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 PROCESAL / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO / ACEPTACIÓN DE CARGOS / APROBACIÓN SIN ADVERTIR AL PROCESADO EL REQUISITO DE PAGAR AL MENOS EL 50% DEL INCREMENTO PATRIMONIAL QUE HUBIERE OBTENIDO / SE FRUSTRA LA CONCESIÓN DE LA REBAJA PUNITIVA A QUE DA DERECHO EL ALLANAMIENTO.**

… en criterio de la Sala refulge otra circunstancia incluso de mayor connotación, frente a la cual nada dijo el recurrente pero que se aprecia de la revisión de los registros de la actuación, y es lo atinente a que en al momento de dársele traslado al señor OPL del escrito de acusación, no se le hicieron las advertencias relativas al reintegro de la suma que se apropió con miras a poder hacerse merecedor del descuento punitivo al que alude el canon 351 CPP por la aceptación de cargos.

En efecto, surge evidente de la mera lectura del escrito de acusación presentado por la Fiscalía 19 Local en contra del señor OPL, que ninguna orientación se le dio al mismo en torno a que para la validez de la aceptación de cargos debía acreditar el pago del 50% del incremento patrimonial obtenido con la ilicitud y garantizar el pago de lo restante. Y la situación se torna más compleja aún, cuando fue la misma funcionaria de instancia la que se percató de tal anomalía al momento de la audiencia del artículo 447 CPP, y la ocurrencia de esa omisión fue corroborada en el acto por la delegada fiscal, a consecuencia de lo cual se le preguntó al acusado que si persistía en el allanamiento a los cargos no obstante que por no restituir lo apropiado no tendría derecho a descuento alguno, y este expresó que sí. Posteriormente se sobrevino el fallo de condena por medio del cual se hizo uso de la admisión unilateral de los cargos pero sin recibir el sentenciado en contraprestación rebaja alguna de pena. (…)

No controvierte la Sala la postura de la juzgadora de instancia en el sentido que para acceder al descuento de pena se tenía que demostrar la exigencia de la restitución de al menos la mitad de lo apropiado y la garantía del pago del remanente, lo que se cuestiona aquí es el hecho de haberse aceptado el allanamiento a cargos en tan particulares condiciones, como quiera que si no estaban dados los requisitos para ello, lo que correspondía era su inadmisión y la continuidad del rito ordinario.

Lo sucedido enmarca una irregularidad sustancial que contraviene el derecho al debido proceso que le asiste al acusado, como quiera que al procesado no se le había puesto de presente en forma previa a su allanamiento la obligación que tenía de resarcir al afectado, con el aditamento que en el caso concreto ni siquiera se tenía claro a cuánto ascendía el monto de dicha apropiación a efectos de permitir que el procesado procediera en el sentido esperado.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

ACTA DE APROBACIÓN N° 952

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Acusado:  | OPL |
| Cédula de ciudadanía: | 18.617.383 expedida en Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Delito: | Hurto calificado |
| Víctima: | Gustavo Gómez Noreña |
| Procedencia: | Juzgado Penal Municipal con función de conocimiento de Santa Rosa de Cabal (Rda.)  |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio fechado junio 26 de 2019. SE 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 contenido del fallo confutado, los hechos fueron denunciados por el señor GUSTAVO GÓMEZ NOREÑA, quien dio cuenta que en octubre 3 de 2018 en la Vereda “Altos Vásquez”, finca “Villa del Carmen”, le fue hurtada una tarjeta débito del banco Davivienda que se hallaba en su habitación. Frente a lo sucedido recordó que el sábado anterior realizó pagos en compañía de OPL, a quien le había dado trabajo por recomendación de unos vecinos suyos, y al parecer ello fue aprovechado por este para obtener la contraseña, del cual la Fiscalía obtuvo copia de videos donde se le observa cuando efectuaba transacciones. Estima lo apropiado en unos veinte millones de pesos.

