

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



DEFENSA TECNICA/ Características/ *“Igualmente la jurisprudencia ha definido que el derecho a la defensa técnica tiene tres características esenciales: debe ser intangible, real o material y permanente en todo el proceso; la intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por tanto, si el imputado no designa su propio defensor, el Estado debe procurárselo ya sea público o de oficio; material o real, porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que requieren actos positivos de gestión defensiva, sin que la pasividad sea entendida como inexistencia de la misma, porque también puede ser estrategia defensiva, según el caso; y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones.”*

SENTENCIA No. 090.

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ.

APROBADO: Acta N° Acta N° 103 del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Art. 30, Núm. 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, miércoles cinco (05) de octubre de dos mil dieciséis (2016) (11:00AM)

Proceso Nro. 150016103080201380002 (2013-0815)

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Tercera Sala de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Defensora de las acusadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil trece (2013), mediante la cual condenó a YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ como coautoras del delito de hurto calificado y agravado.

HECHOS

Los hechos narrados en la formulación de imputación, por los que las procesadas aceptaron los cargos, se refieren a los ocurridos el 22 de febrero de 2013, en los que aproximadamente a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.) personal de la policía de la SIJIN recibieron una llamada telefónica en la que les informaron que en el parqueadero de la cafetería Los Caciques ubicada en la avenida norte de Tunja vía a Paipa, de un vehículo automotor camioneta de placas ZDG-839 que allí se había parqueado, personas desconocidas habían sustraído un IPAD y varios documentos entre los cuales un sinnúmero de chequeras de diferentes entidades bancarias, por lo que el personal de policía acudieron al lugar y la víctima, el señor RAFAEL ORLANDO FORERO COLMENARES, les comunicó que el IPAD con ayuda de búsqueda satelital con señales al GPS les indicaba la ubicación, por lo que siguieron la señal que los condujo al hotel Los Muiscas donde indagaron qué personas habían ingresado allí poco antes, observando que en ese momento ingresaba una mujer con una maleta, la cual fue interrogada por su identificación y motivos de permanencia en el lugar, mostrando nerviosismo, siendo identificada como NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ, ingresando luego otra mujer que fue identificada como YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ, quien dijo que la maleta era compartida y que contenía ropa, pero cuando la abrieron se encontró en su interior los objetos hurtados momentos antes, esto es, un IPAD 3G, siete (7) chequeras de los Bancos Coomeva, Bogotá, Davivienda, Occidente y BBVA, y una póliza de seguro todo riesgo de la camioneta de placas ZDG-839.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PROCESADAS

YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.148.697.859 expedida en Medellín, donde nació el 19 de marzo de 1994, hija de EMANUEL CANO y YANETH PELÁEZ, con estudios hasta

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

séptimo de bachillerato, de ocupación dama de compañía, para cuando se le vinculó al proceso era soltera y residía en la carrera 49 Nro. 95-102 del barrio Aranjuez de Medellín, con teléfono móvil número 3214448936.

NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIÉRREZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.110.539.721 expedida en Ibagué, nació el 19 de septiembre de 1993 en Armero Guayabal (Tolima), hija de JOSÉ ALBERTO RAMÍREZ y YAZMÍN GUTIÉRREZ, con estudios de bachillerato grado once, de ocupación dama de compañía, para cuando se le vinculó al proceso era soltera y residía en la manzana B, casa 6, barrio Combeima de Ibagué, con teléfono móvil número 3122682382.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 23 de febrero de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Motavita con funciones de control de garantías, se realizó la audiencia preliminar en la que se legalizó la captura de YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ, ocurrida en situación de flagrancia; a quienes el Fiscal 8 de la URI les formuló imputación a las capturadas en calidad de coautores del delito de hurto calificado y agravado descrito en los artículos 239, 240 numeral 4, y 241 numeral 10 del C.P., cargos que fueron aceptados por las imputadas; desistiendo la Fiscalía de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento¹.

2.- El 14 de mayo de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja, se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia, en la que se pronunciaron las partes sobre las condiciones individuales, sociales, familiares y antecedentes de las culpables; la Juez nuevamente interrogó a las procesadas sobre la aceptación de su responsabilidad, quienes manifestaron entender los cargos formulados en su contra y las consecuencias de su aceptación de responsabilidad, por lo que la Juez aceptó los términos del allanamiento y convocó a audiencia para lectura de sentencia².

