



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
Magistrado Ponente

C.U.I. 13-001-600-1128-2015-095-00

G10 0015-2023

Acta 149

Cartagena de indias, D, T y C., seis (6) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

I. V I S T O S

Subsanada la actuación, corresponde a la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por el defensor de **ADRIANA MARÍA** y **YANETH PATRICIA TABORDA MURILLO**, la defensora de **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA**, el fiscal seccional n° 59 y el representante de víctimas, contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2023 emitida por el juzgado 8° penal del circuito de Cartagena, que los condenó como coautores del delito de hurto

agravado por la confianza en la modalidad continuada, a la pena principal de 72 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

I. HECHOS¹

El señor Giacomo Aldo Thiele Senzato, gerente y representante legal de la sociedad hotel Sport Barú S.A.S, entre abril y julio de 2015 denunció unos hechos, que, en su entender, constituían los delitos de hurto y falsedad en documento privado.

Según el ente acusador, al momento de efectuar la liquidación de la renovación en cámara de comercio para el año 2015, se establecieron inconsistencias en las declaraciones de renta de la empresa Sport Barú S.A.S, se colocaban cifras que superaban el monto que debía ser cancelado, generando una diferencia de \$24.623.000 cifra de la que se apoderó el señor **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA**, a la sazón, contador público de la referida empresa.

De igual forma, se indicó en la acusación que **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA Y ADRIANA MARIA TABORDA MURILLO**, se apropiaron de algunos cheques obrantes en la chequera número 251747160 del banco Helm Bank, cuyo titular es la empresa sport barú, correspondiente a la cuenta 50137339-3, a saber, los cheques: 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2, que oscilaban entre \$20.000.000 y \$25.000.000, cada uno. Estos títulos valores fueron sustraídos de la chequera y cobrados en distintas oportunidades en el periodo de abril y julio de 2015 previa consignación en la cuenta de ahorros Bancolombia No. 17534343353 cuya titular era la señora Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, quien no tenía vínculo alguno con la empresa. A su vez, los cheques eran entregados por la señora **ADRIANA MARÍA TABORDA MURILLO** quien le indicó que descontara, a cambio de prestar su cuenta, el 30% del monto total de cada depósito, suma que era distribuida en los baños del centro comercial caribe plaza de Cartagena. Estos cheques presentaban una firma que no correspondía a la del titular Giacomo Aldo Thiele Senzato. En la circulación de los cheques figura la señora **YANETH PATRICIA TABORDA MURILLO** quien aparece en ocasiones entregando títulos valores y recibiendo dinero una vez se hace el cobro efectivo de los cheques por parte de Zaira Cecilia Rodríguez Amaris. Esta última es la hermana de **ADRIANA MARÍA TABORDA MURILLO**, auxiliar contable de la empresa Sport Barú S.A.S., persona de confianza del contador **LÓPEZ ARANA** y del gerente del hotel Thiele Senzato.

Para la Fiscalía, **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA, ADRIANA MARIA TABORDA MURILLO y YANETH PATRICIA TABORDA MURILLO**, se concertaron para sustraer los títulos valores 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2, posteriormente, realizar la falsificación de los mismos, para luego, realizar un procedimiento “*poco ortodoxo*” con la señora Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, afectando a la empresa Sport Barú S.A.S. en una cifra que supera los \$120.000.000.

II. ANTECEDENTES

El 15 de diciembre de 2017 la fiscalía imputó a **LÓPEZ ARANA** como coautor de los delitos de hurto agravado por la confianza en concurso homogéneo², en concurso, con falsedad en documento privado. A su turno, el 28 de diciembre del mismo año el persecutor imputó a las hermanas **TABORDA MURILLO** como coautoras de los delitos de hurto agravado por la confianza en concurso homogéneo, en concurso, con falsedad en documento

¹ Se sintetizan de la acusación.

² Récord 59:00 a 1:00:25 y récord 1:28:12 a 1:32:00 de la imputación.

privado (Art. 239 y 241.2 y 289 CP). El juicio correspondió al juzgado 7° penal del circuito de Cartagena. El 15 de marzo de 2018 la fiscalía acusó a los prenombrados en los mismos términos imputados. La audiencia preparatoria inició el 31 de mayo de 2019³ y culminó el 22 de marzo de 2022 cuando el *a quo* emitió auto de obediencia con ocasión a la decisión proferida por esta Sala el 20 de enero de 2022 que resolvió algunas controversias probatorias (G14 0006-2021). En aquella oportunidad, el Fiscal renunció a la solicitud relacionada con la introducción directa de la prueba documental: cheques⁴. por tanto, terminó la audiencia preparatoria y se fijó fecha para la instalación del juicio oral⁵.

Por auto de fecha 4 de abril de 2022 el juez 7° se declaró impedido. Luego del trámite de rigor⁶, la Sala declaró fundado el impedimento (G24 0019-2022). De esta manera, el proceso pasó al juzgado 8° penal del circuito de esta ciudad. El 26 de julio de 2022 se instaló el juicio oral con la presentación de la teoría del caso e inició el debate probatorio, sesión que fue suspendida y reanudada el 21 de octubre de ese mismo año. Cuando se disponía la recepción del testimonio del perito Nelson Hortua Bohórquez, la defensa de **LÓPEZ ARANA** solicitó el rechazo de la base de opinión pericial, en la que este sustentó el análisis grafológico de unos cheques. El *a quo* accedió a la pretensión. Una vez apelada aquella determinación esta fue revocada por la Sala el 14 de diciembre de 2022. Conjuntamente, se declaró prescrita la acción penal por el delito contra la fe pública (G14 0021-2022).

El debate probatorio concluyó el 21 de marzo de 2023 y las partes e intervinientes alegaron de conclusión. El 31 de mayo de 2023 el *a quo* emitió sentido del fallo de carácter condenatorio y se instaló la audiencia de que trata el Art. 447 CPP⁷ esta sesión fue suspendida y culminó el 16 de junio. Por último, la sentencia fue leída el 26 de junio y contra ella las partes e intervinientes referidas en el acápite “decisión” presentaron recurso de apelación. El *a quo* concedió el recurso sin haber surtido el traslado a los no recurrentes. Por tanto, mediante auto de fecha 13 de julio esta Sala devolvió

³ Y otras sesiones.

⁴ Dijo la Sala en el auto de fecha 20 de enero de 2022: “observa que cuando el *a quo* entremezcló el concepto de base fáctica de la experticia grafológica con la prueba documental, siendo que dichos medios son autónomos, tal como quedó explicado ampliamente, dejó, con su confusión, huérfano el pronunciamiento sobre la solicitud de prueba documental directa de los títulos valores deprecada por la Fiscalía. En tal medida, la Sala devolverá la actuación en este punto para que el *a quo* se pronuncie frente a tal solicitud”

⁵ Fijada para el 6 de abril de 2022.

⁶ Ante el homologo 8°.

⁷ La Fiscalía no realizó intervención alguna.

el asunto. Subsanada la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

III. SENTENCIA APELADA

Luego de recapitular los hechos jurídicamente relevantes que en su entender fueron acusados, el *a quo* compendió las pruebas practicadas en el juicio oral⁸.

Empezó por el testimonio del señor Giacomo Aldo Thiele Senzato y encontró corroboración con el relato de Zaira Cecilia Rodríguez Amaris. A la par, valoró el testimonio de Carmen Julia González Alfaro deslindando idéntica reafirmación. Asimismo, valoró el testimonio del investigador contable del CTI Edrulfo Pérez Contreras, quien realizó labores de revisión sobre las declaraciones de renta de la empresa, así como a unas actas para calcular el detrimento patrimonial en este asunto: i) expuso que “*se trataba de 6 cheques, la mayoría fueron girados por \$20.000.000, \$20.000.000, \$120.000.000, \$21.000.000, \$15.000.000 y \$15.000.000*”, el último fue retornado por la titular de la cuenta.

Según el *a quo*, el testigo informó que las diferencias calculadas con la DIAN consistieron en unas declaraciones de renta entregadas por el contador de la empresa quien maquilló los valores apagar apoderándose de la diferencia de casi \$25.000.000. Además, valoró el testimonio de Nelson Hortua Bohórquez, perito documentólogo que realizó un examen de las firmas impuestas por Giacomo Thiele, en 4 cheques, concluyendo que no presentan improcedencia escritural con el representante legal de la empresa. También, trajo a cuenta el testimonio de Gleymer Antonio Valdez Marrugo, quien participó en una auditoria y detectó probables irregularidades contables que se cometían en las empresas en donde fungía como contador **LÓPEZ ARANA** y auxiliar contable **ADRIANA TABORDA MURILLO**.

De manera que, concluyó que estaba acreditada la confianza del dueño, poseedor o tenedor de la cosa, en el manejo que tenían los procesados de estos instrumentos negociales, como encargados de la contabilidad.

⁸ ellas fueron: los testimonios de Giacomo Aldo Thiele Senzato, Zaira Cecilia Rodríguez Marín, Carmen Julia González Alfaro, Edrulfo Pérez Contreras, Nelson Hortua Bohórquez y Gleymer Antonio Valdez Marrugo.

RADICACIÓN: 13-001-600-1128-2015-095-00.
NO. I. TRIBUNAL: G10 0015-2023.
PROCEDENCIA: JUZGADO 8° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.
PROCESADOS: ADRIANA, YANETH TABORDA MURILLO Y RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA.
DELITO: HURTO AGRAVADO.
MOTIVO: APELACIÓN DE SENTENCIA.

De esta manera, apuntó que el objeto material del delito corresponde a la chequera, estos cheques fueron usados para trasladar la suma de dinero de la empresa a una cuenta bancaria “de la cual se apoderaron los procesados”.

Así pues, sobre la configuración de la conducta punible consideró:

*“En definitiva, no hay lugar a duda que las personas que se aprovecharon de la confianza depositada por sport barú, apoderándose de una chequera que les fue entregada por ser este un instrumento del área contable para el ejercicio de las funciones que desempeñaba como contador general de la empresa, laborando en la contabilidad desde hace más de 13 o 14 años, fue **RAFAEL LOPEZ ARANA** y la auxiliar contable **ADRIANA MARIA TABORDA MURILLO** de sport barú, procediendo a consignar los cheques a la cuenta de ahorros Bancolombia No. 17534343353 a nombre de Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, quien se quedaba con un porcentaje de cada depósito, y entregaba el resto del dinero a las hermanas **ADRIANA MARIA TABORDA MURILLO** y **YANETH PATRICIA TABORDA MURILLO**, esta última quien recibía el dinero, tal como lo señaló la misma titular de la cuenta Rodríguez Amaris, quien indicó en el juicio la forma en que se le increpó por su amiga **ADRIANA TABORDA MURILLO**, debido a su situación económica para acceder a prestar su cuenta con los fines señalados.*

*Adicional a lo anterior, quedó demostrado que el señor **RAFAEL LOPEZ ARANA** aumentó el valor de las declaraciones de renta y CREE año 2014 y las declaraciones de cámara de comercio del año 2015, de las cuales se debía cancelar la suma de \$69.284.500; sin embargo, cancelaron ante la Dian la suma de \$44.661.000, apoderándose así de \$24. 623.500, pues así lo atestiguaron bajo la gravedad de juramento Gleymer Antonio Valdez Marrugo, quien estableció que adicional a eso pudieron hallar una situación bastante delicada respecto a las declaraciones de impuestos de las sociedades sport barú, y además de otras sociedades que son de la familia en la cual había se habían presentado algunas irregularidades en unas declaraciones de impuesto que se habían presentado ese mismo año 2015, que correspondían al año 2014, se había presentado a los socios de la de la empresa una información, unas declaraciones y cuando entraron a comparar esas declaraciones con las que se habían presentado efectivamente, ante la Dian y ante Secretaría de Hacienda distrital, se dieron cuenta que los soportes que se habían entregado a los socios de la empresa estaban por una cuantía superior a las declaraciones que efectivamente habían quedado presentadas ante estas entidades Dian y Secretaría de Hacienda distrital. Los socios, habían girado los valores de las declaraciones que le habían presentado por mayor valor y en realidad había pagado un menor valor, allí también hubo una apropiación de unos recursos que ascendió a 24 millones de pesos...*

Lo anterior, se corroboró con la declaración de EDULFO PEREZ CONTRERAS, quien señaló que en relación a las diferencias que se calcularon en la Dian consistió en unas declaraciones de renta que el señor contador de la empresa les entregó a los socios como declaraciones presentadas ante la Dian y sobre eso a él le dieron unos dineros para pagar los impuestos y las declaraciones de renta, que efectivamente aparecen consignadas en la Dian que eran por unos valores diferentes, es decir, una cosa, fueron unos formatos de declaración de renta que él entregó a los socios como declaraciones presentadas y otra cosa eran los formatos que realmente aparecían presentados en la Dian por un menor por un menor valor. Esas diferencias sumaban unos 24 millones y algo casi 25 millones, que fueron los que el contador de ese entonces se comprometió a reintegrarle a los socios a la fecha de la inspección judicial. Él no haya reintegrado un solo peso de eso. Encontró un acta suscrita por el contador y por el gerente, un acta donde él se comprometía a pagar esas sumas de dinero.

En este punto, esta judicatura quiere indicar que se le da total credibilidad a los testimonios de los señores GIACOMO ALDO THIELES SENSATO, ZAIRA CECILIA RODRIGUEZ MARIN, CARMEN JULIA GONZALEZ ALFARO, EUNULFO PEREZ CONTRERAS, NELSON HORTUA BOHORQUEZ Y GLEYMER ANTONIO VALDEZ MARRUGO, en razón a que sus deposiciones fueron espontaneas, verosímiles, indicado detalles de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos objetos del presente proceso, coincidiendo en aspectos sustanciales del mismo, como lo fue la forma en que fueron descritos al momentos de los hechos, los sujetos activo de la conducta. Aunado a ello, la defensa no pudo establecer un manto de duda en sus dichos que se repite fueron coherentes y verosímiles.

En consecuencia, para esta judicatura se tienen que los hechos ocurridos, en Cartagena entre abril a julio de 2015, si ocurrieron, y son los aquí procesados, quien con conocimiento de la ilicitud de su acto decidieron iniciar la ejecución del mismo ejerciendo y aprovechándose de la confianza que le fue otorgada como empleados de la empresa sport barú para apoderase de una suma de dinero que no les correspondía. Entonces se ha podido en este caso establecer o acreditar la materialidad de la conducta de HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA, afectación que se describe taxativamente en la normatividad penal como delito y la responsabilidad penal que se le endilga a los ahora acusados”
(sic)

Después, acometió la dosificación punitiva, fijó el extremo mínimo en 48 y el máximo en 189 meses de prisión. Estableció el ámbito de movilidad y eligió el cuarto mínimo (de 48 a 83,25 meses de prisión) al considerar que no fueron endilgadas circunstancias de mayor punibilidad, al tiempo que los procesados no registran antecedentes penales. Enseguida, individualizó la pena, la fijó en 54 meses y considerando que la modalidad en la que se cometió el delito fue

continuada, con unidad de designio la aumentó en una tercera parte, para un total de pena de 72 meses de prisión.

En lo que atiende a los subrogados penales, accedió a la solicitud de prisión domiciliaria elevada por la bancada defensiva (Art. 38B). Finalmente, no estimó necesaria la expedición de una orden de captura, pues resolvió suspender el cumplimiento del subrogado hasta los 5 días siguientes contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

IV. LAS APELACIONES

Defensa de YANETH y ADRIANA TABORDA MURILLO

Primer cargo. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura

Luego de reproducir algunos fragmentos del escrito de acusación, segmentos transliterados del acto de verbalización y las consideraciones de la sentencia, concluye que el fiscal únicamente acusó por un concurso homogéneo del delito contra la fe pública, sin que se predique concurso de conductas frente al delito de hurto agravado, desbordándose el principio de congruencia.

Considera que no hay cabida para deducir la actualización de un delito en la modalidad continuada, en tanto, la fiscalía imputó los cargos bajo una unidad de acción. Destaca que el aumento sufrido por causa de esa figura jurídica trastoca la congruencia.

Destaca que a sus defendidas no se les atribuyó el hecho que recae sobre la alteración de las declaraciones de renta, sin embargo, fueron condenadas por ese supuesto fáctico, transgrediéndose la congruencia.

Realiza reseña dogmática sobre la figura de la complicidad, considerando que la participación de sus clientes es posterior a la consumación del hurto, sin que exista dominio del hecho. Reflexiona que la consecuencia de ello es la nulidad de la actuación desde la audiencia de acusación. Más aún porque no existieron los títulos valores (cheques).

Segundo cargo. Indebida valoración probatoria

Después de compendiar la prueba de cargo, el apelante se limita a indicar que los testimonios de Giacomo Aldo Thiele Senzato, Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, Carmen Julia González Alfaro, Edrulfo Pérez Contreras, Nelson Hortua Bohórquez y Gleymer Antonio Valdez Marrugo se valoraron individualmente, pero no en conjunto.

Acto seguido, realiza una valoración del testimonio de Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, para concluir que miente cuando afirma que los cheques le fueron entregados por **ADRIANA TABORDA MURILLO**, pues con anterioridad, dijo que el primer cheque ingresó a su cuenta, pero no sabe si la procesada fue quien lo consignó. A su vez, expuso que para los dos últimos cheques fue al banco y los consignó, refiriendo además que “ellas” estaban en contacto con una señora de nombre Carmen, quien no pudo “hacer el favor”.

Se ocupa de transcribir algunos apartes del testimonio de Carmen Julia González Alfaro, en punto a que esta persona dijo que conoció a Zaira de hace años y afirmó nunca haberse reunido con **ADRIANA**, que Zaira se la presentó en un restaurante pero que no son amigas y que no conoce a **RAFAEL ARANA**.

Extrajo del testimonio de Nelson Hortua que este solicitó el cotejo de la firma de Giacomo Thiele, contenida en 5 cheques del banco Helm Bank: 0234987-8, 0234989-2, 0234984-6, 0234988-5 y 0234985-3 y se constató que las firmas legibles dubitados para los cheques terminados en 3, 8, 5 y 2, por valores de \$15.000.000, \$25.000.000, \$20.000.000 y \$21.000.000 no presentan uniprocedencia escritural.

De esta forma, concluye que la declaración de Zaira Cecilia Rodríguez Amaris no coincide con la de Carmen González Alfaro, pues esta última dice que conoce a Zaira hace años y por intermedio de esta conoció a las hermanas **TABORDA**, situación que no refiere Zaira, pues dijo que escuchó de Carmen por medio de una llamada que realizaron las procesadas. Por tanto, en su consideración, ambas son testigos sospechosas y mintieron.

Tercer cargo. Inexistencia del delito de hurto agravado por la confianza en lo concerniente a sumas de dinero

Colige que en este asunto no se actualizó el delito de hurto agravado, ello hace meritoria la nulidad de la sentencia pues se podría afirmar la existencia del delito de hurto sobre el bien mueble denominado chequera y no sobre las sumas de dinero consignadas en el banco. Lo anterior, porque para la obtención de las sumas de dineros se falsificaron unas firmas (las del titular de la cuenta) mediante otro delito: falsedad en documento privado —delito medio—, lo cual, estructura el delito de estafa (Art. 246. CP), norma por la que se debió adelantar el juicio. Ello, en su entender, transgrede el principio de legalidad (Art.10) y el debido proceso (Art. 29 CN). Como reparo secundario solicita se revoque la sentencia por indebida interpretación de las pruebas *“ya que las mismas se contradicen entre sí. En especial de las hermanas”* **ADRIANA y YANETH TABORDA MURILLO**.

Defensa de RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA⁹

La recurrente destaca que en la sentencia se da por probado que **LÓPEZ ARANA y ADRIANA TABORDA** se apropiaron de 6 cheques cuando los hechos jurídicamente relevantes atienden a 4 de ellos, cobrados, según, con la firma falsa del girador. Aunado a que a su defendido nunca lo mencionaron como receptor de esos dineros ilícitos.

Pretende que esta Sala, como cuestión previa, declare que los hechos objeto de acusación encajan en los delitos de Falsedad -cuya Prescripción declaró la segunda instancia- y Estafa, pero no en el hurto agravado por la confianza. Así las cosas, en su entender, el *a quo* incurrió *“en una violación directa de la ley sustancial”*, al aplicar indebidamente los artículos 239 y 241 del C. Penal y dejar de aplicar el artículo 246 *ibídem*.

Como cuestión principal, solicita que se declaren no satisfechos los presupuestos para condenar a su cliente (Art. 381 CPP) por el provecho económico obtenido con los cheques sustraídos de la empresa, firmados espuriamente y consignados en la cuenta de ahorros de la señora Zaira Rodríguez Amaris, por duda insalvable.

De cara a la prosperidad de este cargo, valoró el testimonio de Giacomo Thiele Senzato, quien refirió que los títulos valores se encontraban en la

⁹ La Sala no hará referencia a los puntos planteados por la censora, que vinculan a **ADRIANA TABORDA**, pues la letrada no goza de legitimidad, y, menos de interés, para recurrir frente a lo que a esta coprocesada ocupa.

oficina donde se desempeñaban las funciones administrativas, allí trabajaban todos, haciendo referencia a **RAFAEL LÓPEZ ARANA, ADRIANA TABORDA MURILLO**, una persona del equipo de reservas, y otras personas que no ostentaban labores contables y administrativas. Lo anterior, para deducir que las chequeras no estaban en custodia de **LÓPEZ**, así como tampoco se aportó manual de funciones o reglamento de trabajo para fundar un indicio necesario en su contra. De allí, considera que no se probó que este hubiese usado los cheques o tenido acceso a las sumas dinerarias extraídas. Destaca que Thiele Senzato solo corrobora lo que informó el señor Gleymer Valdez, dígase, que la relación laboral con su defendido había terminado desde septiembre de 2014, fecha para la cual este dejó de ser empleado de la empresa. Mientras que, los cheques fueron cobrados a partir de abril de 2015. Por tanto, concluye que no había forma de que **LÓPEZ** conociera el rumbo de esos títulos. En otras palabras, en su entender, los hechos enrostrados a las hermanas **TABORDA MURILLO** datan del año 2015 *“cuando al parecer éstas luego de hacerse de los cheques, según lo manifestado por el señor Giacomo Tihele, los llenan en favor de Zaira Rodríguez Amaris, quien los consigna en su cuenta de ahorros Bancolombia no.17534343353 y finalmente retira un porcentaje cercano al setenta por ciento (70%) de los importes de los títulos valores, para entregarlo a las hermanas **TABORDA**”*.

Explica que los testimonios son claros en punto a que su cliente es ajeno a la obtención del dinero que se realizó mediante el apoderamiento de los cheques, pues del testimonio de Zaira Rodríguez Amaris se extrae que **ADRIANA TABORDA** le informa que los cheques son de su cliente, pero es una información que no le consta de manera directa. Además, su credibilidad es cuestionable porque es una coautora de la conducta y curiosamente no fue acusada en el proceso, y al parecer, tampoco en otra cuerda. pese a que se benefició con el 30% del producto ilícito, lo que se corresponde aritméticamente con que sean 3 las coautoras y no 4.

Cuestiona la sentencia en punto a que, si bien se dijo que Carmen Julia González Alfaro es conocedora de los hechos descritos, se trata de una prueba de referencia inadmisibile porque informa que en un restaurante conoció a **ADRIANA TABORDA**, quien según le propuso, vía telefónica, le prestara su cuenta a cambio de un porcentaje para consignar unos cheques de *“un amigo **RAFAEL ARANA**”*. Añade que la postulación riñe con la lógica porque esos negocios se proponen a personas de confianza no a alguien que se trata en lo esporádico, que se presentan de forma presencial y no telefónicamente. Apuntó que nunca vio al dueño de esos cheques al punto que cita mal su

primer apellido y, por último, que en caso de los títulos valores ser de su cliente le habría significado más dinero cobrarlos solo en lugar de buscar coparticipes.

Adicionalmente, repara que la Fiscalía nunca permitió que se conocieran los cheques, supuestamente, objeto de adulteración, para determinar con prueba técnica si su defendido los llenó con su puño y letra, los cheques dubitados y quienes aparecían como beneficiarios de los mismos, así como su cadena de endosos.

Como tercer reparo, expresa que la conducta de su defendido, consistente en presentar a su patrón una declaración de renta y de cámara de comercio, por un mayor valor y, a través de ese medio engañoso, obtener un beneficio económico, en perjuicio de aquél, encaja en el delito de estafa, pero no en el de hurto. Así, se debe concluir que *“existe el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo”*, y, por ello, pide se revoque la sentencia pues no hay lugar a responsabilidad penal (Art, 32, numeral 2° CP) por ese hecho.

Bajo esa línea de pensamiento, expone que la juez cercenó el testimonio de Gleymer Valdez Marrugo y Edulfo Pérez Contreras frente a aspectos que le favorecen a su cliente. Respecto al primero, destaca que a partir de su testimonio se puede concluir que la cuantía de la estafa es de \$24.623.500, acontecida en el año 2014 cuando su defendido aún trabajaba como contador de la empresa. Y sobre el segundo testigo con él se introdujo acta de fecha 15 de junio de 2015 en la cual su cliente se compromete a reembolsar la suma de \$24.623.500, suma que reintegró parcialmente como se acreditó en la audiencia de individualización de la pena. Luego de hacer referencia a los reembolsos del dinero y sus fechas¹⁰ expresó que estos suman \$23.000.000 lo que constituye una novación o cambio de una obligación por otra.

De manera **subsidiaria** afirma que la estafa, por su cuantía, inferior a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales, requería como *“condición de procesabilidad de la acción penal” o “de procedibilidad”* se surtiera obligatoriamente la conciliación, la cual no se dio en este asunto. Por lo tanto, se afectó el debido proceso, en su estructura, generándose la nulidad de lo

¹⁰ 1.- Quince millones de pesos (\$15.000.000), el día 18 de junio de 2015.
2.- Cuatro millones de pesos (\$4.000.000) el 20 de junio de 2015.
3.- Cuatro millones de pesos (\$4.000.000) el 22 de junio del 2015.

actuado. Solicitando a la Sala revocar la condena y en su lugar, ordenar la preclusión por imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal (Arts. 70, 74, 332, numeral 1° y 522 del C. de P. Penal). En caso de no accederse a ninguna de las pretensiones, pide que la pena, por el delito de estafa, se dosifique conforme a lo preceptuado por el artículo 246, inciso 3° del C. Penal y la reparación efectuada por su defendido (Art. 269 *ibidem*).

Representante de la víctima

Expone el recurrente que el proceso tiene su génesis por los delitos de falsedad en documento privado y hurto agravado, ambos en concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo. Que el primero de ellos prescribió y que el *a quo* consideró que los hurtos deben ser considerados como una sola conducta en la modalidad continuada, criterio que no comparte porque discurre en que lo actualizado fue un concurso real y sucesivo de conductas. Deduce que estamos en presencia de una segmentación de la acción diferenciable, actualizándose un concurso material homogéneo sucesivo de delitos contra el patrimonio económico. Circunstancia concursal esta que, contrario a como se alegó por los defensores, sí fue imputada y luego acusada. Por tanto, solicita que se emita condena por el concurso homogéneo de hurtos agravados por la confianza (un total de 6, según pide).

Por otra parte, el letrado se muestra conforme con la determinación de los extremos punitivos. No obstante, discrepa porque no se tuvieron en cuenta las circunstancias de agravación punitiva contenidas en el Art. 58.5¹¹.9.10 del Código Penal, las cuales quedaron probadas en el juicio. En tanto: *“(1) no lo cometió una sola persona sino tres en coparticipación criminal, (2) se usaron medios de ocultamiento y engaño, como lo es la falsedad que, aunque prescrita como delito, no desaparece del acontecer como lo sabemos todos y, por último, (3) la posición distinguida del mismo contador, que como profesional que es, se aprovechó de ello para actuar así, lo que siendo una circunstancia real del hecho se traslada a sus partícipes”* (sic).

De esta forma, reflexiona que se debe mover el juzgador entre los cuartos medios. Por último, expuso que la pena a imponer por su excesivo dolo y *“deliberación macabra”*, supone una pena alta, ubicada dentro del tercer

¹¹ 5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; 9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio; 10. Obrar en coparticipación criminal.

cuarto, aumentado otro tanto por seis veces, por el concurso delictivo *“para poder penar y no resulten gratis, los demás punibles del concurso real”*.

Seguidamente, se duele porque **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** fue condenado, además, por la apropiación de los dineros de diferencia que tenían por finalidad, pagar las declaraciones de renta de la empresa. Así las cosas, solicita que se le imponga un coste punitivo adicional, pues se le dio el mismo tratamiento que a las otras coprocesadas.

De otra guisa, solicita que se revoque el sustituto concedido de la prisión domiciliaria (Art. 38 B) en razón a que, como la pena esta llamada a aumentarse, entonces no se configuraría el requisito objetivo contenido en el Art. 38B, es decir que *“la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”*. Adicionalmente, porque los procesados han sido esquivos en pagar o asegurar el pago o garantía de los daños y perjuicios que condiciona este beneficio, establecido en el numeral 4° literal b *ídem*.

Además, pide que se imponga a los procesados la pena de suspensión para el ejercicio de la profesión de contador y de auxiliar de contabilidad respectivamente. En ese sentido, considera que los procesados *“deben quedar inhabilitados o suspendidos para seguir ejerciendo la profesión de contadores o auxiliares, todo ejercicio que les represente el manejo de sumas de dinero o contabilidad de actuales o futuros clientes”* (sic).

Finalmente, explica el profesional del derecho que los temas relacionados con las capturas y libertades tienen efectos inmediatos y no se requiere la ejecutoria de las decisiones. De allí que, considera equivocada la postura del *a quo* en punto a estimar que debía aguardar la decisión de segunda instancia o que cobrara ejecutoria la sentencia para esos fines. En consecuencia, solicita dar cumplimiento inmediato a las órdenes de captura en este asunto.

Fiscalía seccional n° 59

El delegado coincide con lo planteado por el representante de víctimas, en punto a que el cumplimiento de los mecanismos sustitutivos de la prisión debe ser inmediato. Por ende, no debió dejarse de librar la orden de captura para conceder la prisión domiciliaria a los procesados y esperar a la ejecutoria de la sentencia, como se señaló en la decisión de condena.

Repara el quantum de la pena, pues de la lectura del art. 61 se desprende que los atenuantes y agravantes surgen desde la acusación, sosteniendo que quedaron debidamente probados en juicio. Según entiende, se configura la circunstancia de mayor punibilidad *“obrar en coparticipación criminal”* (Art. 58.10 CP). Por ello, en virtud del principio de legalidad demanda la corrección del error, ubicándose la pena dentro de los dos cuartos medios.

Debido a que los señores **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** y **ADRIANA MARÍA TABORDA** ejecutaron la conducta, en ejercicio de su profesión de contador y auxiliar contable respectivamente, considera que debía imponérseles la pena de accesoria de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.

V. NO RECURRENTE

- Representante de la víctima

Respecto al recurso presentado por la defensa de RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA

En punto a que la adecuada tipificación es estafa y no hurto agravado por la confianza frente a los cheques, el letrado se aparta, pues si bien el punible de estafa exige un medio engañoso de cara al ardid, no todo hecho engañoso implica su actualización, pues bien puede tratarse de delitos autónomos. Como razón adicional, pregona que el delito de estafa requiere que sea la misma víctima quien entregue el dinero o activo por conducto del engaño.

En cuanto a que se diga no existe mérito para condenar, por duda, el letrado explica que contrario a lo sostenido por la censorsa, el denunciante Giacomo Thiele expresó que **LÓPEZ ARANA** y **ADRIANA TABORDA** custodiaban los cheques en una gaveta. Aunado a que sí existe prueba que acredite que el procesado tuvo acceso a los cheques y al valor extraído de las cuentas, pero no directa. Que estos se encontraban bajo su custodia y como contador era el encargado de llevar la contabilidad, registrar movimientos contables y manejar las chequeras, cuyos cheques hacía y eran firmados por el gerente. Sin que culminara la chequera este pidió una nueva, asegurando

que cheques sin uso fueran luego consignados en la cuenta de Zaira Rodríguez. De manera que la asistente del procesado **ADRIANA TABORDA** acude a Zaira Rodríguez requiriendo su colaboración para cambiarle unos cheques a su jefe, procedimiento que tuvo lugar seis veces, cuyo dinero era entregado a escondidas en los baños de un centro comercial.

Sostiene que no existen pruebas de referencia en este asunto, todos los testigos narraron lo que les constaba y las pruebas de cargo sí son creíbles. Puntualiza que el reparo realizado a la testigo Zaira Rodríguez es constitutivo de reconocer que existen otros coautores, empero, es esa calidad la que califica su relato, acogiéndose al principio de oportunidad.

Desestima las reglas lógicas plasmadas por la apelante, pues no comparte que se deba realizar una operación aritmética para determinar los repartos económicos de los coautores, sin que logren predicarse ninguna de las circunstancias o máximas expuestas, tildándolas de réplicas jurídicas sin base, pues la extracción de los cheques está debidamente comprobada por libertad probatoria.

En lo que atiende a los reparos de que existió libre consentimiento y novación, como causal preclusiva, que se ordene la preclusión por ausencia de diligencia de conciliación y que de manera subsidiaria se disminuya la pena por la reparación efectuada por el procesado condenado, el defensor sostuvo que el delito de hurto agravado no es querellable. por tanto, no se requiere la conciliación y mucho menos la querella. Sumado a que los pagos parciales realizados por el procesado para paliar el delito no son causales de preclusión, debiéndose tener en cuenta en el incidente de reparación de perjuicios pues lo que se *“exige que el pago sea total o integral, incluyendo el valor apropiado más los daños y perjuicios”* (Art. 269 CP). Por último, no comparte la solicitud de nulidad, pues no se colman los principios que la regulan pues nada se expuso al respecto.

Respecto al recurso presentado por la defensa de ADRIANA y YANETH TABORDA MURILLO

Considera el no recurrente que no se ha vulnerado el principio de congruencia pues es equivocado que se sostenga que la fiscalía sólo acusó por el concurso de delitos de falsedad y un solo hurto agravado por la confianza.

Sostiene que surge alejada la vulneración del principio de congruencia por la alegada falta de acusación por el delito de hurto continuado, por el que se ha visto incrementada la pena, ello no rompe el mentado principio pues se cumple con el factor personal, fáctico y jurídico. Adiciona que no existe sorprendimiento alguno a la defensa, al contrario, le favorece, sin que exista cambio de calificación jurídica.

Está de acuerdo con que la señora **YANETH TABORDA MURILLO**, no ha debido ser condenada, también, por la sustracción de dineros de la declaración de renta, porque se trató de un *lapsus calami* del *a quo*, pero que carece de entidad, porque en la sentencia no se le aumento un solo día al quantum de su condena. Considerando que ambas son coautoras, no hay lugar a predicar complicidad. No está de acuerdo con que deba decretarse la nulidad porque los cheques no existieron, por cuanto, ello es eminentemente probatorio, desconociéndose el principio de libertad probatoria.

En cuanto a la indebida valoración de la prueba lo mira desacertado pues no es verdad que el *a quo* hubiese realizado solamente alusiones individuales del contenido probatorio. En segundo lugar, se confunde, como se conocieron las declarantes y como son abordadas por las hermanas **TABORDA**.

- Defensa de RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA

Respecto al recurso del representante de víctimas, sostuvo que no obra prueba en el proceso de que su representado haya tenido participación alguna en el hecho "*hurto de los cheques*". No se dan los requisitos del artículo 381 del C. de P. Penal para condenarlo por el provecho económico obtenido con los cheques sustraídos de la empresa, firmados y supuestamente consignados en la cuenta de ahorros de la señora Zaira Cecilia Rodríguez Amaris. Explica que a su defendido no le fueron acusadas unas circunstancias de mayor punibilidad, ni en imputación, ni en acusación, lo que trastoca el principio de congruencia. Reafirma, luego de transliterar la acusación, que lo que se configura es el delito de estafa. Destaca que es desacertado que el apoderado de víctimas rotule su recurso como "*el crimen si paga*", cuando es claro que la señora Zaira Cecilia Rodríguez Amaris es quien tiene dominio del hecho, presta su cuenta bancaria y de ella se sabe que su proceso ante el juzgado 2

penal del circuito de Cartagena esta dilatado y en nada avanza su principio de oportunidad.

Destaca que los testigos Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, Carmen Julia Alfaro y Giacomo Tihele Senzato, son testigos de referencia, que verbalizan un chisme que, la persona que supuestamente lo dijo, no se trajo al juicio oral. No comparte las alegaciones de que se niegue la prisión domiciliaria, pues sobre este aspecto no existe duda alguna de su procedencia, si el delito por el cual se condena tiene penal de 8 años o menos de prisión, y en este caso así es. Por último, respecto al recurso del fiscal se mantiene en los argumentos realizados en la sustentación del recurso de apelación interpuesto.

- Defensa de ADRIANA MARÍA y YANETH PATRICIA TABORDA MURILLO

Del recurso del representante de víctimas

Luego de transcribir apartes de la acusación, se mantiene en que a sus defendidas se les acusó por un concurso homogéneo y heterogéneo sucesivo de los delitos de falsedad en documento privado y hurto agravado por la confianza. Que debido a que las circunstancias de mayor punibilidad alegadas no fueron acusadas se trastocaría la congruencia y el principio de legalidad de aplicarse como lo solicita la víctima. Explica que sí se cumplen los presupuestos para la concesión de la prisión domiciliaria, que la defensa pretende confundir, los presupuestos legales para ello. Consideró que el *a quo* de acuerdo con el delito objeto de condena y actuando dentro de su autonomía, estimo la regla general donde está claro que la captura de quien ha sido declarado responsable a efectos de que cumpla la sanción impuesta, a voces del artículo 450 CPP, debe ordenarse inmediatamente cuando se han negado los subrogados o penas sustitutivas. Respecto al recurso de la fiscalía no se aprecian argumentos sustanciales distintos a los ya expuestos.

VI. CONSIDERACIONES

Según lo preceptuado en el artículo 34.1 de la Ley 906 del 2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer el recurso de apelación presentado por el defensor de las señoras **ADRIANA MARÍA y YANETH PATRICIA TABORDA MURILLO**, la defensora de **RAFAEL**

SEGUNDO LÓPEZ ARANA, el fiscal seccional n° 59 y el representante de víctimas, contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2023 emitida por el juzgado 8° penal del circuito de Cartagena, que los condenó como coautores del delito de hurto agravado por la confianza en la modalidad continuada a la pena principal de 72 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

La competencia de la Sala opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.

Pues bien, el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal establece que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado. Duda que resulta cuando del análisis probatorio no es posible tener certeza respecto de los elementos de la responsabilidad y, por lo tanto, no se contaría con las pruebas requeridas para proferir una decisión condenatoria que desvirtúe plenamente la presunción de inocencia.

Lo anterior quiere decir, que no basta con la sola probabilidad como grado de conocimiento o con la denominada inferencia razonable de autoría, escalón cognoscitivo y lógico que resulta suficiente, por ejemplo, para la imposición de una medida de aseguramiento, pero no, para edificar una sentencia condenatoria.

Previo a abordar los reparos concretos de los apelantes, confrontarlos con la sentencia de primera instancia y los alegatos de estos como no recurrentes, debe realizarse una labor de corrección material que involucra el principio de congruencia, concretamente, frente a los hechos que se declararon en la sentencia.

Claramente, se aprecia del escrito de acusación y luego, de su verbalización, que la fiscalía cifró los hechos jurídicamente relevantes en 4 cheques distinguidos con los números: 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2.

No obstante, en la sentencia, erróneamente se declaró que el objeto del hurto se desarrolló frente a 6 cheques: 0234984-6, 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5, 0234984-2 y 0234986-3.

La Sala, se ceñirá estrictamente a los 4 cheques que delimitó el ente acusador, por ser este el marco de la acusación.

Otro de los puntos problemáticos advertidos en la sentencia, radica en que la juez englobó todos los segmentos fácticos atribuidos por la fiscalía en el denominado delito continuado, es decir, el hurto de los dineros contenidos en los cheques 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2 y aquel en que se relaciona al procesado **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** con el hurto agravado que se produce en el año 2014, cuando en calidad de contador, al parecer, presenta a los socios de hotel sport Barú declaraciones de renta que supuestamente infló, y luego, conservó la diferencia que resulta en la suma de \$24.623.000.

Acerca del delito continuado, la Sala considera necesario precisar, que la jurisprudencia especializada lo prevé como aquella figura jurídica, autónoma, independiente, que no forma parte del concurso de delitos¹².

De allí que, el legislador acopla la existencia de un sólo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad.

De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del *modus operandi* en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 25 de junio de 2002, radicación 17089.

iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador (SCP CSJ Rad. 27383 de 2007).

La creación ideológica del delito continuado nace en el ámbito de los delitos patrimoniales con el propósito de evitar la pena de muerte al *ter furatus*, siendo posteriormente cuando, gracias a la jurisprudencia y a la doctrina, especialmente la italiana y la alemana, adquiere carta de naturaleza propia con características específicas y particulares distintas a la *pietatis causa*, alcanzando la consideración de realidad jurídica fundada en el llamado *dolo conjunto*. Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que éste es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado, sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso.

Decantada esta breve definición de lo que significa delito continuado, la Sala considera que mal hizo el *a quo* al conglobar todos los hechos jurídicamente bajo esta figura, pues, si bien esta se puede pregonar frente al componente fáctico que involucra los 4 cheques: temporal, espacial y materialmente; no sucede lo mismo con la acusación que abarca el caso de las declaraciones de renta presentadas ante la DIAN, presuntamente, por el contador.

Lo anterior es así, porque la fiscalía fue clara en enmarcar como único protagonista del último hecho al señor **LÓPEZ ARANA**, el *modus operandi* allí exhibido es disímil al presentado con los cheques. De manera tal que, la única explicación que encuentra la Sala para la que la fiscalía no hubiese escindido las causas, es la figura de la conexidad procesal, por comunidad de prueba, entendida como la posibilidad que tiene el ente persecutor de unir bajo una misma “*cuerda procesal*”, diferentes actuaciones procesales bajo su conocimiento, a fin de garantizar la adecuada investigación y juzgamiento de las conductas, mientras que para la defensa, constituye una oportunidad para desarrollar de mejor manera la defensa técnica (Arts. 50 y 51 de la ley 906 de 2004).

Teniendo en cuenta todas estas claridades, que de paso resuelven los puntos comunes de los apelantes relacionados con la existencia de un concurso homogéneo, ora un delito continuado, lo que corresponde es advertir que la responsabilidad penal por esencia es individual, debiéndose determinar concretamente la participación de los aquí procesados.

Postura de la Sala frente al recurso de apelación propuesto por la defensa de YANETH y ADRIANA TABORDA MURILLO

El primer reparo de la recurrente se subsume en que el fiscal únicamente acusó por un concurso homogéneo del delito de falsedad en documento privado, pero no frente a los hurtos agravados. En ese sentido, considera desbordado el principio de congruencia.

Una vez revisada la audiencia de imputación y acusación, respectivamente, puede advertir la Sala que la defensa se equivoca al postular esta crítica, visto que, en realidad, el fiscal sí imputó y luego acusó a **YANETH** y a **ADRIANA TABORDA MURILLO** por un concurso homogéneo de hurtos agravados por la confianza. Dijo el ente acusador en su momento: *“A juicio de la fiscalía existe el grado de probabilidad de verdad para afirmar desde ya que los delitos de falsedad en documento privado de que da cuenta el Art. 289 del código penal en un claro y clásico concurso homogéneo y hurto agravado por la confianza de que dan cuenta los Arts. 239 y 241 punto 2, ambos del código penal igualmente en un concurso homogéneo y entre ellos heterogéneo sucesivo están acreditados con los elementos de prueba que inmediatamente les relaciono”*.

Sin que se requiera mayor extensión en el argumento, no es irrazonable que la fiscalía considerara concursar homogéneamente la conducta de hurto agravado por la confianza en tanto, fácticamente se atribuyen un numero plural de conductas punibles de hurto; personalmente, esas acciones penalmente relevantes fueron endilgadas a las aquí acusadas; y, jurídicamente, se calificaron bajo un concurso homogéneo sucesivo.

Ciertamente, se equivoca el recurrente cuando expresa que la fiscalía imputó y acusó bajo una unidad de acción, pues ello no obedece a la realidad, otra cosa es que la juez en la sentencia se hubiese decantado por aplicar la figura del delito continuado, lo que tampoco trastoca el principio de congruencia.

Recuérdese que la intensidad de este principio se traduce en que (Art.448 del CPP): *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

Ahora, si adoptamos la actual interpretación de congruencia blanda, tendríamos que concluir que la juez, al considerar un conjunto de acciones (previamente cifradas en un concurso homogéneo) como delito continuado, en estricto sentido, no trasgredió el principio de congruencia, porque el componente fáctico se mantuvo inalterable, otra cosa es la consecuencia punitiva que terminó generando la aplicación de la mentada figura, *máxime* cuando se tiene, que con la aplicación del fenómeno del delito continuado, el tratamiento punitivo que aquí se recibe resulta benigno, habida consideración que con su aplicación el incremento resulta ser un tercio, mientras que tratándose de un concurso delictual la pena aumentaría en otro tanto, y en la especie, después del delito base, se tendrían que tener en cuenta tres delitos más (concurso). En esos términos, no le asiste la razón al apelante.

Por otro lado, tiene razón la recurrente cuando destaca que a sus prohijadas no se les atribuyó el hecho relacionado con las diferencias existentes en la declaración de renta rendida en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante DIAN.

En efecto, la juez de manera incorrecta terminó condenado a las hermanas **ADRIANA** y **YANETH TABORDA MURILLO** por ese hecho (Dian). Esta cuestión amerita una corrección por parte de la Sala, pero, en últimas, no afecta el incremento punitivo por el cual se les condenó, al haber sido penadas en la modalidad continuada del delito. No obstante, sí atenta contra el principio de congruencia, visto que su desconocimiento se presenta cuando (SP401-2021):

*“(i) se condena con afectación del núcleo fáctico, esto es, por hechos distintos o delitos diferentes a los atribuidos en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, **(ii) se condena por un ilícito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica o jurídicamente en la acusación;** (iii) se condena por el reato atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada o acusada; (iv) se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación. También la Sala ha señalado que la incongruencia puede presentarse de forma (i) positiva o por exceso y (ii) negativa, omisiva o por defecto. **La primera ocurre cuando el fallador decide más allá de lo establecido en la acusación, esto es, desborda el marco fáctico o jurídico del contenido de aquella.** La segunda, por su parte, tiene lugar cuando el juez en la sentencia omite pronunciarse total o parcialmente de los cargos formulados en la acusación”*

En nuestro caso, se advierte trasgredido el principio de congruencia en exceso, porque la juez se orientó a decidir más allá de lo pedido en la

acusación, desbordando el marco fáctico. Inclusive, resultó la dispensadora condenando sin pruebas. En ese sentido, profirió condena por un delito que, si bien se mencionó fácticamente, no fue atribuido a las procesadas. Así las cosas, al momento de tomar postura frente a los reproches que incumben a la valoración probatoria, la Sala excluirá cualquier atribución de responsabilidad por ese hecho.

Otro reparo planteado por el apelante atañe a considerar que sus defendidas no son coautoras del delito de hurto agravado por la confianza, sino cómplices.

En ese camino sostiene que: i) Zaira Cecilia Rodríguez Amaris afirmó que no sabe quién le consignó el primer cheque a su cuenta y ii) que el encuentro con las procesadas para la entrega del dinero depositado, y luego retirado es posterior a la consumación del hurto, sin que tengan dominio del hecho.

Ahora, el efecto perseguido por el recurrente a partir de este reparo es que se declare la nulidad de la actuación. Sin embargo, de ser las procesadas cómplices ello no genera la consecuencia hostigada, porque lejos de significar una trasgresión al debido proceso estructural, ello queda adscrito a la variación del título de participación, lo que, ajeno al remedio extremo, invita a la valoración de las pruebas legal y oportunamente practicadas en el juicio oral.

Por otro lado, si bien el fiscal renunció a la introducción directa de los cheques objeto de este juzgamiento, ello tampoco genera nulidad, solo se ciñe a la libertad que este tiene de probar su teoría del caso dentro de la autonomía que el legislador le otorga, corriendo con la suerte de sus decisiones como cualquier parte en el sistema penal acusatorio.

Pues bien, debido a que la apelante ataca la sentencia por indebida valoración probatoria de los testimonios de Giacomo Aldo Thiele Senzato, Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, Carmen Julia González Alfaro, del perito Nelson Hortua Bohórquez, y de los investigadores Edrulfo Pérez Contreras y Gleymer Antonio Valdez Marrugo, porque no se apreciaron en conjunto, sino de manera individual, la Sala está compelida a realizar la valoración probatoria de estos medios a efectos de verificar si tienen la entidad que la

juez les otorgó, en atención a que, meridianamente, se observa que sí realizó una valoración de estos; otra cosa es el grado de acierto que ese ejercicio tenga.

Pues bien, el primer testigo que depuso en el juicio oral fue la señora Zaira Cecilia Rodríguez Amaris.

Una vez analizado el testimonio de Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, encuentra la Sala que se trata de una declaración vacilar en este asunto, además, verosímil; veamos la razón.

La declarante ostenta un papel crucial en el *modus operandi* ideado por **ADRIANA** y **YANETH TABORDA MURILLO**. Para el 2015 trabajaba como auxiliar contable en la empresa Dentisalud, ubicada en el centro comercial caribe plaza. Zaira, conoce de primera mano a las procesadas porque ostentaba una relación de amistad de más de 10 años con **ADRIANA**, además, estudiaron juntas y tenían en común una amiga de nombre Elvira.

Destacó que, para aquella calenda, **ADRIANA** trabajaba como auxiliar contable de un señor llamado “*Rafael Arana*”. Mientras que **YANETH PATRICIA** estaba desempleada en ese tiempo. A ciencia cierta, la testigo no puede asegurar el lugar en el cual trabajaba su amiga porque solo tuvo conocimiento de que laboraba con esta persona.

En punto a los sustanciales hechos que nos ocupan, la declarante informó que, en el año 2015 para los meses de febrero o marzo, estando embarazada, **ADRIANA** la llamó telefónicamente para preguntar que era de su vida, a lo que la enteró de que estaba muy mal económicamente. Es allí cuando la procesada le dice que le propondrá un negocio, comprometiéndose la testigo a llegar a la casa de **ADRIANA** en la noche.

Señaló que, al llegar a la casa de su amiga, ésta nuevamente le pregunta cómo van las cosas, con el padre de la niña, el embarazo, la deponente señaló que se puso a llorar por el estado en el que se encontraba para ese momento, ese decir, sin el apoyo de su compañero quien la dejó sola. Ante esta realidad, **ADRIANA** le cuenta que “*tenía un amigo que tenía unos cheques y estaba buscando para poderlos consignar porque ella no tenía cuenta bancaria. Me preguntó que qué Banco tenía yo, mi cuenta, yo le dije en Bancolombia, entonces dijo: perfecto, porque yo no tengo cuenta. Entonces él está buscando para consignarlo...*”. Expone que le preguntó a su amiga si esos

cheques tenían algún problema, la respuesta que recibió fue negativa, pero agregó que se estaba pagando una comisión por *“ese favor”*.

La testigo expuso que pensó la propuesta alrededor una semana. Al día siguiente, recibió una nueva llamada de **ADRIANA** quien le insistió. A raíz de los problemas económicos que atravesaba accedió a lo pedido, es decir, a recibir consignaciones de cheques a su cuenta, y a cambio le entregaban un porcentaje del 30%.

En cuanto a la entrega de los dineros contenidos en los títulos valores precisó que luego de aceptar el trato: i) el primer cheque entró a su cuenta, no sabe quién lo consignó, lo retiró y se encontró con **ADRIANA** y **YANETH** en el segundo piso del centro comercial *“la castellana”*, entraron al baño y allí hizo la entrega de los dineros. **ADRIANA** le devolvió cierta cantidad, era mucho dinero; iii) en cuanto a los otros cheques, se extrae de su relato que conforme iba retirando entregaba el dinero a **YANETH TABORDA** quien lo iba a recoger directamente en Dentisalud, en su oficina.

Como dato relevante, se tiene que la testigo no recordó cuantas transacciones hizo, pero que, en la última de ellas *“el último cheque que ellas consignaron”*, recibe una llamada de estas para informarle que estuviera pendiente. Sin embargo, fue contactada por un ciudadano de nombre Giacomo quien le dijo que a su cuenta había entrado un dinero que le pertenecía, porque le habían sustraído la chequera. Se encontraron, y la testigo le devolvió la suma de \$15.000.000, dice, que allí es que se enteró de la procedencia de los dineros anteriores.

Señaló que en principio no le contó al señor Giacomo, administrador del hotel sport barú, que previamente había cambiado otros cheques, por los nervios y porque antes de hacerlo decidió comunicarse con las hermanas **TABORDA** para comentarles, pero estas apagaron su teléfono y no le contestaron nunca más. Hasta que un día fue abordada por las procesadas quienes la amenazaron con enviar a ciertas personas a cobrarle a la testigo los dineros devueltos.

Se reitera, el apelante considera que la testigo miente cuando afirmó que los cheques eran entregados por **ADRIANA TABORDA MURILLO**, pues

previamente informó que estos ingresaban a su cuenta, pero no sabía quién los consignaba.

No obstante, como quedó visto de su testimonio, eventualmente, en los casos que ello tuvo lugar, quien hacía entrega de los cheques era **ADRIANA**. Ello, lejos de mostrarse contradictorio, lo que muestra es una secuencia que omite convenientemente la defensa, es decir, que previamente la procesada le había ofrecido una comisión a la testigo a cambio de prestar su cuenta de ahorros para las consignaciones, luego, indistintamente a si se determinó o no que era ella quien giraba el cheque, lo cierto es que tuvo dominio del hecho funcional frente al *modus operandi* y recaudo de los dineros que representaban el derecho pecuniario incorporado en los títulos valores, al punto que, con la consignación final, fueron las hermanas quienes le manifestaron a Zaira que estuviera pendiente a que se viera reflejado el dinero, para luego, como con anterioridad lo hicieron, proceder a retirar la suma clandestinamente remunerando a la titular de la cuenta *“por hacer el favor”*.

Entonces, no considera la Sala que reste verosimilitud al relato de la testigo que refiera no conocer quien hizo la primera de las consignaciones, y que luego afirmara que las dos últimas consignaciones las hizo ella *“no todo lo recibí porque ellas consignaron una parte, como dos consigné yo, le hice el favor porque estaba cerca al Banco porque quedaba en mi lugar de trabajo”*. Lo anterior porque ambas situaciones no se excluyen y es razonable que hayan tenido lugar.

Se itera, al igual que la testigo no precisó —porque no lo sabía— quien consignó el cheque en la primera oportunidad, luego detalló que en los dos últimos casos lo hizo ella porque el banco quedaba cerca a su lugar de trabajo. Lo cierto es que, puntualizó el ejercicio mancomunado que adelantaban las hermanas **ADRIANA** y **YANETH TABORDA MURILLO** para garantizar que el dinero fuese consignado, retirado y luego, clandestinamente recibido y repartido en las cantidades previamente acordadas.

Adicionalmente, el censor criticó que la testigo refiriera que las hermanas **TABORDA** estaban en contacto con una señora de nombre Carmen, quien no accedió a prestar su cuenta.

En verdad, Zaira relató que las procesadas contactaron a una señora de nombre Carmen *“por lo que escuché en ese momento, no había podido encontrar su tiquetera era porque en ese tiempo, pues ella no manejaba tarjeta como tal, sino era la chequerita. Entonces ella dijo bueno,*

si yo encuentro la cuenta yo te hago el favor, porque la señora también es de bajos recursos, de muy bajos recursos. La señora, como a los días, llamó y qué pena que no había podido encontrar la chequera, no se acordaba el número de la cuenta. Entonces no podía hacer el favor". En cuanto a la fuente de conocimiento, precisó que sabe que ello fue así porque se encontraba presente cuando las procesadas hablaron con la mentada ciudadana.

Al mismo tiempo, si se analiza el testimonio de Carmen Julia González Alfaro, puede advertirse que no existen contradicciones sustanciales entre lo que Zaira Cecilia depuso. Más bien, queda establecido el ofrecimiento telefónico a Carmen.

Carmen Julia es natural de Sincelejo, Sucre, vive en Cartagena desde que tiene 10 años, siempre ha residido en el Barrio Olaya. Para el año 2016 trabajaba en casas de familia, pero, de vez en cuando iba a ayudar a su hermana en un restaurante en el que aquella trabajaba en el centro histórico de la ciudad, frente a la muralla.

En ese contexto, pudo conocer a varias personas entre ellas a Zaira Cecilia, un taxista de nombre Pedro Ortiz y a la mona, esta última era la dueña del establecimiento. Destacó que a Zaira la conoció en una estación que quedaba casi al lado del restaurante, y acentuó que esta, un día le presentó a **ADRIANA TABORDA** en este último sitio *"sí, iban a comer, pero yo tenía la costumbre que me se sentaba a hablar con ellas y hablábamos ahí cada rato y después yo la atendía, me iba porque yo más bien no trabajaba ahí sino es que yo me hice amigas de ella".*

Hasta aquí cabe preciar que si Zaira Cecilia en su declaración no precisó la forma en que presentó a Carmen Julia con **ADRIANA TABORDA** fue porque nada de eso se le preguntó. Incluso, lo único rememorado sustancialmente por la testigo, es que Carmen es contactada para que prestara su cuenta de banco, pero al no poder asumir ese *"favor"*, entonces acudieron a Zaira.

El anterior relato no es contradictorio como lo propone el apelante, de hecho, Carmen manifestó *"bueno, la verdad Zaida hablaba de su situación, pero Adriana un día me llamó, no sé cómo consiguió mi número de teléfono... me llamó para proponerme que un negocio...que si yo tenía cuentas de ahorro. Ella me llama la señora **Adriana**, me llamó para proponerme un negocio y me preguntó que si yo tenía cuentas de ahorro en el Banco..."*.

Véase, la verosimilitud entre lo narrado por una y otra testigo, respectivamente, en punto al *modus operandi* de abordar a personas de

escasos recursos, o con situaciones económicas complejas, a efectos de conseguir que estas accedieran a facilitar sus cuentas bancarias para así materializar la sustracción de los dineros del hotel sport barú, con el abordaje de que el favor *“era para un amigo Rafael Arana”*.

Con tan mala suerte que Carmen no accedió a ello a causa de un consejo moral que le dio su madre *“ellos me contaron que los cheques eran del amigo Rafael Arana y que si yo podía prestarle la cuenta, que ellos me iban a darme de un millón a tres millones de pesos por cada cheque, yo me pareció eso raro, pero yo tengo la costumbre siempre de comentarle todo a mi mamá. Entonces mi mamá me dijo que cuidó me iba a meter a loca, que ella no sabía que para qué era eso entonces yo le comenté a ella que no podía hacerlo... yo le dije porque no encontraba ni la tarjeta ni los números de la cuenta. Entonces ella me comentó que yo iba a perder oportunidades para ganar dinero y que ellas le iban a decir a Zaira para qué Zaida les prestara su cuenta, pero como tenía su situación ella aceptó, pero yo no”*.

Se destaca que la testigo conoció de primera mano la situación de embarazo de su amiga Zaira, sus problemas económicos y familiares. Por tanto, hasta aquí es creíble que la oferta se hubiese realizado de manera telefónica. En total fueron 3 llamadas de **ADRIANA** la primera y la segunda vez lo fue con el fin de tantear terreno para proponerle el negocio, la tercera fue más concreta con el propósito de que Carmen hiciera el préstamo de su cuenta bancaria y una cuarta cuando le dijo a Carmen que iba a perder oportunidades de ganar dinero.

La testigo es tajante, nunca se reunió personalmente con **ADRIANA TABORDA**, las propuestas y el contacto fue telefónico. Agregó que posteriormente, como al mes, le contó a Zaira, quien a su vez le dijo que ella sí había aceptado el trato.

La defensa intentó cuestionar la credibilidad de la testigo en el contrainterrogatorio en punto a que en una declaración anterior había expresado que el restaurante era de su hermana, entonces la deponente aclaró que en realidad su hermana lo administraba. Ahora, indistintamente a ese hecho insular, lo cierto es que la verosimilitud de la deponente es mayúscula frente al señalamiento directo que hace a **ADRIANA TABORDA MURILLO** como la persona que Zaira le presenta en el restaurante y quien luego, inhóspitamente consigue su abonado celular, la llama y le propone prestarle su cuenta de banco para consignar unos cheques a cambio de una comisión o suma de dinero. A *fortiori*, cuando en el ejercicio de impugnación de credibilidad quedó establecido que **ADRIANA** siempre la llamó por teléfono

y le decía *“lo del negocio y que le colaborara que el señor Rafael su amigo se iba a portar bien conmigo por el favor...”*.

Por último, debe indicarse que la testigo Zaira Rodríguez reconoció que nunca ha tenido ninguna relación comercial, laboral o de cualquier tipo con la empresa hotel sport barú.

Durante el interrogatorio se generó una controversia prolongada frente a la voluntad del fiscal por refrescar memoria a la testigo Zaira Cecilia poniéndole de presente los cheques, que no fueron más que el vehículo que albergaba los dineros hurtados.

La Sala quiere aclarar que, si bien la fiscalía renunció de la introducción directa de estos medios probatorios (cheques) como prueba documental, ello no era impedimento para que, adelantado el examen sobre cuáles de ellos habían sido descubiertos, se pudiera refrescar memoria a la testigo, *máxime*, por tratarse de datos numéricos de pasada memoria, cuya remembranza no es sencilla luego de tantos años transcurridos.

De esta manera, la juez no permitió que el medio testimonial se desarrollara en pleno y los datos de aquellos títulos valores no pudieron ingresar con la testigo.

Por último, la defensa intentó cuestionar la credibilidad de la declarante debido a que se acogió a un principio de oportunidad con la fiscalía por estos mismos hechos. Sin embargo, no se evidenció interés diferente al de contar los hechos. Precisamente, según quedó sentado, declarar fue uno de los compromisos que adquirió la testigo, sin que se lograra enervar su verosimilitud y credibilidad, que se ubica, lejos de la sospecha y mendacidad con la que describe el apelante su relato. Aunado a su correspondencia objetiva con otros medios probatorios como resulta ser la experticia grafológica practicada a aquellos títulos valores y el testimonio de Carmen Julia González Alfaro y del señor Giacomo Aldo Thiele Senzato.

Hasta aquí entonces, ninguno de los reparos de la defensa de las hermanas **ADRIANA** y **YANETH TABORDA MURILLO** triunfa, en especial el que intenta ubicar a las procesadas como cómplices.

Respecto a esto último, la Sala de Casación Penal (SP2981-2018) estableció las diferencias entre la coautoría material impropia y la complicidad¹³, de manera que se pueden simplificar así:

- i) *La coautoría comporta el desarrollo de un plan previamente definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado¹⁴.*
- ii) *Respecto del concurso de personas en la comisión delictiva, existen diferencias entre la coautoría material propia y la impropia. La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”; se puede deducir¹⁵, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito.*
- iii) *La Corte ha precisado que en dicha modalidad de intervención criminal rige el principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito¹⁶.*

En cuanto al cómplice, acotó la Alta Corporación que:

- i) *El artículo 30-3 de la Ley 599 de 2000 preceptúa que es cómplice “quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma”.*
- ii) *Se caracteriza porque la persona contribuye a la realización de la conducta punible de otro, o presta una ayuda posterior cumpliendo promesa anterior, de modo que no realiza el comportamiento descrito en el tipo, ni tiene dominio en la producción del hecho, porque su conducta no es propiamente la causa de un resultado típico, sino una condición del mismo¹⁷.*
- iii) *En suma, únicamente quien tiene el dominio del hecho puede tener la calidad de coautor, mientras que el cómplice es aquél que se limita a prestar una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho¹⁸.*

Si las diferencias entre lo que es un coautor y un cómplice se encuentran tan claras, entonces, no entiende la Sala porque la defensa persiste en proponer que el aporte de sus defendidas es posterior a la consumación del hurto.

Es que, lo relevante para determinar la diferencia entre un coautor y un cómplice no radica en la participación posterior que se tenga; lo nodal consiste en que el primero domina el hecho, realiza un delito que le es propio, mientras que el segundo contribuye a la realización de un delito ajeno y sin

¹³ Cfr. CSJ AP, 25 oct. 2017. Rad. 48086.
¹⁴ Cfr. CSJ SP, 27 may. 2004. Rad. 19697 y CSJ SP, 30 may. 2002. Rad. 12384.
¹⁵ Cfr. CSJ, SP, 22 de enero de 2014. Rad. 38725.
¹⁶ Cfr. CSJ SP, 2 Jul. 2008. Rad. 23438.
¹⁷ CSJ SP, 21 sep. 2000. Rad. 12376.
¹⁸ CSJ SP, 9 mar. 2006. Rad. 22327.

que tenga el dominio del hecho. Fuera de esta diferencia, la razón abandona al apelante, por cuanto no es cierto que sus defendidas solo hayan participado en acciones posteriores a la delincuencia enrostrada, todo su actuar lo realizan en la actualización de la conducta que se les reprocha, tal como aquí ha quedado develado.

En nuestro caso, las ciudadanas **ADRIANA** y **YANETH TABORDA MURILLO** en todo momento tienen el dominio funcional de la acción penalmente relevante, desde que abordan a la señora Zaira Rodríguez, hasta la recepción efectiva de los dineros, en unas ocasiones la primera, y en otras la segunda, en el baño del centro comercial la castellana, pero también en la oficina Dentisalud. Se establece en todo el contexto delictual la intervención funcional y de dominación del hecho por parte de las aquí juzgadas, descartándose una ayuda o apoyo de poca significancia.

Dicho de otra manera, las procesadas, no es que hubiesen prestado una ayuda posterior para la realización de la conducta, sino que la desarrollaron en pleno por acuerdo previo, son las orquestadoras del hurto; sin su plan criminal compartido el delito, simplemente, no se actualiza.

De otra guisa, la defensa solo se ocupa de traer a cuenta las conclusiones a las que hizo referencia el perito grafólogo Nelson Hortua Bohórquez. No obstante, pierde de vista que es aquella pericia la que acredita más allá de toda duda razonable, el *modus operandi* frente a los cuatro cheques 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2 objeto de acusación, los cuales, según se demostró, no resultaron ser uniprocedentes las firmas que allí aparecían como del señor Giacomo Aldo Thiele Senzato, es decir, objetivamente su rúbrica es espuria.

Debe aclararse que, aunque el delito de falsedad en documento privado está prescrito, ello no es obstáculo para valorar aquel hecho probado, sin que ello constituya ejercer la acción penal, por esa infracción, contra las aquí procesadas.

No debe perderse de vista que, **ADRIANA MARÍA TABORDA MURILLO** era auxiliar contable del hotel sport barú, luego, se presenta nítida la oportunidad que tuvo de sustraer los 4 cheques y consignarlos con una firma espuria en la cuenta de bando de la señora Zaira Cecilia Rodríguez;

aprovechando la situación económica de esta mujer la aborda y consigue que luego de retirado el dinero esta se lo entregue a cambio de un porcentaje del 30% sobre el valor total de lo hurtado; estas sumas, eran recibidas tanto por **ADRIANA** como por **YANETH** quienes acordaron previamente operar de esta manera y sin cuyos aportes recíprocos no se hubiese podido configurar o actualizar el delito.

Al respecto, Giacomo Aldo Thiele Senzato, representante legal y gerente de hotel sport barú reveló que **ADRIANA TABORDA MURILLO** era auxiliar contable en esa empresa y en esa calidad, muchos de los cheques se encontraban firmados por esta empleada, quien tenía manejo permanente con estos títulos valores.

El testigo corrobora la declaración de Zaira Cecilia en punto a que el 22 de julio de 2015 reciben en la empresa un aviso del banco donde informan del pago de un cheque. Aunque, Zaira, como es lógico, al principio, trató de desprenderse de su responsabilidad frente a haber suministrado su cuenta, finalmente ambos coinciden en que Zaira restituyó el dinero y prometió colaborar contando la verdad de los hechos, como lo hizo en el juicio oral.

Se aprecian algunos datos de corroboración externa: coincide el testigo en punto al lugar en el cual trabajaba Zaira, dígame, en Dentisalud, y relató como manejó la situación con discreción por el estado de embarazo en que esta se encontraba, ya que no quería que perdiera su empleo, todas estas circunstancias contingentes descartan relatos amañados.

Pese a que el testigo Giacomo Thiele Senzato en su declaración hace referencia a la existencia de 6 cheques girados y luego retirados, debe reiterar esta Sala que, en salvaguarda del principio de congruencia, son solo 4 los títulos valores objeto de este juicio.

En este punto el deponente refrescó memoria e informó que de acuerdo con su denuncia los cheques hurtados fueron 6, el último se recuperó por reintegro que hizo la señora Zaira Cecilia.

Ahora, si bien el testigo al unisono con la fiscalía y su representante, refieren que la cuantía de lo hurtado es de \$121.000.000, en verdad, lo acreditado es el equivalente a \$81.000.000, que resulta de la sumatoria de

los cheques: 0234985-3: \$15.000.000, cobrado el 21 de julio de 2015; 0234987-8: \$25.000.000, cobrado el 18 de junio de 2015; 0234988-5: \$20.000.000, cobrado el 13 de mayo de 2015, y 0234989-2: \$21.000.000, cobrado el 2 de junio de 2015, es decir, los cuatro cheques por los que se acusó y no sobre los 6, como equivocadamente se declaró en la sentencia de primera instancia y lo propugna el apoderado de la víctima en el recurso de apelación.

Los dineros referidos, como lo reconoció Zaira Cecilia, fueron consignados a su cuenta n° 17534343353 de la entidad Bancolombia y luego entregados previa deducción de un porcentaje a las hermanas **TABORDA**.

Debe indicarse que el señor Giacomo Thiele pudo verificar personalmente, una vez reunido con su equipo de contadores, que esa era la cuantía por la que fueron girados los cheques en mención. Además, ello guarda verosimilitud con los títulos valores que examinó el perito grafólogo Nelson Hortua.

En efecto, el perito grafólogo Nelson Hortua Bohórquez fue claro en expresar que labora en el laboratorio regional de policía científica criminalística de Barranquilla, ha pertenecido a dicha institución hace 19 años, se encuentra en grafología desde 2007.

Para el 24 de mayo de 2016 fue el encargado de elaborar un informe de opinión pericial, cuyo objeto era realizar un cotejo grafológico sobre 5 cheques. Para lo que aquí concierne, por congruencia, se tiene que allí están incluidos los cheques acusados, dígame: 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2 de Helm Bank.

El testigo concluyó que *“las firmas legibles dubitadas (del) señor Giacomo Thiele obrantes en el espacio destinado para la firma de los cheques números 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2... por los valores de 15.000.000, 25.000.000 20.000.000 y 21.000.000. **no presentan una impropiedad escritural** frente a las firmas que se tomaron como referencia de las muestras mano escriturales, aportadas por el señor Giacomo Aldo Thiele Senzato...”*.

Así las cosas, tanto los valores como la denominación de los cheques se encuentra acreditada objetivamente por la prueba grafológica (pues precisamente el objeto sobre el cual recayó eran los mentados títulos valores) pero también con el juramento

estimatorio que hizo el denunciante, propietario de estos instrumentos negociales.

En conclusión, el contenido de los títulos valores, que a voces del Art. 619 del código de comercio “... son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora...” no ingresó documentalmente por desistimiento de la fiscalía, pero sí lo hizo a partir de la prueba testimonial y pericial en comento.

Aquí quiere resolver la Sala uno de los últimos reparos del apelante consistente en que lo configurado aquí no es el delito hurto sino el de estafa.

Para ello, basta significar que lo hurtado no fue el cheque (en su estricto significado material- que alude al papel), sino la suma de dinero que en ellos se incorporó a partir de la inexistente relación comercial o de cualquier índole que soportara su consignación.

De allí que, no resulta de recibo que se suponga actualizado el delito de estafa porque necesariamente este tipo penal presupone que la cosa sea entregada voluntariamente por el tenedor legítimo, la entrega voluntaria excluye el delito de hurto y en este caso ha quedado claro que los cheques jamás fueron entregados en las condiciones exigidas por el tipo penal pregonado por el confutante; al contrario, se trataba de una chequera discontinuada que se encontraba engavetada, como lo afirmó el gerente y representante legal de la empresa Giacomo Aldo Thiele Senzato.

En suma, no se estructura el delito de estafa porque “(...) para la estructuración de este es indispensable la obtención de un provecho ilícito - para sí o para un tercero-, con el correspondiente perjuicio de otro, **mediante artificios o engaños que induzcan o mantengan al afectado en error.** La estafa se consuma en el propio instante en que, debido a la inducción en error, el sujeto activo incorpora a su haber patrimonial bienes o derechos que hasta ese momento pertenecían a la víctima o a un tercero, y de los cuales el estafado se desprende, no por expresión de su libre voluntad, **sino de su distorsionada comprensión de la realidad, situación a la que se llega a través del ardid, el engaño, las palabras o los hechos fingidos**” (Cfr. CSJ AP, 16 dic. 1999, rad. 16565)» (CSJ AP1905- 2022)

De esta manera se han abordado todos los reparos del apelante concluyéndose que las procesadas **ADRIANA** y **YANETH TABORDA MURILLO** son coautoras del delito de hurto agravado por la confianza en cuantía de \$81.000.000 con ocasión a la sustracción y provecho de los dineros que se encontraban contenidos en los cheques 0234985-3, 0234987-

8, 0234988-5 y 0234989-2, cobrados por la señora Zaira Cecilia quien luego entregaba de manera clandestina los dineros a las prenombradas, bajo un acuerdo previo estructurado, un designio inescindible de acción, que se adscribe a la modalidad continuada del delito, sin que, como se vio, se haga meritorio absolverlas por las alegadas contradicciones expuestas por el señor defensor.

En consecuencia, no prospera ninguno de los reparos planteados por la defensa de las procesadas.

Frente al recurso de apelación propuesto por la defensa de RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA.

El primer reparo expuesto se subsume en que no son 6 sino 4 los cheques por los cuales fue acusado **LÓPEZ ARNA**; la Sala precisó anteriormente que ello en efecto es así, sin que se requiera excedernos en argumentos.

Ahora bien, como son dos segmentos de conducta los acusados a **LÓPEZ ARANA**, pasará la Sala a abordarlos en su orden.

La fiscalía prometió probar que el procesado es coautor de la conducta de hurto agravado por la confianza, en lo que atiende, a la primera fracción fáctica del apoderamiento de los cheques 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2 cuyo contenido pecuniario total es de \$81.000.000, sin embargo, es escasa la prueba que lo vincula.

En primer lugar, el señalamiento de oportunidad expuesto por el señor Giacomo Thiele Senzato en punto a que, **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** como contador de la empresa sport barú tenía sobre los títulos valores no es suficiente para acreditar su responsabilidad como coautor de la conducta; esto dijo el testigo:

“Los títulos valores como las chequeras eran elementos que se encontraban expedidos por el Banco, a veces sin tener en cuenta el número consecutivo de expedición de estas chequeras. Es decir, yo manejaba una chequera, mi mamá maneja otra chequera, Y las personas que manejaban estos instrumentos y títulos valores eran las personas a cargo de la contabilidad en la empresa, más precisamente quienes eran custodios de estos recursos en títulos valores o en dinero físico, en muchas ocasiones eran las personas Adriana Taborda, como auxiliar contable, y el señor Rafael Segundo López Arana. De hecho, en estas chequeras reposan cheques que tienen el puño y letra diligenciado de la doctora Adriana Taborda, algo que puede evidenciar perfectamente que ellos sí, el que ellos sí manejaban estos títulos valores, De hecho, la chequera de la cual pertenecen, unos cheques que fueron los cheques de esta situación aparecen allí el puño y letra de la señora Adriana Taborda, donde ella diligencia de sus cheques. Eso es prueba fehaciente de que ellos manejaban

estos títulos valores, las personas que firmábamos esos cheques, que éramos las personas que teníamos las firmas autorizadas estos cheques, en ese caso mi persona, mi hermano Alberto Thiele también algunos momentos firmaba y mi mamá, la señora Aura sensato, ella también firmaba algunos cheques.

...Entonces para ampliar un poco más estos títulos valores, estos recursos, plata de caja menor, se encontraban en la oficina en la cual se desempeñaba las funciones administrativas y allí trabajábamos, todos trabajábamos yo no solamente la señora Adriana y el señor Rafael, trabajamos mi persona, trabajaba una persona del equipo de reservas en una oficina contigua y también trabajaban otras personas que desempeñaban otras funciones que no eran inherentes de la parte contable y administrativa. Espero haber dado satisfactoria respuesta a su consulta doctor”

Obsérvese entonces que, el solo hecho de que **LÓPEZ ARANA** fuera contador de la empresa y que tuviera bajo su custodia los títulos valores no lo hace coautor. A diferencia de la procesada **ADRIANA TABORDA**, quien no solo aparece firmando con su puño y letra algunos de ellos, se tiene que ella es la encargada de conseguir a un receptor para los dineros de cara a que estos fueran cobrados, y luego recibía la suma en compañía de su hermana **YANETH TABORDA**.

Así, de incurrir en una comprensión objetiva, entonces también estarían llamados a responder otros empleados que laboraban en la dependencia, lo que cae en la abstracción y se muestra ajeno a las pruebas objetivas que deben existir de cara a vincular a un ciudadano en calidad de coautor de una conducta.

Otro insumo que pone en duda que el contador sea coautor del delito de hurto en este asunto, es el testimonio de Zaira Cecilia Rodríguez Amaris, esta persona no logra atribuir al procesado, participación en los hechos que relacionan los cheques. De hecho, apenas sostuvo que cuando estaba reunida con **ADRIANA** en casa de esta, vio salir a un señor de su casa “Ella me dijo, ese es el amigo mío que necesita el favor, solamente lo vi esa vez saliendo de su casa. Le pregunté cómo se llama y lo único que recuerdo fue, es un hombre que me dijo Rafael Arana, no lo vi más ...no lo conozco, solamente lo vi ese día que estaba en casa de Adriana, solamente lo vi esa vez”.

Con motivo a ello, se abre la posibilidad razonable que **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** no tenga participación en el hecho acusado, pues resultaría de oídas el dicho de Zaira porque a su vez el señalamiento que distingue proviene de **ADRIANA**.

Además, en los giros posteriores de los 3 cheques restantes no se aprecia participación alguna del aquí procesado. Lo que reafirma una duda en su favor pues no bastaba que tuviera la custodia de la chequera, sino un insumo probatorio que sirviera para vincularlo efectivamente al *modus operandi* aquí develado.

Idéntica consideración se sigue del dicho de la testigo Carmen Cecilia Alfaro a quien el fiscal le preguntó:

“FISCAL: *¿y con el señor al que usted llamó Rafael Arana, se reunió alguna vez personal?*

TESTIGO CARMEN ALFARO: *ese señor nunca lo conocí. La franqueza es esa. Supe su nombre fue porque Adriana me lo mencionó, pero no lo conozco.*

FISCAL: *Adriana le dijo, señora Carmen, de dónde venían esos cheques, ¿cuál era la procedencia de esos cheques en algún momento?*

TESTIGO CARMEN ALFARO: *me dijo que eran de su amigo, nada más.*

FISCAL: *no le dio más detalles*

TESTIGO CARMEN ALFARO: *no me quiso dar más detalles...”*

En conclusión, ninguna de las testigos a las cuales recurrieron las procesadas **ADRIANA** y **YANETH TABORDA MURILLO** vincula a **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** con los hechos de hurto de las sumas contenidas en los cheques antes descritos. Y a lo sumo, Giacomo Thiele Senzato puede atestiguar sobre el rol del procesado en la empresa sport barú, pero no le consta que él hubiese participado en el entramado criminal.

