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: NULIDAD / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO / NO SE INFORMÓ AL JUEZ, PREVIAMENTE A QUE SE DICTARA SENTENCIA, SOBRE LA INDEMNIZACIÓN EFECTUADA A LAS VÍCTIMAS, LO QUE LO PRIVÓ DE LA REDUCCIÓN PUNITIVA DEL ARTÍCULO 269 DEL CÓDIGO PENAL.**

De la información suministrada por el apoderado contractual del señor MDVM se desprende que al parecer desde julio 3 de 2018, esto es, con antelación a que hubiera sido proferido el fallo condenatorio en el presente asunto -agosto 31 de 2018-, se le había hecho entrega de la suma de $1’000.000.oo a la defensora pública que había asistido al procesado y cuya finalidad era efectuar la indemnización de los perjuicios ocasionados a las víctimas…, con miras a lograr la reducción punitiva a la que alude el canon 269 C.P. (…)

… tal circunstancia conlleva predicar que a la Defensora Pública sí le habían sido entregados con la debida antelación los dineros para efectos de reparar a las víctimas, sin que la misma haya obrado al parecer de manera diligente, en tanto solo informó de tal situación con posterioridad a la emisión del fallo condenatorio, y más concretamente al momento de interponer recurso de apelación, sin entenderse por qué motivo guardó silencio sobre ese particular durante el traslado de la audiencia consagrada en el canon 447 C.P.P., habida cuenta que conforme lo señala el artículo 269 C.P. las rebajas a las que tendría derecho el procesado por tal fenómeno pos-delictual, solo proceden si la mencionada indemnización se realiza antes de dictarse sentencia de primer nivel.

… a la hora de ahora, a raíz de la circunstancia advertida, se aprecia que con motivo de esa omisión -la cual no le puede ser endilgada al procesado, amén de encontrarse privado de la libertad-, se le pretermitió la posibilidad de obtener la rebaja que contempla el canon 269 C.P., pese a que por intermedio de su familia había entregado con la debida antelación a la letrada los dineros pedidos para la reparación de perjuicios a las víctimas…

Bajo esos parámetros, en criterio de la magistratura se incurrió en la vulneración de los derechos que le asisten al acusado MDVM, por cuanto quien lo asistió jurídicamente en ese momento omitió informar al a quo sobre la indemnización de perjuicios, o por lo menos que contaba con el dinero para proceder en tal sentido, con miras a que este se beneficiara con el descuento de ley, pero al no haberse obrado en tal sentido, ello implicó la vulneración del debido proceso el cual deberá ser restablecido, y ante tan particulares circunstancias, no le queda otra alternativa al Tribunal que disponer la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de individualización de pena y sentencia…

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 400

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Mayo 02 de 2019. 9.39 a.m. |
| Acusado:  | MDVM |
| Cédula de ciudadanía: | 1.088.017.269 expedida en Dosquebradas (Rda.). |
| Delito: | Hurto calificado y agravado |
| Víctima: | José Fernando Gómez Cardona, Ana Yhoredy Marín Henao y Erika Arango Castañeda |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.)  |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio fechado agosto 31 de 2018. DECRETA NULIDAD |

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.- De conformidad con el escrito acusatorio, los hechos tuvieron ocurrencia en mayo 08 de 2018 siendo las 21:40, cuando dos individuos abordaron una buseta de servicio público e intimidaron con arma blanca y de fuego a sus pasajeros, a los cuales despojaron de sus pertenencias, para luego descender del automotor y emprender la huida, siendo seguidos por una de las víctimas quien informó su ubicación a la policía, y una vez los mismos hicieron presencia en el barrio La Pradera, observaron a la comunidad exaltada cuando agredían al señor SCB -el coimplicado-, por lo cual fue privado de su libertad y conducido a las instalaciones policiales, para posteriormente ser dejado a órdenes de la autoridad judicial ante la cual se le formularon los cargos respectivos. Posteriormente se dio la captura por orden judicial de MDVM.

1.2.- En efecto, adelantado el programa metodológico y lograda la identificación del coprocesado MDVM, la Fiscalía solicitó se expidiera orden de captura en su contra, la que una vez ejecutada conllevó a que la Fiscalía 50 Local de Dosquebradas (Rda.) solicitara la realización de las audiencias preliminares (junio 20 de 2018), las cuales correspondieron al Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Rda.), en las que: (i) se hizo control de legalidad al allanamiento y registro; (ii) se declaró legal la captura; (iii) conforme lo reglado en la Ley 1826/17, se corroboró que la Fiscalía hubiera efectuado el traslado del escrito de acusación por medio del cual le formuló cargos en calidad de coautor y título de dolo, por el ilícito de hurto calificado con circunstancias de agravación -arts. 239 inc. 2°, 240 inc. 2° y 241 num. 10 C.P.- los que ACEPTÓ de manera libre, voluntaria y consciente y asistido por su defensora, dejándose constancia de ello; y (iv) se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- Allegada la actuación al Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.), la a quo por auto de julio 16 de 2018 se declaró impedida para conocer de la actuación, y dispuso remitir el expediente a sus homólogos en esta capital, siendo asignado al Juzgado Segundo Penal Municipal con función de conocimiento, donde se realizaron en agosto 31 de 2018 las audiencias de verificación de allanamiento a cargos e individualización de pena y sentencia, habiéndose emitido en esa misma oportunidad la sentencia de condena por medio de la cual: (i) se declaró responsable a MDVM por el delito de hurto calificado con circunstancias de agravación en concurso homogéneo; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad equivalente a 86 meses e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1.4.- Inconforme con esa determinación, tanto la defensora pública que asistió al señor MDVM en el curso de la actuación, como el abogado JUAN CAMILO CARDONA CHICA, a quien le fue otorgado poder por el procesado, con posterioridad a la emisión del fallo sustentaron por escrito y dentro del término de ley, recurso de apelación.

2.- Debate

**2.1.-** Defensor contractual -recurrente*-*

Pide se revoque el fallo adoptado y se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de individualización de pena y sentencia, lo cual sustenta en lo siguiente:

El señor **MDVM**, por intermedio de su progenitora y con miras a obtener los beneficios punitivos por indemnización de perjuicios, le hizo entrega en julio 03 de 2018 a la defensora pública la suma de $1’000.000.oo, pero al dársele lectura al fallo en agosto 31 de 2018 se percataron que de haberse indemnizado habría obtenido una rebaja considerable, presentándose al parecer una apropiación de dichos recursos por parte de la abogada, con lo cual se le negó la posibilidad al acusado de acceder a una tal reducción, motivo que llevó a la madre de este a formularle denuncia penal a la profesional del derecho ante la Fiscalía, así como queja disciplinaria ante el Consejo Seccional de la Judicatura, lo que igualmente conllevó a que el procesado le otorgara poder para su representación, aunque la defensora pública no ha renunciado al mandato ni suscrito el respectivo paz y salvo.

La defensa realizada por la abogada ISABEL AMPARO FLÓREZ fue antitécnica, en tanto con la apropiación de la suma entregada antes de la audiencia del canon 447 C.P.P. conllevó a la afectación de los derechos fundamentales a la defensa y debido proceso de su cliente, por cuanto: (i) el haberse apoderado la abogada del dinero para la indemnización de las víctimas, no podrá ser amparada en situación alguna, al provenir de su mala fe; (ii) tal circunstancia no se dio por culpa de **MDVM**, al no tener injerencia en la entrega del dinero por encontrarse privado de su libertad; (iii) de quedar ejecutoriada la sentencia se le impondría a su cliente una sanción que podría haber sido aminorada, ante la posibilidad de rebaja en el evento de indemnización, como se indicó en el fallo; y (iv) se afectaron las garantías del procesado, pues la actuación de quien lo representó, minó su defensa técnica.

Estima, con fundamento en jurisprudencia constitucional, que la defensa y el debido proceso del acusado fueron afectados por la maniobra de quien lo precedió en el cargo, sin que se pueda establecer que lo realizado por la misma haya obedecido a una mejor defensa, sino que por el contrario la vulneró de manera deliberada al adueñarse de los dineros entregados, pues de haber obrado de forma diferente la condena sería más favorable para su cliente.

Agrega, a título de epílogo, que al momento en que se le otorgó poder por el señor **MDVM** fue informado que la abogada con antelación a la audiencia de junio 20 de 2018 instó a la familia de su cliente a conseguir la suma de $1’400.000.oo para indemnizar las víctimas, y ante la imposibilidad económica accedió a que fuera de $1’000.000.oo, aunque esta no era la cantidad apropiada, toda vez que los perjuicios materia de conciliación fueron de $1’400.000.oo que deberían ser pagados por mitad entre los dos coprocesados, por lo cual correspondería a cada uno $700.000.oo, y por ende el actuar de a abogada reviste mayor gravedad.

Aduce que por parte de la anterior letrada igualmente existieron otros yerros, que engrosan la tesis de la defensa antitécnica, toda vez que en la audiencia de individualización de pena y sentencia no relató al juez las pretensiones punitivas que favorecían a su defendido, ni mencionó las condiciones sociales, familiares y personales del mismo, ni tampoco postuló solicitudes tendientes a la concesión de subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena.

Solicita se revoque la sentencia emitida y se decrete la nulidad de la audiencia de individualización de pena y sentencia con miras a que se realice nuevamente para que su defendido cuente con una defensa técnica y pueda ejecutar los actos tendientes a indemnizar a los afectados, y que el a quo estudie la viabilidad de otorgar la rebaja pertinente.

**2.1.-** Defensora Pública -recurrente-

Pide se tenga en cuenta a favor de su cliente la indemnización de perjuicios, lo cual lo beneficiará con un descuento punitivo.

Esgrime que el día del fallo se le dio traslado de forma inmediata, sin darle oportunidad de expresar el tema de la indemnización a las víctimas, el cual se realizaría dentro de los 10 días siguientes a la fecha fijada por el juzgado para correr traslado de la sentencia, y por ende no se pudo expresar lo pertinente al no dársele tiempo para ello, ni haberse informado que en esa misma oportunidad se proferiría la sentencia.

Agregó que cuando se le puso de presente el escrito por medio del cual le notificaron el fallo, ella alcanzó a poner su nombre y apellido, pero el procesado se negó a firmar por haber aceptado cargos y estar en total desacuerdo con la rebaja por ese hecho, ya que la indemnización le proporcionaba otro descuento considerable, motivo por el cual no suscribiría tal documento al tener derecho a que se tuviera en cuenta esa indemnización, como lo hizo el compañero de causa, de lo cual le correspondía la mitad según se había pactado en el despacho del fiscal en presencia de apoderados y afectados.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, el juez a quo lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

La Colegiatura es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-

Con antelación a determinar lo que en derecho corresponda, debe indicarse que en el caso objeto de estudio se presenta un evento *sui generis*, toda vez que han sido dos profesionales del derecho -uno contractual y otra de la Defensoría Pública-, quienes interpusieron recurso de apelación a favor del señor **MDVM**, cada uno con peticiones distintas, en tanto el primero pide la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de individualización de pena y sentencia por falta de defensa técnica, amén de la irregularidad presentada por la presunta “apropiación” de los dineros que le fueron entregados a la defensora con miras a que se le reconociera una rebaja por indemnización integral de perjuicios, la que no se realizó con antelación a dictarse el fallo; y la segunda (anterior apoderada), al aducir que al haberle sido notificada la sentencia el mismo día de su proferimiento, no se le dio oportunidad de expresar al a quo lo relativo a la indemnización de perjuicios -cuya copia adjunta-, por lo cual pide que esta sea tenida en cuenta por esta Corporación con miras a que el sentenciado obtenga la rebaja a la que tiene derecho.

Frente a tal situación, debe indicar la Sala que en el presente asunto el señor **MDVM** estuvo asistido en el decurso de todas las etapas procesales surtidas en esta actuación -audiencias preliminares, traslado del escrito acusatorio, verificación de aceptación de cargos, individualización de pena y notificación de sentencia- por la abogada ISABEL AMPARO FLÓREZ GIL adscrita al Sistema Nacional de Defensoría Pública, pero tal representación se entiende culminada desde el instante en que el acá procesado le otorgó poder como abogado contractual al Dr. JUAN CAMILO CARDONA CHICA, sin que para ello se requiera renuncia de la anterior letrada o el paz y salvo, toda vez que debe privilegiarse al defensor de confianza frente a la defensora pública que lo asistía, por lo cual es evidente que sería este último profesional del derecho a quien le asiste la facultad de postulación a favor del acá acusado, y quien además debe continuar con la intervención en este asunto.

Ahora bien, sería del caso analizar si el fallo de condena dictado por el juez de primer grado se encuentra ajustado a derecho, de no ser porque se advierten irregularidades sustanciales que en efecto pudieron afectar el derecho a la defensa y debido proceso del señor **MDVM**, lo cual impide a la Sala pronunciarse de fondo, y se explica:

De la información suministrada por el apoderado contractual del señor **MDVM** se desprende que al parecer desde julio 03 de 2018, esto es, con antelación a que hubiera sido proferido el fallo condenatorio en el presente asunto -agosto 31 de 2018-, se le había hecho entrega de la suma de $1’000.000.oo a la defensora pública que había asistido al procesado y cuya finalidad era efectuar la indemnización de los perjuicios ocasionados a las víctimas JOSÉ FERNANDO GÓMEZ CARDONA, ANA YOREDI MARÍN HENAO y ERIKA ARANGO CASTAÑEDA, con miras a lograr la reducción punitiva a la que alude el canon 269 C.P.

Tal situación encuentra soporte en declaración extraproceso que bajo juramento rindieron los señores JOSÉ JULIÁN RAMÍREZ CAÑAS y LUZ ZORAIDA MARÍN MARÍN -allegada por la defensa contractual al momento del recurso-, quienes dan cuenta de la entrega de dicha suma, sin que la apoderada haya allegado la constancia de reparación de perjuicios pertinente.

Véase que lo comunicado al apoderado contractual del señor **MDVM**, en sentir de la Sala, se encuentra igualmente acreditado de manera expresa por la actividad desarrollada por la abogada ISABEL AMPARO FLÓREZ con posterioridad a habérsele enterado del fallo de condena, toda vez que como documento anexo a su apelación allegó escrito por medio del cual quienes figuran como víctimas manifiestan haber sido indemnizadas integralmente por los perjuicios ocasionados, aunque obra por su ausencia la autenticación de dichas rúbricas.

No obstante ello, tal circunstancia conlleva predicar que a la Defensora Pública sí le habían sido entregados con la debida antelación los dineros para efectos de reparar a las víctimas, sin que la misma haya obrado al parecer de manera diligente, en tanto solo informó de tal situación con posterioridad a la emisión del fallo condenatorio, y más concretamente al momento de interponer recurso de apelación, sin entenderse por qué motivo guardó silencio sobre ese particular durante el traslado de la audiencia consagrada en el canon 447 C.P.P., habida cuenta que conforme lo señala el artículo 269 C.P. las rebajas a las que tendría derecho el procesado por tal fenómeno pos-delictual, solo proceden si la mencionada indemnización se realiza **antes de dictarse sentencia de primer nivel**.

Y es que en curso de la audiencia a la que alude el canon 447 C.P.P. -realizada el 31 de agosto de 2018-, luego de que la Fiscalía identificara al acusado e hiciera alusión a los antecedentes penales que le figuran, la citada profesional solo intervino para indicar que las condiciones civiles, personales y familiares de todo orden estaban plasmadas en el plenario, y pidió claridad a la Fiscalía acerca de una sentencia del año 2013, para finalmente solicitar al a quo el aval de los cargos aceptados, sin otra manifestación al respecto.

No se encuentra por ende atendible la explicación que entregó la abogada pública al interponer recurso, en el sentido que el juzgado no le dio tiempo para esgrimir lo relativo a la indemnización, toda vez que ello “lo expresaría dentro de los 10 días siguientes que tendría el despacho para correr traslado del fallo”, por cuanto en sentir de la Corporación, tal circunstancia, amén de la importancia que tenía para los intereses del acusado, debió haberla comunicado en la audiencia de individualización de pena y sentencia, máxime al tratarse de una terminación anticipada del proceso.[[1]](#footnote-1) Y si bien para ese instante no contaba con el documento pertinente -como en efecto no lo tenía, por cuanto este aparece suscrito en septiembre 7 de 2018-, podría haber solicitado al juzgado que profiriera el fallo dentro del término al que alude el canon 545 C.P.P., pero ante su silencio sobre el particular el a quo emitió providencia en esa misma oportunidad, sin que ello amerite reproche alguno, pese a que bien podría haberse tomado el plazo indicado en la referida norma.

Sea como fuere, a la hora de ahora, a raíz de la circunstancia advertida, se aprecia que con motivo de esa omisión -la cual no le puede ser endilgada al procesado, amén de encontrarse privado de la libertad-, se le pretermitió la posibilidad de obtener la rebaja que contempla el canon 269 C.P., pese a que por intermedio de su familia había entregado con la debida antelación a la letrada los dineros pedidos para la reparación de perjuicios a las víctimas, monto que igualmente cuestionan habida cuenta que la indemnización sería efectuada por las dos personas involucradas en la ilicitud, lo que al parecer ya se hizo de parte del coprocesado SCB -según palabras de la defensora pública-.

Bajo esos parámetros, en criterio de la magistratura se incurrió en la vulneración de los derechos que le asisten al acusado **MDVM**, por cuanto quien lo asistió jurídicamente en ese momento omitió informar al a quo sobre la indemnización de perjuicios, o por lo menos que contaba con el dinero para proceder en tal sentido, con miras a que este se beneficiara con el descuento de ley, pero al no haberse obrado en tal sentido, ello implicó la vulneración del debido proceso el cual deberá ser restablecido, y ante tan particulares circunstancias, no le queda otra alternativa al Tribunal que disponer la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de individualización de pena y sentencia, para que una vez realizada, con presencia del actual apoderado contractual del acusado, este eleve las pretensiones que considere procedentes y el juzgado verifique si la indemnización que al parecer se le hizo a las víctimas JOSÉ FERNANDO GÓMEZ CARDONA, ANA YOREDI MARÍN HENAO y ERIKA ARANGO CASTAÑEDA en verdad se cumplió de forma íntegra, toda vez que el escrito allegado[[2]](#footnote-2) carece de constancia de presentación personal ante el Juzgado de primer nivel o su debida autenticación por quienes lo signaron, en tanto solo aparecen unos nombres y huellas. Realizada tal labor, se deberá proceder a dictar el fallo respectivo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de decisión Penal, **DECRETA LA NULIDAD** de lo actuado a partir de la audiencia de individualización de pena y sentencia, inclusive; y, en consecuencia, se dispondrá que se rehaga esa diligencia a la cual deberá ser convocado el actual apoderado contractual del señor **MDVM** para que eleve las pretensiones pertinentes y el juzgado verifique si la indemnización que al parecer ya se le realizó a las víctimas se hizo de manera íntegra, y a continuación se emita el fallo que en derecho corresponda.

Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. Para una mejor contextualización del problema, es importante referir la secuencia cronológica de lo sucedido: (i) según se afirma, el dinero le fue entregado a la profesional del derecho el 03 de Julio/18; (ii) la audiencia del art. 447 C.P.P. se realizó el 31 de agosto/18, y en esa misma fecha se profiere y se notifica la sentencia de primer grado, instante en el cual el procesado se negó a firmar el acta de notificación de esa decisión por estar inconforme al no contener descuento punitivo alguno por indemnización integral; (iii) el 05 de septiembre/18 se le confiere poder al apoderado de confianza; y (iv) el acta de pago allegada por la Defensora Pública data del 07 de septiembre/18, día que venía el plazo de los cinco días para apelar, a consecuencia de lo cual tanto la defensora como el nuevo defensor interpusieron sendos recursos. [↑](#footnote-ref-1)
2. Visible a folio 166. [↑](#footnote-ref-2)