

PROCESO: 05001-60-00206-2014-51467
DELITO: Hurto Calificado y Agravado y Porte Ilegal de Armas
CONDENADO: Jonathan A Giraldo Rivera y Stevent A Diossa Hoyos
PROCEDENCIA: Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia por preacuerdo.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISION PENAL

**Medellín, quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016).
Aprobado por Acta Nro. 81.**

Procede la Magistratura a resolver los recursos de apelación interpuestos por el delegado de la Fiscalía y el defensor de los sentenciados Jonathan Adolfo Giraldo Rivera y Stevent Alexander Diossa Hoyos, en contra de la sentencia proferida el 5 de febrero pasado por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín, a través de la cual se les halló penalmente responsables como coautores del concurso de conductas punibles de Hurto Calificado y Agravado y Porte Ilegal de Armas.

I. ANTECEDENTES:

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

El 24 de octubre de 2014, el señor Abiezer Muñoz Rendón, se presentó a la ciudad de Medellín en compañía de su hijo Gerardo Aníbal Muñoz Ochoa y su esposa para formalizar la compra de un vehículo automotor con el señor Hernán Zacarías González, en razón de lo cual, los

mencionados se desplazaron hasta el Banco Agrario sucursal Alpujarra, y retiraron la suma de veinte millones setecientos mil pesos (\$20.700.000), que fue entregada al vendedor como pago del precio del bien mueble, quien lo guardó al interior de un bolso que llevaba consigo.

Realizada la transacción, el grupo de personas salió de las instalaciones bancarias y abordaron el vehículo del señor Hernán Zacarías, quien conducía con dirección a su oficina para finalizar con el papeleo relacionado con la compraventa, pero a la altura de la carrera 52 con calle 36, zona centro de la ciudad de Medellín, fueron abordados por dos hombres que se desplazaban en una motocicleta, que con un arma de fuego rompieron el vidrio de la puerta del conductor, y en forma violenta exigieron que entregaran el bolso con el dinero, sin embargo, en razón de la resistencia que opusieron los tripulantes del carro, los asaltantes dejaron caer el revólver dentro del vehículo, no obstante abrieron la puerta trasera del carro y uno de ellos haló el bolso con el dinero y salió corriendo, el cual fue perseguido por Gerardo Aníbal Muñoz Ochoa y Hernán Zacarías González, quienes le dieron alcance y se recupera el botín.

La ciudadanía sometió a uno de los asaltantes en el acto y lugar, que respondió al nombre de Stevent Alexander Diossa Hoyos, mientras el segundo, que intentó huir con el dinero, fue identificado como Jonathan Adolfo Giraldo Rivera y fue capturado algunas cuadras después por obra de las víctimas, con el apoyo de la ciudadanía y posteriormente entregado a las autoridades.

En la audiencia respectiva, ante la Juez 22 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de esta ciudad, la Fiscalía imputó a los capturados la coautoría de los punibles de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240.2 y 241. 10 del C.P.) en concurso con porte ilegal de armas agravado (art. 365.1.5 *ibídem*).

Posteriormente la Fiscalía presentó escrito de acusación fechado 2 de diciembre de 2014, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 15 de enero de 2015, en el que se les llamó a responder como coautores de los punibles objetos de imputación.

Agotado el juicio oral y público, procedió la juez a emitir la sentencia condenatoria al considerarlos penalmente responsables como coautores de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa, en concurso con porte ilegal de armas, imponiendo a cada uno de ellos una pena de 240 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 250 meses y la prohibición del uso de armas por un lapso igual al de la pena de prisión; negó la suspensión de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria.

La sentencia fue apelada por la Fiscalía y la defensa.

II: LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La *a quo* otorgó plena credibilidad a los testigos de cargo, representados por los compradores y el vendedor de un vehículo que, a fin de perfeccionar el contrato, sustrajeron el dinero del banco y luego, cuando se desplazaban en el vehículo del vendedor fueron abordados en un semáforo por dos sujetos, quienes portando una arma de fuego los intimidaron y despojaron del dinero, mismo que fue recuperado en el acto por uno de los ofendidos, y las capturas de sus agresores perfeccionadas por él y otros ciudadanos. Se trata de testigos directos quienes declararon sin duda alguna sobre lo ocurrido y las identidades de los acusados, sin que se haya demostrado razón alguna para cuestionar sus manifestaciones.

Consideró insuficiente la manifestación de la defensa sobre el carácter contradictorio de las atestaciones rendidas por los ofendidos, pues dejó de exponer en qué consistieron esas contradicciones.

La *a quo* resaltó el relato que hicieron las víctimas Muñoz Ochoa y González Rúa sobre comportamientos sospechosos de algunas personas al interior del banco donde se extrajo el dinero, lo que enlazó con el comportamiento de los acusados, a

lo cual añadió el hecho de que Giraldo Rivera cuenta con un antecedente penal por conducta semejante.

A idéntica conclusión arribó la *a quo* en punto de la estructuración del punible contra la seguridad pública. Demeritó el intento de la defensa por desacreditar la existencia del arma con una llamada anónima que anunció a las autoridades la ocurrencia del hecho sin mencionar la presencia y utilización de un arma, pues su poder suasorio se ve menguado ante las declaraciones de testigos directos del hecho, ello, en razón a que se trataba de una persona lejana al sitio exacto de ocurrencia del asalto, lo que le impedía observar aspectos específicos, más allá de la descripción general del incidente. Además, la experiencia enseña que una empresa criminal de esa entidad no se asume sin armas, sobre todo cuando se desconoce si las víctimas cuentan con alguna para defenderse. En su opinión dicho elemento debió existir para romper el vidrio del vehículo donde se desplazaban las víctimas.

A la *a quo* no le mereció ningún reparo la cadena de custodia sobre el arma, pues fue elaborada por el primer respondiente con el lleno del protocolo que rige la actividad.

Finalmente entendió que el hurto solo alcanzó el grado de tentativa, en la medida en que no basta el desapoderamiento del bien, pues se exige que la víctima pierda su poder de disposición, objetivo criminal que se logra con la sustracción de su ámbito de dominio. En el *sub lite*, cuando Jonathan accedió al bolso con el dinero, González Rúa lo siguió de cerca, sin perderlo de vista, logrando alcanzarlo, de allí que no pueda pregonarse la consumación del hurto.

III. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

1.La Fiscalía apeló la decisión en punto del carácter tentado del hurto que concluyó la judicatura y sustentó su inconformidad en términos que se sintetizan como sigue:

En su sentir, los hechos demuestran el desapoderamiento. Lo anterior porque Jonathan Adolfo sustrajo el bolso, lo arrebató a Aníbal Muñoz y se alcanzó a alejar una o dos cuabras antes de ser alcanzado y retenido por la víctima. En su opinión basta el acto de arrebato del bien para entender consumado el hurto, pues la víctima al ser despojada deja de estar en dominio del bien, la capacidad de disposición pasa al delincuente. En opinión de la recurrente resulta trascendente para solucionar la discusión, considerar que la víctima conducía el automotor, mientras Jonathan tomaba el dinero que estaba a su espalda, bajo su silla, lejos de su alcance.

En razón de lo anterior la sentencia debe ser modificada en el sentido de proferir la condena por hurto consumado.

2. El defensor sustentó su inconformidad en los siguientes términos:

En su opinión los testigos de cargo se contradicen sobre la existencia del arma, porque por ejemplo, Hernán Zacarías dijo que el revólver cayó al lado del asiento del conductor, mientras que Muñoz Rendón dijo que cuando dicho elemento cayó, él se lo metió en la pretina del pantalón. Esa contradicción impide dictar fallo de condena.

El arma de fuego no fue recaudada en el lugar de los hechos, fue manipulada por tres personas antes de entregarla al policía que la sometió a cadena de custodia; además en el juicio se estableció que no fue fijada rotulada y embalada en los términos de ley.

En su opinión no existió plena certeza más allá de la duda sobre la existencia del arma.

No se explica la razón para que los afectados no entregaran el arma inmediatamente a los uniformados que atendieron el caso. Además, del resultado de la prueba científica que indagó sobre la presencia de huellas en el arma se concluye que sus apadrinados no la portaron.

En relación con la pena, criticó que la *a quo* haya partido de 110 meses para el hurto y no de 72 como era debido, calificando de desacertado el argumento que dedujo en el sentido de imponer 110 meses dada la cercanía a la consumación del reato. En ese orden criticó que se valorara la intención, en cabeza de los acusados, de consumir el delito. En su opinión la *a quo* no tenía opción distinta a partir del mínimo, 72 meses.

La *a quo* se equivocó al considerar la agravante específica de la coparticipación, en punto del porte de armas, pues la Fiscalía la excluyó de la acusación en la audiencia respectiva. Con su actitud desconoció la prohibición de doble incriminación.

La *a quo* consideró que el vidrio del rodante no podría haberse roto sino con el arma, pero en el juicio no se demostró siquiera que el vidrio estuviera roto.

Trascribió apartes del manual de cadena de custodia de la Fiscalía para destacar que en el *sub examine*, no se recogió la evidencia en el lugar de los hechos, ni se embolsó en una bolsa. Lo que en su opinión significa que no se demostró la existencia del arma.

Finaliza pidiendo la absolución de sus patrocinados por el delito de porte ilegal de armas y la reducción de la pena por la tentativa de hurto.

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 acusador y del defensor, advirtiéndose de una vez que la decisión de primera instancia será confirmada, en el sentido de rechazar las pretensiones de la defensa, aunque modificada porque se accederá a la pretensión fiscal, por las razones que se exponen a continuación:

3. En punto de los reparos planteados por la defensa recurrente, relacionados con la valoración probatoria de la *a quo*, en particular sobre la estructuración del punible contra la seguridad pública, la Sala debe manifestar que la prueba de la Fiscalía no pudo ser más clara y contundente. En efecto, la Sala advierte que las declaraciones rendidas en juicio por Hernán Zacarías González Rúa, Abiezer Muñoz Rendón y Gerardo Aníbal Muñoz Ochoa en calidades de testigos presenciales de los hechos, son absolutamente coincidentes y coherentes desde las perspectivas interna y externa. A continuación las razones de este aserto:

3.1 Tal como lo planteara la *a quo* en la decisión que se revisa, la defensa en sus alegaciones finales, a pesar de afirmar que las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos eran contradictorias entre sí, dejó de citar siquiera un ejemplo de tales contradicciones, con el cual sustentar su afirmación. Esta omisión trató de enmendarla en el escrito de sustentación de su inconformidad, efecto para el cual citó una supuesta contradicción entre aquellos deponentes, que en realidad no existe tal como se verifica luego de otear el contenido de la prueba. Veamos:

La defensa dijo que entre Hernán Zacarías González Rúa, vendedor del vehículo por el cual recibió el dinero objeto del hurto y Abiezer Muñoz Rendón, comprador del mismo y quien le entregó al anterior el mencionado dinero, existía contradicción

en punto del arma con que se perpetró el reato. Ello, en razón a que el primero de los mencionados, el vendedor, dijo que el arma quedó al lado del asiento del conductor, al interior del rodante de su propiedad en el que se desplazaban, mientras que el segundo dijo que cuando el arma cayó, él se la metió en la pretina del pantalón, contradicción que en su opinión impedía proferir fallo de condena por este reato.

Esta afirmación, además de algo incoherente, pues por sí misma no refleja una contradicción, corresponde a una versión incompleta de la verdad. Veamos las razones de este aserto:

Hernán Zacarías González Rúa, en sede del juicio oral sobre el particular señaló que cuando fueron interceptados por tres sujetos en dos motos, uno de ellos rompió el vidrio del conductor con la cacha del revólver, elemento con el que lo amenazó y con palabras soeces le pidió el dinero retirado del banco, acción en desarrollo de la cual introdujo su mano con el arma al carro, todo ello, mientras un segundo atacante abrió la puerta de atrás y esculcó buscando el bolso con el dinero, momento en que se presentó un forcejeo entre el señor que iba a su lado -Abiezer Muñoz- y el agresor que estaba armado, forcejeo que llevó a que el agresor soltara el arma que quedó dentro del vehículo¹. En contrainterrogatorio reiteró que el arma quedó dentro del vehículo después del forcejeo, sin precisar exactamente en qué parte.

Abiezer Muñoz Rendón, por su parte, ratificó lo dicho por el anterior deponente, afirmando que luego de la ruptura del vidrio por parte del asaltante, este le apuntó en la cabeza al conductor González Rúa, mientras le pedía con groserías la plata, agregó que del susto le mandó la mano al arma y, sin saber cómo, logró que la soltara y cayera al interior del rodante, luego de lo cual salió del carro dio la vuelta y miró si la plata estaba en su sitio, debajo del asiento del conductor y lo que

¹ Cfr. Registro de audio de la sesión del juicio celebrada el 22-05-2015 a partir del minuto 52:25

encontró fue el arma, cerca de la cabrilla al lado del freno, la recogió, la guardó en la pretina del pantalón y la tapó con la camisa².

Salta a la vista la inexistencia de la contradicción invocada por la defensa y, por el contrario, la plena identidad en las versiones de los ofendidos acerca del lugar donde quedó el arma luego de que el segundo de los declarantes forcejeara con uno de los acusados.

Se insiste por la Sala, esa fue la única contradicción que invocó el censor, ante la evidente consistencia de las declaraciones y para hacerlo tuvo que cercenar parte de la declaración rendida por Muñoz Rendón, proceder con el cual su argumento adquiere la condición de falacia que obliga su rechazo.

3.2 Critica la defensa que el arma no haya sido recaudada por la policía en el lugar de los hechos, circunstancia que en su sentir no posee una explicación razonable y pone en duda la autenticidad de la evidencia puesta de presente en el juicio.

Al respecto, son varios los comentarios que a la Sala le merece el argumento de la defensa. El primero, el hecho de que el arma no haya sido recaudada en el lugar de los hechos tiene una explicación lógica y coherente, ofrecida con lujo de detalles por Abiezer Muñoz Rendón, consistente en que para el momento en que ellos abandonan el lugar de los hechos la policía no había hecho presencia todavía, afirmación ratificada por Zacarías González Rúa.

En efecto, el ciudadano González Rúa dijo que una vez se percató de que el atacante había perdido el arma, porque Gerardo Aníbal Muñoz, el hijo de Abiezer Muñoz,

² Cfr. Registro de audio de la sesión del juicio celebrada el 04-08-2015 a partir del minuto 16:20

se lo hizo saber a gritos en el mismo instante en que ocurrió, en sus palabras se “activó” e inició la persecución de Jonathan Giraldo, quien llevaba el botín y a quien logró dar alcance a una cuadra y media de distancia, recuperando el dinero, que entregó inmediatamente a un comerciante del sector para que se lo guardara, regresó al vehículo y se fue para su oficina a contactar a un policía por él conocido. Es decir, este ciudadano no refirió la presencia de la policía antes de que él abandonara el lugar con la pareja de compradores, pues el hijo de esta no se fue con ellos.

Sobre el particular, Abiezer Muñoz, dijo que tan solo unos minutos después del hurto, es decir, apenas había recogido el arma, Zacarías regresó, él le preguntó por el dinero y por su hijo, obteniendo como respuesta que el dinero ya lo había recuperado pero que se fueran de inmediato del lugar, decisión que acató sin oposición alguna. En contrainterrogatorio, la defensa lo interrogó acerca de si la policía hizo presencia en el lugar del accidente, interrogante al que este ciudadano respondió negativamente³, haciendo referencia por supuesto hasta el momento en que abandonaron el lugar.

Queda claro, entonces que la razón para que la policía no haya recaudado el arma en el escenario de los hechos, tiene que ver con que no llegó antes de que 3 de las víctimas los abandonaran.

3.3 La anterior circunstancia no determina *per se*, como lo sugiere la defensa, que haya dejado de demostrarse la autenticidad de la evidencia. En efecto, los deponentes al unísono dieron cuenta acerca del recorrido del arma, que fue exhibida por Abiezer Muñoz ante Zacarías González y su esposa en la oficina de éstos, inmediatamente después de ocurridos los hechos, situación de la cual se dio informe al policía Jhony Andrés Valdez, uniformado del cuadrante del sector donde trabaja la víctima, con quien tenía alguna cercanía y quien le recomendó entregarla a la

³ Cfr. Registro de audio de sesión del juicio del 04-08-2015 a partir del minuto 51

Fiscalía, recomendación a la que accedió y en compañía del propio Valdez la entregó en las instalaciones de la URI a Gerson Pabón Sánchez, quien la embolsó y rotuló.

Ese recorrido del arma fue ratificado por todos y cada uno de los testigos directos de los hechos, con lo cual, en sentir de la Sala se explica razonablemente el motivo para que no se haya recaudado en el lugar de los acontecimientos y de paso se autentica la evidencia por quienes accedieron a ella en primera instancia, no otros que las víctimas. Se trata de una forma plausible de autenticación, en la medida en que el arma estuvo a la vista de quien la recogió del lugar, para el caso Abiezer Muñoz, desde que se hizo a ella y hasta que fue puesta a disposición del servidor público que la embolsó y rotuló.

Es que cadena de custodia no significa recipiente o contenedor, es decir, no puede asimilarse a la bolsa, caja o recipiente particular en que se deposita la evidencia. De ninguna manera, en el presente asunto las víctimas accedieron accidentalmente a la evidencia, no la entregaron inmediatamente a la autoridad porque esta no hizo presencia en el lugar antes de que ellos lo abandonaran, pero no se desprendieron de ella, la tuvieron consigo en todo momento hasta ponerla a disposición del uniformado que estaba a cargo del caso, quien en ese momento procedió de conformidad con el reglamento, lo que desvanece cualquier duda sobre su autenticidad.

Tan cierto es lo acabado de considerar, que el propio Zacarías González en sede del juicio oral y público identificó el arma como la usada por los asaltantes en la ejecución criminal, estuvo tan seguro al hacerlo que la confrontó con una foto que de la misma tomó el día de los hechos. Lo propio aconteció con los uniformados Valdez y Pabón, declarantes que por su profesión merecen toda credibilidad, en la medida en que están familiarizados con las armas. Incluso, Abiezer Muñoz

coincidió en señalar que esa era el arma por él hallada y que si acaso no era la misma, un revólver corto, negro, de seis cartuchos, se trataba de una igual.

En las anteriores circunstancias la Sala considera que la evidencia se autenticó debidamente.

3.4 Ahora bien, que la prueba científica de carácter lofoscópico que se realizó sobre el arma arrojó resultados negativos, es una circunstancia que admite varias explicaciones pero que, para el caso, encuentra una contundente, expresada por Liliana María San Miguel Guisao, esposa de Zacarías González, quien recibió el arma de Abiezer Muñoz y, cuando supo que debían entregarla a las autoridades, la limpió con alcohol ante el temor de que sus huellas fuera halladas en el elemento que, en su opinión, pudo haber sido utilizado en quien sabe qué tipo de hechos. Este proceder fue ratificado por su compañero González Rúa y justificado en su ignorancia sobre el tema policial o judicial. Esta explicación aparece razonable y sobre todo espontánea, por lo cual merece credibilidad para la Sala.

3.5 Dijo la defensa que nadie probó que el vidrio del vehículo en el que se desplazaban las víctimas hubiese sido roto por los acusados, efecto para el cual dio a entender era necesaria una imagen, o que ese cometido solo se hubiese podido alcanzar con un arma de fuego. Esta afirmación no corresponde a la verdad, desconoce que el sistema de prueba que rige el de juzgamiento vigente se basa en la libertad probatoria, de acuerdo con el cual, los hechos pueden acreditarse con cualquier medio de prueba. Para el caso, existen tres testimonios, perfectamente coherentes entre sí que dan cuenta de ese hecho, circunstancia que imponía a la defensa la carga de demostrar lo contrario. La situación es tan clara que Abiezer Muñoz incluso refirió haberse cortado un dedo con los vidrios de la ventana, afirmación que ni siquiera fue cuestionada por la defensa.

3.6 Otra manifestación defensiva en punto de la inexistencia del arma de fuego se soporta en el registro de audio aportado a través de investigador privado de la defensa, que da cuenta del contenido de una llamada realizada por una ciudadana anónima a la línea 123 de la policía, en el que al parecer se refiere al hecho que concita la atención de la Sala, en el cual la mujer ninguna afirmación realiza acerca de la existencia o utilización de armas en la ejecución criminal. Al respecto, la Sala afirma categóricamente que el contenido de la referida llamada no será tenido en cuenta por esta instancia, como no debió serlo por la *a quo*, por una razón fundamental, se desconoce la identidad de su autor, es decir, se trata de una llamada anónima que desde ninguna perspectiva puede llegar a constituir evidencia sustantiva.

De proceder en contrario se estarían violentando principios rectores del proceso penal como por ejemplo, por solo mencionar uno de ellos, el derecho a la confrontación, que impone la prerrogativa del reo a estar cara a cara con los testigos de cargo, a contrainterrogarlos por sí o a través de su apoderado y a que se procure su comparecencia al juicio, es decir, a intervenir en la creación de la prueba.

En el derecho norteamericano la confrontación se erige en derecho fundamental consagrado en la Enmienda Sexta y en lo que al estado libre asociado de Puerto Rico se refiere, de él se ocupa la sección once de la Carta de derechos de su Constitución Política. Sobre este derecho ha sostenido la doctrina foránea:

*“El derecho a confrontación tiene tres aspectos o garantías, a saber:
1. Derecho a que los testigos declaren frente a la parte perjudicada con el testimonio; este es el llamado careo físico;
2. Derecho a contrainterrogar a los testigos adversos; y
3. Derecho a la exclusión de cierta prueba de referencia.”⁴*

⁴ Tratado de derecho probatorio, Ernesto L. Chiesa, publicaciones JTS, Luigi Abraham Editor, tomo I pag. 316

Del derecho de confrontación⁵ se ocupan instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando en su artículo 14, numeral 3 literal e, consagra como una de las garantías mínimas del acusado la siguiente:

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”

Nuestro ordenamiento adjetivo en varias de sus normas rectoras hace referencia a este derecho aunque sólo en una de ellas lo denomina como derecho a la confrontación. Veamos:

ARTÍCULO 8o. DEFENSA. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:...

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

El artículo 15 relativo a la contradicción cuando se ocupa del derecho a participar en la formación de la prueba, debe entenderse como manifestación del derecho a confrontación, pues la vía natural por esencia para intervenir en la formación de la prueba testimonial es a través del conainterrogatorio, catalogado como “la más grande arma jurídica inventada para el descubrimiento de la verdad”⁶.

⁵ Sobre el tema se seguirá a Luis Fernando Bedoya Sierra, en su obra Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio, análisis a la luz del derecho a la confrontación; Librería jurídica Comlibros, 2013.

⁶ Tratado de derecho probatorio, Ernesto L. Chiesa, publicaciones JTS, Luigi Abraham Editor, tomo I pag. 316

La mención concreta al derecho bajo examen se encuentra en el artículo 16 del C. de P.P. cuyo tenor es el siguiente:

ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso.

Esta norma refiere de manera concreta y autónoma la garantía del derecho a la confrontación como condición para la admisibilidad de la prueba.

Ahora bien, aterrizando al asunto por cuenta del cual se trajo el tema a colación, es claro que la incorporación como evidencia sustantiva de las grabaciones de llamadas al 1,2,3 atropella el derecho a la confrontación en todas sus manifestaciones, pues claro resulta que el acusado se ve en imposibilidad de tener frente a frente al testigo de cargo y con ello, en imposibilidad de contrainterrogarlo e incluso de cuestionar sus aseveraciones pues desconoce de quien se trata. El derecho bajo examen solo se salvaguarda conociendo la identidad de quienes hicieron las llamadas al 1,2,3 y convocándolos al juicio para ser sometidos a interrogatorio y contrainterrogatorio.

Lo anterior no significa que el derecho a la confrontación sea absoluto, pues puede verse atemperado como resultado de un ejercicio de ponderación frente a otros derechos o principios de igual categoría, ejercicio que en este asunto no resulta procedente.

En fin, en opinión de la Sala ninguna duda existe acerca de la utilización del arma de fuego por parte de los sentenciados en la ejecución criminal, de allí que la valoración realizada por la *a quo* resulte acertada.

La censura no prospera.

4. La defensa critica la dosificación de la pena realizada por el *a quo* desde varias perspectivas a saber:

4.1 La primera hace relación a que ignoró que la Fiscalía en sede de la audiencia de acusación retiró la agravante del porte ilegal de armas derivada de la coparticipación criminal, lo que en su sentir debía comportar la asunción de la conducta en la modalidad de simple.

Al respecto, la Sala considera que se está ante un nuevo desconocimiento de la realidad procesal por parte del defensor. En efecto, Basta otear el escrito de acusación para advertir que la Fiscalía agravó el porte de armas con fundamento en las causales 1 y 5 del artículo 365 del C.P.⁷ ; además, en la audiencia en que se

⁷ ARTÍCULO 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.

En la misma pena incurrirá cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal, salvo las escopetas de fisto en zonas rurales.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

1. Utilizando medios motorizados.

...

concretó ese requerimiento fiscal, la Fiscalía expresó que la acusación se formulaba por los delitos imputados, aclarando que se excluía únicamente la agravante del numeral quinto, relacionada con la coparticipación criminal, en razón a la prohibición de doble incriminación, pues esa circunstancia operaría como agravante del delito de hurto⁸.

Así las cosas, queda claro que la condición de agravado del porte de armas permaneció incólume, no por cuenta de la coparticipación criminal, como sesgadamente lo sugiere la defensa, sino por cuenta de la causal consagrada en el numeral primero del artículo 365 citado, no otra que la utilización de medios motorizados, circunstancia no discutida por el censor. Todo lo anterior significa que el reparo postulado no está llamado a prosperar pues simple y llanamente desconoce la realidad de la actuación.

4.2 También criticó la defensa que la pena por el delito de hurto se haya dosificado en un quantum superior al mínimo del primer cuarto, con el argumento de la cercanía a la consumación del reato.

Al respecto, vale recordar que el artículo 27 del C.P.⁹ dispone que quien comete un delito en grado de tentativa *incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni*

5. Obrar en coparticipación criminal...

⁸ Cfr. Registro de audio de la sesión correspondiente a la audiencia de acusación celebrada el 15-01-2015 a partir del minuto 12:30

⁹ ARTICULO 27. TENTATIVA. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, **incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.**

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada, lo que otorga la fallador un ámbito de movilidad punitiva y descalifica la idea que parte de la obligación para el fallador de imponer el mínimo de la pena.

Si a lo anterior se suma el contenido del artículo 61 *ibídem*¹⁰ relativo a los criterios que el fallador debe considerar al momento de dosificar la pena en concreto, entre los cuales se encuentra *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* y en casos de tentativa *el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo*, debe insistirse en que de ninguna manera existe el deber para el juez de imponer la pena mínima, pues todos los criterios destacados pueden llevarlo, como en este caso, a concluir la necesidad de una pena mayor.

¹⁰ ARTICULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: **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.**

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, **en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo** y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

<Inciso adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

En el *sub lite*, la *a quo* sustentó su decisión de punibilidad en los siguientes argumentos:

Hecha la anterior aclaración, la pena proporcional y justa en contra de los enjuiciados por este delito, teniendo en cuenta los criterios definidos en el inciso tercero del canon 61 del C.P., entre los que especialmente despunta la gravedad de la conducta punible, dada su modalidad, que claro se explicitó, se trató de un delito de hurto bajo modalidad de fleteo, que se caracteriza por el uso de medios motorizados, armas de fuego y la participación de varias personas que con su acción ponen en riesgo el patrimonio, pero además afectan la confianza social en el tráfico mercantil y financiero, pero además afectan la confianza de la comunidad que se ve obligada a realizar trámites en el sector financiero, con la amenaza de perjuicio a bienes colateralmente involucrados con la vida de las víctimas y transeúntes.

Adicionalmente, tratándose de tentativa, se considera para los fines de la determinación punitiva, la aproximación al momento consumativo del delito, en tanto que estuvo cercano que el hurto se consumara, amén de la marcada decisión de los sujetos activos, de cumplir su cometido...

Queda claro que la juez se llenó de motivos para no partir del mínimo, porque estaba autorizada para hacerlo, circunstancia en la que no es suficiente para la defensa afirmar que la juez no podía realizar valoraciones subjetivas acerca de la intencionalidad de los agentes, pues, primero, ese fue tan solo uno de los argumentos a que acudió y, segundo, esa es precisamente una de sus funciones.

Adicional a lo anterior, debe recordarse que la pena que sirvió de base al concurso de delincuencias fue la impuesta por el porte ilegal de armas (220 meses de prisión), y que el incremento a que acudió la *a quo* por cuenta del concurso no representó

siquiera el 20% de la dosificada para el hurto, con lo cual la discusión aparece francamente insustancial, pues ese incremento hubiese sido posible incluso acudiendo a la pena sugerida por la defensa.

La censura no prospera.

