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.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 9 de febrero de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 660016000035-2011-000897

Procesado: JUAN DAVID GARZON MORENO

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO / ALLANAMIENTO A CARGOS / RETRACTACIÓN PARCIAL ES IMPROCEDENTE /** Por lo tanto se considera que en aplicación del principio de necesidad de prueba se debe atender al valor fijado por la víctima que hizo parte de la imputación fáctica aceptada por el procesado, por lo cual no resulta procedente esa especie de retractación parcial planteada por la defensa a efectos de procurar una aminoración de la pena, con base en su particular criterio sobre el valor de los bienes hurtados, ya que se entiende que el componente fáctico de la imputación debe permanecer inalterable y que cuando existe allanamiento a cargos, ni el procesado o su defensor pueden discutir lo relativo a la ocurrencia de los hechos, la tipicidad de la conducta o la autoría atribuida al procesado, como se dijo en CSJ SP del 1 de octubre de 2014, radicado 42452…

(…)

Precisamente esa relación “clara y sucinta” de los hechos que motivaban la formulación de imputación contra el procesado, corresponde al relato que hizo el delegado de la FGN en la audiencia preliminar, que incluyó el valor del objeto material del delito, situación que fue aceptada por el señor JVGM, por lo cual no resulta de recibo la pretensión de controvertir el factum de la comunicación de cargos, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 293 del CPP, determinaba que esta se transmutara en acusación, y en razón a ello no es posible sustraerse a sus efectos.

**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. 127 del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 09:13 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 660016000035201100897 |
| Procesado | Juan David Garzón Moreno |
| Delito | Hurto calificado y agravado |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el siete (7) de marzo de dos mil trece (2013). |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Juan David Garzón Moreno, la sentencia emitida el siete (7) de marzo de dos mil trece (2013) del Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento, por medio de la cual se le condenó a la pena principal de noventa (90) meses de prisión, como responsable de la conducta de hurto calificado agravado.

**2. ANTECEDENTES**

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

*“El 22 de febrero de 2011 siendo aproximadamente las 14:50 horas en el sector de la avenida Juan B Gutiérrez frente al No. 16 B 63, se informó por la ciudadanía sobre el hurto a una persona de sexo femenino, al parecer utilizando arma de fuego, despojándolo de un bolso, al no encontrar el celular, se devuelve nuevamente el agresor y la intimida nuevamente despojándola de su celular, procediendo a huir en un taxi identificado con el lateral, B480 de placas WHN 552, siendo interceptado por la policía cuadras más adelante en la Carrera 13, calle 16 esquina, frente al establecimiento “Sándwich Cubano”, donde se retiene al conductor del taxi, y se encuentra una prenda de vestir camisa, que portaba el otro sujeto que huyó. Enterándose al capturado sus derechos.*

*En posterior entrevista la víctima María Carolina Berrio Castro indicó que una persona de 30 a 35 años, con intimidación verbal y bajo amenaza de muerte y exhibiéndole arma de fuego la despojó de su bolso, que este individuo se alejó y al observar que no le entregó el celular nuevamente la agrede verbalmente y la amenaza con el arma requiriéndole el celular, ella lo arrojó al suelo y se lanza a la calle, arriesgando ser atropellada por los vehículos, y en un restaurante solicitó ayuda informando lo sucedido. Avaluó lo hurtado en la suma de $970.000 (…)”.*

2.2 El 23 de febrero de 2011, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías, llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura y de formulación de imputación. En aquella oportunidad el delegado de la FGN le comunicó cargos al señor Garzón Moreno por los delitos de hurto calificado por la violencia sobre las personas (artículo 240, inciso 2º), con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 240 -10 *ibídem.* El implicado aceptó los cargos formulados por la FGN.

2.3 El Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa[[2]](#footnote-2). La audiencia de lectura de fallo se realizó el 07 de marzo de 2013[[3]](#footnote-3).

