasión del allanamiento a cargos para tasar la pena teniendo en cuenta el dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, y ii) si la situación fáctica concuerda con la adecuación típica realizada por la FGN y específicamente determinar si en el caso concreto se debía tener en cuenta la disminución punitiva correspondiente al dispositivo amplificador del tipo de la tentativa en el artículo 27 del CP.

**6.3 Primer problema jurídico** (variación de los presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación de cargos con ocasión del allanamiento y posterior sentencia).

6.3.1 En principio, se debe tener en cuenta que en el presente trámite procesal el encartado decidió aceptar los cargos que le fueron comunicados en la audiencia de formulación de imputación, de conformidad con lo previsto en el artículo 288 numeral 3º del CPP., diligencia en la cual estuvo acompañado de un abogado adscrito al sistema nacional de defensoría pública por lo que es dable pregonar que el señor JAMV contó con una defensa técnica que le brindó la asesoría correspondiente.

El cargo que le fue comunicado al señor JAMV fue el de autor de la conducta punible de hurto previsto en el artículo 239 del CP, calificado de conformidad con lo previsto en el artículo 240 inciso 1º numeral 1º del CP., conducta sobre la cual, como quiera que no se hizo previsión en contrario, se entiende consumada.

6.3.2 Es por lo anterior que la *a quo* procedió con el trámite de que trata el artículo 447 del CPP., para lo cual cada una de las partes se refirió a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del acusado e hicieron manifestaciones sobre la probable determinación de la pena aplicable, acto en el cual el defensor solicitó que se reconociera la rebaja establecida en el artículo 27 CP., porque el delito se realizó en grado de tentativa.

6.3.3 Ante tal planteamiento la *a quo* advirtió que no era procedente acceder al pedimento defensivo para lo cual tuvo en cuenta, en primer lugar, que consideraba la acción criminal como consumada toda vez que el encartado tenía guardado el espejo retrovisor en la pretina del pantalón cuando fue sorprendido por los policiales que procedieron posteriormente a su captura y, por cuanto si bien permanecía junto al rodante era porque estaba intentando abrirlo, pero ya tenía en su poder el elemento hurtado.

En segundo lugar la *a quo* se refirió a la extemporaneidad e improcedencia de la petición toda vez que no era en la audiencia de individualización de pena y sentencia donde se debía debatir tal pretensión.

6.3.4 Siendo este el trámite procesal que se imprimió al presente asunto es del caso recordar que si bien el proceso penal ordinario comprende las audiencias de formulación de imputación, formulación de acusación, preparatoria y de juicio oral; también existen formas anticipadas de terminación del proceso como lo es en este asunto el allanamiento a cargos, lo cual tiene como consecuencia que el Juez proceda a dictar sentencia reduciendo la pena a imponer como parte del sistema premial, es decir, que ya no era necesario el debate probatorio respecto de los elementos de la conducta punible, la modalidad de la misma, el elemento amplificador del tipo de la tentativa o las circunstancias de atenuación y agravación.

6.4 Ahora, respecto de la apelación que ataca específicamente el reconocimiento de la disminución en la tasación de la pena en aplicación de lo previsto en el artículo 27 del C.P., bajo el sustento de no estar debidamente probado que el punible enrostrado al señor JAMV fue consumado, resulta imperioso reiterar que en el caso objeto de estudio existió un allanamiento a cargos libre, espontáneo e informado, por parte del encartado.

Entonces, en principio no resultaría posible que el abogado que representa sus intereses entre a controvertir por vía de apelación de la sentencia de primer grado el juicio de adecuación típica efectuado por la FGN, frente a una decisión del procesado que fue avalada por el Juez que ejerció el control de garantías del procedimiento, en virtud de la competencia que le otorga el artículo 131 del CPP ya que precisamente la conducta procesal del señor JAMV de allanarse a los cargos en los términos formulados por la FGN, constituyó una renuncia al juicio oral y por ende a la controversia sobre los medios de prueba de que disponía el ente acusador para esa fase procesal, ya que se entiende que el avenimiento unilateral del encartado con la acusación, como ocurrió en este caso, comportaba la aceptación tanto de los hechos como de su calificación jurídica, lo cual viene a ser consecuencia del principio de congruencia entre acusación y sentencia que establece el artículo 448 del CPP.

