El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 02 de noviembre de 2017

Proceso: Penal – Se abstiene de resolver recurso de apelación

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2010 05250 01

Procesado: ÓSCAR ALBERTO VÉLEZ RAMÍREZ

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema:**  **APELACIÓN CONTRA SENTENCIA SIN INJERENCIA.** [E]n el caso sub judice, el abogado que representa los intereses del señor Vélez Ramírez estaba legitimado para recurrir únicamente respecto al tema que tiene que ver con la negativa del subrogado penal que le fue denegado al acusado. Ahora bien, como en el presente caso solo figura como recurrente el señor Óscar Alberto Vélez Ramírez, se entiende que obra en su favor el principio de no *reformatio in pejus*, establecido en el artículo 31 inciso 2º de la CP y en el mismo inciso del artículo 20 del CPP. (…) En esas condiciones, con base en el principio de limitación de la segunda instancia y retomando lo expuesto sobre la aplicación del principio de no reformatio in pejus, se advierte que en este caso el eventual pronunciamiento que pudiera hacerse en sede de segunda instancia, no tendría ningún efecto frente a la impugnación del fallo al haberse cumplido la pena impuesta al procesado, por lo cual la Sala se abstendrá de decidir el recurso propuesto, ya que su decisión no tendría ninguna injerencia sobre la negación del subrogado mencionado, en virtud de la situación antes referida. Por lo anterior, se ordena la devolución de las presentes diligencias al Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira para los fines pertinentes.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1183 del dos (2) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 9:29 a.m.

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 Tercero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pereira, en la que se condenó a Óscar Alberto Vélez Ramírez por el delito de hurto calificado y agravado.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el escrito de acusación el supuesto fáctico es el siguiente:

*“Según informe de policía de vigilancia, rendido por los uniformados de la Policía Nacional ERMES LAGOS GUERRERO y JULIÁN ALBERTO LONDOÑO, el día seis (6) de diciembre de 2010 siendo aproximadamente las 10:15 horas se dio la captura en situación de flagrancia de ÓSCAR ALBERTO VÉLEZ RAMÍREZ, en el Centro Comercial Ciudad Victoria de esta ciudad, instantes después de haber hurtado un celular y cincuenta mil pesos $55.000 al Señor JUAN DE JESÚS ZAPATA ZAPATA.*

*La víctima indicó posteriormente en su denuncia que se encontraba en el baño del centro comercial, cuando se le acercó un sujeto quien te colocó un arma blanca en su estómago diciéndole que le entregará el celular, para luego ponerle el arma en el cuello y decirle que le entregará la plata, procediendo a despojarlo de su celular marca Nokia 1112, y valor de $55,000 en efectivo. Lográndose la captura del mismo cuando la víctima salió del baño, y pidió auxilio a los guardas de seguridad.”*

2.2 Las audiencias preliminares de legalización de captura formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento se llevaron a cabo ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira el 7 de diciembre de 2010. En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor Óscar Alberto Vélez Ramírez por el delito de hurto calificado y agravado, previsto en los artículos 239, 240 inciso 2º y 241 numeral 11 del CP.[[1]](#footnote-1). El señor Vélez Ramírez se allanó a dicha imputación[[2]](#footnote-2)

2.3 El Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folio 4). La audiencia de individualización de pena y sentencia se celebró el 13 de junio de 2011 (folio 20).

2.4 La sentencia fue proferida el 17 de agosto de 2011 (folio 25 a 33)[[3]](#footnote-3). En dicho proveído la juez de primera instancia dispuso: i) condenar al señor Óscar Alberto Vélez Ramírez a la pena principal de 9 meses y 27 días de prisión al hallarlo responsable del delito de hurto calificado y agravado; ii) condenar al acusado a la pena accesoria de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la sanción principal; iii) no conceder el subrogado de ejecución condicional de la pena al encartado ni la prisión domiciliaria, señalando que se tendría como parte cumplida de la pena el tiempo de detención del acusado; y iv) no condenó al pago de perjuicios.

2.5 El defensor del acusado apeló el fallo de primer nivel. La síntesis del recurso propuesto es el siguiente:

* Desde las audiencias preliminares ha sostenido que en el presente caso no se trata de un hurto consumado sino de un hurto en grado de tentativa.
* Los hechos ocurrieron dentro de un baño de un establecimiento comercial, lugar en el que fue capturado por miembros de la policía.
* A la víctima le fue devuelto el celular que le fue sustraído.
* No está de acuerdo con la causal de agravación punitiva prevista en el artículo 241 Numeral 11, ya que el hurto se dio en un establecimiento comercial pero no afectó al mismo.
* A su representado no se le concedió el subrogado de ejecución condicional. Sin embargo, consideró que teniendo en cuenta el tiempo que el acusado lleva detenido, aunado al estudio y trabajo realizado durante ese período, este había sobrepasado el término de la pena, por lo que solicitó que se concediera recurso de reposición frente a ese tema en particular.

2.6 El despacho le recordó a la defensa del acusado que en contra de las sentencias no procede el recurso de reposición, motivo por el cual el abogado del señor Vélez Ramírez declinó de dicho recurso y adujo que interponía el de apelación.

2.7 El delegado de la FGN se opuso a los argumentos expuestos por la defensa

* Señaló que el hecho materia de investigación se adecuaba a la tipicidad de hurto calificado y agravado, y guardaba relación con lo vertido en el informe de captura en flagrancia y lo señalado por la propia víctima.
* El numeral 11 del artículo 241 del CP establece como circunstancia de agravación punitiva, que el hurto se cometa a un establecimiento público o abierto al público, tal y como aconteció en el presente caso.
* El legislador con esa norma pretende brindar tranquilidad a las personas que asisten a ese tipo de sitios. En el caso concreto se debe tener en cuenta que la conducta se desplegó al interior de un baño de un establecimiento público, donde se supone puede entrar la gente a hacer uso del mismo con plena tranquilidad.
* Refirió que mediante sentencia del 22 de julio (sin indicar el año), el Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento condenó al señor Óscar Alberto Vélez Ramírez a la pena de 13 meses y 6 meses de prisión y además se le concedió el subrogado de ejecución condicional de la pena, aclarando que para la fecha de la captura que dio origen al presente asunto no se tenía conocimiento de ese antecedente penal.
* De conformidad con lo establecido en el artículo 68A del CP, el procesado no sería acreedor de ese beneficio, pues se encontraba en el período de vigilancia de la sanción antes referida cuando cometió la nueva conducta.
* El señor Vélez Ramírez fue indiferente a la oportunidad que le dio la judicatura y por lo tanto fueron acertados los planteamientos de la A quo frente a la negativa del subrogado penal.
* Para ese funcionario el señor Óscar Alberto Vélez Ramírez es proclive al delito pues tiene diversas anotaciones en el sistema SPOA de la FGN.
* Solicitó que se confirmara la decisión de primer nivel.

3. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Se trata de Óscar Alberto Vélez Ramírez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.088.309.340 de Pereira, nació el 7 de febrero de 1992 en esta localidad, es hijo de Óscar y Carmelina, séptimo grado de instrucción.

4. 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 tres temas específicos: i) si los hechos materia de investigación fueron consumados o se quedaron en el ámbito de la tentativa; ii) si la situación fáctica concuerda con la adecuación típica realizada por la FGN y específicamente determinar si en el caso concreto se presentó o no la causal de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 241 del CP; y iii) establecer el grado de acierto de la decisión de primer nivel respecto a la negativa de la concesión del subrogado de ejecución condicional de la pena al señor Óscar Alberto Vélez Ramírez

6.3 Inicialmente resulta imperioso determinar en el caso objeto de estudio existió un allanamiento a cargos libre, espontáneo e informado, por parte del señor Vélez Ramírez. Frente a esa circunstancia particular no resulta posible que el abogado que representa los intereses del acusado 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 la juez que asumió la función de control de garantías, en virtud de la competencia que le otorga el artículo 131 del CPP ya que precisamente la conducta procesal del señor Óscar Alberto Vélez Ramírez 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 pruebas de que disponía el ente acusador para esa fase procesal, ya que se entiende que el avenimiento unilateral del encartado con la imputación 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 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).

6.5 A su vez, en la sentencia CSJ SP del 3 de septiembre de 2014, radicado 33409, 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 Vélez Ramírez estaba legitimado para recurrir únicamente respecto al tema que tiene que ver con la negativa del subrogado penal que le fue denegado al acusado.

6.8 Ahora bien, como en el presente caso solo figura como recurrente el señor Óscar Alberto Vélez Ramírez, se entiende que obra en su favor el principio de no *reformatio in pejus*, establecido en el artículo 31 inciso 2º de la CP y en el mismo inciso del artículo 20 del CPP.