2.4 La defensora del procesado, apeló el fallo de primera instancia.[[4]](#footnote-4)

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de Juan David Garzón Moreno, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.088.274.578, nacido el 11 de diciembre de 1989 en Pereira, Risaralda, es hijo de Gloria Amparo y Heriberto, de ocupación taxista.

**4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.**

Los fundamentos del fallo de primera instancia se pueden sintetizar así[[5]](#footnote-5):

* Fuera de la aceptación de cargos que hizo el incriminado, los EMP referidos por la FGN evidenciaron que la acción desplegada encuadraba en el tipo penal de hurto calificado y agravado. También quedó probada la aprehensión en flagrancia del señor Garzón Moreno quien actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su comportamiento y sin que existiera ninguna causal de justificación de su acto, fuera de que aceptó cargos como responsable del hecho.
* Respecto a la dosificación de la pena, el *A quo* fijó un ámbito punitivo de movilidad en 144 a 336 meses de prisión, teniendo en cuenta que el valor del objeto material del delito excedió de un SMLMV, por lo cual no era posible dar aplicación al artículo 268 del C.P. En consecuencia partió del cuarto mínimo 144 a 192 meses de prisión y fija la pena en el primer rubro señalado, esto es 144 meses de prisión.
* Teniendo en cuenta el allanamiento a cargos del acusado, se le otorgó un descuento del 37.5% de la pena, siguiendo el criterio predominante para esa fecha que tenía esta Colegiatura. En consecuencia, la sanción corporal se fijó en noventa (90) meses de prisión e inhabilitación por igual término para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se denegaron los subrogados penales al procesado.
* La sentencia fue recurrida por la defensa.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

**5.1 DEFENSORA (Recurrente)**

* La defensa del señor Juan David Garzón Moreno presentó recurso de apelación que en síntesis contiene lo siguiente:[[6]](#footnote-6)
* En este caso se debió aplicar el artículo 268 del CP.[[7]](#footnote-7) ya que si bien las víctimas conservan su derecho a la reparación, en este caso se le dio un valor *“exagerado y caprichoso”* a los elementos hurtados.
* Esta situación vulnera los derechos al debido proceso y la defensa del procesado, quien tiene suficiente con la pena que debe descontar, para que además se le nieguen beneficios con base en el simple dicho de las víctimas, que deben estar obligadas a probar el valor de los objetos sustraídos con argumentos lógicos, creíbles y demostrables.
* Respecto al valor de los elementos hurtados se tiene lo siguiente: i) es posible que las gafas valgan $120.000; ii) pese a que la afectada expuso que en su billetera llevaba $140.000, se trata de una suma considerable para ser portada, lo que permite concluir que la víctima tiene una buena posición económica teniendo en cuenta que es diseñadora gráfica y publicista, lo que indica que no le se ocasionó ningún daño grave atendiendo su situación económica; iii) la afectada no indicó que clase de llaves pueden tener un valor de $40.000 y iv) finalmente pese a que la perjudicada dijo que el teléfono celular BlackBerry Curve blanco que le fue hurtado valía $650.000, de una *“consulta desprevenida”* en internet “Mercado Libre”, se desprende que un equipo de esas características usado, oscila entre los $149.000 y $270.000; y uno nuevo vale $299.000 de lo cual se puede decir que $210.000 es el valor promedio del celular sustraído.
* En consecuencia el valor de los bienes relacionados ascendería a $511.000, lo que no supera el valor de un (1) SMLMV para la fecha de los hechos, por lo cual se debe aplicar al procesado la rebaja de que trata el artículo 268 del CP teniendo en cuenta que no tiene antecedentes penales.
* En consecuencia solicitó que se revocara la sentencia de primer grado, en lo que tiene que ver con la tasación de la pena y conceder la rebaja solicitada.

**6. CONSIDERACIONES**

**6.1. Competencia:**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2. En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la discusión planteada por el recurrente respecto a la no aplicación del artículo 268 del CP al momento de tasar la pena.