¹ Fls. 6 – 8 y CD.

² Fls. 26-28 y CD.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

3.- En audiencia del 24 de septiembre de 2013 la Juez Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja dio lectura de la sentencia condenatoria, contra la cual la Defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación, del que se corrió traslado a los no recurrentes, siendo concedido en el efecto suspensivo ante este Tribunal³.

El conocimiento en segunda instancia fue asignado a la Tercera Sala de Decisión Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE APELACIÓN

1.- De la sentencia de primera instancia.

En la sentencia del 24 de septiembre de 2013, el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja condenó a YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ como coautoras del delito de hurto calificado y agravado, descrito en los artículos 239, 240 inciso primero numeral 4 y 241 numeral 10 del C.P., imponiéndole a cada una como pena principal 47.25 meses de prisión, y como accesorias la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena de prisión, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ordenándose librar la correspondiente boleta de detención una vez quedara en firme la sentencia.

Consideró demostrada la conducta punible y la responsabilidad penal de las acusadas con los elementos materiales de prueba enunciados, esto es, el informe de captura en flagrancia, el acta de derechos de capturadas, la constancia de buen trato e identificación de las capturadas, el acta de incautación de los elementos hurtados, el álbum fotográfico de los elementos incautados, el acta de devolución de elementos hurtados y la noticia criminal, y la aceptación de cargos; que trasgredieron la norma penal, siendo procedente la condena y la imposición de la pena.

Para fijar la pena señaló los extremos fijados en la norma de 108 a 288 (sic) meses de prisión, partiendo del mínimo le disminuyó una octava parte por

³ Fls. 71-85 y CD.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

aceptación de responsabilidad en captura en flagrancia, esto es, 13.5 meses quedando una pena de 94.5 meses de prisión a los que le disminuyó en la mitad por haberse recuperado los objetos hurtados y por haberse indemnizado a la víctima, fijando en definitiva la pena de prisión de 47.25 meses de prisión, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término a la pena principal.

Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no reunir los presupuestos objetivos del artículo 63 del C.P., por ser superior a tres años de prisión la pena impuesta.

2.- Del motivo de apelación.

2.1.- La Defensora de las procesadas como única recurrente concretó en dos sus pretensiones: i) como principal, la nulidad de la actuación desde la formulación de imputación por falta de defensa técnica y, ii) como subsidiaria, se tenga en cuenta el atenuante previsto en el artículo 268 del C.P. por no estar demostrada la cuantía de los bienes sustraídos, y se otorgue el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Cuestiona la vulneración de garantías fundamentales de las procesadas por no haber tenido una defensa técnica idónea, citando como fundamento la sentencia del 1 de agosto de 2007 de la Corte Suprema de Justicia con el radicado 27283 M.P. Yesid Ramírez Bastidas, teniendo en cuenta que las procesadas son infractoras primarias y que no fueron debidamente asesoradas por el antecesor defensor público, quien simplemente les indicó que aceptaran los cargos pero que no fue proactivo en todas las etapas, no haciendo uso de los mecanismos alternativos toda vez que en el traslado del artículo 447 del C. de P.P., ni siquiera pidió los mecanismos sustitutivos de la prisión, habiendo guardado silencio siendo una defensa pasiva, afectándose las procesadas con la prisión intramural, solicitando se decrete la nulidad desde la formulación de imputación.

De otra parte, advierte que la víctima no se ha hecho parte en el proceso, no habiéndose demostrado que la cuantía de los bienes hurtados y recuperados fuera de \$1.800.000, por lo que de no decretarse la nulidad, solicita se tenga en

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

cuenta la pena con la disminución del artículo 268 del C. P., porque ya sus defendidas resarcieron los perjuicios en suma de \$600.000.