6.4.1 Es de tener en cuenta respecto de lo relacionado con el allanamiento a cargos y sus consecuencias procesales, aspecto definido por la doctrina:

*“El proceso penal puede terminar anticipadamente a través de la aceptación unilateral de responsabilidad, esto es, el allanamiento a cargos; o bien a través del acuerdo o consenso o unilateralmente en asocio con la fiscalía, a través de la negociación o los preacuerdos.*

*(…)*

*Dentro de la categoría de formas propias de cada juicio, la ley procesal penal ha previsto dos (2) clases de terminación del proceso con pretensión punitiva: uno ordinario que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, acusación, juicio oral, sentencia y ejecución; y el otro, de índole abreviada, anormal o anticipada, fundado en la renuncia voluntaria, debidamente informada y con asistencia de un defensor, por parte del imputado o acusado, al derecho de no auto incriminarse y al de tener un juicio público, oral contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pudiera, personalmente o por conducto de su defensor, hacer comparecer e interrogar a los testigos y peritos de cargo y de descargo, con la finalidad de aceptar su responsabilidad penal en la conducta delictiva a él imputada a cambio de una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable a la culminación ordinaria del juicio oral.*

*Dentro de la categoría del trámite abreviado, anticipado o anormal, la ley de procedimiento penal tiene previstas dos formas de terminación del proceso: una a partir de la simple y llana aceptación de los cargos imputados, y la otra, derivada de la celebración de preacuerdos con la fiscalía, cada una de las cuales trae aparejadas no solamente sus propias particularidades de realización, sino, asimismo, específicas consecuencias en la determinación de la punibilidad.”[[4]](#footnote-4)*

6.5 Como consecuencia de lo expuesto anteriormente hay que manifestar que en casos como el presente donde medió el consentimiento del procesado frente a la *imputatio facti* y la *imputatio iuris, el* interés para recurrir la sentencia condenatoria se encuentra limitado, como consecuencia del principio de legitimación de la impugnación, que fue examinado en CSJ SP del 3 de septiembre de 2014, radicado 33.409, donde se manifestó lo siguiente:

“*1.2.- En aplicación de estas directrices, la doctrina y la jurisprudencia penal han entendido que el sujeto procesal carece de interés para recurrir en casación cuando la sentencia impugnada satisface integralmente sus pretensiones, bien porque acoge sus posturas defensivas, o porque se dicta en total correspondencia con los acuerdos que ha realizado dentro de los marcos de la justicia consensuada, y que tampoco tiene interés para hacerlo cuando siendo la decisión desfavorable es consentida por el afectado CSJ AP, 16 Jul 2001, Rad. 15488 y CSJ AP, 20 Oct. 2005, Rad. 24026.*

*Por esto tiene establecido que la limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, se erige en garantía de seriedad del acto consensual y expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera de que el sistema pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo ad infinitum su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado libre y voluntariamente los cargos válidamente imputados, el propósito político criminal que justifica el sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los allanamientos, acuerdos y negociaciones con la Fiscalía, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento, se tornaría irrealizable.”* (Subrayas fuera del texto).

6.6 A su vez, en la sentencia antes citada, se manifestó lo siguiente:

“1.5.- En el caso que se estudia, en la audiencia preliminar de imputación el indiciado aceptó libre y voluntariamente los cargos que le formuló la Fiscalía por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, definido por el inciso segundo del artículo 376 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004.

Esto significa que reconocía la realización de la conducta típicamente antijurídica que le fue imputada, que admitía la responsabilidad por dicho delito, que aceptaba que se le condenara por el mismo, y que renunciaba al derecho de tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial; también, a la garantía de no autoincriminarse, a la facultad de presentar pruebas en su favor y a controvertir las evidencias recaudadas y las que eventualmente el órgano acusador pudiera allegar en su contra; así como a discutir el fallo en relación con los aspectos unilateral y voluntariamente admitidos, es decir, su responsabilidad penal por los cargos que le fueron imputados, careciendo, **por tanto, de interés jurídico para impugnar las sentencias por estos motivos, pero manteniendo la posibilidad de controversia, aunque circunscrita eso sí, a las decisiones que tienen que ver con la pena, la forma de su ejecución, y eventualmente, la indemnización de perjuicios...”.** (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

El anterior criterio fue reiterado en CSJ SP del 9 de marzo de 2016, radicado 45181.

6.7 Lo anterior permite inferir que en el caso sub judice, el abogado que representa los intereses del señor JAMV estaría desconociendo el principio de irretractabilidad y efectos vinculantes del allanamiento a cargos al recurrir lo relacionado con los efectos de la aceptación de cargos del procesado que incluyeron la comunicación de cargos por el delito de hurto calificado consumado, conforme se puede observar en el acta que obra a folio 6 del expediente: *“La Fiscalía conforme a lo dispuesto en el artículo 286 y subsiguientes del Código de Procedimiento Penal le formula imputación al señor JAMV en calidad de autor de la conducta punible de hurto calificado, en detrimento del patrimonio económico del señor Luis Arbey Cardona Caicedo, tal y como lo consagra el artículo 239 del Código Penal, en concordancia con el inciso 1º, numeral 1º, del artículo 240 ibídem, (violencia sobre las cosas), cuya pena imponible será de 6 a 14 años; así mismo le da a conocer los alcances y consecuencias de aceptar, no aceptar los cargos y guardar silencio; que en caso de aceptar los cargos obtendría una rebaja de hasta una cuarta parte de la pena a imponer, contemplado en el artículo 57 de la ley 1453 de 2011, modificatorio del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. El indiciado acepta cargos. El señor juez verificó que la decisión correspondiera a un consentimiento libre, consciente y voluntario y debidamente asesorado por su defensor. (…)”*

6.7.1 No obstante, el defensor soportó su pretensión en el citado precedente No. 31280 del 8 de julio de 2009 de la CSJ, según el cual es viable para el juez de conocimiento variar los elementos normativos de la imputación aun cuando exista allanamiento a cargos, con el fin de fijar la pena a imponer.