6.3 En el caso *sub examen,* se debe tener en cuenta que se aportó la denuncia presentada por la señora María Carolina Berrío Castro, del 22 de febrero del año 2011, donde expuso que una persona que usaba un arma de fuego la había amenazado, y procedió a despojarla inicialmente de su bolso y luego de su teléfono celular y que despues huyó en un taxi conducido por el procesado. La afectada estimó el valor de los bienes hurtados, que incluyeron $140.000, su cédula, una agenda de trabajo, una cosmetiquera, sus gafas ($ 120.000), las llaves del local de una empresa ($40.000) y su celular ($650.000), para un total de $ 970.000.

6.4 Ahora bien, debe quedar en claro que la aceptación de cargos efectuada por el procesado en la audiencia preliminar que se celebró el 23 de febrero de 2011, versó sobre el componente fáctico y jurídico de la imputación donde el delegado de la FGN hizo una narrativa de los hechos, y señaló que anexaba como evidencia a disposición de la defensa la entrevista rendida por la víctima, donde avaluó los bienes hurtados en la suma de $970.000[[8]](#footnote-8), sin que el representante del acusado formulara algún reparo. El delegado de la FGN hizo referencia a la misma suma al formularle la imputación al señor Garzón Moreno, como coautor de la conducta de hurto calificado y agravado, la cual fue aceptada por el incriminado. [[9]](#footnote-9)

6.5 La defensora del señor Garzón Moreno manifestó su disconformidad, con el fallo por considerar que debió darse aplicación al artículo 268 del CP[[10]](#footnote-10) que permitiría la rebaja de pena prevista en esa norma, para lo cual adujo que la víctima le había dado un valor exagerado a los bienes que le fueron hurtados, cuyo valor no excedía de $511.000 según su criterio, lo que no superaba un SMLMV vigente para la fecha de los hechos, fuera de que su representado no tenía antecedentes penales, por lo cual se le debía otorgar esa rebaja punitiva.

**6.6 Solución al caso concreto.**

6.6.1 El artículo 268 del C.P. establece tres requisitos para su aplicación: i) Que el valor del objeto material del delito no supere un (1) SMLMV para la fecha de los hechos; ii) la ausencia de antecedentes penales por parte del justiciable; y iii) que no se haya ocasionado grave daño a la víctima atendida su situación económica.

6.6.2 Respecto del primer requisito de que habla esa norma la defensa alega que el valor de los elementos hurtados, no superó la suma de $536.000, que era el valor del SMLMV en Colombia para el año 2011.

7.6.3 Sin embargo debe reiterarse que al escuchar el registro de la audiencia preliminar celebrada el 23 de febrero de 2011 se tiene que el delegado de la FGN procedió a describir y avaluar los bienes hurtados a la víctima, que fueron estimados por esta en su entrevista en la suma de $970.000, lo que superaba el SMLMV vigente para la fecha de comisión del hecho, lo cual no fue objetado por el abogado que representaba al señor Garzón, quien seguidamente se allanó a los cargos, lo que implicaba su anuencia tanto con la parte fáctica, como con la parte jurídica de la imputación.

6.6.4 En ese sentido hay que agregar que en el expediente obra constancia de que el 19 de agosto de 2011, en la audiencia de IPS, el defensor solicitó que se aplazara la lectura del fallo, ya que el acusado estaba interesado en indemnizar a la víctima y pidió que se tasaran los perjuicios a través de un perito, frente a lo cual se le explico que lo procedente era que se pusiera en contacto con la víctima para el efecto, decisión que no fue controvertida por el representante del acusado[[11]](#footnote-11), quien solicitó un nuevo aplazamiento para el efecto el 21 de octubre del mismo año.[[12]](#footnote-12)

6.6.5 Sin embargo, lo que se avizora es que el interés de la defensa no era el de controvertir el valor del objeto material del delito, sino el de procurar la aplicación del artículo 269 del CP, para lo cual pidió el aplazamiento de esas audiencias, lo que lleva a inferir su conformidad con el estimativo mencionado en el *factum* de la imputación.