1.2.- Luego de adelantadas las labores investigativas la Fiscalía solicitó orden de captura en contra del señor OPL, la cual se hizo efectiva en abril 11 de 2019, fecha en la que se llevaron a cabo ante el Juzgado Segundo Civil Municipal con función de control de garantías de Santa Rosa de Cabal (Rda.) las audiencias preliminares de legalización de captura, y por tratarse de un trámite abreviado regido por la Ley 1826/17, en esa oportunidad la Fiscalía le dio traslado del escrito de acusación por medio del cual se le endilgaron cargos por hurto calificado -art. 239, 240 num. 3º C.P.-, los cuales ACEPTÓ. La Fiscalía retiró la solicitud de medida de aseguramiento.

1.3.- La actuación le fue asignada al Juzgado Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, donde se realizó la audiencia de individualización de pena (mayo 16 de 2019), y en junio 26 de 2019 -previo aplazamiento solicitado por la defensa- la a quo dictó la respectiva condena por medio de la cual: (i) se declaró responsable al señor OPL por el delito de hurto calificado; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad equivalente a 72 meses de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la sanción; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por lo cual se dispuso librar la correspondiente orden de captura.

1.4.- Inconforme con esa determinación, el defensor apeló la decisión y procedió a sustentarla dentro del término de ley.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa -recurrente*-*

Pide se revoque el fallo o se decrete la nulidad de lo actuado, y fundamenta su disenso en dos puntos a saber: (i) la no concesión de beneficios por aceptación de cargos, pese a no haber sido capturado en flagrancia; y (ii) la inexactitud del valor de lo apropiado, lo que ha podido incidir en la opción de reintegro y pago de perjuicios para obtener beneficios.

Al respecto señala que aunque la Fiscalía en la primera audiencia le dijo a su cliente que procedía rebaja de hasta el 50% por aceptación de cargos, la jueza expresó que no procedía al no haberse reintegrado la totalidad de lo apropiado, pero las cuentas iniciales al decirse que lo hurtado ascendía a $23´216.795.oo fueron equivocadas e hizo imposible para su cliente conseguir casi doce millones en efectivo y buscar quién le sirviera de codeudor para garantizar la suma restante. En este asunto existió imprecisión respecto de la cantidad del dinero apropió por **OPL**, pues fue condenado de apoderarse de $20´000.000.oo, más $2´000.000.oo por concepto de perjuicios, pero para la Fiscalía la suma era diferente.

En este caso ni la víctima tenía claridad de lo hurtado, ya que solo calculó los perjuicios en $2´000.000.oo., por lo que una vez emitido el fallo, al pedir a la Fiscalía que le indicara con exactitud la suma apropiada por su cliente, se le expresó que por oficio de mayo 11 de 2019 se le había comunicado a la juzgadora que la cifra definitiva ascendía a la suma de $14´000.000,oo -incluidos perjuicios-, pero no obstante ello la a quo lo condenó por casi el doble, sin saber por qué motivo no tuvo en cuenta tal documento.

Con esa inicial cifra era difícil gestionar su consecución en tan corto tiempo, y de ese modo se sepultaron las esperanzas de obtener beneficios; además, con la decisión proferida se dividen en dos las personas objeto de acusación: las que tienen con qué reparar y las que carecen de ello, lo que va en contra del principio de equidad.

**2.4.-** El afectado GUSTAVO GÓMEZ refiere que el señor **OPL** fue captado por las cámaras de su residencia cuando extraía la tarjeta débito de su habitación, y no tuvo reparo en sustraer el dinero de su cuenta aprovechando que es una persona sola. Aduce que es falso que le hayan ofrecido o suministrado dinero alguno, además que teme por su seguridad y sus bienes.

**2.5.-** Los demás intervinientes se abstuvieron de pronunciarse en su condición de no recurrentes.

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

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de acuerdo con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la aceptación de cargos por parte del procesado en forma libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido y profusamente ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento que en principio despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento obran elementos de convicción que determinan que la conducta ilícita que se pregona sí existió, y que el hoy involucrado tuvo participación activa en la misma.

