

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Aprobado mediante acta # 026 del 19 de enero de 2017. H: 2:00 p.m.

Pereira, veinte (20) de enero de dos mil diecisiete (2017)
Hora: 10:11 a.m.

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto y sustentado por la Defensa de los Procesados **BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES** en contra de la sentencia proferida en las calendas del quince (15) de Abril del 2015 por el Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal de los aludidos procesados por incurrir en la comisión del reato de tentativa de hurto calificado agravado.

ANTECEDENTES:

Los hechos que concitan la atención de la Judicatura tuvieron ocurrencia en el municipio de Dosquebradas a eso de las 20:00 horas del 14 de Diciembre del 2014, cuando a la entrada del

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

barrio "*Villas del Campo*" se encontraba la Sra. SANDRA LILIANA GUAPACHA GALLEGO, al parecer esperando un bus del servicio urbano, quien sorpresivamente fue abordada por dos sujetos, los cuales mediante el empleo de un arma blanca la intimidaron para así despojarla de un bolso que llevaba consigo.

Después de perpetrar sus fechorías, los apaches se dieron a la huida, durante la cual fueron perseguidos por la agraviada. A dicha la persecución se unió una patrulla motorizada de la Policía Nacional que providencialmente transitaba por dicho sector, cuyos miembros, por indicaciones de la víctima, lograron la captura de los ladrones, quienes fueron encontrados ocultos en un cafetal.

Los asaltantes fueron identificados como BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, quienes le expoliaron a la Sra. SANDRA LILIANA GUAPACHA GALLEGO un bolso en cuyo interior contenía: \$30.000 pesos, un teléfono celular, tres anillos de oro y tres anillos de plata, que fueron valuados por la víctima en la suma de \$300.000.

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

- 1) Las audiencias Preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas el día 15 de diciembre del 2014, en la cual después de legalizarse la captura de los entonces indiciados BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, a quienes se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de Tentativa de Hurto Calificado y Agravado, los cuales fueron aceptados por los Procesados, se les definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria.
- 2) Posteriormente el 9 de marzo del 2015 la Fiscalía deprecó la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

Procesado BRAYAN STIVENS OSPINA, en atención a que como consecuencia de información suministrada por la Dirección del INPEC, se pudo establecer que el aludido procesado se había evadido del domicilio que escogió como su sitio de reclusión.

3) Ante el allanamiento unilateral a cargos por parte de los Procesados, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, ante el cual el día 13 de marzo del 2015 se surtió la audiencia de verificación del allanamiento a cargos e individualización de penas. Posteriormente el fallo fue dictado el 15 de abril del 2015, en contra del cual se alzó la Defensa.

EL FALLO CONFUTADO:

Se trata de la sentencia condenatoria proferida el 15 de Abril del 2015 por el Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal de los Procesados VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES y BRAYAN STIVENS OSPINA, por incurrir en la comisión del reato de tentativa de hurto calificado agravado.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, los aludidos procesados respectivamente fueron condenados a una pena de 63 meses de prisión y de 31 meses y 15 días de prisión. De igual forma en el fallo confutado a los procesados de marras se les negó el derecho de hacerse acreedores de subrogados y sustitutos penales.

Los argumentos expuestos por la Jueza *A quo* para poder proferir la correspondiente sentencia condenatoria, se fundamentaron en el allanamiento a cargos por parte de los procesados, aunado a los demás elementos de juicio aducidos por la Fiscalía, con los cuales se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. relacionados con el compromiso penal que le asistía a los

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

Procesados por haber incurrido en la comisión del delito de tentativa de hurto calificado agravado.

En lo que tiene que ver con la dosificación de las penas, la Jueza de primer nivel le reconoció al Procesado BRAYAN STIVENS OSPINA las atemperantes punitivas del artículo 268 C.P. debido a que el valor de los bienes hurtados no superaba un salario mínimo mensual vigente. Lo cual no aconteció con el también Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, el cual presentaba antecedentes penales vigentes en su contra. Tal situación implicó que el ámbito de punibilidad relacionado con el Procesado BRAYAN STIVENS OSPINA oscilará entre 36 a 69 meses de prisión, mientras que respecto del también procesado GUTIÉRREZ TABARES dicho ámbito fluctuaría entre 72 a 252 meses de prisión.

Al momento de individualizar la pena, la *A quo* decidió partir de los límites inferiores del primer cuarto de movilidad, o sea de 36 y 72 meses, a los cuales se les aplicó el descuento punitivo del 12.5% por presentarse el fenómeno del allanamiento a cargos, lo cual arrojó las siguientes penas: 63 meses de prisión para el procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES y 31 meses y 15 días de prisión para el procesado BRAYAN STIVENS OSPINA.

LA ALZADA:

La tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, gira en establecer que con las penas impuestas en el fallo confutado al Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, se le conculcaron los derechos y garantías fundamentales que le asisten a la igualdad y al debido proceso.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente esgrimió los siguientes argumentos como sustentación de la alzada:

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

- En la audiencia de individualización de penas se desdibujó unos de los principios fundamentales que rigen al sistema penal acusatorio como lo es el principio de la oralidad al dársele al proceso un trámite escritural en todo aquello que tiene que ver con los documentos aportados por la Fiscalía, con los cuales pretendía acreditar la existencia de los antecedentes penales habidos en contra del procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES.
- La Fiscalía no cumplió con la carga que le asistía de demostrar en debida forma la existencia de antecedentes penales en contra del procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, ya que los documentos exhibidos con tal fin por parte del Ente Acusador en momento alguno podían ser considerados como válidas copias de una sentencia condenatoria, las cuales son las únicas que tienen las connotaciones necesarias para ser consideradas como antecedentes penales.
- Durante el término del traslado de la audiencia de individualización de penas, en ningún momento la Fiscalía hizo alusión de la existencia de antecedentes penales habidos en contra del Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ, los cuales nunca le fueron puestos de presente a la Defensa.
- La Fiscalía no cumplió con la obligación de identificar en debida forma al Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ, ya que en sentir del apelante la plena identidad de una persona no se prueba con la fotocopia de una cédula de ciudadanía ni con un pantallazo de la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, aunado a que nunca se le puso de presente ningún tipo de peritaje que demostrara la identificación del acusado, tales como la carta dental, el perfil genético presente en el ADN el peritaje, o el dactiloscópico.

Con base en dichos argumentos el apelante solicitó que se revoque la decisión que se tomó respecto del Procesado VÍCTOR

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, por lo que no se deben tener como válidos los antecedente penales reseñados en su contra, para que de esa forma al aludido encartado se le imponga una pena igual a la impuesta al también Procesado BRAYAN STIVENS OSPINA.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida de primera instancia por un Juzgado Penal Municipal que integra este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

- Problema Jurídico:

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del apelante, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se incurrió en el fallo confutado en una violación del debido proceso como consecuencia del reconocimiento de antecedentes penales habidos en contra del Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, que incidieron para que en su favor no se le reconocieran las atemperantes punitivas consagradas en el artículo 268 C.P.?

- Solución:

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

Como quiera que la supuesta vulneración del principio de la oralidad es uno de los pilares en los cuales se cimenta la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, puesto que en sentir del apelante dicho principio fue desdibujado en el proceso como consecuencia del trámite escritural que se le dio durante la audiencia de individualización de penas a los documentos aducidos por la Fiscalía con la finalidad de acreditar la existencia de los antecedentes penales habidos en contra del Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, sea lo primero decir para absolver la inconformidad formulada por el recurrente, que en efecto tal como nos lo enseña el # 4º del artículo 250 de la Carta en consonancia con el artículo 9º C.P.P. se tiene que la Oralidad es uno de los principios rectores del sistema penal acusatorio, pero es de anotar, como al parecer lo entiende el apelante, que tal principio en momento alguno es absoluto, ya que de un simple y mero análisis de las disposiciones consagradas en el actual código de procedimiento penal, existen una serie de actuaciones que se deben llevar a cabo de manera escritural como acontece con el escrito de acusación, la sustentación de la alzada, la presentación del libelo de casación o la impetración de la acción de revisión; lo cual nos quiere decir que la vulneración de tal principio en momento alguno *per se* conllevaría a la nulidad de la actuación, puesto que para que ello ocurra, acorde con los postulados del principio de la transcendencia, se requiere como *plus* adicional el consistente en que la vulneración del principio de la oralidad haya sido de tal gravedad que conlleve hacia un socavamiento de las bases estructurales del debido proceso o el protervo conculcamiento de los derechos y garantías fundamentales de las partes y demás intervinientes.

Es más si analizamos el radio de acción del principio de la oralidad, tenemos que acorde con lo reglado en los artículos 9º y 145 C.P.P. se desprende que la oralidad solo está circunscrita al trámite procesal que se le debe dar a la actuación, la cual se llevará a cabo mediante el sistema de audiencias en las que las

2/8

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

partes y demás intervinientes de manera verbal le harán saber a la Judicatura sus pretensiones y demás aspiraciones procesales.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, tenemos que contrario a los reparos formulados por el apelante, la audiencia de individualización de penas celebrada el día 13 de marzo del 2015 fue respetuosa de los postulados del aludido principio de la oralidad, ya que en el trámite procesal dado a esa vista pública las partes e intervinientes de manera verbal le expresaron sus pretensiones a la Jueza Cognoscente, tanto es así que en lo que atañe con las pruebas aducidas por la Fiscalía para acreditar la individualización del procesado, sus antecedentes penales y demás circunstancias personales, el Fiscal Delegado fue explícito en hacer una clara enunciación de cada uno de esos medios de conocimiento, los cuales fueron válidamente introducidos al proceso acorde con la normativa que regula la aducción de las pruebas documentales en el juicio oral, la cual por obra y gracia del principio de la integración por vía de remisión es aplicable a la audiencia de individualización de penas.

Por lo tanto, como corolario de lo antes expuesto, la Sala es de la opinión que en el presente asunto no se presentó ningún tipo de vulneración del Principio de la Oralidad, como de manera equivocada lo arguye el apelante.

De igual forma de los argumentos esgrimidos por el recurrente, se desprende como otro tópico de inconformidad la consistente en que en la audiencia de individualización de penas en momento alguno el Ente Acusador hizo alusión de la existencia de antecedentes penales existentes en contra del Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ, los que nunca le fueron puestos de presente a la Defensa. Lo cual en principio es cierto, porque en efecto de lo acontecido en la audiencia de individualización de penas se tiene que el Fiscal Delegado incurrió en un yerro en el que hizo aparecer al Procesado BRAYAN STIVENS OSPINA como si fuera la persona que detentara antecedentes penales, cuando

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

la realidad procesal demostraba que quien en verdad tenía antecedentes penales era el también procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, como bien se desprende de los documentos aducidos por la Fiscalía en esa vista pública y de todo lo que en términos similares había expuesto el Ente Acusador en las audiencias preliminares celebradas ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas en las calendas del 15 de diciembre del 2014, en las cuales se dijo que el Procesado de marras tenía antecedentes penales vigentes.

Es de anotar que tal yerro fue subsanado por la Jueza de primer nivel, puesto que en el fallo opugnado se esclareció que el procesado que en verdad presentaba antecedentes penales era VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES y no BRAYAN STIVENS OSPINA, como de manera errada lo expuso la Fiscalía.

Por lo tanto si se está en presencia de un error involuntario en el que incurrió la Fiscalía, el cual atinadamente fue rectificado por la *A quo*, aunado a que las pruebas habidas en la actuación desde un principio demostraban que el Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES era quien tenía antecedentes penales, no entiende la Colegiatura el por qué el apelante formula un reclamo que es absolutamente contrario a la realidad procesal, con el que al parecer pretende sacar provecho de una involuntaria confusión en la que incurrió la Fiscalía respecto de la identidad del procesado que tenía en su contra antecedentes penales.

Otro de los temas objeto de la discrepancia propuesta por el apelante, radica en proponer la tesis consistente en que la Fiscalía con las pruebas documentales aducidas en la audiencia de individualización de penas no logró demostrar en debida forma la existencia de los antecedentes penales habidos en contra del Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, porque en sentir del recurrente tal condición o calidad solo es posible acreditarla con las copias de las respectivas sentencias condenatorias, lo cual para la Sala es desacertado en atención a

PN

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

que se desconocerían los postulados que orientan el principio de la libertad probatoria consagrado en el artículo 373 C.P.P. en virtud del cual, según la Corte:

"Se entiende suficientemente sabido, es que en nuestro sistema probatorio penal, desde hace bastante tiempo, impera el principio de libertad probatoria, por contraposición al ya desueto de tarifa legal, en razón de lo cual al conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes, se puede llegar por cualquier vía probatoria legal....."¹.

Lo antes expuesto nos indicaría que la acreditación de la existencia de antecedentes penales no estaría circunscrita de manera única y exclusiva a las copias de la sentencia condenatoria, como de manera errada lo alega el apelante, ya que los mismos válidamente pueden ser demostrados con cualquier otro medio probatorio idóneo, como bien aconteció en el caso en estudio con la certificación expedida el 15 de diciembre de 2.014 por la Dirección de investigación criminal e *INTERPOL* de la Policía Nacional, aducida a la actuación por la Fiscalía, en la cual da cuenta que el Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, mediante sentencia adiada el 24 de mayo de 2.012, había sido condenado por el Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira a la pena de 19 meses y 24 días de prisión por incurrir en la comisión del delito de hurto calificado agravado.

Finalmente, en lo que corresponde con los reproches que el recurrente formuló en contra del fallo opugnado, porque en su opinión supuestamente la Fiscalía no logró demostrar de manera idónea la plena identidad del Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES, para la Sala tales reparos se caen por su propio peso con una simple revisión de la actuación procesal, de la cual al parecer el apelante no tuvo la delicadeza de dignarse en llevar a cabo, ya que desde un principio la Fiscalía exhibió y

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 11 de mayo de 2.011. Rad. # 35080. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 66170600066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

adujo al proceso las correspondientes copias de la tarjeta decadactilar y demás documentos afines habidos en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, con los cuales se acreditaba la plena identidad del aludido Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES.

En resumidas cuentas, concluye la Sala que no le asiste la razón los reproches y demás reclamos formulados por el apelante porque la *A quo* procedió de manera atinada en consonancia con los postulados que orientan el Debido Proceso, en especial del principio de la oralidad, aunado a que la Fiscalía acreditó válidamente que en contra del Procesado VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES existían antecedentes penales vigentes, los cuales conspiraban de manera negativa para que se hiciera acreedor de los descuentos punitivos reglamentados en el artículo 268 C.P.

Ante tal situación, a la Sala no le queda otra diferente que de la de confirmar el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de apelación.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de Abril del 2015 por el Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal de los Procesados **VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES y BRAYAN STIVENS OSPINA**, por incurrir en la comisión del reato de tentativa de hurto calificado agravado.

AX

Procesados: BRAYAN STIVENS OSPINA y VÍCTOR ALFONSO GUTIÉRREZ TABARES
Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado
Rad. # 661706000066201402339-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma fallo confutado

SEGUNDO: Declarar que en contra del fallo de segunda instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado



JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado



JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado