

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinticinco (25) de julio dos mil veintidós (2022)

ACTA DE APROBACIÓN No 645
SEGUNDA INSTANCIA

Acusado:	Rodolfo Alexánder Torres Vanegas
Cédulas de ciudadanía:	11.188.110 expedida en Bogotá D.C.
Delitos:	Tentativa de hurto calificado y agravado.
Víctima:	María Camila García Fracica
Procedencia:	Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria de fecha julio 16 de 2021. SE CONFIRMA PARCIALMENTE.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos fueron plasmados por la funcionaria de primer nivel en el fallo confutado de la siguiente manera:

“El 10/ENERO/2019 en horas de la tarde, en la carrea 11Bis #17-21, dentro del centro comercial Victoria, de esta ciudad, fue capturado el ciudadano **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS**, porque momentos previos se dispuso a abrir la puerta del vehículo marca Toyota de placa OKJ-719, el cual se encontraba estacionado en el parqueadero del Centro Comercial; disponiéndose a sacar un bolso de dama negó marca GUESS, el cual en su interior tenía un Iphone X color negro avaluado en \$3.600.000, audífonos marca Apple inalámbricos avaluados en \$600.000, el cargador del celular avaluado en \$100.000, billetera Stradivarius avaluada en \$50.000.oo, documentos personales, tarjetas de banco y demás

documentos, avaluando sus bienes en \$4.950.000.00 y avaluando los perjuicios en siete millones de pesos”.

1.2.- A instancias de la Fiscalía, se llevaron a cabo ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira las audiencias preliminares (enero 11 de 2019), por medio de las cuales: (i) se legalizó la aprehensión de **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS**; (ii) se le formuló imputación por el delito de hurto agravado en grado de tentativa -artículos 27, 239, 241 numeral 11 C.P.-, cargos frente a los cuales el indiciado **GUARDÓ SILENCIO**; y (iii) la Fiscalía retira la solicitud de medida de aseguramiento, por lo cual se dispuso su libertad inmediata.

1.3.- Por tal motivo, la Fiscalía presentó escrito de acusación (marzo 11 de 2019) que le fuera asignado al Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento, autoridad ante la cual se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (febrero 10 de 2020), en la que además de endilgarle los cargos enrostrados, se modificó la situación jurídica, para adicionarle el punible de hurto calificado -artículo 240 inciso 3º C.P.-, por haberse cometido sobre elementos que se encontraban en el interior de un vehículo -tal inciso en realidad corresponde al número 4º-. Posteriormente, luego de varios aplazamientos, se realizaron las audiencias preparatoria (noviembre 03 de 2020) y juicio oral (junio 23 de 2021), al cabo del cual se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio, para proferirse en julio 16 de 2021 la respectiva sentencia, por medio de la cual: (i) se declaró penalmente responsable al acusado **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS** como autor del delito de hurto calificado con circunstancias de agravación, en la modalidad de tentativa, a consecuencia de lo cual se le impuso una pena equivalente a 92 meses y 07 días de prisión; (ii) de igual modo se le sancionó con la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena principal; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se ordenó librar orden de captura en su contra.

1.4.- Para llegar a la anterior decisión, la a quo señaló que, además de acreditarse la plena identificación del acusado y no existir controversia alguna acerca de la materialidad de la ilicitud, en lo atinente a la responsabilidad de **TORRES VANEGAS** y dadas las discrepancias entre Fiscalía y defensa, le daba plena credibilidad a los dichos de los vigilantes del centro comercial, así como a los informes válidamente allegados al juicio, al ser coherentes y no evidenciarse algún tipo de animadversión en contra del aprehendido.

Adujo, que según así lo indicó el supervisor, una vez fueron llamados por el alto parlante los propietarios del vehículo Toyota para que comparecieran al parqueadero, al hacer presencia se cotejó el número de cédula encontrado en la billetera de la víctima, con el que ella les refirió, de lo cual quedaba establecido que se había cometido un hurto y por esa razón se pidió apoyo policial quienes efectuaron la captura. Situaciones todas ellas que fueron respaldadas con las pruebas allegadas y de su valoración conjunta se llegaba a la convicción de que la autoría y responsabilidad en el ilícito estaba en cabeza del aquí procesado.

1.5.- La Defensa no estuvo de acuerdo con esta determinación, ante lo cual manifestó que interpondría recurso por escrito, como así lo hizo.

2.- DEBATE

2.1.- Defensa -recurrente-

Solicitó se revoque la sentencia de condena y en su lugar se emita una absolución, lo que pasó a fundamentar de la siguiente manera:

Estima que la sentencia de condena presenta grandes vacíos y carece de fundamentación, en tanto el análisis que efectuó la a quo, acorde con el canon 404 CPP, fue sumamente precario; además, porque por parte de la Fiscalía no se hizo un adecuado reconocimiento de los acusados, con lo que se pretende dar por sentado que el procedimiento en la diligencia de captura lo relevaba de realizar uno ajustado a la legalidad.

De conformidad con lo allegado al juicio, pide se profiera un fallo absolutorio al no darse los presupuestos del artículo 381 CPP, máxime que la flagrancia, como lo ha referido la Sala de Casación Penal, no sirve de fundamento para proferir sentencia adversa. Y aunque la de su cliente en efecto fue así, ello no relevaba a la Fiscalía de ejecutar un trabajo investigativo que le permitiera al juez tomar una determinación sin asomo de duda.

Reiteró que la Fiscalía se conformó con la captura en flagrancia, pero su cliente no fue detenido "dentro del vehículo", ya que lo que se informó era que el bolso estaba "debajo de otro rodante", y ninguno de los testigos presentados en juicio vieron la ocurrencia del hecho; por demás, los policiales adujeron que al registrarlo "no le encontraron nada encima".

Con la variación de la situación jurídica realizada por la Fiscalía en la acusación, se agravó la condición de su defendido, sin haberse hecho un trabajo juicioso para demostrar que el elemento estaba en un rodante, en

tanto -itera- el bolso fue hallado debajo de otro carro, de donde fue sacado por los vigilantes. Y si bien, no lo discute, existe libertad probatoria, a su juicio no se arrió probanza acerca de la existencia y propiedad del automotor, como tampoco de facturas o pruebas relacionadas con los elementos hurtados que solo fueron mencionados por los testigos; ello, para demostrar la relación de los hechos fácticos con la conducta punible endilgada. El incluso, que a raíz del agravante atribuido, no se acreditó la "existencia legal del centro comercial".

En síntesis, considera que obran muchas dudas en punto de la responsabilidad del acusado que deben resolverse a su favor, con mayor razón cuando no se demostró la existencia del daño o que con este se hubiera lesionado de forma grave el patrimonio económico de la víctima, dado que fueron recuperados los elementos y por demás no se ocasionó lesiones a la persona que figura como afectada.

De manera subsidiaria, solicita se revise la tasación de la pena, al haberse cometido un error, como quiera que acorde con la dosificación que realizó la a quo, debió quedar en 63 meses y no en el monto que allí se le impuso.

2.3.- Debidamente sustentado el recurso, la funcionaria de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo, y ordenó la remisión de los registros a esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, **SE CONSIDERA**

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a corroborar el grado de acierto de la providencia de primer grado en cuanto profirió fallo de condena frente al señor **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS**, como autor de la conducta de hurto calificado con circunstancias de agravación; o si, por el contrario, militan dudas acerca de

su responsabilidad, que pueda llevar a emitir en su favor un fallo absolutorio, como lo sostiene la defensora recurrente.

3.3.- Solución a la controversia

No se vislumbra, ni ha sido tema objeto de controversia, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Igualmente se avizora de entrada, que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

La razón que motiva el examen de la sentencia de condena proferida por la a quo en contra del procesado **TORRES VANEGAS**, no es otra que determinar si en verdad le asiste compromiso en el apoderamiento, en grado de tentativa, de un bolso que se encontraba en el interior de un vehículo parqueado en el centro comercial Ciudad Victoria de esta capital, según lo concluyó la falladora de primer grado; o si, como lo argumenta la defensa, obran dudas acerca de su compromiso en la ilicitud, aunado a que no se identificó en debida forma al mismo, ni se soportó la propiedad de los elementos hurtados ni la existencia del establecimiento donde el hecho sucedió y que sirvió de fundamento para agravar el punible.

En relación con los reclamos que eleva la defensora recurrente, la Sala analizará lo pertinente, y para ello considera necesario abordar los siguientes interrogantes, a saber: (i) ¿se dio en efecto una indebida motivación del fallo?; (ii) ¿se acreditó la materialidad de la conducta?; (iii) ¿fue identificado en debida forma el autor del injusto?, (iv) ¿fue correcta la variación de la calificación jurídica en la acusación?, (v) se soportó con las pruebas arrimadas al juicio la responsabilidad del acusado?; y (vi) se presentó una equivocación en la tasación de la pena?

Procederá en consecuencia la Sala a desarrollar los mencionados planteamientos, de la siguiente manera:

- *De la indebida motivación del fallo.*

Es cierto que la decisión proferida por la funcionaria de primer nivel, no es un modelo a seguir y que en verdad fue del todo parca en la valoración probatoria, al punto que no se evidenció análisis detallado de las pruebas testimoniales que se practicaron en juicio, y tan solo hizo enunciación en el proveído a lo expresado por el supervisor de la empresa de vigilancia Seguridad Nacional, quien conoció lo sucedido; no obstante ello, lo que se aprecia de la corta disertación efectuada por el despacho de primer nivel, es que la misma dio plena credibilidad a lo referido por los testigos de cargo, lo cual a su vez acompasó con los informes que se allegaron al juicio, y ello la llevó a emitir el fallo adverso a los intereses del procesado.

La jurisprudencia¹ ha señalado, que las sentencias pueden llegar a nulitarse, entre otras razones -como lo sería por ausencia absoluta de motivación, motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente, o motivación sofística, aparente o falsa-, al presentar una motivación incompleta o deficiente, esto es, cuando el fallador omite analizar uno de estos dos aspectos -fácticos o jurídicos-, cualquiera que sea, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su fundamento.

Aunque en este caso, se itera, la titular del juzgado de primera instancia fue en efecto parca en su argumentación, no por ello puede decirse que haya dejado de analizar las pruebas válidamente allegadas al juicio. Y si bien no hizo alusión de manera específica a cada una de ellas, si las estudió y ello la llevó a la convicción del compromiso del encartado, lo cual se extrae del fundamento esgrimido en el fallo. De ahí que para la Sala no existe una irregularidad sustancial que amerite la sanción extrema de la nulidad, con mayor razón cuando esa determinación de primer grado hace causa común con lo que se dirá esta Corporación, dado que las sentencias de primera y segunda instancia, conforma una unidad para esos fines. Sea como fuere, se le llamará la atención a la juzgadora, para que a futuro procure realizar un análisis con mayor profundidad de las pruebas que se debatan en juicio, para ofrecer una total garantía de ponderación a las partes e intervinientes.

¹ CSJ SP, 25 Jul. 2018, rad. 46740.

- *De la materialidad de la ilicitud*

Superado el anterior escollo y en punto de lo que es objeto del recurso, debe decir la Sala que en este caso, acorde con las pruebas arrimadas al juicio, no existe duda acerca de la materialidad de la ilicitud donde fue víctima la señora MARÍA CAMILA GARCÍA FRACICA, en tanto de lo allí dilucidado se aprecia que para las calendas de enero 10 de 2019, cuando el vehículo Toyota de placas OKJ-719 se encontraba parqueado en el sótano 1 del Centro Comercial Victoria de esta capital, fue hurtado de su interior un bolso de su propiedad, el cual contenía diversos elementos -celular Iphone X, cargador apple, audífonos apple y billetera con documentos personales-, y los cuales fueron recuperados amén de la intervención de uno de los guardas de seguridad que se hallaba en dicho lugar.

Cuestiona la defensa recurrente, el hecho de que la Fiscalía no acreditara la propiedad tanto del vehículo como de los elementos que fueron sustraídos, ya que no se aportaron documentos que así lo acreditaran, como sería por caso las facturas de compra. A ese respecto, se debe empezar por decir que si bien el hurto se cometió en el interior de un rodante, no se hacía necesario establecer quién o quiénes eran sus propietarios, al no haber sido este el objeto del punible; pero no obstante ello, acorde con lo expresado por la víctima bajo juramento, el mismo pertenece a su cónyuge JUAN CAMILO, lo cual tiene un valor probatorio propio, y además no existe prueba en contrario.

En cuanto a los elementos sobre los cuales se generó el apoderamiento, si bien podría pregonarse que el que se hubieran aportado facturas podría tenerse como la mejor evidencia de la propiedad o preexistencia de los elementos, no puede pasarse inadvertido que fue en ese instante, cuando luego de que se recuperara el bolso con lo que contenía y ante el llamado de los propietarios de ese vehículo, se hizo presente en el parqueadero la señora MARÍA CAMILA, quien al ser enterada de lo sucedido por los vigilantes, y al indagársele por el contenido del bolso, así lo hizo, tal cual lo indicó el vigilante HERNANDO ARIEL MONROY. Adicionalmente, dio datos acerca de lo que contenía la billetera y el número de su cédula de ciudadanía, como igualmente lo reseñó el Supervisor de Seguridad Nacional, señor LUIS MIGUEL HURTADO MEJÍA. Todo lo cual evidenciaba que era su propietaria, en tanto solo el dueño podría conocer en detalle lo que allí existía.

Fue a raíz de ese reconocimiento, que el último de los citados, a raíz de la función que desempeñaba, procedió a dejar consignado en un documento lo sucedido en esa ocasión, y como anexos acompañó fotografías de los referidos elementos, y estos finalmente le fueron devueltos en esa ocasión a su propietaria por los miembros de la empresa de vigilancia.

Aduce la letrada igualmente, que no se acreditó la existencia del Centro Comercial Victoria donde se perpetró el hecho, lo cual conllevó a agravar la conducta con fundamento en que el hurto se llevó a cabo en un establecimiento público o abierto al público. Frente a tal postura, si bien no se arrió documento en ese sentido, es un hecho notorio que dicho Centro Comercial funciona en esta capital, y de los dichos de todos los testigos que rindieron declaración en juicio, es decir, el patrullero JUAN DE DIOS CASTAÑEDA MANRIQUE, el guarda de seguridad HERNANDO ARIEL MONROY RODRÍGUEZ, el Supervisor de seguridad LUIS MIGUEL HURTADO MEJÍA y la misma víctima MARÍA CAMILA GARCÍA FRACICA, se extrae sin dubitación alguna, que fue allí, más concretamente en el parqueadero del sótano 01, y no en otra parte diferente, donde el hurto se ejecutó.

Lo anterior incluso es comprobable con el informe que el Supervisor de Seguridad aportó a las autoridades, y el cual, como se aprecia, iba dirigido precisamente a ese Centro Comercial, para dar cuenta de lo sucedido. Documento con el cual se corrobora que los elementos hurtados le fueron entregados a su propietaria, según quedó igualmente soportado en juicio.

Lo anterior, sin dubitación alguna, permite sostener que en enero 10 de 2019 le fue sustraído del interior del vehículo que era conducido por la MARÍA CAMILA GARCÍA, y el cual se encontraba estacionado en los parqueaderos del citado Centro Comercial de esta capital, un bolso contentivos de los elementos que fueron debidamente relacionados; lo cual conlleva a sostener que en realidad nos encontramos frente al delito de hurto calificado con circunstancias de agravación, al que se contrae la acusación formulada al procesado **TORRES VANEGAS**.

- *De la identificación e individualización del autor*

Aunque la defensa recalcó en su disenso que no se realizó en debida forma el reconocimiento del procesado, acorde con los métodos de identificación a los que alude el ordenamiento procedimental penal -por medio de fotografías o en fila de personas-, debe decirse que desde el mismo momento en que se presentó la aprehensión en el Centro Comercial Ciudad Victoria de esta capital, fue individualizado inicialmente por el guarda de seguridad HERNANDO ARIEL MONROY, cuando lo observó luego de cometer el hecho, y al reportarlo a sus compañeros, se hizo presente el Supervisor de Seguridad, quien corroboró con el primero que se trataba de la persona que apreció cuando sacó y arrojó el bolso, según así lo confirmó.

Queda claro en esas circunstancias, que la persona aprehendida, es la misma que se puso a disposición de los agentes del orden que acudieron al lugar, los cuales a su vez lo dejaron a disposición del ente acusador.

Se hace evidente por tanto que **TORRES VANEGAS** fue capturado en flagrancia, motivo por el cual la Fiscalía lo presentó ante un juez con función de control de garantías -enero 11 de 2019-, autoridad que legalizó su captura, y para la realización de imputación de cargos -artículo 288 CPP-, como se sabe, se debió contar con la plena identificación o individualización del mismo, al tratarse de unas de las exigencias a consagra el artículo 128 CPP, con miras a prevenir potenciales errores judiciales; es decir, que para el momento de esa primigenia actuación no había duda alguna acerca de su identidad. Situación que igualmente fue corroborada en juicio, más concretamente en desarrollo de la audiencia a que alude el artículo 447 ídem, momento en el cual la Fiscalía aportó copia de la plena identidad del enjuiciado.

Bajo esas premisas, no encuentra la Sala asidero alguno para que la defensa pregone la existencia de dudas a efectos de pedir una absolución, por el mero hecho de no haberse efectuado un reconocimiento fotográfico -no en fila de personas, por cuanto el acusado fue dejado en libertad y desde allí abandonó el proceso-, en tanto este método de identificación no se hacía necesario para este caso singular, como quiera que no hubo hesitación respecto de que la persona aprehendida y puesta a disposición de las autoridades era en efecto **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS**. Aunado desde luego, a que como es sabido, un señalamiento incriminatorio no depende propiamente del reconocimiento que por medio de fotografías, videos o en fila de personas, ya que aquél se puede dar perfectamente por otras vías paralelas e idóneas en virtud del principio de libertad probatoria que rige en la materia, como lo ha sostenido desde otrora la jurisprudencia², tal cual acaeció en este caso en concreto.

Por lo demás, lo atinente a la plena identificación del procesado no fue objeto de cuestionamiento por parte de la defensa en desarrollo del juicio oral, porque ya sabía que desde la génesis del proceso se había cumplido con esa exigencia³, con lo que se despeja cualquier clase de incertidumbre al respecto.

- *De la variación de la imputación jurídica en la acusación*

² CSJ SP, 29 ago. 2007, Rad. 26276, reiterado en CSJ SP., 06 abr. 2016, Rad. 46847

³ Cfr. CSJ SP, 13 mar. 2019, Rad. 48368.

La defensa también se queja que la Fiscalía al variar en la acusación la calificación jurídica de los hechos, agravó su condición al no haber realizado un trabajo investigativo juicioso para acreditar que lo apropiado se encontraba en el interior de un vehículo -por lo cual se le dio la connotación al comportamiento delictivo como de hurto calificado-. Pero se desconoce, que los hechos por los cuales se le imputaron cargos al procesado **TORRES VANEGAS** fueron precisamente por cuanto el apoderamiento que se le atribuye se ejecutó en el interior de un vehículo. Y si bien en la imputación no se le formularon cargos por ese calificante, es sabido que la calificación jurídica dada a los hechos en la formulación de la imputación es provisional y por ende flexible. Así que a consecuencia de una adecuada aplicación de los principios de *progresividad y gradualidad*⁴, es permitido que sin mutar el núcleo fáctico de la imputación, la Fiscalía varíe la calificación jurídica -ya sea en el escrito de acusación formalizada en la respectiva audiencia o en los alegatos de conclusivos-, **e incluso esa adecuación igualmente se extiende al juez de conocimiento bajo ciertas y determinadas condiciones** -sentencia SP3608, rad. 59422 agosto 18 de 2021-. Al respecto la Sala de Casación Penal ha sostenido:

“ [...] nada de ello se opone a que la Fiscalía bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación—siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, **siempre y cuando** –en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- **la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes**”.⁵ -negrillas de la Sala-

Y en una más reciente decisión esa Alta Corporación adujo:

“En realidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido sólida en torno a que el juez puede apartarse del nomen iuris establecido por la Fiscalía, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado y, como consecuencia, proferir una condena por un tipo penal diferente, **siempre y cuando no se vulneren derechos de las partes e intervinientes, se respete el núcleo fáctico de la acusación y la modificación resulte favorable a los intereses del procesado** (cfr. CSJ SP352-2021, rad. 52857; CSJ SP4088-2020, rad. 55745; CSJ SP368-2020, rad. 51094; CSJ SP 3580-2018, rad. 46227 y CSJ SP17352-2016, rad. 45589, entre muchas otras).”⁶ -negrilla excluidas -

De ello se desprende que era posible que la Fiscalía variara la situación jurídica al momento de formular acusación a **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES**, a efectos

⁴ Sobre estos principios, se pueden consultar las siguientes sentencias: La del 18 de diciembre del 2.001. Rad. # 15547; la del 25 de abril del 2.007. Rad. # # 26309 y la del 26 de octubre del 2.011.

⁵ CSJ, SP 07 de julio 2007, rad. 26468.

⁶ CSJ, SP3608, agosto 18 de 2021, rad. 59422

de precisar que los cargos correspondían exactamente a un delito de hurto calificado, como quiera que con ello en modo alguno se desconocía la circunstancia basilar de lo fáctico previamente atribuía. Para rematar, finalmente las pruebas aportadas válidamente al juicio así lo corroboraron.

- *De la responsabilidad del acusado*

En cuanto al compromiso que en los hechos le asiste al acusado, debe decir la Corporación desde ya, que en efecto la misma fue debidamente acreditada, sin que se advierta la existencia de dudas insalvables que impidan la emisión de un fallo de condena.

Mírese, como ha quedado dicho en párrafos precedentes, que es un hecho incontrovertible que en enero 10 de 2019 fue aprehendido en el Centro Comercial Victoria de esta capital, quien dijo llamarse **RODOLFO ALEXÁNDER**, toda vez que acorde con lo expuesto por el guarda de seguridad HERNANDO ARIEL MONROY, ese individuo se apropió de un elemento que se encontraba en el interior de un vehículo parqueado dentro de sus instalaciones.

De los dichos del guarda de seguridad que ejercía sus labores en el sótano 01, se aprecia que observó cuando una persona abrió un vehículo Toyota del cual extrajo un bolso de dama, y al notarlo en actitud sospechosa decidió abordarlo, pero al notar su presencia arrojó el bolso debajo de otro carro y apresuró el paso para dirigirse al primer nivel. Frente a ello, reportó por radio sus características, y tal proceder conllevó a que el sujeto fuera interceptado por el Supervisor LUIS MIGUEL HURTADO, quien luego de conducirlo al parqueadero verificó con el guarda de seguridad que efectivamente se trataba de la misma persona.

Lo expresado por el guarda HERNANDO ARIEL MONROY, es del todo relevante, por cuanto: (i) vio al acusado cuando cogió el bolso del vehículo; (ii) presencié el instante en que lanzó ese elemento debajo de otro automotor al notar su cercanía, de donde procedió a recogerlo; (ii) pudo narrar que la persona que bajó con el supervisor de seguridad no fue nadie distinto al autor del latrocinio; y (iv) el automotor del que fue extraído el elemento no era otro que un Toyota de propiedad del esposo de la señora MARÍA CAMILA GARCÍA, y por consiguiente no le pertenecían a **TORRES VANEGAS**.

El guarda MONROY no logró capturar a esa persona en ese preciso instante, y la explicación que para ello ofreció a la defensa se advierte lógica y coherente, ya que ello lo fue por cuanto se encontraba a cierta distancia,

misma que no le impedía percibir lo que bajo juramento narró en juicio, pero si para lograr de inmediato la aprehensión ante el apresuramiento del paso del encartado para huir del parqueadero y ascender al primer piso del Centro Comercial, ante lo cual de manera inmediata lo reportó a sus demás compañeros.

Es verdad desde luego, y en eso le asiste total razón a la defensa, que cuando su cliente **RODOLFO ALEXÁNDER** fue abordado por el personal de seguridad en el primer piso del Centro Comercial, nada se le halló consigo. Pero tal situación acaeció precisamente porque previamente había logrado desprenderse del bolso sustraído, mismo que fue recuperado por el guarda ARIEL MONROY. Bolso que instantes después fue reconocido en debida forma por la señora MARÍA CAMILA GARCÍA, como de su propiedad, al igual que los demás elementos que le pertenecían y que había dejado con la debida seguridad dentro del Toyota de placas OKJ-719.

La víctima refirió en juicio que al vehículo no se le encontró rastro alguno que permitiera pregonar que había sido forzado o violentado en sus puertas para acceder a su interior, pero añadió que el acusado tenía un presunto "control" con el que podía abrir carros; sin embargo, nadie más dio cuenta de ello, y por ende se quedó en una mera especulación sin probanza alguna. Pero sea como fuere, el hecho de desconocerse qué medio usó el amigo de lo ajeno para lograr su cometido, no le resta poder de convicción a lo acreditado durante el desarrollo del juicio oral.

Para la Sala entonces, surge diáfana la responsabilidad en los hechos que le fueron atribuidos al acusado **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES**, en tanto de ello dieron cuenta de forma clara, detallada y sin ambages quienes se percataron de lo ocurrido, lo que ameritó su detención por parte de los oficiales que atendieron el caso. E incluso, como así se estableció, la actividad ilícita desplegada por el encartado fue percibida por las cámaras de seguridad, a la que en esa oportunidad tuvo acceso la víctima, el personal de seguridad y los miembros de la policía -no obstante el patrullero JUAN DE DIOS CASTAÑEDA solo hizo referencia a la existencia de cámaras, pero no a lo que estas captaron-. Así que en desarrollo del juicio oral quedó claro que por medio de esos elementos de vigilancia silente evidenciaron el accionar delictivo, y muy a pesar de que el video pertinente no se arrimó a la actuación, como era lo esperado, no hay lugar a negar que lo expresado por los testigos de cargo amerita plena confiabilidad por estar revestidos de suficiente poder suasorio, habida atención a las particulares circunstancias que rodearon el caso.

En ese orden de ideas, y al considerar que en este asunto milita prueba que permite pregonar la responsabilidad del enjuiciado, se confirmará el fallo de condena objeto de apelación.

- *Corrección en la dosimetría punitiva.*

Acorde con lo expresado por la litigante, en este caso se evidencia una irregularidad en punto de la sanción penal impuesta, que por lo mismo deberá ser objeto de corrección.

Como se plasmó al comienzo de esta decisión, al acusado **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS** se le atribuyó la comisión del ilícito de hurto calificado contenido en los artículos 239 y 240 inciso 4º C.P -que no 3º como erradamente lo indicó la Fiscalía y replicó la falladora-, con la circunstancia de agravación a la que alude el numeral 11 del artículo 241 ídem, en la modalidad de tentativa. Y eran esas precisamente las conductas que delimitaban el marco punitivo que debía tenerse en cuenta para imponer la sanción, tal cual así se hizo; pero aun así, quedaron sendos errores aritméticos en el trabajo de dosificación, que se pasan a explicitar:

El delito de hurto calificado, por efectuarse sobre elementos que se encontraban en el interior de un vehículo automotor, comporta una pena que oscila entre los 07 y los 15 años de prisión, o lo que es lo mismo, entre 84 y 150 meses, cifra esta que debe incrementarse en virtud de la circunstancia de agravación, o sea la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4), lo que es igual a 42 meses en su mínimo y 135 meses en su máximo. A consecuencia de ello, los extremos punitivos quedarían oscilando entre los 126 y los 315 meses de prisión.

En ese punto en concreto, se aprecia que la a quo incurrió en un error aritmético, como quiera que estimó de manera equívoca que tales extremos estarían comprendidos entre los **123** a 315 meses, cuando en realidad, como viene de verse, el extremo mínimo sería equivalente a 126 meses, que es el resultado de la sumatoria de los 84 meses más 42 con ocasión del agravante.

Como este caso se presentó en la modalidad de tentativa, en tanto la ilicitud no se finalizó por la intervención oportuna del cuerpo de vigilancia del Centro Comercial, es decir, por causas ajenas a la voluntad del actor, se debe tener en cuenta lo reglado en el inciso 1º del artículo 27 CP, el cual dispone que quien así obre “**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” -negrillas de la Sala-. En ese orden, si los extremos oscilaban entre 126 y 135 meses, la pena mínima sería de 63 meses y la máxima de 236 meses y 07 días⁷.