6.7.2 Así mismo, en sentencia de la SP CSJ del 13 de febrero de 2019, SP384-2019 radicada al No. 49386, M.P. Patricia Salazar Cuellar, se reiteró:

“Entonces, el control judicial en los casos en los que el proceso termina anticipadamente se circunscribe a vigilar que no se traspasen los límites mínimos de legalidad y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes (CSJ AP 7 may. 2014, rad. 43.523).

(…)

Recientemente la Corte reafirmó que no existe control material sobre la imputación y la acusación, mientras que el examen sobre el acierto de la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, se ejerce exclusivamente cuando se advierta evidente vulneración de derechos fundamentales. (CSJ SP5660-2018, 11 dic. 2018, rad. 52311):

«Si la Fiscalía cumple con la obligación legal de expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, los jueces, por regla general, no ejercen control sobre el acierto de la calificación jurídica, salvo que se trate de casos de evidente violación de los derechos fundamentales.

Al respecto, en la decisión CSJSP, 05 Oct. 2016, Rad.45594, la Sala, a la luz de sus propios precedentes, reiteró que

[e]l nomen iuris de la imputación compete a la fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado.

[…] La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales.

Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

La transgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente o mejor.»

Precisamente, con el fin de salvaguardar esas garantías procesales mínimas, señaló la Sala en el citado fallo, el Juez tiene la obligación de realizar, en cumplimiento de las labores de dirección de la audiencia, la verificación de (i) la presentación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes, y (ii) el cumplimiento de los demás requisitos formales establecidos en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, según presida la audiencia de imputación o acusación, respectivamente. Así, al juez le corresponde velar porque la Fiscalía presente una acusación que reúna los requisitos legales, mas no insinuar ni, menos, ordenar, que opte por una hipótesis fáctica en particular (CSJSP, 05 Oct. 2016, Rad.45594). En suma, el Juez debe limitarse a garantizar que el fiscal cumpla la ley, lo que se aviene a lo expuesto por la Fiscalía General de la Nación en la Circular 0006 del primero de junio de 2017, donde se resaltó lo siguiente sobre la estructuración de la acusación:

“Hechos jurídicamente relevantes. Según la Corte Suprema de Justicia “la relevancia jurídica de hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal”. De esta forma, “los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales” (…). Su presentación debe hacerse en forma sucinta, de suerte que el operador jurídico pueda advertir el foco de la respectiva situación fáctica”.

Según se acaba de indicar, con este tipo de actos de dirección el juez no propone ni insinúa a la Fiscalía que emita la acusación en un sentido determinado. Su intervención se limita a constatar que la acusación contenga los elementos previstos en la ley, lo que, valga aclararlo, puede resultar beneficioso para el procesado en cuanto tendrá elementos para preparar su defensa e incluso porque puede liberarse del gravoso juicio oral en el evento de que la Fiscalía se percate de que no están dadas las condiciones para formular la acusación. En todo caso, aunque es cierto que al juez le está vedado sugerir hipótesis delictivas, pues con ello podría afectar su imparcialidad, también lo es que tiene la obligación de constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplan los requisitos legales, pues de ello depende la realización de un proceso viable en el sentido indicado en párrafos precedentes. (CSJ SP5660-2018, 11 dic. Radicado 52311).

Entonces, si bien está claro que la imputación y la acusación no están sometidas a control judicial, al juez si le corresponde, en desarrollo de los actos propios de dirección de la audiencia, constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplen los requisitos establecidos en la ley.

Nada diferente ocurre frente a los procesos que terminan anticipadamente, en tanto el juez competente para examinar los términos de la negociación, debe verificar si están dados los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria, lo que incluye aspectos como los siguientes:

(i) La existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera.

Así las cosas, en los casos de terminación anticipada, la claridad de los términos del acuerdo o de la imputación, según el caso, determinan la viabilidad del proferimiento de la sentencia condenatoria.” (Subrayas ex texto).

Por lo cual se advierte que la respuesta al primer problema jurídico es que sí es posible la variación de los presupuestos de la adecuación jurídica de la imputación de cargos aún en los casos de allanamiento, una vez se examine el grado de acierto de la calificación jurídica con los hechos relevantes en aras de evitar la trasgresión de derechos fundamentales del procesado.

**6.8 Segundo problema jurídico** (congruencia entre la situación fáctica y la adecuación jurídica realizada por la FGN. Determinación respecto de la modalidad de la conducta imputada).

La *a quo* emitió pronunciamiento respecto de la materialidad y responsabilidad penal del procesado atendiendo los EMP que aportó la FGN como anexos del escrito de acusación y, de ese análisis, concluyó que en efecto la conducta comunicada al señor JAMV no fue tentada, sino consumada por considerar que el ciudadano logró apoderarse de forma violenta del espejo retrovisor del vehículo propiedad de la víctima y posteriormente fue sorprendido por la patrulla de vigilancia.

En ese sentido para la Sala es claro que el fundamento del pronunciamiento antes citado de la SP de la CSJ versa respecto de la omisión de la FGN y del juez de conocimiento en relación con el allanamiento a cargos y la posterior verificación en el entendido que el mismo debe ser coherente con los elementos fácticos y jurídicos de la imputación y los EMP adosados a la actuación.

Por demás, en pronunciamiento del 15 de julio de 2008, radicado 28872, MP Augusto José Ibáñez Guzmán, desató:

“Sin duda, el debido proceso es una garantía reconocida en la Carta Política y el principio de legalidad, como una de sus expresiones, puede resultar eventualmente lesionado cuando la conducta desplegada por el agente no se adecua al tipo penal imputado y con fundamento en el cual se profirió sentencia condenatoria, o cuando el proceder criminal solo encaja en una acción típica.

[…]

“Por consiguiente, de comprobarse que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, no es posible oponer la manifestación libre y voluntaria del indiciado y el presunto cumplimiento de las formas, a los derechos y garantías fundamentales”.

De tal modo que examinados los EMP o EF la Sala concluye que contrario a la imputación de cargos que formuló la FGN, la conducta por la cual se adelantó la investigación fue tentada en el entendido que para el momento de la captura del señor JAMV, si bien se hallaba en poder del espejo del vehículo propiedad de la víctima, no había consumado la conducta por cuanto seguía intentando extraer otros elementos del automotor y fue descubierto por la patrulla de vigilancia, por lo tanto no había sido extraído de la protección o esfera de custodia de su propietario.

En igual sentido la SP de la CSJ en sentencia del 20 de septiembre de 2005 radicado 21558, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, ha establecido respecto de la consumación del delito:

“La guardia policial dispuesta, entonces, así como en general los mecanismos de seguridad de que comúnmente se valen las personas para la protección de sus bienes, por sí mismos no excluyen la posibilidad de la consumación del delito y eso significa que en todos aquellos casos donde se contaba con algún sistema de vigilancia que haya obstaculizado el escape de los asaltantes y permitido su captura, no necesariamente cabe la conclusión de que la conducta no superó la tentativa. Simplemente porque lo que define si se completó la ejecución del delito es la comprobación de si el bien salió de la esfera de custodia de su dueño, poseedor o tenedor, aunque haya sido brevemente, y no que el autor del hecho haya asumido el poder de control y disposición material sobre la cosa, que perfectamente puede no haberlo obtenido y, sin embargo, encontrarse consumada la ilicitud, como cuando huye con el bien y es perseguido por quien lo tenía o por las autoridades”.(Subrayas ex texto).

6.9 En esas condiciones, la Sala debe proceder a dosificar la pena impuesta al procesado atendiendo la disminución que procede por aplicación del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa de que trata el artículo 27 del C.P., el cual dispone: “*El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.”*

En consecuencia la pena quedaría de la siguiente forma: el artículo 240 inciso 1º numeral 1º del C.P., dispone que la pena será de prisión de 6 a 14 años si el hurto se cometiere con violencia sobre las cosas, esta pena expresada en meses es de 72 a 168 meses, a los cuales se les aplica la disminución del artículo 27 del C.P. antes citado para una pena de 36 a 126 meses de prisión.

7. CONSIDERACIÓN ADICIONAL (aplicación retroactiva por favorabilidad de las disposiciones consagradas en la ley 1826 de 2017 en lo atinente a los descuentos punitivos en casos de captura en flagrancia).

7.1 Para efectos de la presente decisión se debe tener en cuenta que para la fecha de la comisión de la conducta punible (8 de marzo de 2013) estaba vigente el artículo 57 de la ley 1453 de 2011, norma que modificó el artículo 301 del C. de P.P., que dispone que lo siguiente: “…*PAR. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004.” [[5]](#footnote-5)*

7.2 Ahora bien, en la ley 1826 de 2017 “por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”, se enlisto el hurto calificado de que trata el artículo 241 del C.P., como conducta a la cual se le aplicarán las disposiciones de ese procedimiento, por lo tanto es necesario determinar si es dable el reconocimiento de la rebaja de “hasta la mitad” de la pena ante el allanamiento a cargos realizado por el incriminado durante la audiencia de formulación de imputación adelantada en el trámite ordinario que contempla la Ley 906 de 2004, en consideración al principio rector de la favorabilidad, por aplicación retroactiva de los incisos 1º y 2º del artículo 539 del CPP, adicionado por el artículo 16 de la ley 1826 de 2017.