6.6.6 Por lo tanto se considera que en aplicación del principio de necesidad de prueba se debe atender al valor fijado por la víctima que hizo parte de la imputación fáctica aceptada por el procesado, por lo cual no resulta procedente esa especie de retractación parcial planteada por la defensa a efectos de procurar una aminoración de la pena, con base en su particular criterio sobre el valor de los bienes hurtados, ya que se entiende que el componente fáctico de la imputación debe permanecer inalterable y que cuando existe allanamiento a cargos, ni el procesado o su defensor pueden discutir lo relativo a la ocurrencia de los hechos, la tipicidad de la conducta o la autoría atribuida al procesado, como se dijo en CSJ SP del 1 de octubre de 2014, radicado 42452 así

“(...)

*La audiencia de imputación, con la cual se abre el proceso a través de la comunicación que el fiscal hace al indiciado de la investigación que se le adelanta por una determinada conducta punible, tiene una connotación procesal innegable dentro del principio antecedente consecuente, pues, sin ella no es posible, en primer lugar, hablar del inicio formalizado del proceso, y en segundo término, viabilizar la posibilidad de formular acusación al imputado, si se trata de la vía ordinaria, o permitir la terminación extraordinaria por el camino del allanamiento a cargos o los acuerdos entre las partes.*

*Respecto del componente fáctico, la Corte ha sostenido que debe permanecer inalterable en los actos de imputación, escrito de acusación, formulación de esta y alegatos finales al culminar el debate oral, por tanto, el funcionario fiscal debe sujetarse a las previsiones del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, concretamente al cumplimiento del numeral 2º: «efectuar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible...”*

6.6.7 Precisamente esa relación “*clara y sucinta*” de los hechos que motivaban la formulación de imputación contra el procesado, corresponde al relato que hizo el delegado de la FGN en la audiencia preliminar, que incluyó el valor del objeto material del delito, situación que fue aceptada por el señor Garzón Moreno, por lo cual no resulta de recibo la pretensión de controvertir el *factum* de la comunicación de cargos, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 293 del CPP, determinaba que esta se transmutara en acusación, y en razón a ello no es posible sustraerse a sus efectos, cuestionando un medio probatorio como la entrevista rendida por la víctima del hurto con base en la cual el delegado de la FGN formuló la imputación jurídica en varios aspectos que incluían el monto de los bienes sustraídos, situación que no puede ser controvertida ya que fue aceptada expresamente por el recurrente.

6.6.8 Adicionalmente hay que manifestar que por causa de la terminación temprana del proceso, en virtud del allanamiento a cargos del acusado, no se estableció nada sobre la solvencia económica de la víctima, lo que impide analizar si por causa del hurto sufrió o no un daño grave, en los términos del artículo 268 del Código Penal y no se puede inferir que quien porta la cantidad de $140.000 en efectivo tiene una buena posición económica, para efectos de aminorar la consecuencia jurídica de la conducta atribuida al procesado.

6.6.9 En consecuencia la Sala estima que en el caso en estudio no concurrían los requisitos del artículo 268 del C.P., para modificar el *plus* punitivo del fallo de primera instancia, por lo cual se confirmará la decisión recurrida.

En razón a lo expuesto, 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 la sentencia proferida por el juez tercero penal municipal de Pereira el 07 de marzo de 2013 mediante la cual se declaró la responsabilidad penal de Juan David Garzón Moreno, frente al delito de hurto calificado y agravado, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: 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. FL. 1-3 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 6 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 51 a 58 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 61 a 63 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 51-58 [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls 61-63 [↑](#footnote-ref-6)
7. ***Artículo******268.****Circunstancia de atenuación punitiva. Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 20 [↑](#footnote-ref-8)
9. Audiencia preliminar 23 febrero de 2011 . A partir de H. 00.22.50 [↑](#footnote-ref-9)
10. ***Artículo******268.****Circunstancia de atenuación punitiva. Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 34 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 37 [↑](#footnote-ref-12)