

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

ACTA DE APROBACIÓN No 83
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Febrero 20 de 2015, 10:07 a.m.
Imputado:	Leonardo Montoya Montes
Cédula de ciudadanía:	18 514.958 de Dosquebradas (Rda.)
Delito:	Hurto calificado
Víctima:	Jhon Jairo López Arboleda
Procedencia:	Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de condena del 22-11-13. SE ABSTIENE DE CONOCER

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Dan cuenta los registros que el 26-01-13 a las 9:50 p.m., en el barrio Birmania de esta ciudad fue capturado quien dijo llamarse **LEONARDO MONTOYA MONTES**, toda vez que llevaba una motocicleta AKT-125, color azul, de placas QWC94B, de propiedad de JHON JAIRO LÓPEZ ARBOLEDA, la cual se encontraba momentos antes parqueada frente a la acera del inmueble ubicado en la manzana 7 casa 19.

1.2.- A consecuencia de lo anterior y a instancia de la Fiscalía, se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Balboa (Rda.), por medio de las cuales: (i)

se legalizó la aprehensión; (ii) se imputó autoría en el punible de hurto calificado (art. 240 inciso 4 del C.P.); cargo que el indiciado ACEPTÓ; y (iii) se dispuso la libertad inmediata del acusado, por cuanto no se solicitó medida de aseguramiento.

1.3.- En virtud al allanamiento unilateral a los cargos imputados, la actuación pasó al conocimiento del Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de esta ciudad, autoridad que convocó para la correspondiente audiencia de individualización de pena y sentencia (03-09-13 y 22-11-13) por medio de la cual: (i) declaró penalmente responsable al imputado en congruencia con los cargos formulados y admitidos; (ii) impuso como sanción privativa de la libertad la de 73 meses y 15 días de prisión, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal; y (iii) negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

1.4.- La defensa no estuvo de acuerdo con esa determinación y la impugnó, motivo por el cual el recurso fue concedido en el efecto suspensivo y se dispuso la remisión de los registros ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- DEBATE

2.1.- Defensa -recurrente-

Solicita se decrete la nulidad de la sentencia de primera instancia, o subsidiariamente se profiera una nueva decisión por parte de esta instancia, con fundamento en lo siguiente:

Su pretensión es que se estudie si existe el dispositivo amplificador de la tentativa en la conducta desplegada por su representado, valoración que en su criterio puede hacer el juez de conocimiento no obstante presentarse una aceptación de cargos, en virtud del principio de legalidad, por cuanto el acto de adecuación típica puede presentar equivocaciones por parte de la Fiscalía, y precisamente el juzgador debe detectarlos y corregirlos.

Cita sentencia CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31280, en la cual se casó parcialmente decisión emitida por esta Sala, y en la que sustenta su petición por cuanto considera que la situación fáctica es homologable al asunto sometido a estudio, ya que se trataba de una aceptación en la que se había negado por la primera y segunda instancias reconocer una circunstancia atenuante de la responsabilidad, y ese máximo órgano accedió a su concesión.

Considera que la conducta desplegada por su prohijado solo fue en la modalidad de tentativa, por cuanto si bien éste al ver una moto abandonada en la vía pública ideó la forma de hacerse a ella, proyectó cómo iba a arrastrarla para apropiarse de la misma, verificó que nadie lo estuviera viendo, que fuera posible moverla, y una vez que tuvo la probabilidad de éxito se dirigió a ella, la maniobró y la arrastró menos de una cuadra, instante en el cual fue interceptado por los agentes del orden, y por tanto no logró culminar el apoderamiento.

Aclara que fue la ciudadanía la que alertó a los policiales acerca de la ocurrencia del hecho, por cuanto el propietario de la motocicleta había decidido dejarla abandonada en la calle temporalmente; luego entonces, se pregunta: ¿cómo puede pregonarse bajo ese supuesto una esfera de protección?

Siendo así, lo apropiado es aplicar la teoría del dominio del hecho, dentro de la cual se establece que el hurto se encuentra consumado cuando el sujeto activo puede disfrutar del botín, sin que en su ámbito subjetivo esté ideando aún cómo lograr la consumación de la conducta, como aquí ocurrió, porque indudablemente su prohijado todavía sentía temor de que el dueño de ese vehículo volviera por éste y lo sorprendiera, ya que, repite, llevaba menos de una cuadra arrastrándola.

2.2.- Los sujetos procesales no recurrentes no se pronunciaron dentro del término que les fue concedido

3.- Para resolver, **SE CONSIDERA**

3.1.- Competencia

La tiene esta colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906/04.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a establecer si el togado recurrente cumple con el requisito del interés jurídico para impugnar el fallo de primer grado, y si la controversia planteada en la impugnación está habilitada para los casos en que se ha presentado allanamiento a los cargos.

3.3.- Solución a la controversia

Lo primero a decir, es que esta Colegiatura con apoyo en precedentes de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que tratándose de sentencias proferidas con ocasión de preacuerdos o allanamiento a cargos, se debe examinar: (i) el interés para recurrir; y (ii) los temas sobre los cuales puede versar el recurso.

Al respecto en sentencia CJS SP, 22 jul. 2010, rad. 33817 el órgano de cierre ha referido sobre el tema lo siguiente:

“[...]En tal actuación y en el marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado, que decide allanarse a los que le fueron formulados en la audiencia imputación con el fin de obtener una rebaja significativa en el quantum de la pena –como ocurre en este caso–, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento por parte del Juez, la lesividad del comportamiento, o a aducir causales de justificación o de inculpabilidad.

En otras palabras, luego de que el Juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 294 de la ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.

Por lo mismo, y es una primera conclusión, la demandante **carece de interés para controvertir en sede de casación** (y desde luego también en las instancias) **aspectos relacionados con el injusto y su responsabilidad**. En consecuencia, la Corte se abstendrá de considerar, por esas razones, el tercer cargo de la demanda.

Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal sufre toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez **no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación**.

De ello se sigue una segunda conclusión: **el procesado tiene facultad para discutir en apelación y posteriormente alegar en casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma**, aspecto éste último que le está vedado controvertir a quien preacuerda con la fiscalía los términos de su responsabilidad y el quantum de la pena, siempre y

cuando el Juez, como le corresponde, los haya respetado (inciso 4 del artículo 351 ley 906 de 2004).”.

Igualmente sobre el tópico la H. Corte Constitucional en la sentencia C-1192/05 expuso:

“[...] Una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante.

[...]

Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe [...].”

Con fundamento en los anteriores precedentes, considera el Tribunal que en el caso sometido a estudio no se cumplió el requisito del interés jurídico para recurrir el fallo, ya que el profesional del derecho que representa los intereses del señor **MONTOYA MONTES** interpuso recurso de apelación contra una sentencia que se edificó con base en la decisión de éste de allanarse a los cargos de manera libre, consciente y voluntaria, en la que además se verificó el principio de mínima actividad probatoria frente a la demostración material de la conducta punible investigada.

Lo que en realidad pretende el recurrente al pedir que se tenga en cuenta que la conducta se ejecutó únicamente en el grado de tentativa, es de manera soslayada propiciar una retractación del allanamiento a cargos, lo cual por regla general no es viable de acuerdo con los postulados del principio de irretractabilidad consagrado en el artículo 293 del C.P.P. Por lo tanto, en el presente asunto la unidad de defensa no sufrió desmedro alguno a sus intereses o aspiraciones procesales, en atención a que en la decisión objeto de recurso se le concedió lo pretendido por el procesado cuando decidió allanarse a los cargos. Luego, si el procesado no padeció perjuicio alguno en cuanto se atendió su aceptación unilateral a los cargos atribuidos con el consustancial descuento punitivo, tal evento repercutía de una manera negativa en el cumplimiento de uno de los requisitos para la procedencia del recurso de apelación, como lo es el ya enunciado interés para recurrir.

Como se dijo al inicio, esta Sala ya se ha pronunciado sobre temas como el acá propuesto en varias oportunidades, entre ellas, en los recientes autos del 14-10-14, con ponencia del Dr. Manuel Yarzagaray Bandera, y del 24-11-14, con ponencia del Dr. Jairo Ernesto Escobar Sanz. En el primero de los cuales se sostuvo lo siguiente:

"[...] Pero como quiera que la providencia objeto de la alzada es un fallo de tipo abreviado, aunado a las aspiraciones pretendidas por el recurrente, considera la Sala que en el presente asunto no le asiste el interés jurídico para recurrir, debido a que no ha sufrido ningún tipo de perjuicio o de agravio procesal con el contenido de la decisión impugnada, si partimos de la base que el procesado obtuvo lo pretendido cuando decidió someterse a alguna de las medidas de terminación anticipada de los procesos penales, lo cual no era otro que hacerse acreedor al descuento punitivo a cambio de renunciar de manera consciente y voluntaria del Derecho a que su caso se sometiera a un juicio oral. Por ello la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sido en el sentido de establecer que los fallos anticipados solo son susceptibles del recurso de Apelación, siempre y cuando el recurrente exprese su inconformidad con temas relacionados entre otros con la tasación de la pena, el no reconocimiento de subrogados penales o penas sustitutivas, pero en lo que tiene que ver con la carga y valoración probatoria, una vez superada las etapas procesales para la retractación, al sujeto procesal interesado no le asistiría interés para recurrir. Para una mejor comprensión consideramos de utilidad traer a colación lo que la Corte ha dicho sobre este tópico:

"Bien puede afirmarse que el predicado del artículo 293 inciso 2º del C. de P.P., referido a la imposibilidad de retractación por parte de los intervinientes una vez se hubiese dado el examen de juridicidad del acuerdo y la aceptación del mismo por parte del juez de conocimiento, contrae una limitante para impugnar los **aspectos sustanciales que hubiesen sido objeto del consenso**⁽¹⁾, traduciéndose conforme al criterio de "interés para recurrir" **que en principio los intervinientes en el acuerdo aprobado, carecen de legitimidad para desarrollar censuras en la pretensión de lograr la revocatoria o modificación de aspectos de atribución típica, grados de participación, circunstancias modales, adecuación antijurídica**, expresiones de culpabilidad, agravantes genéricas o específicas, etc., que hubiesen sido objeto de aceptación, preacuerdo o negociación.

Las anteriores limitaciones tienen su fundamento en el hecho que la segunda instancia como la sede extraordinaria de la casación penal en lo que corresponde a la impugnación de sentencias proferidas en vía de terminación anticipada del proceso, no pueden constituirse en espacios de retractación de lo aceptado, motivo por el cual se restringe para aquellos la discusión probatoria, retractación o

¹ CSJ SP, 10 may. 2006, Rad. 25248.

negación de los cargos que de manera libre y espontánea hubiesen aceptado [...]”².”³

Lo anterior permite concluir que al apoderado del sentenciado **LEONARDO MONTOYA MONTES** no le asiste interés para recurrir la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de esta capital en noviembre 22 de 2013, situación que incide de manera negativa para que esta magistratura proceda a desatar la alzada, razón por la cual se inhibirá de resolver el recurso interpuesto.

Lo expuesto, con mayor razón cuando de entrada una determinación favorable a la pretensión de la defensa implicaría desconocer y ser desleales con la teoría del caso del órgano persecutor, como quiera que de no haber sido por la aceptación de los cargos, a la Fiscalía le debería quedar expedito el camino para penetrar en el período de juzgamiento con miras a poder demostrar que en realidad se trató de una conducta consumada como lo aseguró al instante de la imputación, y no de un delito imperfecto como lo reclama ahora el impugnante.

Para concluir debe aclarar el Tribunal que contrario a lo sostenido por el togado recurrente, el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia⁴ en el que apoya su solicitud, y en el que se casó parcialmente una decisión de esta Sala y se accedió a la concesión de una causal de atenuación pese a la aceptación de cargos, no es situación homóloga a la presente por diversas circunstancias, entre ellas que allí la petición del reconocimiento de la diminuyente surgió de la Fiscalía como titular de la acción penal, y la misma obedeció a que con posterioridad a la formulación de imputación obtuvo elementos probatorios que permitían soportar esa variación en el cargo.

Bajo ese entendido, el órgano de cierre determinó que no se trataba de una simple retractación, sino que el caso ameritaba un tratamiento diferente por cuanto estaba de por medio la afectación de los derechos fundamentales de la persona judicializada, al haberse quebrantado el debido proceso y el principio de legalidad, por cuanto la imputación realizada por la Fiscalía no se hizo adecuadamente, a consecuencia de lo cual debía subsanarse el yerro, y en tal sentido concluyó que lo más favorable para el procesado era conceder la degradación del cargo.

² CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31531.

³ Proceso radicado Nro. 66594 60 00063 2013 00150 01, adelantado en contra del señor Robinson Tapasco Vélez, Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

⁴ CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31280

Así las cosas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **SE ABSTIENE** de dar trámite al recurso interpuesto contra el fallo proferido por la señora Juez Primera Penal Municipal de esta ciudad, por las razones consignadas en la parte motiva de esta decisión.

Contra la presente determinación procede el recurso de reposición.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