5. En relación con la impugnación presentada por el delegado de la Fiscalía, en contra de la calificación de tentada que la *a quo* le asignó a la delincuencia contra el patrimonio económico, pues en su opinión se trata de un delito consumado, la Sala tal como lo anunciara al principio de esta decisión accederá a su pretensión con fundamento en los siguientes argumentos:

El tema en discusión fue tratado por la Corte Suprema de Justicia en una decisión hito cuyo fundamento se ha mantenido vigente de manera pacífica y cuyos términos se transcriben *in extenso*, dada la necesidad de clarificar el tópico en estudio:

Para fijar el momento consumativo del delito de hurto, ciertamente abundan las doctrinas, algunas totalmente separadas de la época actual y otras todavía en trance de adquirir supremacía y pacífico asentimiento. Sobre este particular las más importantes suelen conocerse como “Aprehensio rei” (por la mano sobre la cosa), “amotio o contrectatio” (traslado o movimiento de la cosa del lugar donde se encontraba), la “ablatio” (la remoción no es simplemente física o espacial sino un real desapoderamiento de la cosa por parte de la víctima) y la “illatio” (llevarla al sitio que le tenía destinado al autor del hecho), que se traduce, en su más caracterizada variante, en sacar las cosas de la esfera de custodia, de vigilancia o de la propia actividad del detentador.

El verbo rector empleado por el artículo 349 del C.P., apoderar, tiene un mayor valor descriptivo que sus similares “tomar” o “sustraer”, y suele entenderse en el sentido de despojar de una cosa para someterla al propio poder y llegar a disponer de ella, así sea por breve término de tiempo. La acción expresa una nítida correspondencia entre tomar la cosa ajena, lo cual supone potenciales atributos de dueño o poseedor, y quitársela a quien la tenía, lo que equivale a pérdida de sus atribuciones, o sea, un apoderamiento y un desapoderamiento.

De sobra está indicar que la voluntad del autor del punible debe caracterizarse como querer ese apoderamiento y lo que este implica, vale decir, atribución de disponibilidad, o lo que el artículo prevé como ingrediente subjetivo (“con el propósito de obtener provecho para sí o para otro”)

Ahora bien, pretender que solo se está en el campo del delito imperfecto (tentativa) cuando el agente pasivo de la infracción no ha perdido el rastro del autor del hecho porque continúa en su persecución hasta lograr que este último se deshaga de las cosas, es asumir un criterio demasiado benigno, en cuanto al autor, y demasiado severo, en cuanto a la víctima, con notorio desapego de la normación jurídica que disciplina esta conducta delictiva.

Es verdad, como se dejó visto, que en estos casos hay variantes doctrinales que pretenden afirmar al tentativa si media alguna relación espacio-temporal entre el hurtador y su víctima o cuando esta puede ejercer cierto control sobre aquel, por persistir una zona de tutela, vigilancia y observación de la cosa objeto de apoderamiento.

...

La cuestión, para la Sala, puede definirse categóricamente cuando se actúa en cualesquiera de las circunstancias que en nuestra legislación sirven para calificar el hurto-art.250 C.P.- porque son de tal entidad, efecto y valor que, por sí, dándose la remoción de la cosa, señalan una innegable imposibilidad de, en el dueño o poseedor de la cosa, para ejercer acciones propias de este rol, o sea, actos de válida disponibilidad. Lo que se advierte, entonces, es un desplazamiento de señoría o tenencia, y simultáneamente asunción de este poder por en el autor de delito.

Bien puede decirse, para ejemplificar, que la violencia como medio de apoderamiento, termina instantáneamente con la esfera de tutela, de vigilancia, de disponibilidad que se tenía para con determinado bien mueble, aspectos que solo se entienden operantes en situación que no comprometa, en forma tan apta, ni a las cosas ni a sus dueños o poseedores. La voluntad de dominio o posesión, aparece más que avasallada, aniquilada e inoperante ante una fuerza de esta naturaleza.

...

En estos eventos resulta indiferente la arriesgada persecución del delincuente, hasta lograr su aprehensión, la recuperación de los bienes o el abandono de estos por aquel, así medie mínimo tiempo o espacio entre una y otra actividad. El delito de hurto resulta consumado y no cabe aludir ni insinuar el fenómeno de la tentativa.

En estas condiciones el autor realiza, evidentemente, actos de soberana voluntad que implica hacerse dueño o poseedor de una cosa, y, a su vez, logra con esto que otro pierda tales atributos, así sea de manera momentánea. No es dable, entonces, invocar la comentada tesis de la “esfera de tutela”, porque esta supone no la simultaneidad de dos dueños o poseedores, sino la permanencia de esta calidad en la víctima y su posibilidad de continuar disponiendo de las cosas, aspecto este último que no puede constituirse con el compromiso de la víctima de actuar, con riesgo de su seguridad personal, en la recuperación de los bienes. No se remite a duda que

cuando el medio empleado destaca una sustitución o desplazamiento de poderes de esta calificada índole, el hurto aparece como consumado. ¹¹

Este criterio ha sido reiterado recientemente por esa Corporación en los términos que se transcriben a continuación:

...Simplemente porque lo que define si se completó la ejecución del delito es la comprobación de si el bien salió de la esfera de custodia de su dueño, poseedor o tenedor, aunque haya sido brevemente, y no que el autor del hecho haya asumido el poder de control y disposición material sobre la cosa, que perfectamente puede no haberlo obtenido y, sin embargo, encontrarse consumada la ilicitud, como cuando huye con el bien y es perseguido por quien lo tenía o por las autoridades. ¹²

Queda claro que la posición jurisprudencial ha sido pacífica a lo largo de varias décadas y enseña que aún en situaciones como la examinada en el *sub lite*, resulta procedente entender que la conducta alcanzó su consumación, desde el mismo momento en que a través de medios violentos y la utilización de armas de fuego para su ejecución, se logra desposeer a la víctima de su bien mueble, así sea por algunos pocos minutos, en razón de la captura casi inmediata del agente por parte de la propia víctima. Lo anterior en razón a que la violencia en este caso cercena la posibilidad de ejercicio de actos de señoría en cabeza de la víctima.

Lo anterior significa que la pena debe ser redosificada.

En esa dirección, si se tiene claro que la conducta consumada se sanciona con pena de prisión que oscila entre 144 y 336 meses de prisión, que la primera instancia se ubicó acertadamente en el primer cuarto de movilidad punitiva que a su vez oscila entre 144 y 192, la Sala a efectos de dosificar la pena con el mismo criterio cuantitativo a que acudió la primera instancia incrementará el mínimo de la pena en 40 meses, guarismo que representa el 84% del primer ámbito de movilidad punitiva

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 18 de julio de 1984, Acta número 53 del 10 de julio de 1984.

¹² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 20 de septiembre de 2005, radicado 21.558

(48 meses), considerado por la *a quo* al incrementar la pena mínima por la tentativa de hurto, para una pena final de 184 meses de prisión.

Así las cosas, partiendo de la pena imponible para el porte de armas que la *a quo* dosificó en 220 meses de prisión, el incremento por el concurso no será de 20 meses, lo que resultaría incoherente si es que ahora se entiende que la conducta fue consumada, sino de 30 meses para un total de 250 meses de prisión.

La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se mantendrá en el mismo guarismo, 250 meses, que fue el escogido por la *a quo*.

Empero, la accesoria de prohibición para la tenencia y porte de armas habrá de modificarse en razón a que la impuesta, 240 meses, desconoce el principio de legalidad de esa pena. En efecto, la *a quo* citó como fundamento de su decisión el artículo 46 del C.P.¹³, que no se refiere a esta pena accesoria, pues el que la consagra es el artículo 49 *ibídem*¹⁴. Además, los extremos punitivos dentro de los cuales debe moverse esta pena están delimitados por el artículo 51 del mismo compendio normativo citado¹⁵ entre 1 y 15 años, lo que permite establecer un ámbito de

¹³ **ARTICULO 46. LA INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE PROFESION, ARTE, OFICIO, INDUSTRIA O COMERCIO.** <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, sin exceder los límites que alude el artículo 51 de este Código, siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, medie relación de causalidad entre el delito y la profesión o contravenga las obligaciones que de su ejercicio se deriven.

En firme la sentencia que impusiere esta pena, el juez la comunicará a la respectiva Cámara de Comercio para su inclusión en el Registro Único Empresarial (RUES) o el que haga sus veces, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y demás autoridades encargadas del registro de la profesión, comercio, arte u oficio del condenado, según corresponda.

¹⁴ **ARTICULO 49. LA PRIVACION DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMA.** La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de arma inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia.

¹⁵ **ARTICULO 51. DURACION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS.** <Ver Notas del Editor> La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.

Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio de seis (6) meses a veinte (20) años.

movilidad punitiva de 14 años o 168 meses y con él cuatro cuartos de 42 meses; así las cosas, el primer cuarto oscila entre 12 y 54 meses, siendo viable imponer como pena la de 21 meses, guarismo que representa un incremento del 22.2% de la pena mínima, idéntico al que acudió la *a quo* para incrementar la mínima del porte ilegal de armas.

En los anteriores términos será modificada la sentencia.

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, **CONFIRMA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados, con las siguientes y únicas modificaciones:

El **ARTÍCULO PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia quedará así:

CONDENAR a Jonathan Adolfo Giraldo Rivera y Stevent Alexander Diossa Hoyos, en calidad de coautores penalmente responsables de los delitos de hurto calificado y agravado consumado, en concurso con porte ilegal de armas de fuego y municiones a la pena de **DOSCIENTOS CINCUENTA (250) MESES DE PRISIÓN**.

El **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia quedará así:

Se les condena a la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un término de **VEINTIUN (21) MESES**.

La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría de seis (6) meses a quince (15) años.

La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de seis (6) meses a diez (10) años.

La privación del derecho a la tenencia y porte de arma de uno (1) a quince (15) años.

La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares de seis (6) meses a cinco (5) años. <Inciso adicionado por el artículo 25 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

DESCRIPTOR: TENTATIVA EN EL DELITO DE HURTO

RESCRIPTOR: CUANDO LA VICTIMA ES DESPOJADA DEL BIEN POR MEDIOS VIOLENTOS, LA CONDUCTA SE CONSUMA ASÍ EL BIEN SE RECUPERE AL INSTANTE POR PERSECUSIÓN DE AQUELLA.