7.3 La Corte Constitucional mediante Sentencia C-592 de 2005 hizo referencia a los alcances del principio de favorabilidad frente a la figura jurídica de la retroactividad así:

“…El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto. Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto debe la Corte señalar que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales…”

Esa misma Corporación a través de sentencia T-091 de 2005 indicó lo siguiente:

“En efecto, un ejercicio hermenéutico orientado a establecer cuál es el régimen legal o la norma que más favorece los intereses del procesado o sentenciado, comporta un análisis particular del caso concreto, lo cual no implica libertad absoluta del operador judicial, quien está sujeto a los imperativos normativos pertinentes, y a los precedentes jurisprudenciales que rigen el asunto sometido a su conocimiento.

11. En conclusión, la jurisprudencia constitucional de esta Corporación ha sentado varias directrices que interesan al análisis del caso que aquí se plantea, en materia de favorabilidad penal, referida a la Ley 906 de 2004, así: (1) El principio de favorabilidad como parte integrante del cuerpo dogmático de la Constitución, conserva pleno vigor y aplicabilidad respecto de la Ley 906 de 2004, no obstante las normas de vigencia que ella consagra, orientadas a reafirmar el principio general de irretroactividad de la ley penal, el cual no es excluyente sino complementario de la favorabilidad; (ii) el principio de favorabilidad conserva su vigor en todo el territorio nacional, no obstante el método progresivo elegido para la implantación gradual del nuevo sistema; (iii) el principio de favorabilidad rige también situaciones de coexistencia de regímenes legales distintos, siempre que concurran los presupuestos materiales del principio de favorabilidad, lo que implica que no pueda ser aplicado frente a instituciones estructurales y características del nuevo sistema y como tales sin referente en el anterior; (iv) la aplicación del principio de favorabilidad reclama un estudio particularizado de cada caso a fin de determinar el impacto de las normas en conflicto sobre la situación del procesado.”

7.4 En lo que tiene que ver con la aplicación por favorabilidad del descuento punitivo de “hasta la mitad” en casos de captura de flagrancia previsto en el artículo 539 del CPP, frente al delito por el cual fue sentenciado el señor JAMV, se hace menester referir que ya existe un pronunciamiento de esta Colegiatura sobre el tema, donde se manifestó que era posible aplicar retroactivamente las disposiciones de la Ley 1826 de 2017, a casos anteriores donde se hubiera producido el allanamiento a cargos dentro del proceso ordinario previsto en la Ley 906 de 2004, siempre que se tratara de un delito de aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 534 del CPP.

7.4.1 Al respecto, en apartes de una decisión del 8 de junio de 2018, adoptada dentro del proceso tramitado en contra de Marilin Taborda Guevara y Herney Bedoya Quintero, por el delito de hurto calificado y agravado, y con ponencia del Magistrado Manuel Yarzagaray Bandera, se dijo que la aplicación retroactiva del inciso 2º del artículo 539 del CPP, era procedente frente a los delitos enunciados en el artículo 534 del C.P.P., y en tal virtud se dispuso:

“Teniendo en cuenta que el eje central de la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante gira en torno a reclamar en favor de los Procesados de la aplicación de la ley 1.826 de 2017 como consecuencia del principio de la favorabilidad, a fin de ofrecerle una solución al problema jurídico propuesto por el apelante, la Sala tendrá como hecho cierto e indudable el consistente en que como consecuencia de la promulgación y sanción de la ley # 1826 de 2017, entró en vigencia una nueva normativa procesal penal que cobijaría a ciertos delitos[[6]](#footnote-6), entre los que se encuentra el reato por el que los Procesados se allanaron a los cargos, los cuales se tramitarían mediante un procedimiento abreviado especial en el que se obviarían ciertas etapas procesales del procedimiento penal ordinario y se concentraban otras, así como se le concedían facultades a las víctimas para que eventualmente pudieran fungir como acusadores privados.

De igual forma, no se puede pasar desapercibido que en materia de terminación anticipada de los procesos, dicha normativa también consagró la figura del allanamiento a cargos, pero con la peculiaridad consistente en que en todo aquello que tiene que ver con el monto de los descuentos punitivos a los cuales un procesado se podría hacer merecedor por optar por esa alternativa, no existía distinción alguna si se estaba o no en presencia de un caso de captura en flagrancia, porque tales descuentos punitivos serían los mismos: «de hasta la mitad de la pena a imponer, en caso que el allanamiento a cargo tenga lugar antes de la audiencia concentrada; hasta de una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte de la pena si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral…»[[7]](#footnote-7).

Como se podrá observar, si comparamos los descuentos punitivos de los que serían susceptibles, en los casos de captura en flagrancia, los delitos que son objeto del proceso abreviado especial, respecto de aquellos de los cuales serían destinatarios los procesados que se allanen a los cargos en el devenir de un proceso penal ordinario, los que por obra y gracia del párrafo único del articulo 301 C.P.P. corresponden a una cuarta parte de los descuentos por allanamientos a cargo, no sería necesario llevar a cabo un gran esfuerzo intelectivo para colegir que las disposiciones de la ley # 1826 de 2.017 son mucho más beneficiosas sobre ese tópico que las regulaciones dadas al mismo en la ley # 906 de 2.004; además, de bulto se nota un tratamiento diferencial con consecuencias jurídicas divergentes que ambas normas le dan a un mismo evento, que en ultimas estaría implicando un atentado en contra del principio de la igualdad[[8]](#footnote-8), ya que no existe razón valedera alguna que justifique el por qué frente a un mismo delito, en caso que tenga ocurrencia la captura en flagrancia del acriminado, y este decida allanarse tempranamente a los cargos, en la ley # 1.826 de 2.017 se le den unos descuentos punitivos compensatorios que puedan corresponder hasta el 50% de la pena a imponer, mientras que en la ley # 906 de 2.004, tales descuentos solo equivaldrían al 12.5%.

Siendo así las cosas, la Colegiatura concluye que le asiste la razón al apelante, porque en efecto, la ley # 1826 de 2.017, por ser una normativa posterior y más benéfica para los intereses de los procesados, acorde con lo establecido en el artículo 29 de la Carta, en consonancia con lo reglado por el inciso 3º del artículo 6º C.P. el inciso 2º del artículo 6º C.P.P. y el artículo 44 de la ley 153 de 1.887, sería la llamada a regir el subexamine, ya que el delito por el que los Procesados se allanaron a los cargos se encuentra dentro del listado de reatos susceptibles del procedimiento abreviado especial, y como consecuencia de la aplicación del principio de la favorabilidad tendría efectos retroactivos, y en tal virtud válidamente puede regular y modificar situaciones jurídicas que existían antes de su entrada en vigencia.

Estando claro que en virtud del principio de favorabilidad los Procesados son destinatarios del monto de los descuentos punitivos consagrados por la ley # 1826 de 2.017 para quienes se allanen a los cargos en los eventos de captura en flagrancia, el tópico que ahora nos tocaría por esclarecer es si para la procedencia de dicha modalidad de terminación anticipada de los procesos, los acriminados deben cumplir con las exigencias del artículo 349 C.P.P. el cual requiere, como condicionamiento para la procedencia de los descuentos punitivos, que el Procesado reintegre al menos el 50% del incremento patrimonial percibido[[9]](#footnote-9).

Frente a lo anterior, la Sala dirá que en el presente asunto no tendría operancia las disposiciones consagradas en el aludido artículo 349 C.P.P. porque acorde con la naturaleza del delito por el cual los encausados se allanaron a los cargos: tentativa hurto calificado agravado, es obvio que se está en presencia de un delito frustrado que implicó que los Procesados en momento alguno obtuvieran ningún tipo de incremento patrimonial como consecuencia de su comisión.

Luego, al asistirle la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, la consecuencia es que se deba modificar el fallo opugnado en todo aquello que atañe con las penas impuestas a los Procesados, en especial en lo que corresponde con el monto de los descuentos punitivos del 12,5% que se le reconoció en favor de los acriminados por allanarse a los cargos en la audiencia de formulación de la imputación, los cuales, como consecuencia del principio de favorabilidad que conllevó la aplicación de las disposiciones de la ley # 1826 de 2.017, oscilarían entre una tercera parte y hasta la mitad de la pena a imponer, como de vieja data lo ha reconocido la Corte en los siguientes términos:

“Ahora, aunque en la Ley 906 de 2004 no se establece el límite mínimo de la rebaja para cuando el allanamiento tiene lugar durante la audiencia de imputación o la preparatoria, una interpretación razonable del instituto permite afirmar que dichos extremos menores están determinados por el rango de mayor disminución punitiva prevista para la siguiente oportunidad procesal en que procede el allanamiento a la imputación. Es decir, de la tercera parte hasta la mitad de la pena cuando el allanamiento tiene lugar en la audiencia de formulación de imputación; de la sexta hasta la tercera parte de la pena cuando ocurre durante la audiencia preparatoria y de la sexta parte de la pena, cuando la aceptación se presenta al inicio del juicio oral.

De conformidad con lo expuesto, si en los artículos 351 y 356 de la Ley 906 de 2004 no se establece una rebaja fija de la sanción para cuando el allanamiento a cargos se produce dentro de las audiencias de imputación y preparatoria – como sí ocurre cuando la aceptación de los cargos acontece en la iniciación del juicio, caso en el cual se descuenta de manera fija una sexta parte de la pena – sino que frente a las referidas situaciones se dispone una rebaja ponderada de “hasta de la mitad” de la pena para la primera y “hasta de la tercera parte” para la segunda, es razonable concluir que corresponde al fallador determinar la proporción en la cual rebajará la pena…”[[10]](#footnote-10).

7.4.2 Por lo anterior se puede concluir que en el caso del señor JAMV concurren las condiciones para aplicar el principio de favorabilidad en lo relacionado con la aplicación retroactiva a las disposiciones de la ley 1826 de 2017 en materia de descuentos punitivos ante el allanamiento a cargos por parte del acusado.