No obstante ello, la a quo de manera por demás extraña, en lugar de desarrollar tal procedimiento, lo que se aprecia es que confundió a qué parte de la pena debía realizar la disminución a la que alude el canon 27, muy a pesar de la claridad que la norma encarna, por cuanto al tener en cuenta los guarismos que la funcionaría ya había indicado en su fallo -de 123 a 315 meses-, trabó o cruzó los extremos y ello le arrojó un monto de 92 meses y 7 días de prisión en el límite inferior y de 157 meses 15 días en su máximo, para imponer como sanción ese primer resultado.

Le asiste razón por tanto la defensa, al sostener que se presentó por parte de la juzgadora un error en esa tasación, ya que la pena mínima, acorde con la mencionada normativa, debía corresponder a un quantum no inferior a la mitad, es decir, 63 meses.

Y si bien podría llegar a pensarse que el monto escogido por la a quo -92 meses y 07 días- se ubica DENTRO de los límite punitivos que abarca el primer cuarto mínimo, de la disertación esgrimida por la falladora al atribuir la pena al acusado **TORRES VANEGAS**, ninguna fundamentación se advierte para pregonar que su intención era la de imponerle una sanción superior a la mínima allí establecida; antes por el contrario, lo que expresó es que aplicaría el extremo inferior del primer cuarto ante la inexistencia de circunstancias de mayor punibilidad.

Así las cosas, en consideración a lo argumentado por la funcionaria de primer nivel para optar por la pena mínima, la Sala en atención a lo explicado y por respeto a la autonomía judicial, tendrá en cuenta esa elección y en consecuencia modificará la pena que le fue impuesta al sentenciado, para fijarla finalmente en sesenta y tres (63) meses de prisión. En idéntico término se dispondrá la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** la

⁷ El primer mínimo estaría comprendido entre los 63 meses y los 106 meses y 09 días de prisión; los cuartos medios de 106 meses y 09 días de prisión a 192 meses y 27 días de prisión; y el cuarto máximo de 192 meses, 27 días a 236 meses y 07 días de prisión.

sentencia de condena emitida por el Juzgado Primero Penal Municipal de esta capital, en cuanto encontró responsable al acusado **RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS** en calidad de autor en el delito de hurto calificado con circunstancias de agravación; pero **SE MODIFICA** en el sentido de imponerle al justiciable una pena de sesenta y tres (63) meses de prisión, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena principal. En lo demás, el fallo de primer nivel se mantendrá incólume.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda y la Ley 2213 de 2022, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, determinación contra la cual procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado
Aclara Voto

Con firma electrónica al final del documento

AUTORIZADO CONFORME
arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Ley 2213 de 2022 y
28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1f681eef88d5b7b00bd487bb9747700bc877d4d817700604d50d09cd90f67937**

Documento generado en 25/07/2022 04:23:34 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PENAL
DESPACHO # 1

ACLARACIÓN Y SALVAMENTO DE VOTO:

Por medio de la presente procedo a expresar las razones que me impulsaron para que decidiera aclarar y salvar el voto en lo que atañe con lo acontecido con la decisión en virtud de la cual la Sala desató el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia emitida el 16 julio de 2.021 por parte del Juzgado 1º Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento, dentro del proceso que se surtió en contra del procesado RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS, quien fue declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión del delito de tentativa de hurto calificado.

Las razones que impulsaron para que me apartara de lo resuelto y decidido por la Sala mayoritaria al momento de desatar el recurso de alzada incoado por la Defensa, radican en que soy de la opinión consistente en que en el presente asunto sí tuvo lugar una vulneración del debido proceso, por cuanto se conculcaron los presupuestos que orientan al principio de la coherencia, y por ende la declaratoria del compromiso penal endilgado en contra del procesado no debió ser por el reato de tentativa de hurto calificado sino por el injusto de tentativa de hurto agravado, atenuado por la cuantía, por cuanto lo que el procesado pretendía apropiarse no rebasada el *quantum* de los 10 s.m.m.l.v.¹.

Para demostrar las razones de mi disidencia, es necesario que se tenga en cuenta que al procesado, en las audiencias preliminares celebradas el 11 de enero de 2.019, la Fiscalía le imputó cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tentativa de hurto agravado consagrado en los artículos 27, 239 y 241, #11, del C.P.

¹ Inciso 2º del artículo 239 C.P.

Pero posteriormente, cuando tuvo lugar la audiencia de formulación de la acusación, la Fiscalía procedió a variar la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, los cuales fueron adecuados en la comisión del delito de tentativa de hurto calificado tipificado en el inciso 4º del artículo 240 C.P. en consonancia con el artículo 27 ibidem.

A juicio del suscrito, lo antes acontecido se constituyó en una vulneración del principio de la coherencia, según el cual «*la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos...*»²; lo que aconteció en el caso *subexamine* a partir del momento en el que la Fiscalía, sin más ni menos, decidido variar la calificación jurídica dada a los hechos imputados al procesado, para de esa forma enrostrarle la comisión de un delito mucho más gravoso, generando de esa forma una especie divorcio entre la calificación jurídica dada a los hechos en la formulación de la acusación, respecto de aquella que se le dio al *factum* en la audiencia de acusación.