Como se ve, existe una duda razonable sobre la participación de **LÓPEZ ARANA** en el delito por el que fue condenado en primera instancia. Principalmente, por las falencias de la prueba de cargo que no resultan suficientes para vincularlo al hecho como coautor o en otra calidad degradada; la duda que se avista es verdaderamente plausible.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad penal de **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA**, en lo que tiene que ver con el delito continuado, es decir, la acción de apoderamiento de bienes muebles ajenos con el propósito de obtener provecho relacionado con los 4 cheques, debe revocarse, absolviéndosele del cargo.

En lo que tiene que ver con la autónoma conducta representada en los formatos paralelos presentados por el procesado a los socios de hotel sport barú, se tiene que, en el juicio tuvieron álgida participación como testigos investigadores los señores Edrulfo Pérez Contreras y Gleymer Valdez Marrugo.

Cabe destacar que, desde la audiencia preparatoria, se conocía que estas personas no fungirían como peritos.

En cuanto a Edrulfo Pérez Contreras el fiscal expresó que su testimonio era pertinente porque a partir de su formación como contador, revisó el

interior de las empresas o sociedades donde figuran como representantes los hermanos Thiele Senzato, pero particularmente sport barú, lo que le da “un universo técnico acerca de la afectación patrimonial que sufrieron estas empresas...”. En punto a Gleymer Valdez Marrugo, se mencionó que ninguna base de opinión pericial de auditaje insinuó el fiscal, y en el capítulo de pruebas documentales, del anexo del escrito de acusación, tampoco aparece el informe que dicha auditoría pudo haber arrojado. Empero, fue solicitado como testigo técnico que realizó un auditaje interno y según el ente acusador podría brindar información sobre la afectación patrimonial que aquí se juzga.

En cuanto a las diferencias entre un testigo técnico, la jurisprudencia especializada (AP2020-2015) ha referido lo siguiente:

- i) *Es “aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso”; puesto de otra forma, que “es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos **por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales**” (CSJ SP, 11 abr 2007, rad. 26.12).*
- ii) *Aunque el concepto de testigo técnico no aparece consagrado ni regulado expresamente en la Ley 906 de 2004, ninguna dificultad ofrece su aplicación a los procesos seguidos bajo el procedimiento allí establecido, debido a la remisión a la legislación civil, posible en virtud del principio de integración establecido en el artículo 25 de esa codificación.*
- iii) *El testigo técnico es, de todas maneras y a pesar de su cualificación especial, un testigo, de modo que debe haber percibido de manera personal los hechos objeto de controversia u otros relacionados directa o indirectamente con aquéllos, pues sobre eso debe ocuparse su declaración.*
- iv) *No obstante, el testigo experto se diferencia del común en cuanto, aunque ambos declaran sobre los hechos aprehendidos por los propios sentidos, el primero cuenta con cierta experticia en una determinada ciencia, técnica o arte de la que el segundo carece.*
- v) *Esa distinción fáctica entre uno y otro permite dispensarles un tratamiento jurídico diferenciado, de modo que mientras al testigo común le está vedado exponer apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición, al testigo experto le está permitido, siempre que aquéllas, formadas como consecuencia de sus condiciones profesionales o académicas, se relacionen con los hechos objeto del testimonio y contribuyan a mejorar su ilustración.*

De esta forma, Edrulfo Pérez Contreras, trabajó durante más de 24 años como investigador del CTI, de profesión contador público con especialización en revisoría fiscal, expuso que para 2016 adelantó una revisión a la empresa hotel sport barú “fui comisionado para liquidar el detrimento patrimonial, o sea, hacer un cálculo del detrimento patrimonial y hacer unos interrogatorios a las personas que están vinculadas al caso”. Expresó que se calculó un detrimento patrimonial de \$121.000.000 de los cuales fueron reintegrados \$15.000.000; igualmente, dio cuenta que había existido otro hecho irregular, dígame, “el otro hecho correspondió a unas diferencias en las liquidaciones de impuestos, entre las que les presentó el contador de la empresa, los socios y las que efectivamente fueron presentadas ante la Dian. Esas diferencias arrojaron un valor, una suma de 24 millones aproximadamente, casi 25 millones de pesos y ahí se encontró un acta donde el contador hizo el compromiso de reintegrar ese valor. A la fecha en que yo practiqué la inspección judicial, recuerdo que él no había reintegrado un solo peso de esa suma”.

La Sala considera sustancial detenerse en este punto para afianzar que, este testigo no presencié los hechos que hoy nos ocupan, es decir, no tiene las características de testigo experto. A lo sumo, se trata de un testigo investigador que hizo una labor de cotejo de documentación entregada por los empleados y el gerente del hotel sport barú. Luego, la finalidad pretendida desde la audiencia preparatoria no se pudo cumplir, es decir, la acreditación de la defraudación patrimonial, para ello, medularmente, era necesario un conocimiento especial, que arrojara necesariamente una conclusión objetiva, y no como se ve, en donde resulta un parecer del testigo, que si bien, tiene conocimientos de contabilidad, no estaba en posición de acreditar el supuesto para el que fue solicitado.

Al margen de lo anterior, el testigo cumple dos cometidos importantes: en primer lugar, verificó que la señora Zaira Cecilia no tenía ningún vínculo o relación con la empresa sport barú. En segundo lugar, corrobora el contenido de los cheques, visto que revisó la documentación e información contable que reposaba en la empresa, pero nada más.

Con este medio de prueba se pretende entronizar la responsabilidad penal de **RAFAEL LÓPEZ ARANA** debido a que suscribió un acta en la cual supuestamente reconoce haber actualizado el delito.

No obstante, ese tipo de confesiones se encuentran proscritas, en tanto, sin bien la garantía constitucional a la no autoincriminación no se opone a la confesión como medio de prueba esta facultad es indelegable y no puede hacerla un tercero como aquí se pretende.

Por ello, la ley 906 de 2004, en cuanto al derecho a la no autoincriminación y derecho de defensa, señala en su artículo 8 que en desarrollo de la actuación, una vez se adquiere la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, entre otros, a: i) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; ii) No auto incriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; y a que c) No se utilice el silencio en su contra.

Sobre el derecho a la no autoincriminación, la misma norma dispone que se puede renunciar a tal derecho *“siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor”*.

Como se advierte de las normas transcritas, en materia penal la confesión o aceptación de responsabilidad es válida, pero debe hacerla la persona implicada, no hay norma que permita la confesión hecha por otro. Se trata de un acto reservado a la persona misma (Corte Constitucional sentencia C-422-02).

Lo anterior es relevante porque en este asunto el señor **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** no ha confesado su responsabilidad y aquella acta a la que alude el testigo no es en sí una confesión, porque solo es válida aquella que se hace ante el funcionario judicial no ante particulares. Subsidiariamente, no se incorporó el contenido de aquel documento, por causa atribuible al ente acusador.

Debe precisarse que el testigo hace una revisión de documentos, pero no puede arribar a conclusiones periciales, porque, valga redundar, no es perito.

Ahora bien, la categoría de testigo técnico, en los términos en que ha sido definida hasta ahora, parece confundirse con la de prueba pericial, la cual, según lo dispone el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, *“es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”*.

No obstante, se trata en realidad de medios de conocimiento distintos, entre los cuales se observan diferencias claras y marcadas.

De entrada, se advierte a partir de la regulación legal de la prueba pericial, establecida en los artículos 405 y siguientes de la ley 906 de 2004, que, al experto, a diferencia del testigo técnico, no le consta nada en relación con los hechos objeto de litigio, básicamente porque no los ha aprehendido por los sentidos, ni directa ni indirectamente¹⁹.

En efecto, el perito, mediante un análisis posterior de la situación de hecho investigada, a la que accede a través de documentos, exámenes físicos,

¹⁹ Cfr. CSJ SP, 16 Sep 2009, rad. 26.177.

valoraciones clínicas, videos, fotografías u otros —no por su conocimiento personal—, elabora un dictamen contentivo de consideraciones, valoraciones y conclusiones de índole científica o técnica, soportadas en un examen del contexto fáctico efectuado con fundamento en sus conocimientos especializados.

En contraste con lo anterior, al testigo experto, en tanto sólo puede atestar sobre los hechos percibidos de manera personal y dar una opinión vinculada directamente con ellos a partir de sus conocimientos especializados, no podría extender su testimonio a aspectos propios de una ciencia, técnica o arte ajenos al objeto puntual del debate.

A modo de ejemplo, podría el médico que presencié una agresión física contra una persona sostener en juicio que, en su criterio, la magnitud de la embestida sería suficiente para causar la muerte al ofendido —para acreditar el aspecto subjetivo del delito de tentativa de homicidio—, pero escaparía al ámbito de su declaración cualquier opinión dirigida a ilustrar sobre situaciones médicas generales no relacionadas con ese caso concreto (AP 2020-2015)

Bajo ese cometido, en cuanto al detrimento económico, la Sala expuso que existe prueba suficiente que termina corroborándose, como es el juramento estimatorio que realiza el señor Thiele Senzato, igualmente el referido en el insumo grafológico que tuvo en cuenta el testigo Hortua Bohórquez, cuyos valores corresponden y finalmente, en el testigo Edrulfo, que viene a corroborar la existencia de los cheques. Sin embargo, no era de su resorte arribar a ninguna conclusión objetiva exigida, por ejemplo, para un perito contable.

Lo mismo se sigue de Gleymer Antonio Valdez Marrugo, contador, que viene a ser un testigo investigador privado, quien si bien hace referencia a: i) un desfalte contable registrado con motivo a una revisoría interna que adelantó; ii) la existencia de un acta en la que el señor **LÓPEZ ARANA** acepta su responsabilidad en los hechos relacionados con la declaración de renta del año 2014 en la DIAN y iii) que el encargado de la contabilidad para el momento del empalme era el señor **LÓPEZ**. Finalmente, escasas luces periciales pueden brindar acerca del desfase financiero.

En conclusión, los testimonios de estos declarantes, sin ser mendaces, no son suficientes para concluir, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del señor **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** en los hechos por los que fue acusado, entre otras cosas, porque ninguno de los dos testigos liberan la fuente de su dicho, sino que se pretende, a modo de confesión, desprender la responsabilidad penal del implicado, sin que se hubiesen incorporado los insumos que este presentó ante la DIAN a efectos de vislumbrar la diferencia entre la documentación paralela que presentó el contador o una prueba pericial que tuviera como base aquella documentación referida por los testigos expertos. Tampoco se vislumbra claridad sobre estos importantes tópicos a partir de la prueba testimonial aquí vertida.

Al punto que, ninguno de ellos pudo determinar la cuantía de lo hurtado, menos la existencia de aquellas cuentas paralelas, y de contera, la responsabilidad penal de **LÓPEZ**.

Como se ve, hacer mención el acta de promesa de reintegro de dineros, sin introducirla ni desprender la razón del dicho del testigo, no es suficiente para vincular al contador con el delito acusado.

Debido a que se absuelve por duda al señor **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** de todos los cargos objeto de acusación, entonces, no hay lugar a que la Sala examine a fondo los reparos relacionados con: i) la estructuración del delito de estafa y no de hurto agravado frente a todos los hechos endilgados; ii) las especulativas *“reglas de la experiencia”* que planteó la apelante de cara a liberar al procesado de responsabilidad penal; iii) el cuestionamiento sobre la falta de introducción de la prueba documental *“cheques”*, en tanto, como se dijo, fue voluntad autónoma de la fiscalía no hacerlo, sin que ello genere nulidad; iv) el reintegro de dineros, pues es una circunstancia pos delictual accesoria a la declaratoria de responsabilidad penal; v) la preclusión en caso de variarse la calificación jurídica al delito de estafa.

Por lo demás, no se cercenó el testimonio de Gleymer Valdés, porque de su dicho no se puede extraer que la cuantía de la estafa sea \$24.623.500, eso jamás quedó acreditado, por lo que extraña la Sala el motivo por el cual trae a cuenta la apelante esa premisa. Igualmente, en cuanto al testimonio de Edrulfo Pérez, distinto a lo que sostiene la recurrente, el acta de

reconocimiento o de reintegro a la que hace mención jamás fue introducida documentalmente, sin que la sola afirmación del testigo sobre ese hecho equivalga a adquirir el conocimiento requerido para condenar. Estos supuestos son traídos por la apelante para tratar de convencer a la Sala de que lo actualizado es una estafa, tesis que se reitera, además de ser infundada, se muestra accesoria al ruego principal: la absolución.

Recurso del representante de víctimas

La Sala ya determinó lo referido a la configuración o no del delito continuado, de allí que, por economía, no se reiterarán los argumentos expuestos.