Como quiera que del recurso interpuesto por el apoderado del señor **OPL** se avizora que entre sus pretensiones solicita se decrete la nulidad de la actuación, considera la Corporación necesario entrar a resolver en primer término acerca de la viabilidad de esa petición, toda vez que de avizorarse irregularidad sustancial alguna en el procedimiento se tornaría inocuo ingresar en el estudio de fondo del asunto.

Debemos partir por señalar que el motivo de censura por parte de la defensa contra la providencia adoptada por la juez de primer nivel, se centra básicamente en la no concesión de la rebaja a la que se haría merecedor su cliente por la aceptación de cargos, ya que de haber tenido ocasión de conocer en debida forma el monto de los dineros hurtados, hubiera podido proceder a su devolución y reparación a la víctima, de lo cual no existió claridad en este caso.

Para el Tribunal es claro que en efecto existe una inconsistencia en las sumas que se asegura fueron materia de apropiación, porque una cosa es la consignada en el fallo de condena y otra la que adujo la Fiscalía en documento, con lo cual, se cercenó la posibilidad al acusado de poder hacer efectiva una reparación temprana a efectos de consolidar su pretensión punitiva favorable por medio de una terminación anticipada del proceso.

Incluso, en criterio de la Sala refulge otra circunstancia incluso de mayor connotación, frente a la cual nada dijo el recurrente pero que se aprecia de la revisión de los registros de la actuación, y es lo atinente a que en al momento de dársele traslado al señor **OPL** del escrito de acusación, no se le hicieron las advertencias relativas al reintegro de la suma que se apropió con miras a poder hacerse merecedor del descuento punitivo al que alude el canon 351 CPP por la aceptación de cargos.

En efecto, surge evidente de la mera lectura del escrito de acusación presentado por la Fiscalía 19 Local en contra del señor **OPL**, que ninguna orientación se le dio al mismo en torno a que para la validez de la aceptación de cargos debía acreditar el pago del 50% del incremento patrimonial obtenido con la ilicitud y garantizar el pago de lo restante. Y la situación se torna más compleja aún, cuando fue la misma funcionaria de instancia la que se percató de tal anomalía al momento de la audiencia del artículo 447 CPP, y la ocurrencia de esa omisión fue corroborada en el acto por la delegada fiscal, a consecuencia de lo cual se le preguntó al acusado que si persistía en el allanamiento a los cargos no obstante que por no restituir lo apropiado no tendría derecho a descuento alguno, y este expresó que sí. Posteriormente se sobrevino el fallo de condena por medio del cual se hizo uso de la admisión unilateral de los cargos pero sin recibir el sentenciado en contraprestación rebaja alguna de pena.

Todo lo anterior tuvo ocurrencia porque la sentenciadora acogió el fallo conocido como el de los hermanos “Nule”, esto es, la sentencia CSJ SP, sept. 27 2017, rad. 39831, en el cual la Alta Corporación recogió la tesis que hasta ese momento se traía y ratificó la sentada primigeniamente en sentencias CSJ SP, 23 Ago. 2005, Rad. 21954 y CSJ SP, 14 dic. 2005, Rad. 21347, a consecuencia de cual a partir de ese instante habría de entenderse que:

“«… la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibídem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible».

5.- Ahora bien, esta postura, fundada en reconocer que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo y no una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del imputado o acusado sin contraprestación ninguna, le implica necesariamente a la Corte el tener que precisar que, a más del deber de acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 349 del CPP, el escrito de acusación, para que pueda servir de fundamento del fallo anticipado que del juez de conocimiento fiscalía y defensa demandan, debe incluir el acuerdo a que estas partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta objeto de imputación”

No controvierte la Sala la postura de la juzgadora de instancia en el sentido que para acceder al descuento de pena se tenía que demostrar la exigencia de la restitución de al menos la mitad de lo apropiado y la garantía del pago del remanente, lo que se cuestiona aquí es el hecho de haberse aceptado el allanamiento a cargos en tan particulares condiciones, como quiera que si no estaban dados los requisitos para ello, lo que correspondía era su inadmisión y la continuidad del rito ordinario.