Es de anotar que tal variación de la calificación jurídica fue acolitada por parte de la Sala mayoritaria con base en el argumento consistente en que los cargos formulados en la imputación son provisionales y por ende son susceptibles de ser variados, lo cual es cierto, pero de igual manera a la Sala mayoritaria se le olvidó que la potestad que tiene la Fiscalía para proceder en tal sentido, tiene como limite el consistente en que los cargos noveles que se le vayan a enrostrar al procesado debe ser menos gravosos, porque en ese evento se torna como necesario que el Ente Fiscal acuda a una nueva audiencia de formulación de la imputación, en la cual se modifique el contenido de los cargos endilgados al

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia 2ª Instancia de mayo 28 de 2014. Rad. # 42357.

procesado por unos caerlos noveles que resultan ser muchos más gravosos.

En tal sentido la Corte ha dicho:

“La formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación —o del allanamiento o del preacuerdo—, sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

Esa precisión que debe tener la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

Pero cuando surgen nuevas aristas fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole a fin de no sorprender al inculcado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que, si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico.

El límite, entonces, son los hechos registrados en la imputación, sin que se puedan considerar supuestos fácticos no incluidos en ella, máxime cuando tal modificación agrava la situación jurídica del inculcado. Esto significa que tales modificaciones serán posibles si se adelanta una audiencia de garantías adicional a la imputación para tales efectos y

se realiza antes de la presentación del susodicho escrito.

(:::)

La formulación de imputación se constituye, entonces, en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.

Lo anterior no conlleva a una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto, es posible que la valoración jurídica de ese hecho, tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además, de exigirse aún la imposibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación.

(:::)

Ahora, debe resaltarse que el objeto del proceso no es el delito y su consecuencia punitiva, sino una conducta del mundo fenomenológico —sea una acción o una omisión—, por ello, no se puede cohonestar la improvisación de la Fiscalía en la formulación de imputación, ni menos el afán por llenar los vacíos con la formulación de acusación, pues ello tiene incidencia en las garantías fundamentales del sujeto pasivo de la acción judicial al sorprenderlo con otros supuestos fácticos, cambiando así la delimitación del objeto del proceso.

(:::)

En suma, la modificación de la imputación fáctica: i) no puede recaer sobre el núcleo de lo que fue objeto de imputación; ii) es admisible para aclarar los hechos en todos los casos, o para excluir supuestos de imputación; y iii) si se trata de adición, necesariamente

no se puede agravar la situación jurídica del inculpado....”³.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene, de manera paladina, que la Fiscalía con su actuar socavó las bases estructurales del debido proceso a partir del momento en el que en la audiencia de formulación de la acusación procedió, por sí y ante sí, a variar la calificación jurídica de los cargos imputados al procesado, para de esa forma enrostrarle unos cargos mucho más gravosos respecto de aquellos que inicialmente le fueron endilgados en la audiencia de formulación de la imputación.

Tal situación, como bien se ha podido demostrar, se constituye en una flagrante vulneración del principio de la coherencia, ya que a la Fiscalía le estaba vedado el variar la calificación jurídica de los cargos enrostrados al procesado para formularle unos más gravosos, y sí lo pretendía hacer — V.gr. Ya sea porque el nuevo Fiscal no compartida la labor efectuada por quien lo antecedió en el cargo — tenía que llevar a cabo una nueva audiencia de formulación de la imputación, lo cual, como bien se sabe nunca tuvo ocurrencia en el presente asunto.

En ese orden de ideas, considero que la Sala se equivocó cuando decidió acolitar lo acontecido en el proceso, en el que, como lo he demostrado, tuvo lugar una trasgresión al debido proceso por haberse vulnerado los presupuestos que orientan al principio de la coherencia.

En conclusión, a fin de no ser más extenso, todo lo dicho en los párrafos precedentes se constituyen en las razones y motivos por las cuales decidí aclarar y salvar mi voto frente

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 14 de octubre de 2020. SP3918-2020. Rad. # 55440. (Negrillas fuera del texto original).

Procesado: RODOLFO ALEXÁNDER TORRES VANEGAS
Delito: Tentativa de hurto calificado
Rad. # 660016000035 2019 00072 01
Procede: Juzgado 1º Penal Municipal de Pereira con Funciones
de Conocimiento
Asunto: Aclaración y salvamento de voto

a la posición asumida en el presente asunto por parte de la
Sala mayoritaria.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

Fecha *Et Supra*

Firmado Por:
Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e327de5037545df141f8fa7f915c16fea7418fa09ceb6a1be7760004f3798a31**

Documento generado en 09/08/2022 03:17:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>