2.2.- La Fiscalía como no recurrente dice no estar de acuerdo con la argumentación de la Defensa teniendo en cuenta que el anterior Defensor es vinculado a la Defensoría Pública y representó a las procesadas en la audiencia de formulación de imputación y en la de individualización de pena, que las procesadas fueron interrogadas sobre la aceptación de responsabilidad y en ningún momento manifestaron objeción alguna; que tampoco está de acuerdo con la objeción de la cuantía porque la víctima fue quien dio a conocerla, la cual supera el monto señalado para la rebaja que otorga el artículo 268 del C.P., siendo superior a un salario mínimo mensual legal vigente el solo IPAD de las características del que fue hurtado, a más de los demás elementos..

FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Competencia y presupuestos procesales.

Por la naturaleza del delito por el que se formularon cargos y se condenó a las acusadas, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales Municipales y por el factor territorial a los de Tunja, por haber tenido ocurrencia los hechos en esa jurisdicción, y la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 37 (núm. 2), 34 (núm. 1), 42, y 43, del C. de P. P.).

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia y el Defensor tiene interés jurídico para impugnarla, habiendo interpuesto y sustentado la alzada oportunamente, en la audiencia de su lectura. (artículos. 20, 176, 179, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, 124 y 125 del C. de P. P.).

2.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

Señala el artículo 20 del C. de P.P., que el superior no puede agravar la situación del apelante único, principio de la no reforma peyorativa que igualmente

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

está previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, lo que implica que la Sala no puede agravar la situación de las acusadas, siendo la Defensa apelante único; a más que dentro de la limitación de la segunda instancia, tan solo nos extenderemos a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación.

Con este preámbulo, y como la defensa de las procesadas cuestionó la falta de defensa técnica, alegando la nulidad, a la que se opuso la Fiscalía pidiendo la confirmación de la sentencia condenatoria; para dar respuesta a los motivos de impugnación, la Sala en primer lugar resolverá lo correspondiente al cuestionamiento de la nulidad, y de no prosperar la pretensión principal de la Defensora recurrente, se analizará la atenuación punitiva prevista en el artículo 268 del C.P. en el caso concreto y los mecanismos sustitutos.

2.1.- De la nulidad alegada.

En primer lugar la Sala precisa que la Defensa carece de interés para atacar la sentencia condenatoria consecuencia del allanamiento a cargos de las procesadas en la audiencia de formulación de imputación.

La jurisprudencia desde la entrada en vigencia del sistema procesal penal regido por la ley 906 de 2004, ha sido reiterativa en señalar que cuando una persona a quien se le endilga la comisión de una conducta punible acepta su responsabilidad de manera libre, consciente, espontánea e informada sobre las consecuencias que ello entraña, ese acto impide toda impugnación que busque deshacer los efectos de la aceptación⁴, conforme al artículo 293 de la Ley 906 de 2004⁵, según el cual, la aceptación de la imputación por parte del indiciado no admite retractación, cuando la misma es voluntaria, libre y espontánea.

Así entonces se ha admitido que puede tener vocación de prosperidad una censura en sentencia anticipada cuando se demuestre que en la aceptación de cargos, sea por allanamiento o por preacuerdo, se incurrió en vicios de

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. 24026, M.P.

⁵ Norma declarada exequible, por los cargos examinados, en la Sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

consentimiento, en vulneración de garantías fundamentales, o cuando lo cuestionado sean aspectos relacionados con la dosificación punitiva o los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad⁶.

Y hasta la actualidad se ha insistido en que el interés jurídico para recurrir, tratándose de una sentencia emitida en virtud del allanamiento a cargos, se encuentra restringido por el principio de irrevocabilidad, pues aquella participa de la naturaleza de la justicia consensuada y forma parte del derecho premial, porque el implicado manifiesta consciente, espontánea y libremente su voluntad de aceptar los cargos imputados por la Fiscalía a cambio de una rebaja de pena, y que una vez se aprueba la aceptación de responsabilidad, una de las consecuencias de ese sometimiento premiado es que no hay lugar al arrepentimiento, renunciando la defensa al derecho de controvertir la imputación, al juicio oral y al debate probatorio, por lo que dicha parte carece de interés jurídico para interponer los recursos de ley contra la sentencia, cuando se pretende cuestionar los extremos de la adecuación típica imputada y la culpabilidad aceptada en el marco del allanamiento⁷.

Por tanto, resulta totalmente desatinado que la ahora impugnante, bajo el ropaje de supuestas irregularidades sustanciales que, como se verá más adelante, no existieron, intente desconocer el allanamiento de las procesadas.

En todo caso, como la Defensora alega la falta de defensa técnica, la Sala examinará sus planteamientos.

El derecho de defensa es una de las principales garantías del debido proceso, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, *“de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las*

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 21 de febrero de 2007, rad. 265687, M.P.

⁷ Entre otros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se puede consultar: Sentencia del 3 de septiembre de 2014, rad. 33409, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; auto del 26 de febrero de 2014 en el radicado 34699; Auto del 28 de mayo de 2014, rad. 43680, M.P. Eugenio Fernández Carlier; sentencia del 11 de junio de 2014, rad. 41180.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estimen favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”⁸.

Por tanto, del derecho a la defensa se derivan los principios de: oportunidad de defenderse, de ser unitaria y continua, de ejercerse de manera material y técnica, es decir, puede ser ejercida directamente por el acusado o por su defensor, pero aun pudiéndose ejercer de manera separada, no es factible prescindir de ninguna de las dos, debiendo ser concurrentes la defensa material y la defensa técnica.

De la defensa técnica, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

“En este orden, de tiempo atrás la Corte ha indicado que resulta vana la simple presencia formal del defensor pues ha de ser latente la actuación en beneficio del procesado, sin embargo también ha precisado que no siempre el optar por no pedir pruebas, no participar en su práctica, como tampoco elevar solicitudes o impugnar las decisiones desfavorables significa la orfandad defensiva o un descuido manifiesto de una adecuada defensa porque la postulación o ejercicio de tales actuaciones no responde a una carga ineludible para el letrado.

Aún la aparente pasividad del abogado en alguna fase del proceso o durante su trámite o la ausencia de actos positivos de gestión, no pueden considerarse de manera fatal como infractoras del derecho de defensa porque también puede colegirse que una tal postura obedece a que se considere oportuno su no ejercicio.”⁹

Igualmente la jurisprudencia ha definido que el derecho a la defensa técnica tiene tres características esenciales: debe ser intangible, real o material y permanente en todo el proceso; la intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por tanto, si el imputado no designa su propio defensor, el Estado debe procurárselo ya sea público o de oficio; material o real, porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que requieren actos positivos de gestión defensiva, sin que la pasividad sea entendida como inexistencia de la misma, porque también puede

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1996.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de septiembre 13 de 2006, rad. 20345, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

ser estrategia defensiva, según el caso; y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones.

Cuestiona la recurrente que el Defensor que representó a las procesadas en las audiencias de formulación de imputación y de individualización de pena y sentencia no fue proactivo, que se limitó a asesorarlas para que aceptaran la responsabilidad pero que no ejerció ninguna acción en defensa de las mismas, que no solicitó los mecanismos sustitutivos de la pena.

Las alegaciones sobre la indebida actividad defensiva en pro de los intereses de YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ, o la crítica a la actuación de la Defensora de confianza por su asesoría en el allanamiento a cargos, no son demostrativas de la violación del derecho de defensa, pues como ya se advirtió, el quebranto del derecho a la defensa técnica no se puede poner de manifiesto a partir de los simples desacuerdos que se tengan con la forma como ejercieron la gestión los profesionales que en determinada etapa asistieron al procesado.

Para responder el cuestionamiento de la Defensora recurrente, reiteramos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal tiene decantado que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de completa iniciativa, y si con posterioridad el nuevo defensor no comparte la estrategia defensiva asumida por su antecesor, no puede sostenerse, en ese solo hecho, que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, ya que la ley no le impone al Abogado derroteros en torno al estilo, contenido, o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate.

Por lo tanto, no resulta afortunado edificar una supuesta ausencia de defensa técnica, *"...a partir de una visión a posteriori elaborada por un nuevo defensor con fundamento en su orientación particular sobre aquello que habría podido ser la estrategia defensiva plausible, pues son múltiples y variadas las posturas defensivas que en un momento determinado puede asumir el letrado,*

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

razón por la cual la simple diversidad de criterios del último defensor no logra constituir fuerza suficiente para censurar un proceso... "10.

En este asunto, la Defensora recurrente cuestiona la estrategia empleada por quien representó los intereses de las procesadas antes de su intervención y en particular por cuanto se limitó a asesorarlas en el allanamiento, pero no dijo ni demostró en qué se afectó los derechos de aquellas, quienes capturadas en flagrancia decidieron aceptar la responsabilidad por los cargos formulados en su contra en la imputación, lo cual se evidencia de las audiencias del 23 de febrero y 14 de mayo de 2013, en las que tanto la Juez con funciones de control de garantías, en la primera, como la Juez con funciones de conocimiento, en la segunda, interrogaron a YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ y verificaron que se trataba de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asesorada por la defensa, como lo ordena el artículo 131 de la ley 906 de 2004, pues ellas de manera expresa manifestaron entender la imputación y aceptaron su responsabilidad sin condicionamiento alguno a pesar de conocer sus consecuencias sin que se pueda vislumbrar que el Defensor las haya obligado a dar el asentimiento, y donde la dinámica de Defensa corresponde a la del rol que desempeñó, atendiendo la situación fáctica y calificación jurídica dada a conocer en la imputación, a los elementos materiales de prueba que se enunciaron y a la captura en flagrancia.

De otra parte la recurrente cuestionó al Defensor por su pasividad en la audiencia de individualización de pena y sentencia, pero como se percata de la audiencia del 14 de mayo de 2013, el Defensor expresamente señaló que las acusadas no le habían dado a conocer sus particularidades sobre sus condiciones individuales, familiares, sociales, y modo de vivir porque no las había vuelto a ver desde la formulación de la imputación, por lo que le solicitó al Juzgado le permitiera dialogar con las mismas y luego pidió que se le interrogara sobre el particular a la progenitora de una de ellas y finalmente se dio a conocer las condiciones de cada una de las procesadas de acuerdo a lo que ellas indicaron; no pudiendo ser otra la intervención del señor Defensor, ni mucho menos la recurrente informa de qué otra forma hubiese podido hacer una defensa proactiva,

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de abril de 2007, rad. 25889, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

tan solo que omitió solicitar el reconocimiento de los sustitutos, pero no por esto se puede concluir la falta de defensa técnica para anular la actuación, más aún cuando tampoco la recurrente reclamó los subrogados ni demostró la procedencia de los mismos.

Por lo tanto, la Sala no invalidará la actuación por falta o deficiente defensa técnica en la representación que tuvieron las procesadas en la audiencia de formulación de imputación y allanamiento a cargos, y en la de individualización de pena y sentencia.

2.2.- De la atenuación punitiva prevista en el artículo 268 del C.P. en el caso concreto.

El artículo 268 del C. P. consagra la circunstancia de atenuación punitiva para el delito de hurto calificado y agravado, entre otros, en los siguientes términos:

“Art. 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.”

En la formulación de imputación en la audiencia del 23 de febrero de 2013, reiterado en la audiencia del 14 de mayo de 2013, la Fiscalía les informó a las procesadas de manera clara la situación fáctica y calificación jurídica de los cargos por los cuales aceptaron su responsabilidad, y sobre los bienes hurtados y su cuantía señaló que se trataba de un IPAD, siete chequeras de diferentes entidades bancarias, y otros documentos personales de la víctima, avaluados en \$1.800.000; e igualmente la Fiscalía les informó en la audiencia de individualización de pena que no tendrían derecho a la disminución de la pena prevista en el artículo 268 del C.P. porque a pesar de no registrar antecedentes penales la cuantía de lo hurtado era superior a un salario mínimo mensual legal

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

vigente¹¹; y YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ de manera independiente manifestaron su aceptación de responsabilidad por dichos cargos.

Así entonces, ninguna objeción fue presentada por las procesadas a la cuantía en que fueron valorados los elementos hurtados, con el allanamiento renunciando a la práctica de pruebas en un juicio oral y contradictorio, por lo que no es procedente la censura de la recurrente sobre la falta de prueba de la cuantía del delito contra el patrimonio económico, no admitiéndose la retractación sobre la aceptación de responsabilidad por los cargos formulados en contra de las acusadas de los cuales hizo parte la cuantía de los bienes sustraídos.

En consecuencia, se confirmará la sentencia condenatoria proferida contra YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ como coautoras del delito de hurto calificado y agravado en cuantía superior a un salario mínimo legal mensual vigente descrito en los artículos 239, 240 numeral 4 y 241 numeral 10 del C.P., conducta punible y responsabilidad de las procesadas de las que la Sala de Decisión ha verificado que existe el grado racional de verosimilitud en la admisión de responsabilidad con los elementos materiales de prueba y evidencia física dada a conocer por la Fiscalía como fundamento de la imputación, la cual tiene una debida correspondencia entre la situación fáctica y la calificación jurídica.

El Fiscal enunció en la formulación de imputación los elementos materiales de prueba, entre estos, el informe ejecutivo sobre la captura en flagrancia, el acta de los derechos de las capturadas, la constancia de buen trato, la identificación de las capturadas, el acta de incautación de los elementos hurtados y álbum fotográfico de los mismos, acta de devolución de dichos elementos, y noticia criminal; explicándole clara y detalladamente el Fiscal a las procesadas que todo lo anterior revelaba que sus conductas se encuadraban en el tipo penal descrito en los artículos 239, 240 y 241 del C.P., y las procesadas previa manifestación de haber entendido los cargos, los aceptaron, sin cuestionamiento alguno a la imputación fáctica y su calificación jurídica, manifestando que estuvieron

¹¹ A partir del minuto 42'30" de la grabación de audio de la audiencia del 23 de febrero de 2013, CD a folio 8, y a minuto 17'49" de la grabación de audio de la audiencia del 14 de mayo de 2013, CD a fl. 26.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

debidamente asesoradas por su defensor sobre las consecuencias por dicho allanamiento.

Los elementos materiales probatorios enunciados en la formulación de imputación, fueron descubiertos plenamente, con lo que se encuentra el mínimo probatorio que demuestra que la aceptación de responsabilidad es verosímil, que la conducta punible existió y que las acusadas fueron coautoras de la misma, por tanto, se tiene el conocimiento para condenar a YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ como coautoras del delito de hurto calificado y agravado, debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia.

De otra parte, la pena fue fijada partiendo del mínimo previsto en la norma, 6 años aumentada en la mitad conforme a los artículos 240 y 241 del C.P., esto es, 108 meses de prisión, a los que se le disminuyó la octava parte, es decir, 13 meses y 15 días, por aceptación de responsabilidad y teniendo en cuenta la captura en flagrancia, conforme a los artículos 351 y 301 del C. de P.P., ley 906 de 2004, quedando en 94.5 meses, a los que le disminuyó la mitad de acuerdo a lo previsto en el artículo 269 del C.P., por la consignación que las procesadas hicieran de \$600.000 como indemnización y teniendo en cuenta que los objetos hurtados fueron recuperados en el momento de la captura, quedando como pena a imponer 42.25 meses de prisión.

La negación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena no fue motivo de impugnación, sin embargo conforme al artículo 63 del C.P. vigente para la fecha en que se profirió la sentencia de primera instancia, como lo dijo el a quo no se reunían los presupuestos porque la pena impuesta es superior a tres años de prisión, y ahora con la modificación de la ley 1709 de 2014 tampoco es procedente porque el delito de hurto calificado por el que se emite la condena está excluido del beneficio por ser uno de los enlistados en el inciso segundo del artículo 68 A del C.P., por lo que para hacer efectiva la pena privativa de la libertad se deberá librar la orden de captura en contra de las procesadas por parte de la primera instancia o del juez que conozca de la ejecución de la pena.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su Tercera Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR LA NULIDAD de la actuación reclamada por la recurrente, y **CONFIRMAR** la sentencia apelada proferida el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil trece (2013) por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja mediante la cual se condenó a YOSHIRA DANIELA CANO PELAEZ y NIYIRETH ANDREA RAMÍREZ GUTIERREZ como coautoras del delito de hurto calificado y agravado, en lo que fue motivo de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- Oportunamente, devuélvase la actuación al Juzgado de primera instancia para lo de su cargo. Contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ÁNGELA MONCADA SUAREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ

Magistrado

CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Magistrada

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ

Secretario

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal