

**M. PONENTE** : **LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**  
**ACTA DE APROBACIÓN** : **014**  
**RADICADO** : **05001 60 00 206 2014 30474**  
**CLASE DE ACTUACIÓN** : **APELACIÓN**  
**TIPO DE PROVIDENCIA** : **SENTENCIA ABSOLUTORIA**  
**FECHA** : **09 DE FEBRERO DE 2017**  
**DECISIÓN** : **REVOCA Y CONDENA**  
**DELITOS** : **HURTO CALIFICADO**

## **PROVIDENCIA**

**PROCESO:** 05001-60-00206-2014-30474  
**DELITO:** Hurto Calificado y Agravado y Daño en bien ajeno  
**CONDENADO:** José Jair Sánchez Atehortua  
Carlos Mario Useche Quintero  
**PROCEDENCIA:** Juzgado 33 Penal Municipal de Medellín  
**OBJETO:** Apelación de sentencia ordinaria.  
**DECISIÓN:** Revoca y condena  
**M. PONENTE:** Luis Enrique Restrepo Méndez

### **REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR**

Medellin

### **SALA DE DECISION PENAL**

**Medellín, nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017).**  
**Aprobado por Acta Nro. 14**

Procede la Magistratura a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de los sentenciados José Jair Sánchez Atehortua y Carlos Mario Useche Quintero, en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre del presente año, por el Juzgado 33 Penal Municipal de Medellín, a través de la cual se les absolvió de la presunta comisión del punible de Hurto calificado.

### **I. ANTECEDENTES:**

Los de orden fáctico fueron narrados por la *a quo* como sigue:

*“El 22 de junio de 2014, siendo aproximadamente las 06:35 horas, mediante llamada de la central de radio se reporta el presunto hurto en un establecimiento de comercio, el que al parecer estaban cometiendo hombres que se movilizaban en un vehículo de placas LYB 508. La patrulla comandada por el Pt. Víctor Manuel Espinoza, se dirigió al sitio y efectivamente constató que el almacén Trofeos Metrolamp ubicado en la calle 53 nro. 54 – 57 se encontraba violentado, con la persiana abierta y los vidrios quebrados. Por ello, procedieron a buscar el carro, encontrándolo en la calle 60 con carrera 55, vía pública, siendo las 06:47 horas, y encontrando en su interior a dos hombres y los siguientes elementos: una caja registradora, una pantalla monitor, una CPU Y \$150.000 en efectivo. Las personas fueron capturadas en situación de aparente flagrancia y puestas a disposición de la autoridad competente.”*

En la audiencia respectiva, ante la Juez 17 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de esta ciudad, la Fiscalía imputó a los capturados la coautoría del punible de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240.1.3 y 241. 10 del C.P.).

Posteriormente la Fiscalía presentó escrito de acusación, recibido el 22 de agosto de 2014, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 25 de marzo de 2015, en el que se les llamó a responder como coautores del punible objeto de imputación.

Agotado el juicio oral y público, procedió la juez a emitir la sentencia absolutoria, al considerar que no se demostró la responsabilidad de los procesados en el delito de hurto calificado y agravado.

La sentencia fue apelada por la Fiscalía.

## **II: LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO**

La primera instancia señaló que en este caso la Fiscalía no logró acreditar que efectivamente fueron los señores José Jair Sánchez Atehortua y Carlos Mario Quintero, los autores materiales del hurto cometido en el establecimiento de comercio Trofeos Metrolamp.

Adujo el fallador que nunca se aportó evidencia de que las placas del vehículo involucrado en el hecho hubieran sido informadas a la policía a través de radio-teléfono, y si ello fuera así, esa individualización del vehículo y sus ocupantes como presuntos autores del hecho, los ponía en el umbral de “*causa probable*”, lo que automáticamente activaba sus derechos, los que se le debieron anteponer a los capturados de manera inmediata por parte de los policiales, situación que al parecer no se dio, pues el patrullero que efectuó el procedimiento le realizó preguntas al conductor del vehículo, sin que le hubiera advertido de su derecho de guardar silencio.

En cuanto a los elementos incautados al momento de la captura, dice que no se hizo una fijación de los mismos, ni mucho menos se identificaron correctamente, de manera tal que no se confundieran con otros elementos de sus mismas características.

Indica que la afirmación de que se encontraron unos elementos y que estos correspondían a los mismos que fueron hurtados, no pasó de ser una falacia argumentativa de petición de principio, pues es un hecho que no se acreditó.

