



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05-266-60-00203-2012-02078
Procesados: Juan Felipe Atehortúa Rojas
Juan David Nieto Saldarriaga
Delito: Secuestro agravado en tentativa
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 192

Medellín, dieciséis de diciembre de dos mil trece

1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por los defensores de *Juan Felipe Atehortúa Rojas* y *Juan David Nieto Saldarriaga*, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Envigado, el 22 de abril de 2013, que condenó a los procesados mencionados como coautores del delito de Secuestro agravado en grado de tentativa.

2. LOS HECHOS

Fueron narrados por la Fiscalía de la siguiente manera:

Para el día catorce de febrero del presente año -2012-, siendo aproximadamente la una y treinta de la tarde, la señora LUZ MIRIAM TIRADO SALINA, salió de su casa, ubicada en el Barrio Misael de esta localidad en compañía de su nieta JUANITA POSADA TIRADO de tres años de edad, con el fin de conseguir alimentos para la menor dado que tenía los servicios cortados y no tenía forma de cocinar en su casa, pero fue cuando se disponía por la calle que observó un carro de color azul que se desplazaba por allí, siendo en el momento en que bajaba por ese lugar con la menor cogida de la mano que sintió que el vehículo que había observado previamente, se le acercó con el fin de cerrarle el paso, motivo por el cual la señora les recriminó

por dicho comportamiento, en donde el conductor se devolvió en reversa e inició nuevamente la marcha hasta cerrarla totalmente, en donde la persona que se desplazaba en la parte delantera del vehículo y en calidad de pasajero, la jaló tanto del bolso como de la mano para acercarla hasta el rodante y quitarle a la menor, pero como se percató que no era posible, dado que la abuela de la infante no se lo permitió, por cuanto forcejeó con esa persona, siendo el pasajero quien se bajó del rodante, pues alcanzó a colocar los pies en la calle y le manifestó a la señora que soltara a la menor, momento en el cual ésta comenzó a pedir ayuda en el sentido que le iban a quitar a su nieta, en donde un señor que se encontraba en un cafetal escuchó las voces de auxilio, salió de ese lugar, siendo la persona que salió en protección de la dama se dirigió en compañía de otra persona en una motocicleta y en persecución de estas personas, hasta que encontró unos agentes de la policía, a quienes alertó acerca de lo sucedido momentos antes y les indicó tanto las características del rodante como de las personas que se desplazaban en éste, en donde uno de éstos informó a los demás compañeros que se encontraban por sectores aledaños, siendo en la transversal 34 sur con la diagonal 32, barrio La Magnolia, en donde interceptaron el vehículo y capturaron a los señores *Juan David Nieto Saldarriaga* y *Juan Felipe Atehortúa Rojas*.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

3.1. La defensa de *Juan Felipe Atehortúa Rojas*, luego de hacer una reseña del fallo, discute la valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia; la tilda de fraccionada por cuanto se habrían observado aspectos aislados y no en conjunto.

Ubicado el soporte fundamental del fallo en el testimonio de *Luz Miriam Tirado Salinas*, se ocupa la defensa de resumir lo que esta deponente dijo en juicio, planteando la tesis de que mintió. Para soportar esta conclusión evoca que el testigo *Gabriel Jaime* la desmiente porque dice que ella se fue de la casa ubicada en el lugar en que eran vecinos porque se la pidieron, ya que no tenía ni para pagar los servicios públicos; así mismo, en cuanto a lo que habría dicho en el momento de los hechos pues éste apenas alcanzó a oír “la niña, la niña, la niña”.

Asevera que es falso que la abuela de la menor llevara a una niña de manos, pues solo hasta el último de los hechos la cargó y al último

momento le tocaron accidentalmente una rodilla. Toma el apelante la preocupación de la testigo de que un golpe del carro a la niña contra la baranda se la pudiera matar para sostener que desde el inicio hasta el final no tuvo la sensación de que le iban a arrebatarse la niña, sino que por hurtarle el bolso le podían lesionar a la menor. Sobre esto último, interpreta a su modo las palabras de la testigo para aseverar que ella acepta que estuvieron tratando de cogerle el bolso.

Agrega que esta testigo también miente sobre quien llegó primero al lugar en que se encontraba forcejeando, si *Edgar Mauricio* o *Gabriel Jaime*, lo cual estima como una contradicción no detectada por el juzgador; así como si la niña tenía 3 o 5 a 6 años, como dijo el primero de los mencionados.

También censura que la testigo haya dicho que los hechos ocurrieron cerca del medio día, criticando que si así se pueda considerar las 3:15 de la tarde y si esas son horas para darle almuerzo a la menor. A juicio del apelante, todo lo que la señora *Luz Miriam* sostiene es sensación, percepción u opinión criticando que no recuerde cómo eran las personas con las que forcejeó, pese a que estuvo en ello 10 minutos; además, nadie se preocupó por establecer si en verdad su cliente y acompañante estaban alicorados.

Al examinar una expresión de la testigo respecto a que en el forcejeo trataron de rozarle un pie a la niña cuando ella la alzó, concluye que estos no tenían intención de arrebatarse la niña, pues de ser así, se la hubieran arrebatado con gran facilidad. Sostiene que nunca hubo una lucha por la niña, pues la abuela de ésta no resistiría ni un estrujón por la diferencia de contextura física.

Estima la defensa que la abuela de la menor rindió testimonio afectada psicológicamente, por la situación que padeció, un hurto en la modalidad de tentativa, pues ha sobredimensionado y tergiversado su

dicho, ya que nunca ha hablado de un secuestro sino de un hurto, mientras los testigos vieron que la tenían tomada del bolso y nunca que le estaban quitando la niña. Igualmente, las condiciones socioeconómicas la convierten en una resentida que quiere algo semejante para los demás.

Sostiene el apelante que si se le estaba triturando contra la baranda de la vía no habría espacio para que se abriera la puerta del vehículo para que su asistido bajara un pie; descartando que se quisiera arrebatarse la menor, porque en ese caso el chofer del carro se habría bajado y habría tomado la niña. Por eso entiende que se está condenando a dos personas por una apreciación subjetiva de la víctima que manifiesta haber tenido una sensación.

En cuanto a la valoración del testimonio de *Edgar Mauricio Bermúdez Sepúlveda*, advierte que el mismo no vio nada claro; por tanto su conocimiento sería de referencia originado en lo que le dijo la abuela de la menor. Así mismo, entiende que los acusados no fueron retenidos en flagrancia por el tiempo transcurrido para la aprehensión. No obstante, estima que fue el único testigo que dijo la verdad.

En relación con el testimonio de *Gabriel Jaime Palacio Agudelo*, evoca nuevamente la causa que le atribuye a la ida de su residencia cercana al lugar de los hechos, con lo cual estima se establece que lo mencionado por *Luz Miriam* en relación a que la estaban buscando y por amenazas es falso. Del relato de este testigo, colige la defensa que conocía desde antes a *Edgar Mauricio*, pero el mismo sostiene que no vive por allí y que se encontraba de paso, por lo cual entiende que este último mintió al respecto. También por los tiempos, vuelve a cuestionar la aprehensión de flagrancia, lo que de paso le sirve para adelantar la conclusión de que se han modificado los hechos por los que se proceden. La defensa critica a este testigo porque recuerda que en el vehículo había una cobija y un arequipito; pero que no vio lo principal, esto es,

las personas que estaban adentro. Igualmente, que haya dicho a los policías que los retenidos eran los que habían hecho un daño arriba, cuando ya les había suministrado dicha información. También encuentra inexplicable que se haya referido a que la abuela de la niña había llamado al 1, 2, 3. Siendo que ellos se dedicaron a la persecución en la que se encontraron a los policías y se fueron para la casa.

Advierte el apelante que más que hacer uso de las contradicciones y situaciones que no fueron valoradas por el juez de primera instancia, lo que pretende es alertar al Tribunal de que el dicho de los testigos generan dudas, que estima, incluso de algún modo reconoce el juez, sin que fueran resueltas a favor de los procesados.

Continuando con el examen probatorio, se ocupa del testimonio del patrullero *Julián Andrés Cardona* para criticar que haya adoptado una actitud ingenua, puesto que si había sido alertado del comportamiento de los ocupantes, como se explica que inicialmente había decidido capturar solo a una persona por la licencia de conducción falsa; de ahí colige que no hubo captura en flagrancia y que el tema del secuestro no era objeto de búsqueda policial, haciendo notar que en los derechos del capturado se dijo que era por hurto lo cual su cliente acepta. Critica que un policía de 7 años de experiencia pretenda salvarse esta situación diciendo que iban a hurtarse un menor, cuando esto no lo contempla el código penal, pese a que sea cierto que el estudio de la tipicidad no le corresponde a la policía al momento de la captura, pero ello no los habilita para enmendar errores de procedimiento, puesto que primero capturaron por una cosa y luego judicializaron por otra.

De otro lado, se cuestiona por la presión a la que fue sometido el testigo *Edgar Mauricio Bermúdez Sepúlveda* para preguntarse quién la realizó y por qué motivos. Tras volver sobre los mismos temas, le pide a la Sala que no permita la condena de personas por delitos que no se han cometido, pues en su entender el secuestro no se iba a realizar, como lo

dijeron los tres testigos de cargo, incluyendo a la abuela quien dice que forcejearon del bolso. Se pregunta: ¿dónde se realiza un secuestro con un carro malo, sin armas y sin dinero?

Puntualiza que el juzgado entendió que fue cierta la realización del trasteo y la ingesta del licor, del cual colige que ante la carencia de dinero se dieron a la tarea de robarle el bolso a la señora *Tirado Salinas*. Critica que el juez haya entendido que a la abuela le hayan dicho, entrégume a la niña, pues ello no es cierto y no fue manifestado por nadie en el juicio.

En suma, pide la absolución, con la consecuente libertad de su asistido, ya que no hubo conato de secuestro y el hurto no fue imputado, en su defecto, invoca el contenido de la sentencia 33254 del 26 de febrero de 2013 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la no aplicación de la ley 890 de 2004 en los casos de la ley 1098 de 2006.

3.2. La defensa de *Juan David Nieto Saldarriaga* sustenta el recurso planteando que el problema que ha de resolverse es el dilema de si la prueba obrante permite tipificar únicamente el delito de secuestro tentado o si subsiste la posibilidad de que se trate de una tentativa de hurto. La tesis central de su alegación es que con la prueba obtenida no es posible determinar a qué delito estaba dirigido el actuar de los acusados.

Luego de reseñar los fundamentos del fallo cuestionado, sostiene que la prueba del delito se derivó de las sensaciones de la víctima, reproduciendo los apartes del conainterrogatorio que se aluden al respecto, para concluir que es el propio concepto del juez lo que respalda las razones de la defensa de que se trata de un fenómeno subjetivo que sin más no permite tener por probado un hecho. Y si bien, el juez entendió que esa sensación tiene un referente material que la

valida y soporta, no existió la corroboración de esa validación, sino que por el contrario fracasó en ese propósito, como lo revelaría que la testigo no aclarara la situación ni pese a las preguntas complementarias, lo que demuestra que se trató de una situación imaginaria.

Alega la defensa que esa construcción imaginaria se da por cuanto la testigo sabe que su bolso carece de valor, pero esto no lo sabían los procesados. Y como quiera que no había un conocimiento previo ni hay prueba sobre la preparación del hecho, estima que el encuentro fue fortuito, de ahí que los acusados no tenían por qué saber acerca de la escasez de dinero de la abuela de la menor. También entiende la defensa que el haberse terciado el bolso denota que lo protegió precisamente del hurto.