7.4.3 Por lo tanto, se determina que el monto del descuento punitivo a reconocer a favor del procesado es del 40% de la pena mínima, en aplicación del derecho premial y atendiendo que la colaboración del procesado con la administración de justicia no fue determinante para la finalización del proceso seguido en su contra, puesto que la FGN contaba con suficientes EMP y EF para llevar el asunto hasta la audiencia de juicio oral y probar la responsabilidad del señor JAMV.

De conformidad con lo antedicho se redosificará la pena de prisión que se había tasado en el acápite 6.9 de este pronunciamiento en 36 meses como pena mínima disminuida en un 40% para una pena definitiva de 21 meses y 18 días de prisión, en igual sentido se aplicará a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Lo anterior sin variación alguna respecto del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en el entendido que como lo advirtió la *a quo,* no se cumple con el aspecto subjetivo del artículo 63 del C.P., toda vez que al procesado le figuran 3 sentencias condenatorias vigentes por punibles similares al que dio origen al presente proceso en los cinco años anteriores a la decisión que fue objeto del recurso (folios 20 a 33 y 40).

**8. SOBRE LA LIBERTAD DEL PROCESADO**

Teniendo en cuenta que el procesado se encuentra en libertad, es necesario hacer las siguientes precisiones, relacionadas con la aplicación del artículo 450 del CPP:

8.1 La norma en mención dispone lo siguiente:

“Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez puede disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”

8.2 En atención al contenido de esa norma, la Sala debe hacer referencia a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-342 del 24 de mayo de 2017, donde se hizo control abstracto de la norma antes citada y se dijo lo siguiente:

“(...) .

*11.1. La Corte resolvió la demanda formulada por un ciudadano en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que contiene el Código de Procedimiento Penal, el cual dispone que el juez al momento de dar el sentido del fallo, podrá ordenar la detención del procesado si esta resulta necesaria. El accionante señaló que tales enunciados vulneran el derecho a la libertad personal y algunas de las garantías del debido proceso, como el acceso a la segunda instancia mediante recurso judicial efectivo y la presunción de inocencia. La Sala consideró que es necesario efectuar la integración normativa con la totalidad del artículo demandado, pues de no hacerlo, la eventual declaratoria de inexequiblidad de las expresiones implicaría que los apartes que no fueron acusados perderían la posibilidad de producir efectos jurídicos.*

*11.2. Como primer asunto la Sala se refirió al amplio espacio de configuración del legislador para regular los procedimientos judiciales, así como los límites del mismo. Señaló que se funda en lo dispuesto por los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, que consagran la cláusula general de competencia del Congreso de la República, que le permite regular los procedimientos judiciales y administrativos. Adicionalmente la Sala identificó cuatro límites de esa facultad configurativa, precisados entre otras, en la Sentencia C-319 de 2013, siendo estos[[11]](#footnote-11): (i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. La norma demandada respeta dichos límites.*

*11.3. En segundo término, la Corte verificó los derechos que el demandante señaló como violados. Respecto de la libertad personal, la Corporación señaló que se trata de un principio y derecho fundamental, que para su protección cuenta con las garantías de la reserva legal y la reserva judicial, precisando que las medidas privativas de la libertad son de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. En lo que tuvo que ver con el debido proceso, se afirmó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana[[12]](#footnote-12) y de la Corte Constitucional[[13]](#footnote-13), el derecho al recurso judicial efectivo supone la existencia de mecanismos procesales accesibles y eficaces que permitan el control y la revisión de las decisiones judiciales, cuando los afectados consideren vulnerados sus derechos. Finalmente y en relación con la presunción de inocencia, la Sala determinó desde su jurisprudencia[[14]](#footnote-14), que se trata de un principio constitucional, un derecho fundamental y una de las garantías del debido proceso, de acuerdo con la cual, la persona sometida a proceso penal deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario, a través de un proceso en el que se le haya declarado judicialmente responsable mediante sentencia ejecutoriada.*

*11.4. Finalmente se procedió a la solución del caso, para lo cual la Corporación afirmó que la interpretación hecha por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el fallo condenatorio consiste en un acto jurídicamente complejo dentro del sistema acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, es constitucionalmente consistente, en el sentido de integrar como una unidad conceptual el anuncio del sentido del fallo y el texto de la sentencia condenatoria que se emitirá después, lo que no excede los límites del amplio espacio de configuración del legislador para el establecimiento de los procedimientos judiciales.*

*11.5. En lo que tuvo que ver con el cargo de violación del derecho a la libertad personal, la Sala encontró que la orden de privación de la libertad establecida por el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal respeta las garantías de la reserva judicial, la reserva legal y el carácter excepcional de las medidas privativas de la libertad, pues se trata de una medida que únicamente ocurre en el primer momento del acto jurídicamente complejo en que consiste la sentencia condenatoria. Para el efecto se precisó, que respecto de la necesidad de la detención, el inciso segundo del artículo 450 demandado debe asumirse en relación con los artículos 54 y 63 del Código Penal, que establecen los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, y no con los criterios que deben ser considerados al decretar la medida de aseguramiento.*

*Igualmente consideró la Sala que esa orden de detención tampoco viola las garantías del debido proceso, pues el afectado cuenta con medios de control adecuados, como son la declaratoria de nulidad del sentido del fallo y de la orden de detención, y el recurso de apelación sobre la sentencia, en virtud del cual podrán ser impugnadas tanto la privación de la libertad, como la declaratoria de responsabilidad penal. Dentro de esta misma perspectiva se concluyó también, que la norma demandada no viola la presunción de inocencia, pues la detención excepcional que se ordena al anunciar el sentido del fallo, constituye una restricción de la libertad dictada por motivos de necesidad, en los términos antedichos.*

*11.6. Como cuestión final la Corte reiteró que el juez de conocimiento tiene la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate[[15]](#footnote-15). Por lo mismo, el funcionario debe asumir rigurosamente, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por lo cual y de conformidad con la doctrina reconocida por la Corte, “las autoridades deben verificar en cada caso concreto la procedencia de los subrogados penales como la prisión o detención domiciliaria, la vigilancia electrónica y la libertad provisional, pues éstas desarrollan finalidades constitucionales esenciales en el Estados Social de Derecho”[[16]](#footnote-16).* (Subrayas ex texto)

8.3 De acuerdo a las consideraciones citadas debe decirse que en este evento no podrían aducirse las razones mencionadas en el artículo 308 del CPP, que se relacionan con la imposición de una medida de aseguramiento, para ordenar la captura inmediata del procesado, quien se encuentra en libertad, ya que los supuestos de esa norma están relacionados con situaciones previstas en los numerales 1º a 3º de la misma así : 1. “ *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima “3. Que resulte probable que el imputado comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia”.*

8.4 En ese orden de ideas como en el precedente citado se reafirma el carácter excepcional de la privación de la libertad, por lo cual, siguiendo los términos de la sentencia C-342 de 2017, al evaluar: *”...todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate”,* se considera que en el presente caso no resulta indispensable la privación de la libertad del incriminado, que tiene carácter excepcional según el precedente mencionado y atendiendo que en el caso bajo análisis no se impuso una medida de aseguramiento al procesado en las audiencias preliminares, tampoco le era exigible su presencia en el juicio oral toda vez que se allanó a los cargos imputados por la FGN y, por último, se verificó que el Juzgado de primera instancia no expidió la orden de captura que dispuso librar, por lo cual su eventual detención a efectos de que descuente la pena impuesta, solo se hará efectiva, de cobrar ejecutoria la presente decisión.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2013 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento de Pereira (Risaralda), en contra del señor JAMV. En consecuencia se **MODIFICAN** los ordinales primero y segundo de dicho proveído en el sentido de condenar al señor JAMV, a la pena principal de 21 meses y 18 días de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. En lo demás queda vigente el fallo de primera instancia.

**SEGUNDO:** Toda vez que no hubo variación respecto de la negativa del subrogado de ejecución condicional de la pena de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y atendiendo que no se ha librado orden de captura en contra del condenado, se dispone librar la misma para que descuente la pena impuesta en la presente decisión. Sin embargo, su privación de la libertad para cumplir la pena impuesta solo se hará efectiva de cobrar ejecutoria esta decisión de segunda instancia, como se explicó en el apartado número 8 de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folio 3. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 5-6. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 15 y 16. [↑](#footnote-ref-3)
4. Saray Botero, Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio, Editorial Leyer. Segunda Edición. 2017, capítulo XIII. [↑](#footnote-ref-4)
5. La ley 1453 de 2011 empezó a regir el 24 de junio de 2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consagrados en el # 2º del artículo 534 C.P.P. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 549 C.P.P. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículo 13 de la Carta. [↑](#footnote-ref-8)
9. Lo que es consecuencia de la Sentencia del 27 de septiembre de 2017. SP14496-2017. Rad. # 39831, proferida por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. en la que se dijo que los allanamientos a cargos eran una modalidad de los preacuerdos y no una figura procesal independiente. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. # 25726. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia C-319 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 5 [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C No. 220, párrafo 142. Este fallo reitera y precisa el precedente contenido en los casos Caso Baena Ricardo contra Panamá, citado en la sentencia de fondo del Caso de los 19 Comerciantes contra Colombia. Sentencia de julio 5 de 2004. Serie C No. 109, párrafo 192 [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia C-1195 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica No. 4.3, citando la Sentencia T-268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia C-003 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez, consideración jurídica No. 3.1.1 [↑](#footnote-ref-14)
15. Alrededor de la vigencia de este principio en materia penal se han referido entre otras las sentencia T-401 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-788 den 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia T-276 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.5.1.3. [↑](#footnote-ref-16)