Destaca que tampoco se cumplió por parte de la Fiscalía la carga de demostrar que los presuntos elementos que se encontraron, fueran los mismos de propiedad previa

del establecimiento de comercio Trofeos Metrolamp, pues para ello se debió aportar, a modo de ejemplo, un listado de inventario interno o las facturas de compra de la caja registradora y del computador y su monitor.

Culmina afirmando que tampoco se demostró la existencia del establecimiento Trofeos Metrolamp, ni quienes eran sus propietarios, o quienes ejercían su representación jurídica, ni tampoco si efectivamente la señora Luz Marleny Bedoya laboraba allí, pues solo se cuenta con la declaración en juicio de esta última.

Frente al señor José Jair Sánchez Atehortua, manifestó que a partir de los testimonios traídos por la defensa, se pudo acreditar que dicho ciudadano laboraba haciendo acarreo en su vehículo de manera informal, por lo que surge la duda de si en realidad para el momento del ilícito estaba ejecutando un contrato de transporte o realizando una conducta ilícita.

Por todo lo anterior, estimo el A quo que se presenta una duda que favorece a los implicados, y por ello la expedición de una sentencia absolutoria.

### **III. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO**

Afirma que la existencia de antecedentes correspondientes al mismo delito por el cual hoy se investiga, hace más probable que los procesados estuviesen cometiendo un hurto, pues no puede perderse de vista que los mismos fueron encontrados con parte de los elementos que momentos antes habían hurtado en el almacén Trofeos Metrolamp.

Considera que sí se demostró la conexión entre el hurto y los acusados, habida cuenta de que estos se transportaban en el mismo vehículo que fue visto a pocos metros del establecimiento de comercio, en el cual había dos personas sacando los elementos del almacén, rodante en el cual fueron encontrados los artículos hurtados.

Destaca que no hay porqué desconfiar de la declaración del patrullero Víctor Manuel Espinosa, quien dio cuenta de la forma como se enteró de lo ocurrido, indicando que luego de dirigirse al almacén y encontrar allí vidrios rotos, se dedicó a buscar el vehículo involucrado. Afirma la recurrente que el hecho de que se hubieren presentado algunas contradicciones entre el policial y la señora Marleny Bedoya, obedece a la forma en que cada uno percibió los acontecimientos, ya que en el punto central no hay diferencias.

Estima igualmente, que el hecho de que no se haya aportado el registro de la llamada al 123, no deja sin piso lo manifestado por el patrullero, ya que ningún interés tiene en faltar a la verdad en ese aspecto.

Por otro lado, indica que la circunstancia de que los policías le hicieran algunas preguntas al conductor del vehículo, no convierte la captura en ilegal, ya que son trámites propios del procedimiento.

Frente a los bienes incautados, aduce que la señora Luz Marleny Bedoya los reconoció como los que fueron sustraídos del almacén que ella administra, sin que para ello se requiera que se especifique su marca y serie.

Por último, afirma que la circunstancia de que el señor José Jair se dedique al transporte informal, no lo releva de su responsabilidad, ya que las pruebas lo comprometen, pues el testigo de la defensa solo atina a afirmar que dicho ciudadano fue contratado para un acarreo, pero no supo que más pasó.

Por todo lo anterior, solicita que se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se profiera fallo condenatorio en contra de los procesados, por el punible de hurto calificado y agravado.

#### **IV. NO RECURRENTES**

La defensa del señor José Jair Sánchez Atehortua, manifestó lo siguiente en contraposición con los argumentos de la Fiscalía:

- Que no se demostró que un vehículo haya sido visto en el lugar de los hechos, ya que al juicio no acudió ningún testigo que hubiere observado el rodante en tal lugar.
- Estima que el relato del policial Víctor Manuel Espinoza tiene reducida credibilidad, lo que permite deducir que es falso que le hayan informado de la presencia en el lugar de los hechos del vehículo de placa LYB508, y lo que se dio en este caso fue una simple conjunción de una requisita aleatoria con el evento de la denuncia, situaciones que la policía fusionó.
- Señala que el patrullero Espinoza se inventó la llamada anónima al 123, fantaseó la comunicación desde la central de radio de la policía, como también su presencia en el lugar de los hechos y el hecho de que hubiera visto el número de la administradora en el cartel publicitario del establecimiento de comercio, pues esto último fue desmentido por la propia señora Marlene.
- Que ningún testigo describió físicamente a los dos sujetos que estaban sacando artículos del almacén en un vehículo, para ver si la descripción física o morfológica correspondía o no a los dos procesados, pues pudieron ser otras personas las que cometieron el ilícito, diferentes a los acusados.
- Considera acertada la argumentación del juzgado al advertir que en el presente asunto se presentó una violación del artículo 303 numeral 3° del C.P.P., al no informar a los capturados de manera inmediata el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse.
- Que los elementos incautados no fueron fijados fotográficamente o mediante video, procediendo a entregarlos a la víctima y conservando tan solo un inventario incompleto de los mismos.
- Afirma que no hay testigos directos de la presencia de los acusados en el almacén, por lo que no está demostrado si estos fueron los autores del ilícito, o por el contrario, se trata de otras personas distintas.

Por parte de la defensa Carlos Mario Useche Quintero se dijo lo siguiente:

- Afirma que el hecho de que una persona cuente con antecedentes penales, no puede tenerse como elemento de probabilidad de participación en conductas posteriores.
- Dice que el hecho de que se hubiere interrogado a los acusados antes de proceder a su captura, genera la exclusión de los elementos encontrados, por haberse obtenido los mismos con vulneración a la garantía de no autoincriminación.
- Destaca las contradicciones en que incurrió el policial que realizó la captura con el relato de la señora Luz Marleny Bedoya, en cuanto a la forma en que esta última tuvo conocimiento de los hechos.
- Aduce que los bienes presuntamente recuperados, son diferentes de aquellos que la encargada dijo haber recibido.

En atención a los anteriores argumentos, ambos defensores solicitan que se mantenga la sentencia absolutoria proferida por la primera instancia

#### **IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. Entrará la Sala a resolver las pretensiones del recurrente, advirtiéndose de una vez que la decisión de primera instancia será revocada, por las razones que se exponen a continuación:

Debe decirse inicialmente, que no fue motivo de controversia el hecho de que efectivamente en las primeras horas de la mañana del 22 de junio de 2014, se perpetró un hurto en el establecimiento de comercio Trofeos Metrolamp, local de

donde fueron extraídos varios elementos, luego de violentar una persiana metálica y los vidrios de protección.

Bajo este panorama, los problemas jurídicos que se deben resolver en este asunto son los siguientes: i) Si en el plenario pudo acreditarse que efectivamente los elementos incautados a los acusados el día 22 de junio de 2014, son los mismos que fueron objeto de hurto en el almacén Metrolamp, ii) Si en este caso podemos concluir que se dio la captura en situación de flagrancia de los señores José Jair Sánchez Atehortua y Carlos Mario Useche Quintero, y iii) Si para el caso del señor José Jair Sánchez Atehortua, podemos afirmar que dicho ciudadano sabía y conocía de la procedencia ilegal de los artículos hallados en su vehículo.

Pues bien, frente al primer tema el fallador manifestó que en este caso la Fiscalía no cumplió con su carga de acreditar las características particulares de los elementos hallados al interior del automóvil con placas LYB 508, las cuales permitieran diferenciarlos de otros artículos similares, incluso uno de los defensores fue aún más allá, al afirmar que no se demostró que los bienes entregados a la señora Marleny Bedoya fueran los mismos que se incautaron a los acusados.

A fin de resolver esta primera inquietud, debe recordarse que el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, se refiere a la autenticidad de las evidencias y elementos materiales probatorios en la *etapa investigativa*, en el sentido que han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, estableciendo la *cadena de custodia* como el método idóneo para demostrar esa autenticidad.

La cadena de custodia, como se sabe, es el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales

probatorios y evidencia física. Está conformada, entonces, por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso; se inicia con la autoridad que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, y finaliza con el juez de la causa.

Debe quedar claro igualmente, que la cadena de custodia no la conforman los formatos que comúnmente utilizan los funcionarios que tienen contacto directo con los elementos de prueba, pues estos documentos son suplidos por las personas que en juicio declaran sobre su función dentro de la cadena, ya sean como recolectores, transportadores o custodios de la evidencia.

Por otro lado, también se tiene el caso de que en una actuación no se lleven a cabalidad los pasos que dicta la norma sobre la conservación del elemento bajo cadena de custodia, pero tal situación no significa un obstáculo infranqueable para demostrar que el elemento recolectado en una escena efectivamente sea el mismo que se lleva al juicio.

Al respecto se ha referido la Corte Suprema de Justicia:

“...En sentido contrario, si se trata de un elemento fácilmente identificable por sus características externas, es factible que el investigador pueda asegurar que es el mismo que encontró en la escena, así por alguna razón no se haya cumplido con la obligación constitucional<sup>1</sup> y legal de someterlos al procedimiento de cadena de custodia...”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El artículo 250 de la Constitución Política dispone que es deber de la Fiscalía: “Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 43916 del 31 de agosto de 2016.

El A quo, aunque no adujo directamente una falla en la cadena de custodia, si echó de menos que al juicio no se incorporara una fijación fotográfica o en video de los elementos incautados, manifestando igualmente que no se hizo una descripción pormenorizada de los mismos, sin tener en cuenta que aunque lo primero no se hizo, ello no se tornaba imprescindible para lo que interesaba en la investigación, ya que la primera persona que tuvo contacto con los artículos, el policial Víctor Manuel Espinoza, detalló el lugar y la manera en que fueron hallados los mismos al interior del vehículo con placas LYB 508, identificándolos plenamente a través de sus características particulares de marca y referencia.

Lo anterior se confirma con la declaración del mencionado funcionario, quien en el minuto 45:54 de su declaración, dejó en claro que fue lo que se incautó, leyendo el acta contentiva de la descripción de los artículos:

“En la ciudad de Medellín a los 22 días del mes de julio de 2014, siendo las 6 y 50 horas, el funcionario de policía patrullero Víctor Manuel Espinoza, en presencia del señor Carlos Mario Useche Quintero, cédula 15.347.973 expedida en Sabaneta, quien actúa como poseedor o tenedor del elemento, se procedió a la incautación de los elementos que a continuación se relacionan así:

- Una caja registradora color beige, marca LG, modelo 22M35AA, serie 312NDNU45079 en regular estado, con dos cables para el mismo.
- Una CPU color negro marca Terstake (sic)
- Ciento cincuenta mil pesos en efectivo.”

Con lo anterior, resulta inaceptable el argumento de la primera instancia, al señalar que ante la falta de fijación fotográfica de los artículos, no sabía si la registradora objeto de incautación podía ser de las utilizadas en el “Éxito” o en “Mimos”, posición evidentemente desafortunada, pues lo cierto es que los elementos incautados si fueron plenamente identificados por sus características, al punto de poder diferenciarlos de cualquiera otros.

Otra situación que el A quo y los recurrentes consideraron sin respuesta, pero que la Sala advierte demostrada, es el hecho de que los elementos incautados hubieran

sido los mismos que se entregaron posteriormente a la señora Luz Marleny Bedoya García, situación que se acreditó plenamente a través del testimonio de esta última, quien detalló cuales fueron los artículos que le fueron devueltos por el agente Espinoza, para lo cual leyó el documento por ella firmado y al cual se le denominó “*acta de entrega*”, resultando estos plenamente coincidentes con los que fueron objeto de incautación y asegurando la testigo que efectivamente se trataba de los elementos que hacían parte de la dotación del almacén Metrolamp desde hacía nueve años.

También señaló la primera instancia, con el fin de excluir de la actuación el acta de incautación y restar valor probatorio al hecho del hallazgo de los elementos, que los policiales que participaron en el procedimiento interrogaron a los acusados antes de proceder a su captura, situación de la cual, adujo, se puede inferir una violación de sus derechos fundamentales, pues ya existía una “*causa probable*” de que estos ciudadanos fueran los autores del ilícito que se había cometido minutos antes en el almacén Metrolamp.

Estima la Sala que la anterior afirmación es una interpretación completamente errónea, a más de salida de toda proporción, pues aunque el agente Víctor Manuel Espinoza efectivamente manifestó que realizó unas preguntas a los señores José Jair Sánchez Atehortua y Carlos Mario Useche sobre los elementos que aquellos transportaban en el vehículo, estas finalmente no fueron más allá del ámbito de su ejercicio policial de actividad preventiva, y ello no puede ser considerado como un interrogatorio, tal y como lo asimilaron los defensores y el fallador, ya que aunque los gendarmes estaban buscando un vehículo a través del número de una placa, esa era una información que provenía de una fuente anónima que requería de verificación, por lo que no era viable que los policiales al observar estos elementos en el automotor establecieran inmediatamente que eran esos los hurtados previamente del almacén Metrolamp y procedieran automáticamente con la captura, siendo necesario que, previo a ello, constataran de manera general con los ocupantes

del vehículo la posible procedencia de estos artículos, pues ante una información tan precaria y anónima, también cabía la posibilidad de que los hoy acusados justificaran informalmente en ese momento la tenencia de tales elementos, los cuales en su esencia no comportaban un carácter ilegal.

Así, aunque se tenía conocimiento por parte de los policiales de la ocurrencia del hurto, lo cierto es que para ese momento tan primigenio no se sabía a ciencia cierta quienes eran sus autores, ni sus identidades, y el solo hecho de tener una pista anónima del automotor que fue visto en la escena del reato no convertía instantáneamente a sus ocupantes en indiciados, y es por ello que surgen completamente justificadas las pocas preguntas generales que los gendarmes pudieron hacerle a los acusados sobre la procedencia de los artículos que transportaban, pues de lo contrario hubieran podido realizar una captura, esa sí, sin fundamento alguno para ello.

Todo lo anterior nos lleva a internarnos en la solución del segundo problema jurídico, esto es, la captura en flagrancia de los hoy acusados, ya que, a partir del testimonio rendido por el patrullero Víctor Manuel Espinoza, no encuentra dudas la Sala de que los elementos descritos en el acta de incautación fueron encontrados en poder de los aquí acusados el día 22 de junio de 2014, y con el relato vertido por la señora Luz Marleny Bedoya, se acreditó que estos artículos fueron los mismos que se sustrajeron violentamente del local de comercio Metrolamp, sin que la defensa hubiera introducido al debate elementos suasorios que permitieran sugerir lo contrario.

En este punto se debe decir que no es de recibo la exigencia que hace el *A quo* al requerir “*un listado de inventario interno o facturas de compra de la caja registradora y del computador*”, con el fin de demostrar la pre-existencia de los artículos y su propiedad, pues con ello desconoce de manera directa la libertad

probatoria que rige en nuestro sistema penal, imponiendo una tarifa legal al testimonio vertido por la señora Luz Marleny Bedoya García, quien fue clara al manifestar que dichos elementos hacían parte del almacén que ella administraba, pues precisamente eran sus herramientas de trabajo desde hacía muchos años, afirmación que no fue desvirtuada por ninguna otra prueba incorporada al juicio.

Igual situación sucede con otro desafortunado argumento del juez, al afirmar que no se demostró la existencia del establecimiento Trofeos Metrolamp y quienes eran sus propietarios, desechando sin más justificación que su propio criterio el testimonio de la administradora Luz Marleny Bedoya, quien en su relato describió ampliamente quienes eran los dueños del local comercial, desde hace cuánto laboraba allí y su función dentro de la empresa.

En cuanto a la figura de la captura en flagrancia, la Corte Suprema de Justicia en su Sala penal señaló lo siguiente:

“...la definición que al respecto traía el Código de Procedimiento Penal anterior, y la actual del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, conllevan a que la flagrancia se vincule necesariamente a la captura del autor del hecho, pues ‘hoy en día la tesis según la cual era perfectamente viable que se presentara el fenómeno de la flagrancia, entendida como evidencia procesal, sin su correlativo de la captura como su consecuencia, ya no es predicable’ (fallo de casación de 18 de abril de 2002. Radicación 10194), toda vez que de acuerdo con la última normatividad en cita, se entiende que hay flagrancia cuando:

- “1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él”.

“Como se ve, en todos los eventos el sorprendimiento de la persona está inescindiblemente ligado a la captura y en cada uno de ellos se establece una diferencia temporal de menor a mayor, en todo caso limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito y a la posibilidad de predicar la

identificación y consecuente autoría del aprehendido; circunstancia que a su vez, frente a cada una de las situaciones planteadas conlleva a unas determinadas exigencias valorativas que compete hacer al Juez.

“En el primer caso, el sorprendimiento es concomitante a la captura, en tanto que se ejecuta al momento de cometer el delito. Esta situación resulta evidencia de difícil controversia frente a la identificación e individualización del autor, independientemente de las razones que puedan o permitan explicar su comportamiento.

“En el segundo caso, a la persona también se le sorprende cometiendo el delito, sólo que la captura no ocurre en ese preciso momento, sino inmediatamente después, y como consecuencia de la persecución o voces de auxilio de quien presencia el hecho, pues sabe quién es el autor y cuál es su identificación o las señales que lo individualizan.

“El tercer supuesto hace referencia a un sorprendimiento posterior a la comisión del hecho. Aquí la captura no tiene una actualidad concomitante a su ejecución puesto que no se requiere que alguien haya visto a su autor cometiendo el delito, sino que son los objetos, instrumentos o huellas que tenga en su poder, los que permiten concluir ‘fundadamente’, esto quiere decir, con poco margen de error, que ‘momentos antes’ lo ha cometido o participado en él.

“Tales eventualidades, que constituyen algunas de las excepciones al principio de reserva judicial de la libertad personal previsto en el artículo 28 de la Carta Política, están condicionadas evidentemente a la ocurrencia de ciertas circunstancias, cuya comprobación ante el Juez corre a cargo de la Fiscalía, como que, una vez realizada la captura por el particular o la autoridad y presentado el informe respectivo al ente acusador, con fundamento en ello ‘o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público’ (art. 302, Ley 906 de 2004)”.<sup>3</sup>

Aquí es evidente que entre la comisión de la conducta punible que atentó contra el patrimonio económico de los propietarios del almacén Metrolamp y la aprehensión de los acusados, no medió solución de continuidad, pues tal y como lo narró el policial Espinoza, este recibió el reporte radial de la novedad siendo las 6:35 horas, arribando al lugar del hecho tres minutos después, y encontrando a los señores Sánchez Atehortua y Useche Quiceno en poder de los artículos hurtados a las 6 y

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia. Radicado 25136 del 30 de noviembre de 2006.

47 minutos, constatándose con lo anterior el ínfimo espacio de tiempo que transcurrió entre la ejecución del reato y la captura de los aquí implicados.

Bajo estos presupuestos, no entiende la Sala como la primera instancia señaló que “*no hay conexión mental y ontológica*” entre las personas aprehendidas y los autores del ilícito, cuando ese nexo es evidente en la investigación, pues aunque los defensores han querido resaltar que José Jair Sánchez Atehortua y Carlos Mario Useche Quintero no fueron vistos por ningún testigo en la escena del crimen, la circunstancia de su captura pocos minutos después de cometido el reato, en poder de los artículos hurtados, los vincula directamente con el hecho delictivo.

Cabe resaltar que aunque la defensa de Sánchez Atehortua señaló que existía una “*buena distancia*” entre el almacén Metrolamp, ubicado en la calle 53 nro. 54 – 57, y el lugar de la aprehensión, calle 60 con carrera 55, lo cierto es que entre ambos puntos solo existen menos de diez calles, trayecto que perfectamente puede ser recorrido en poco menos de diez minutos a bordo de un automóvil, dado que el hecho se cometió en las primeras horas de la mañana del día domingo, cuando las calles de la ciudad gozan de poco tráfico vehicular.

Es de destacar que en casos como el que nos ocupa, donde el sorprendimiento es posterior a la comisión del hecho, se tiene que la captura no tiene una actualidad concomitante a su ejecución, por lo que no se requiere que alguien haya visto a su autor cometiendo el delito, sino que son los objetos, instrumentos o huellas que tenga en su poder, los que permiten concluir “*fundadamente*”, esto quiere decir, con poco margen de error, que “*momentos antes*” lo ha cometido o participado en él.

Otros de los puntos destacados por la primera instancia y los defensores para desacreditar el testimonio del policial Victor Manuel Espinoza, y de paso crear

dudas frente a la manera en que se realizó el procedimiento, pueden resumirse en lo siguiente:

- Que no se demostró que efectivamente las placas del vehículo en que presumiblemente se transportaban los artículos, fuera informada a través de los radios de la policía.
- Que existen contradicciones entre lo dicho por el policial Espinoza y la señora Luz Marleny Bedoya, frente a la manera en que esta última se enteró de lo que había pasado en el local comercial, lo cual disminuye la credibilidad del gendarme que dio cuenta del operativo.

Frente al primer punto, debe señalarse que se trata de un argumento que no se compadece con el conjunto probatorio arrojado al proceso, pues es evidente que para que el señor Espinoza localizara el vehículo que presumiblemente había sido visto en el sitio de los hechos, debía tener unas características mínimas del mismo, en este caso un número de placa, y el hecho de que la Fiscalía no hubiera arrojado al proceso una transcripción de la comunicación radial, como al parecer lo exigió el juzgado, no es obstáculo para dar por acreditada esta situación.

En cuanto al segundo tópico, advierte la Sala que efectivamente en este asunto se presentó una contradicción entre lo dicho por el patrullero Víctor Manuel Espinoza y la señora Luz Marleny Bedoya, pues el primero dijo haber llamado directamente a la segunda para informarle del evento cometido en el establecimiento, mientras la segunda manifestó que la llamada se la hizo uno de los vigilantes del sector, a quien le había proporcionado el número telefónico de su residencia.

La anterior situación fue utilizada por los defensores, y en algunos apartes por el juzgado, para tratar de inferir que todo el testimonio del mencionado funcionario era una falsedad, argumento que no comparte la Sala, pues se trata de un evento tangencial al punto central de la investigación, ya que lo cierto es que la administradora Luz Marleny sí hizo presencia en el almacén Metrolamp para

enterarse personalmente de lo que había sucedido en su negocio, certificando que efectivamente el local se encontraba violentado y se habían sustraído algunos artículos.

Así, surge intrascendente quién fue la persona que se comunicó telefónicamente con la señora Bedoya para informarle del suceso, pues lo que interesa es que la llamada de alerta sí se dio, y fue por ello que dicha ciudadana se dispuso inmediatamente a desplazarse hasta el sitio de los hechos, percibiendo con sus propios ojos la magnitud del daño producido en el lugar, hecho que fue plenamente demostrado en el plenario.

Tampoco se puede afirmar que esta contradicción demerite la credibilidad de los testigos antes mencionados, pues se debe tener en cuenta que la señora Luz Marleny Bedoya dio muestras de marcada falta de memoria en algunos aspectos accesorios de la actuación, ya que no recordaba ni siquiera haber rendido una entrevista en la Fiscalía posterior a su denuncia, y solo ante la exhibición de este documento en juicio lo reconoció, brindando el siguiente relato:

“...Preguntada por la defensa: Recuerda haber rendido la entrevista en este momento, después de la lectura, o no lo recuerda. Contesta: ¡ay!... lo que pasa es que yo estaba muy asustada, muy asustada, yo llegué al lugar, como pues igual yo estaba respondiendo por el negocio, y me asusté mucho, yo inmediatamente me fui para la Fiscalía a poner el denuncia, independiente quien me dijo quien no me dijo yo no paraba bolas...”

Es por ello que aunque no quedó claro quien fue la persona que llamó a la señora Luz Marleny para avisarle del hurto, el vigilante de la zona o un policía, esto no deja de ser una situación meramente accesorio, pues de la verificación de este evento no se desprende la demostración de los puntos centrales del debate, que no son otros que la materialidad del hurto cometido en el almacén Metrolamp, y la aprehensión pocos minutos después de los dos acusados en poder de los artículos que precisamente eran los mismos que habían sido objeto de sustracción.

Ahora, la defensa pretendió introducir una coartada en favor del señor del señor José Jair Sánchez Atehortua, al señalar que al parecer este era un simple

transportador de acarreos de la plaza minorista, y que precisamente para el momento de la aprehensión ejecutaba dicha labor, por lo cual no tenía conocimiento de la procedencia ilícita de los elementos hallados al interior de su vehículo.

Sobre la demostración del dolo, o conocimiento de la ilicitud de la acción y voluntad de llevarla a cabo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció de la siguiente manera, dentro del radicado 37462 de 2014, M.P María del Rosario González Muñoz:

“En cuanto se relaciona específicamente con el dolo, es claro que por tratarse de un proceso interno, de naturaleza mental o psíquica, por lo regular no es perceptible o palpable a través de medios de prueba directos (testimonio, confesión, documento, etc.), siendo su fuente común de prueba la indiciaria, lo cual no quiere decir que sea imposible de probar, toda vez que puede evidenciarse a través de los actos externos que despliega el agente y en general, de **la suma de circunstancias que rodearon el hecho**, de suerte tal que nada impide que con los mismos elementos con los que se encuentra acreditada la subsunción del comportamiento en la norma (tipicidad) y la contrariedad del mismo con el bien que protege el legislador (antijuridicidad), también pueda inferirse con la observancia de los postulados de la sana crítica el conocimiento y voluntad del sujeto activo en la realización de la conducta punible.”

Así, atendiendo las anteriores precisiones dogmáticas, debe señalar la Sala que la tesis defensiva se cae por sí sola al valorar la prueba en su conjunto, pues la llamada de alerta que se hizo a la policía para informar del hurto, informaba de la presencia en el mismo sitio de los hechos del Renault 9 de placas LYB 508, y aunque este reporte provino de una fuente anónima, lo cierto es que fue corroborado plenamente al encontrar los artículos hurtados al interior de este automotor.

A lo anterior se suma que de conformidad con lo manifestado por la señora Luz Marleny Bedoya, se tiene que para ingresar al almacén Metrolamp, los asaltantes forzaron un candado exterior, traspasaron la persiana metálica y rompieron los vidrios de seguridad, por lo que no queda duda de que el señor Sánchez Atehortua, al ser el conductor del vehículo en el que se ejecutó el hecho, situación que este nunca negó, tuvo total conocimiento de la ilegalidad de su actuar y pleno dominio de la conducta punible, pues es inconcebible que tal violencia sobre las cosas

utilizada para el desapoderamiento, no hubiera sido por él percibida dada su presencia en el sitio de los acontecimientos, todo lo cual se aúna a que su captura se dio pocos minutos después de ocurrido el incidente, situación que lo vincula directamente como uno de los coautores del delito investigado.

Por todo lo anterior, considera la Sala que en el presente asunto se puede predicar, sin lugar a dubitaciones, que los señores José Jair Sánchez Atehortua y Carlos Mario Useche Quintero, son los ejecutores materiales del hurto cometido en el almacén Trofeos Metrolamp el día 22 de junio de 2014, pues es evidente que ambos sabían y conocían la ilicitud de su actuar, motivo por el cual la sentencia absolutoria será revocada, y en su lugar se impartirá fallo de condena en contra de dichos ciudadanos por el punible objeto de acusación, esto es, hurto calificado y agravado.

#### **V. TASACIÓN DE LA PENA**

Teniendo en cuenta que el fallo absolutorio, como se vio, ha sido revocado por esta Sala, en aras de garantizar todos los derechos de los procesados y de la víctima, se abrió la oportunidad procesal para dar la palabra a las partes presentes a efectos de que se pronuncien sobre los aspectos previstos en el artículo 447 del C. de P. P.

En ese sentido la Fiscalía manifestó que se encuentra plenamente establecida la identidad de los procesados, haciendo hincapié en que el delito por el cual se les investiga no da lugar a beneficios de suspensión condicional de la ejecución de la pena ni prisión domiciliaria.

Por su parte la defensa del señor José Jair Sánchez Atehortua, solicitó que la pena a imponer se ubique en el primer cuarto y se imponga el mínimo allí establecido. Manifestó igualmente que teniendo en cuenta que la sentencia absolutoria fue revocada, se debe reconocer a los acusados el derecho a reparar a la víctima de conformidad con el contenido del artículo 269 del Código Penal.

La defensa del señor Carlos Mario Useche Quintero manifestó que adhiere a los argumentos de su colega, poniendo en conocimiento de la Sala que su defendido se encuentra actualmente recluso en la Cárcel de Itagüí.

Establecido lo anterior, se tiene que la Fiscalía acusó por el delito de hurto calificado: por haberse cometido con violencia sobre las cosas (artículos 239 y 240 numeral 1° del CP), con pena de prisión de 6 a 14 años (72 a 168 meses); y, agravado por el numeral 10 del artículo 241 ibídem (por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado cometer el hurto), que aumenta la pena de la mitad a las tres cuartas partes, esto es, de 108 a 294 meses.

En atención a lo preceptuado en el artículo 61 del CP, corresponde dividir el ámbito de movilidad en cuartos, resultando los siguientes: un cuarto mínimo de 108 a 154.5 meses, cuartos medios entre 154.5 meses 1 día a 247.5 meses; último cuarto de 247.5 meses 1 día a 294 meses.

Así, para el caso del señor Carlos Mario Useche Quintero, no concurren circunstancias genéricas de mayor punibilidad, obrando una de menor por la carencia de antecedentes penales, y en relación con Sánchez Atehortua, no hay atenuantes ni agravantes, por lo que en ambos casos, debemos movernos dentro del cuarto mínimo, es decir, entre 108 y 154.5 meses.

Seguidamente deviene hacer la ponderación conforme a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Partiendo de lo anterior, estima la Sala precedente asignar para ambos ciudadanos, la pena mínima, ya que la acción cometida por los acusados no fue más allá de la gravedad propia de este tipo de conductas punibles, siendo la sanción a imponer a los señores José Jair Sánchez Atehortua y Carlos Mario Useche Quintero de ciento ocho (108) meses de prisión.

Teniendo en cuenta que la defensa allegó constancias de que la víctima en estos hechos fue totalmente reparada por los perjuicios ocasionados con el ilícito, se dará aplicación a la figura post- delictual contenida en el artículo 269 del Código Penal, dejando en claro que los acusados no son merecedores a la máxima rebaja allí contenida, dado el tardío momento procesal en el que se produjo la indemnización de los daños.

Por lo anterior, la pena de 108 meses será disminuida en la mitad, para una sanción definitiva de 54 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por idéntico al término.

## **VI. SUBROGADO PENAL Y PRISIÓN DOMICILIARIA**

Ninguno de estos institutos resulta procedente atendiendo a la prohibición que trae el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, en el cual consagra el punible de hurto calificado dentro del catálogo de prohibiciones de subrogados, situación en la que se encuentran precisamente los condenados. Se librá la respectiva orden de captura.

Por lo anterior, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución, **REVOCA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados para en su lugar:

**PRIMERO: CONDENAR** a los señores José Jair Sánchez Atehortua y Carlos Mario Useche Quintero, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena de CINCUENTA Y CUATRO (54) MESES DE PRISIÓN, al ser declarados autores materiales y penalmente responsables del punible de hurto calificado y agravado, en los términos en que se discurrió a lo largo de esta decisión.

**SEGUNDO: CONDENAR** a los sentenciados a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión.

**TERCERO. NEGAR** a los sentenciados la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria por las razones expuestas en esta decisión. En consecuencia, líbrese la respectiva orden de captura.

Esta providencia queda notificada en estrados y en aplicación del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup> contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**

**MAGISTRADO**

---

<sup>4</sup> Entre otras las decisiones con radicados 38.005, 45.382, 37.858, 48.012 y 48.442 todas del año anterior.

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

**MAGISTRADO**

**NELSON SARAY BOTERO**

**MAGISTRADO**