Lo siguiente, es que el apoderado de la víctima pretende que se re dosifique la pena en el cuarto medio máximo por existir circunstancias de mayor punibilidad: *“(1) no lo cometió una sola persona sino tres en coparticipación criminal, (2) se usaron medios de ocultamiento y engaño, como lo es la falsedad que, aunque prescrita como delito, no desaparece del acontecer como lo sabemos todos y, por último, (3) la posición distinguida del mismo contador, que como profesional que es, se aprovechó de ello para actuar así, lo que siendo una circunstancia real del hecho se traslada a sus partícipes”* (sic).

Esta propuesta está llamada a desecharse, en tanto, la congruencia se transgrede cuando se condena por el reato atribuido, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada o acusada. Con esta misma consideración, se responde el reparo del delegado de la fiscalía, quien pregonó la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad *“obrar en coparticipación criminal”* (Art. 58.10 CP).

De esta forma, no hay manera de que la juez se moviera en los cuartos medios, advirtiéndose correcta la fijación en el extremo mínimo, debido a la ausencia de antecedentes penales de los implicados.

Por demás, tal pedimento deviene aún más improcedente frente a **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** a quien se está absolviendo por duda. Además, tampoco es viable la condena frente al concurso por los hechos relacionados con la declaración de renta para el año 2014, porque como se dijo, la prueba no ofrece el conocimiento más allá de toda duda sobre su existencia y la responsabilidad penal del procesado.

En lo que atañe a la negativa de la prisión domiciliaria, el apoderado de víctimas pierde de vista que sí se colmaron los presupuestos para conceder a las encartadas esa gracia; se trata de aquellos contenidos en el Art. 38B del código penal.

Lo que sucede es que, luego del incorrecto proceder dosimétrico que pretende, termina desconociendo que el requisito objetivo exigido para la concesión de la prisión domiciliaria consiste en que *“la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”*, es decir, el legislador toma la pena en abstracto del tipo penal y no la que se origina luego del proceso de individualización de esta.

Adicionalmente, sostiene el apelante que los procesados han sido esquivos en pagar o asegurar el pago o garantía de los daños y perjuicios que condiciona este beneficio.

Frente a esta crítica se dirá que el anterior artículo, señala que la persona que quiera ser beneficiaria del subrogado debe, además cumplir con los requisitos contemplados en el numeral 4 de la misma obra que en su literal B señala: *“4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia”*.

Esta norma amerita un análisis sistemático para su aplicabilidad, porque el valor de la indemnización que debe solucionar el condenado sólo se determina cuando se decide con visos de ejecutoria material el llamado *“incidente de reparación integral”*, el cual sólo puede ser iniciado después de que la sentencia de condena alcanza la condición de cosa juzgada, según lo indicado en el artículo 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, modificado por la ley 1395 del 2010.

En las condiciones anteriores, lo único que le corresponde al condenado, en este momento histórico, es suscribir el acta de compromiso en la que aparezca la obligación de reparar perjuicios, porque es en la sentencia que ponga fin al incidente civil de reparación integral, en donde el juez determina los perjuicios materiales y morales que se hayan demostrado y puede fijar un plazo tanto para que el condenado los pague, o para que garantice su pago, o para que demuestre su insolvencia.

De acuerdo con lo anterior, la Sala estima acertada la decisión asumida por la juez, debiendo proceder a despachar negativamente este apartado de la apelación.

En cuanto a la pena privativa de otros derechos, solicitada contra **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** en calidad de contador, no será viable porque aquí se le ha absuelto.

Respecto a **ADRIANA TABORDA MURILLO** y **YANETH PATRICIA TABORDA MURILLO** alega el apoderado de víctimas que *“la comisión de estos punibles sólo pudo realizarse en la medida en que los condenados en ejercicio de su actividad y profesión, abusando de esta actividad liberal, que les facilitó la comisión de los mismos, que en efecto tuvieron relación directa con el desempeño de sus cargos y roles, en plena comunicabilidad de circunstancias de acuerdo al art. 62 del C.P...”*

De cara a ello, se advierten dos cosas:

La primera, es que a criterio de esta Sala las imposiciones de las penas privativas de otros derechos constituyen una pretensión punitiva en cabeza de la fiscalía, y porque no, también de la víctima quien canaliza ese querer a través del ente acusador.

Sin embargo, el sistema penal cuenta con etapas preclusivas dentro de las cuales se deben elevar este tipo de pretensiones, a saber, en la acusación, los alegatos de conclusión y la audiencia de individualización de la pena.

Revisados estos escenarios estructurales del proceso penal, se advierte que la fiscalía nunca elevó la pretensión de aplicar la pena inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.

No debe olvidarse que una facultad o potestad procesal puede claramente extinguirse, perderse o caducar por no haber sido ejercida a tiempo y ello se da ante la necesidad de establecer la forma cómo se han de desarrollar los actos procesales —preclusividad—, figura con la cual se aseguran los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica.

De esta manera, ahora en sede de apelación, no resulta atendible el reparo del apoderado de víctimas consistente en imponer a las procesadas la

pena de suspensión para el ejercicio de la profesión de auxiliar de contabilidad de conformidad con el artículo 43 de la Ley 599 de 2000.

Como segundo punto, se establece que la comunicabilidad de circunstancias frente a **YANETH TABORDA MURILLO** aquí no es pregonable, por cuanto no estamos examinando circunstancias agravantes (sean genéricas o específicas) sino una pena. Aunado a que en esta actuación no está acreditada profesión alguna en cabeza de la procesada, mucho menos podrá determinarse como, la infracción se cometió con abuso del ejercicio de aquella, o establecerse alguna relación de causalidad entre el delito y la profesión, ora, se contravengan las obligaciones que de su ejercicio se deriven.

De esta manera queda resuelto el reparo no solo del representante de víctimas como apelante, también de la fiscalía, quien solicitó la aplicación de esta pena en el recurso de apelación, ya de forma extemporánea.

Por último, tanto el representante de víctimas como el fiscal coinciden en postular que las órdenes de captura tienen efectos inmediatos y que en este caso no se requiere la ejecutoria de la sentencia.

De allí, consideran equivocada la postura del *a quo* en punto a estimar que debía aguardarse que la sentencia cobrara ejecutoria para esos fines. En consecuencia, solicitan dar cumplimiento inmediato a las órdenes de captura.

Frente a este reparo, basta con precisar que, el Art. 450 CPP erige a la orden de captura como una herramienta para que el Juez disponga la restricción de la libertad de quien sea condenado, en concordancia con el Art. 296 a efectos de cumplir la pena.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal²⁰ ha esbozado:

“El artículo 450 de la Ley 906 de 2004 dispone:

... Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem. Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata.

²⁰ CSJ SP3353-2020 15 jul. 2020, rad. 56600, STP7927-2021 24 jun. 2021, rad. 117162.

En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad.

En todo caso cada situación deberá ser analizada en forma concreta; muy probablemente no estarán cubiertas por la excepción (i) aquellas personas que han rehuido su comparecencia ante los jueces, (ii) quienes se han escondido o dificultado las notificaciones a lo largo de la actuación, (iii) los que han utilizado estrategias dilatorias en busca de beneficios, (iv) los procesados que han tenido que ser conducidos policialmente para que hagan presencia en la actuación, y (v) en general cuando se den las mismas circunstancias que ameritan la imposición de una detención preventiva. En ese contexto, es claro que la captura de quien ha sido declarado responsable a efectos de que cumpla la sanción impuesta, a voces del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, debe ordenarse inmediatamente cuando se han negado «los subrogados o penas sustitutivas». Nótese, además, que en este evento no existe ninguna situación excepcional para que esta Colegiatura se abstenga de ordenar aprehender al procesado”

Ahora bien, en pronunciamiento (STP5495-2023) en sede de tutelas, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, fijó que:

- i) *Con fundamento en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, el juez sentenciador está facultado para ordenar la captura de la persona que ha sido declarada penalmente responsable y no ha resultado favorecida con el otorgamiento de subrogados penales, decisión que puede adoptarse al momento de la enunciación del sentido de fallo y, con mayor razón, en la sentencia, cuando, se repite, no se ha otorgado un subrogado que imponga la suspensión de la ejecución de la pena.*
- ii) *Nunca ha estado en discusión la facultad que le otorga la ley al sentenciador de anticipar la captura del acusado no privado de la libertad, pues, el mismo canon 450 del Código de Procedimiento Penal así lo establece, cuando indica “si la detención es necesaria”, podrá hacerlo con efecto inmediato.*
- iii) *Cuando el artículo 295 indica que la restricción de la libertad, además de ser excepcional, su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales, está incorporando en otras palabras el mencionado test de razonabilidad al exigir un juicio de ponderación y proporcionalidad, esta vez, entre la medida restrictiva, sus fines y la libertad del procesado.*

En este caso, la juez desde el anuncio del fallo consideró viable la concesión de subrogados, por ende, no libró orden de captura en ese escenario.

Guardando coherencia, en la sentencia, la juez concedió a los procesados la prisión domiciliaria (Art. 38B). Además, desestimó librar orden de captura en contra de estos, por lo que ninguna irregularidad se presenta en lo decidido.

Así, desde el sentido del fallo la dispensadora evaluó la necesidad de la detención inmediata.

Ese examen implícitamente tuvo en cuenta que la decisión de condena no estaba ejecutoriada y que la libertad de los implicados y la presunción de inocencia se erigen en la regla general y preferente. En consecuencia, el *a quo* dispuso aguardar hasta la ejecutoria de la sentencia a efectos de privar de la

libertad, bajo la prisión domiciliaria, a los acusados. Por tanto, ninguna incorrección se aprecia en lo decidido.

Cuestión final

Debe prevenir la Sala al *a quo* con ocasión a una incorrección en el proceso dosimétrico, que, por fortuna, en este asunto no tuvo mayor incidencia.

Véase que la juez fijó el extremo mínimo en 48 y el máximo en 189 meses de prisión. Estableció el ámbito de movilidad y eligió el cuarto mínimo (de 48 a 83,25 meses de prisión) al considerar que no fueron endilgadas circunstancias de mayor punibilidad, al tiempo que los procesados no registran antecedentes penales. Era en este segmento del procedimiento en el cual tenía que realizar el aumento del delito en la modalidad continuada, dando aplicación al parágrafo 1° del Art. 31 CP: **“PARÁGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”**; pero también al numeral 1° del Art. 60 ídem *“1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica”*. De haber procedido de esta manera, el extremo mínimo sufría una alteración en abstracto de la tercera parte, al igual que el máximo, para un resultado de 64 meses el mínimo y 252 el máximo

Así las cosas, a 252 meses de prisión debía restarle 64 meses, dando como resultado un ámbito de movilidad de 188 meses, que dividido en cuartos corresponde cada uno a 47 meses, quedando así:

Primer cuarto	64 meses a 111 meses de prisión.
Primer cuarto medio	111 meses 1 día a 158 meses de prisión.
Segundo cuarto medio	158 meses 1 día a 205 meses de prisión.
Último cuarto	205 meses 1 día a 252 meses de prisión.

Véase que el *a quo* fijó la pena en 54 meses y considerando que la modalidad en la que se cometió el delito fue continuada, la aumentó en una tercera parte, para un total de pena de 72 meses de prisión.

El yerro radica en que ha debido partir de 64 meses a efectos de fijar la pena porque el aumento de la tercera parte se realiza en abstracto y no en concreto.

Sin embargo, la pena finalmente impuesta a las procesadas se encuentra dentro del primer cuarto, lo que descarta cualquier afrenta o quebrantamiento de garantías que amerite corrección en esta sede.

En consecuencia, se prevendrá a la juez 8° penal del circuito de Cartagena para que en lo sucesivo observe con mayor cuidado las normas relativas a la dosificación de la pena a efectos de evitar errores en dicho procedimiento cuya desatención tendría la potencialidad de afectar el principio de legalidad —de la pena—.

En razón y mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

VII. R E S U E L V E

1°. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia condenatoria proferida el 26 de junio de 2023 por el juzgado 8° penal del circuito de Cartagena, conforme a las consideraciones expuestas en la parte considerativa, en consecuencia: se declara la responsabilidad penal de las señoras **ADRIANA MARIA TABORDA MURILLO** y **YANETH PATRICIA TABORDA MURILLO**, exclusivamente por los hechos que atienden al hurto agravado de los dineros contenidos en los cheques 0234985-3, 0234987-8, 0234988-5 y 0234989-2, en cuantía de ochenta y un millones de pesos (\$81.000.000).

2°. ABSOLVER, por duda, al señor **RAFAEL SEGUNDO LÓPEZ ARANA** por los delitos de hurto agravado en la modalidad continuada, en concurso heterogéneo con hurto agravado, de conformidad a las consideraciones previamente realizadas.

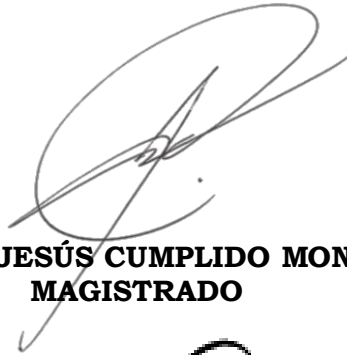
El resto de la sentencia de primera instancia se mantiene incólume.

3°. PREVENIR a la titular del juzgado 8° penal del circuito de Cartagena en los términos señalados en el acápite “*cuestión final*”.

4°. NOTIFICAR a las partes e intervinientes conforme a los acuerdos vigentes, advirtiéndoles que contra esta sentencia procede el recurso de casación en los términos establecidos en los artículos 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

5°. Una vez ejecutoriado el fallo, **REMITIR** todo lo actuado al juzgado de origen.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO



FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO



PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
SECRETARIO