Sobre el tema se cita CSJ SP del 20 de noviembre de 2014, radicado 43557, donde se dijo lo siguiente:

*“(…)*

*Por otra parte, a raíz de la entrada en vigencia del artículo 20 de la Ley 906 de 2004 (que consagra la prohibición de reforma peyorativa en el nuevo sistema acusatorio), el ámbito de protección de dicho principio ha sido ampliado, entre otros, en el sentido de que el término “apelante único” debe entenderse, en palabras de la Corte Constitucional4, en función del “interés que tengan los sujetos procesales para recurrir y la situación jurídica en que se encuentren los apelantes, siendo indispensable distinguir entre la impugnación a favor y en contra del condenado”.*

En anterior decisión en sede de tutela la Corte Constitucional reiteró la forma como debía interpretarse el artículo 31 superior cuando este alude al apelante único.

*“Sea pertinente dejar en claro que si bien, apeló también la parte civil, la censura contra el proveído cobija una materia diferente, y en la institución de la prohibición de la reforma en peor, la condición de único apelante no hace referencia a la singularidad de la apelación de la parte condenada y que puede estar integrada por varios sujetos, sino a la singularidad del interés de ésta última. Ello significa que, debe atender el Juzgador un criterio material y no formal con base en el artículo 31 superior, esto es, que la interpretación a realizar deviene de la materia y no del número de recurrentes. Recordemos que la Corte señaló al respecto en sentencia T-503 de 2.003 que “es claro entonces que la calidad de apelante único a que se refiere el art. 31 de la Carta Política de 1991 hace referencia al interés que se tiene para recurrir o a la naturaleza de las pretensiones y no a la cantidad de apelantes, sean ellos los condenados u otros sujetos del proceso”5*

*De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial aludido, emerge diáfano que para el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, los términos de la impugnación ordinaria, se hallan conformes con el concepto de apelante único, pues a pesar de que fueron dos los sujetos procesales recurrentes, es el tema con el que cada uno manifestó su inconformidad, el que determina la limitante que debe respetar el fallador de segundo grado, es decir, frente a aspectos que no fueron objetados por los recurrentes, el ad quem no puede pronunciarse para hacerles más gravosa su situación. (CSJ SP 20 Nov 2013, rad, 39834. Subrayados y resaltados de la Sala)*

6.9 Por lo anteriormente enunciado, esta Sala debería limitarse a emitir un pronunciamiento en lo relativo a la negativa de la concesión del subrogado de ejecución condicional de la pena.

6.10 Sin embargo se debe señalar que antes de adoptarse la presente decisión, el despacho de primera instancia, mediante decisión del 31 de agosto de 2011 le concedió la libertad por pena cumplida al acusado (folio 31 a 33), la cual se materializó a través de la boleta de libertad Nro. 152 del esa misma fecha (folio 34).

Al respecto se debe establecer que el expediente arribó al despacho del Magistrado Ponente el 23 de agosto de 2011, y de conformidad con lo información suministrada por el despacho de conocimiento a través del oficio Nro. 1.497 del 5 de septiembre de 2011 (folio 32), el señor Óscar Alberto Vélez Ramírez cumplió la sanción que le había sido impuesta por parte del juzgado fallador una semana después de que la causa ingresara a esta Colegiatura para desatar el recurso de apelación.

6.11 En esas condiciones, con base en el principio de limitación de la segunda instancia y retomando lo expuesto sobre la aplicación del principio de no reformatio in pejus, se advierte que en este caso el eventual pronunciamiento que pudiera hacerse en sede de segunda instancia, no tendría ningún efecto frente a la impugnación del fallo al haberse cumplido la pena impuesta al procesado, por lo cual la Sala se abstendrá de decidir el recurso propuesto, ya que su decisión no tendría ninguna injerencia sobre la negación del subrogado mencionado, en virtud de la situación antes referida.

6.12 Por lo anterior, se ordena la devolución de las presentes diligencias al Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira para los fines pertinentes.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de dar trámite al recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira, por parte del defensor del señor Óscar Alberto Vélez Ramírez de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DEVOLVER las presentes diligencias al juzgado de conocimiento para los fines pertinentes

TERCERO: La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella procede recurso de reposición.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Registro de audiencia audiencias preliminares H:00:06:40 (07/12/10). [↑](#footnote-ref-1)
2. Registro de audiencia audiencias preliminares H:00:18:04 (07/12/10). [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver consideraciones del fallo folios 26 a 27) [↑](#footnote-ref-3)