Lo sucedido enmarca una irregularidad sustancial que contraviene el derecho al debido proceso que le asiste al acusado, como quiera que al procesado no se le había puesto de presente en forma previa a su allanamiento la obligación que tenía de resarcir al afectado, con el aditamento que en el caso concreto ni siquiera se tenía claro a cuánto ascendía el monto de dicha apropiación a efectos de permitir que el procesado procediera en el sentido esperado.

El yerro en que se ha incurrido parte incluso de una premisa lógica, porque es apenas entendible que quien acepta su responsabilidad en la comisión de una ilicitud, lo hace, salvo las excepciones expresamente fijadas en la ley, con la intención de recibir a cambio una determinada contraprestación o prebenda, que en este caso sería un descuento importante de la sanción a imponer. En ese orden, si la funcionaria de primer nivel vislumbró en esa ocasión que el acusado **OPL** no podía acceder a beneficio alguno por no haber acatado las exigencias legales para ello, su actividad no debió orientarse a dar validez a toda costa a ese allanamiento a cargos, sino por el contrario, a declarar su invalidez y a disponer que se continuara con el trámite ordinario de ley, o, en su defecto, como aquí ocurrirá, a decretar la nulidad a partir del traslado del escrito acusatorio para que la Fiscalía no solo aclarara el tema de la cuantía de la apropiación, sino que se le advirtiera en forma previa a la admisión de los cargos que debía restituir al menos la mitad del incremento patrimonial obtenido y la garantía del pago del remanente.

Con respecto a esa anomalía en la cuantía de lo apropiado, hay lugar a precisar lo siguiente:

Se debe empezar por decirse que el hecho de establecer el monto del apoderamiento efectuado y de los perjuicios que se le ocasionaron a la víctima, tiene relevancia no solo en el evento de aceptar cargos, cuyo pago le garantiza al procesado obtener los descuentos que ello amerita, sino también que conforme lo plasmado en el canon 269 C.P. podría acceder, adicionalmente, a la reducción de pena contemplada por indemnización integral de perjuicios.

De ello, lo único que se aprecia es que durante la audiencia del 447 CPP, el señor GUSTAVO GÓMEZ tasó el monto de la indemnización de perjuicios en dos millones de pesos -aunque al parecer posteriormente redujo tal cifra-, pero en lo atinente a la suma sustraída por el señor **OPL**, a la hora de ahora no existe certeza al respecto no obstante que el órgano persecutor muy seguramente contaba con información de la entidad financiera de la cual se realizaron los retiros con la tarjeta débito del afectado, pero aun así no aportó datos claros y concretos sobre ese particular.

Véase que en la narración fáctica plasmada en el escrito de acusación, nada se dijo en relación con la suma de la cual se apoderó el procesado, y aunque se trató de verificar lo relatado en las audiencias preliminares, el registro no está completo -al parecer por un problema en el sistema de grabación-; pero de la lectura del acta pertinente[[1]](#footnote-1), más concretamente de lo narrado durante la audiencia de legalización de captura, se desprende que allí se hizo alusión a que los retiros efectuados por **OPL**, ascendieron a $15´000.000.oo.

Ya en curso de la audiencia de individualización de pena y sentencia celebrada en mayo 16 de 2019, al no apreciarse diáfana por parte de la a quo tal situación, lo que incluso la motivó a llamar la atención de la representante del órgano persecutor, se indagó al directo afectado acerca del monto del dinero hurtado, quien “en honor a la verdad” -como así lo manifestó- dijo no saber, pero tasó lo hurtado en unos $20´000.000,oo, y $2´000.000 de perjuicios. A continuación, luego de que la delegada fiscal hiciera cuentas con la documentación obrante en el expediente, indicó de manera contundente que el valor era de $21’216.795.50.

De ese mero recuento, se pueden apreciar tres cifras distintas no obstante que la Fiscalía cuando recolectó elementos materiales probatorios a ese respecto debía tener certeza acerca del monto de lo sustraído, lo cual tenía evidentes repercusiones procesales.

Pero como si lo anterior fuera poco, el apoderado del procesado, como así lo señaló en su recurso, una vez emitida la sentencia se dirigió a la Fiscalía a verificar cuál era en realidad el valor total de lo apropiado por su cliente, y allí se le expresó que la cifra definitiva era de $13´554.011.oo, redondeada en $14´000.000.oo con perjuicios, de lo cual aseguró la delegada que mediante oficio de mayo 11 de 2019 se lo había hecho saber al juzgado de conocimiento con posterioridad a realizarse la audiencia del art. 447 CPP. Según se supo, esa diferencia de $7’662.783.66, correspondía a un cheque que el afectado reconoció haber retirado en forma personal, con lo cual, no podía tomarse en cuenta al momento de consolidar el monto de la apropiación. E incluso se aclaró en ese mismo documento, que por manifestación del ofendido, ya los perjuicios no los estimaba en 2’000.000.oo como lo había dicho inicialmente, sino en $445.988.16, a efectos de redondear la cifra final en $14’000.000.oo para que cobijara tanto el valor de lo apropiado como los perjuicios. Lo extraño, según el defensor recurrente, es que la falladora no hubiera tenido en cuenta ese documento al momento de emitir la sentencia condenatoria.

En efecto, al hacer una revisión de la carpeta[[2]](#footnote-2), se encuentra el oficio No. 55 de mayo 16 de 2019, con fecha de recibido en mayo 24 de 2014, y suscrito por la Fiscal 13 Local y la víctima, por medio del cual se le comunica a la titular del Juzgado Penal Municipal que para dar claridad a la cifra entregada ese mismo día durante la audiencia a la que alude el canon 447 CPP, el monto de la apropiación correspondía a $13´554.011.84, y además que el afectado tasaba la indemnización de perjuicios en $445.988.16, para un total de $14`000.000,oo. Y aunque se indicó en dicho oficio que el apoderado del procesado tenía conocimiento de esa situación, emerge la ausencia de su rúbrica ese documento, y según lo plasmado en el recurso, el profesional del derecho solo se percató de ello con posterioridad a habérsele dado traslado de la sentencia.

Como puede apreciarse, no solo la Fiscalía erró al no anunciarle al señor **OPL** que debía reintegrar lo apropiado para ser merecedor de la diminuente por aceptación de cargos, sino que además le faltó claridad en cuanto al monto del dinero apropiado, lo que tiene desde luego una incidencia manifiesta en esta clase de procesos.

Para el Tribunal por tanto, lo mencionado conlleva a pregonar que no se respetó el debido proceso y ello da lugar a invalidar la actuación a partir inclusive del traslado del escrito de acusación surtido en abril 11 de 2019, para que por parte de la Fiscalía se proceda en los términos ya indicados. Y, como quiera que en este caso se emitió por parte de la funcionaria a quo la orden de captura en contra del sentenciado **OPL**, se ordenará su inmediata cancelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, decreta la **NULIDAD** de lo actuado en el presente asunto a partir inclusive del traslado del escrito de acusación efectuado al señor **OPL** por parte de la Fiscalía, para que se cumplan los fines indicados en el cuerpo motivo de esta providencia. Como consecuencia de lo anterior, se ordena la cancelación inmediata de la orden de captura proferida en contra del procesado.

Como la presente actuación se tramita bajo los lineamientos de la Ley 1826/17, por secretaría se procederá a citar a las partes para efectos de proceder a dar traslado de esta decisión, contra la cual no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

1. Ver folio 6 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folios 46 y 47 del expediente. [↑](#footnote-ref-2)