En cuanto al origen de la sensación, el apelante sostiene que *Luz Miriam Tirado Salinas* la tuvo desde un inicio; pero su actuación no fue coherente con tal percepción. Puntualiza que el conocimiento que del rapto de la menor tenían los testigos *Edgar Mauricio Bermúdez Sepúlveda* y *Gabriel Jaime Palacio Agudelo*, fue por lo expuesto por la abuela de la misma y que este conocimiento lo tenían cuando fueron en persecución de los procesados, y que se le comunicaron a los policías captos, por lo cual no es comprensible que la aprehensión inicialmente se planteara por la utilización de documento público falso y solo ante la información del 1, 2, 3 se encausó por tentativa de secuestro, lo cual es corroborado por la atestación de *Julián Andrés Cardona*. De allí se infiere, según el apelante, que los policías no conocían del supuesto conato de rapto, de lo que a su vez se colige que los dos testigos de cargo mencionados tampoco se los informaron, lo que sería fruto de que desconocían esa circunstancia, de donde se concluye que *Luz Miriam* no los informó al respecto, lo cual cobraría explicación en que no tenía conciencia de que el único designio de los acusados era raptar a su nieta.

Con base en lo anterior, discute que sea cierto que la testigo desde un principio hubiera tenido la sensación de que le querían arrebatarse a su pequeña nieta.

A continuación, la defensa se dedica a calcular la hora de ocurrencia del hecho, partiendo de lo estimado por el juez en la sentencia de que ocurrió a la 1:00 o 1:30 de la tarde, la escasa demora en noticiar a los policías aprehensores y en estos actuar, estimando que en sana lógica la aprehensión se daría antes de las dos de la tarde. No obstante, según la prueba documental aportada en el juicio por los patrulleros la llamada al 1, 2, 3 tuvo ocurrencia a las 15.14 horas.

De esta situación concluye que faltaron a la verdad los policías, lo cual se reafirma con lo que estima *Luz Miriam* de lo que demoró en llamar a dicha línea de atención. Considera que desde la captura al reporte de la central de emergencia habría transcurrido más de una hora, tiempo durante el cual estuvieron aprehendidos los acusados y que habría motivado a los policías a reseñar en sus informes iniciales del caso que la aprehensión ocurrió a las 3:10 p.m. Todo esto dirigido a mostrar que los policías, así como los testigos y la abuela de la menor intentan acomodar los hechos, pues inicialmente lo que se reportó fue la comisión del delito de uso de documento público falso y hurto, sin que considere que la explicación que hizo el patrullero *Julián Andrés* de que se trataba del hurto de una niña sea satisfactoria.

Dentro de este contexto de actuación, entiende la defensa que del propio relato de la señora *Luz Miriam*, específicamente el aparte relacionado con la llamada al 1, 2, 3, la intervención de la policía y la discusión sobre lo que habían hechos los aprehendidos, en donde se habría definido arbitrariamente que se trataba de una tentativa de secuestro, a partir de lo cual la testigo reasignó el significado de lo que había ocurrido.

De otro lado, reclama el defensor la materialidad de los hechos como fundamento de la responsabilidad penal; por ende, su demostración debe ir más allá de las sensaciones y apreciaciones subjetivas de la víctima; porque es lo objetivado lo que indica el tipo subjetivo o la intención del autor. Siguiendo esta argumentación, el apelante alega que de haberse valorado el hecho en sí, se habría llegado a la conclusión de que no está dada la información suficiente para concluir el dolo del secuestro.

Específicamente sostiene que según la declaración de la señora *Luz Miriam*, de *Edgar Mauricio* y *Gabriel Jaime* queda claro que los acusados en ningún momento tuvieron contacto con la menor y que, por el contrario, si lo tuvieron con el bolso el que insistentemente halaban, hecho que estima fue reconocido por el juez; sin embargo, a su juicio, sorprendente y fuera de contexto cita a *Edgar Mauricio* que habría dicho que los acusados tenían “ganas de cogerle la niña”. Entiende que el dicho de este testigo fue distorsionado, puesto que éste incluso reconoce que no había visto lo suficiente y fue presionado para ir a la fiscalía. Así mismo, resalta el apelante que los acusados en ningún momento salieron del vehículo y para realizar el designio que imagina la abuela de la menor, bien podrían haberlo hecho porque eran dos y podrían haberla dominado y tomar directamente a la menor. Igualmente, en ningún momento amenazaron a la persona adulta para quedarse con la menor, ni pronunciaron palabra alguna de la que pudiera deducirse el propósito de quedarse con la menor.

Sobre los gritos que habría efectuado la abuela, muestra como *Edgar Mauricio* no escuchó nada, mientras *Gabriel Jaime*, pese a lo que el mismo expresa, menos podría haberlos escuchado porque llegó dos minutos después. Y en cuanto a las lesiones que habría padecido, hace notar que este último testigo dice que no le vio lesión alguna, lo cual sugiere que la afectada se ha dejado llevar de la animadversión a sus

agresores para exagerar las consecuencias, peligro del que advertía un doctrinante de la prueba.

Desestima el indicio invocado de no tener la placa el vehículo en el lugar reglamentario por cuanto un testigo sí pudo verlas en el interior del vehículo, y sobre los hallazgos de algunos elementos como un tarrito de arequipe, una cobija y una pita, hace notar que no fueron tenidos en cuenta por el juez debido a que la defensa demostró que el Sr. *Juan David Nieto Saldarriaga* se encontraba en horas de la mañana haciendo un trasteo y se dio plena explicación de la posesión de estos elementos.

Reivindica el apelante que en la tipicidad de la tentativa en el derecho colombiano se requiere la univocidad del acto, que implica según la doctrina citada que inequívocamente, esto es, de modo evidente y patente, se haya dado inicio a la ejecución; pero lo que revela el acervo probatorio es que se ha validado una situación subjetiva de la víctima, pese a que los hechos invocados son equívocos, de modo que aún subsiste duda sobre el designio de los acusados; pues no se puede excluir que su propósito fuera apoderarse del bolso de *Luz Miriam Tirado*; causa por la cual solicita se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar se absuelva a su defendido.

4. EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER Y LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR

Después de reseñar el preámbulo del caso y la prueba tanto de cargo como de descargo, comienza el juez sus consideraciones recordando el estándar probatorio requerido para condenar así como los presupuestos sustanciales para ello.

En atención a esto último, encontró reunidos los presupuestos de tipicidad exigidos puesto que estimó que el fin de los acusados no era apoderarse del bolso de *Luz Miriam Tirado Salinas* sino de arrebatárselo a

su nieta, con base en lo expuesto por la testigo mencionada cuyo dicho lo califica de contundente, claro, preciso, coherente, serio y responsivo. Agrega que tanto *Edgar Mauricio Bermúdez Sepúlveda* y *Gabriel Jaime Palacio Agudelo* dieron cuenta del arrebatamiento que pretendían hacer los procesados.

No acepta la objeción de la defensa consistente en que desde un inicio, específicamente desde el informe de aprehensión de los procesados se dejó consignado que la captura era por uso de documento público falso y hurto, ya que, pese a la forma antitécnica como se consignó dicha información, *Julián Andrés Cardona Ospina* y *Fabriciano Valentín Tibagan* actuaron a voces de los ciudadanos testigos de los hechos y además conocieron del reporte del incidente respectivo a partir de las 15:14 horas sobre la pretensión de arrebatarle a la señora *Luz Miriam Tirado Salinas* su pequeña nieta. A juicio del sentenciador la defensa le da una excesiva trascendencia al yerro de los policías hasta el punto que se pretende desconocer los documentos y lo versionado por sus autores. En todo caso, la tacha sobre los derechos del capturado resulta superada por el momento procesal en que nos encontramos no siendo posible revivirlo por efectos del principio de preclusividad.

En cuanto a la configuración de la agravación establecida en el numeral 1° del artículo 170 del código penal evocó que se estipuló que la niña J. P. T. se encontraba ad portas de cumplir 3 años de edad.

En suma, juzga que se reunían los presupuestos de tipicidad para predicar la realización de una tentativa de secuestro simple agravado, así como los de antijuridicidad, tanto formal como material, y de culpabilidad al que ve configurada en su modalidad dolosa.

Al examinar la responsabilidad de los procesados, vuelve sobre el testimonio de *Luz Miriam Tirado Salinas* del que acota que tiene respaldo en otros testimonios y además de reiterar los calificativos ya

expuestos destaca su actitud pasiva en la audiencia del juicio oral. En cuanto al contenido de lo atestiguado estima que da cuenta a partir del minuto 26:25 de las maniobras del automotor en que se trasportaban los acusados tendientes a evitar que la abuela y su nieta avanzaran en su recorrido y que la adulta fuera acercada lo más posible al vehículo para arrebatarse la pequeña, presentándose una pequeña pugna física en la que quien hacía las veces de pasajero le hacía tiramiento del bolso que la dama llevaba.

Puntualiza el juez en esas circunstancias que fueron observados por los dos testigos, ante lo cual huyeron los acusados, para posteriormente ser seguidos por quienes los descubrieron en su ilícita labor, esto es, *Edgar Mauricio Bermúdez Sepúlveda* y *Gabriel Jaime Palacio Agudelo*, quienes se encontraron con los policías que realizaron el procedimiento y los enteraron de lo sucedido, de lo cual también conocieron a las 15:14 horas por la vía del reporte de la central del 1, 2, 3.

Estima que de la reconstrucción fáctica del suceso no se podría estructurar conducta punible diferente, como lo plantea la teoría del caso de la defensa sobre un delito contra el patrimonio económico puesto que ello no es lo que exhibe el dicho de la dama corroborado por los demás testigos de cargo.

Entiende el juez que lo expuesto por *Luz Miriam Tirado Salinas* no se encuentra huérfano de corroboración puesto que en su atestación, *Edgar Mauricio Bermúdez Sepúlveda* (1:33:54) da cuenta que los procesados tenían “ganas de cogerle a la niña” pues pretendían jalar a la abuela como arrastrándola a su interior llevando aquella la niña en su brazo derecho.

No le resulta admisible al juzgador la crítica de la defensa sobre la percepción de “sensación” a la que aludió la denunciante en el juicio

oral, dado que dicho aserto se ajusta a la realidad y no puede ser entendida en el contexto como algo meramente subjetivo, porque ello fue lo que sucedió.

En cuanto a los testimonios de descargo, que dan cuenta de que los procesados el día en que ocurrieron los hechos, realizaron un trasteo utilizando el automotor en el que se desplazaban y habían tomado licor el día anterior y momentos antes de la aprehensión, considera que no puede inferirse, como lo pretende la defensa, que no se realizó la conducta punible que les fue atribuida, por cuanto ninguno es presencial del suceso y solo informan de momentos antes del mismo, con lo cual queda espacio para realizar los actos que el camino del crimen demandara.

Tampoco encuentra atendible la objeción de la defensa sobre ausencia de la determinación de la hora del reporte al 1, 2, 3, por cuanto se pudo establecer que fue a las 15.12.58 como consta en el C.D. en el que se recopila, el cual fue sometido a la debida cadena de custodia.

Adicionalmente, encuentra el juzgador indicio en contra de los procesados, tal como la ausencia de ubicación de la placa en el lugar correspondiente del vehículo, lo cual estima hubiera facilitado el éxito del protervo fin.

Con base en las precedentes consideraciones, acogió la teoría del caso de la fiscalía, por lo cual se decidió a condenar a los procesados por el delito atribuido y les asignó la pena mínima de 128 meses de prisión y multa equivalente a 533.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes (en adelante smlmv), la cual estableció a partir de la sanción del tipo básico de 192 a 360 meses de prisión y de multa de 800 a 1.500 smlmv. Cantidad que por efectos del artículo 170 del código penal debe incrementarse en 64 y 180 meses en cuanto a la pena privativa de la

libertad y 266.66 a 750 smlmv, con lo cual se obtiene una sanción de 256 a 540 meses y multa entre 1.066.66 y 2.250 smlmv, los que por efectos del artículo 27 del código penal queda en definitiva en 128 a 405 meses de prisión y 533.33 a 1.687.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes al año 2012.

En igual duración fijó la inhabilitación de derechos y funciones públicas, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por no reunirse sus presupuestos objetivos de penalidad y decretó el comiso definitivo del vehículo empleado en la comisión del delito.

5. LAS CONSIDERACIONES

Las censuras de los dos defensores de los procesados se dirigen a cuestionar la suficiencia de la prueba para soportar la condena de sus asistidos. Esto demarca que el problema jurídico a resolver sea de orden probatorio, en el que admitida la actitud atentatoria de los derechos de *Luz Miriam Tirado Salinas* y de su nieta, resulta esencial, como bien, lo sostiene uno de los defensores, descartar que con dicha acción no se estuviese realizando otro delito. Pese a que se reivindica como un aspecto sustantivo la univocidad del inicio de los actos de ejecución como elemento estructurante de la tentativa, no deja de ser un problema probatorio establecer si se reconstruye una acción de esa naturaleza con esas características.

Para estudiar dicho asunto, en un sistema de justicia rogada como el que impera en la segunda instancia, es menester examinar los aspectos impugnados. Los defensores acudieron a dos estrategias argumentativas distintas, pese a que en el fondo coincidan en la tesis defensiva que plantean. La primera consistió en señalar supuestos yerros valorativos, ya sea por omisión o no percibir contradicciones, con miras a generar dudas sobre la conclusión extraída; mientras la segunda es

propositiva pues los argumentos se dirigen a establecer ciertas premisas incompatibles con la reconstrucción del suceso que acogió el juez. Ambas tienen en común que tienden a mellar la credibilidad de la abuela de la menor para reducir su apreciación de que iba a ser secuestrada a una mera sensación de orden subjetiva y de que el propósito delictivo se centraba en el hurto. En el orden reseñado serán escrutadas las censuras.

A juicio de la Sala no media interés alguno de la denunciante en faltar a la verdad, por eso resulta desmedida la alegación de que la denunciante miente, por cuanto no coinciden los motivos invocados para mudarse del lugar y la disparidad entre lo que dijo escuchar *Gabriel Jaime Palacio Agudelo* y las expresiones que *Luz Miriam Tirado Salinas* relató, había usado.

Estos dos reparos no tienen la consistencia requerida para desmentir el relato de la abuela de la afectada; el primero porque no fue un asunto en el que se haya ahondado de manera que resultaran incompatibles entre sí. En efecto, *Luz Miriam* no niega su precaria situación económica, causa por la cual iba a llevar a almorzar a su nieta a otra casa; mientras que *Gabriel Jaime* no exhibe conocimiento sobre amenazas o inquietudes generadas en la denunciante a raíz del suceso. Entonces, resultan versiones compatibles estas razones de modo que además de que mediaban la dificultad de pagar servicios y el arrendamiento, también se le podría añadir la zozobra que el suceso y las actuaciones posteriores generaron en la abuela de la menor. Fuera de que se trata de un punto tangencial a la reconstrucción de los hechos, sobre los cuales ningún apremio o necesidad de mentir se percibe, le correspondía a la defensa, si quería a partir del mismo generar sospechas sobre la veracidad de la testigo esencial de cargo, mostrar que estas explicaciones no podían concurrir.

De modo similar, el que una persona refiera haber efectuado algunas expresiones y otra apenas diga haber escuchado otras que tienen el mismo sentido, no despierta recelo alguno sobre la sinceridad de la primera, no solo porque no se demostró que quien escuchó pudo oír todo lo que ésta dijo, sino también porque la evocación de los términos precisos o textuales con los que alguien se expresa no siempre son fidedignos. Baste en el caso que *Gabriel Jaime* da cuenta de expresiones similares, que corresponden con el sentido de lo que decía la abuela de la menor.

De manera análoga, la tesis de que posterior a la captura arbitrariamente se habría definido el propósito de secuestrar, choca con los testimonios creíbles de *Edgar Mauricio Bermúdez Sepúlveda* y *Gabriel Jaime Palacio Agudelo*, quienes dan cuenta que desde que conocieron del asunto ese era el designio delictivo que le atribuía *Luz Miriam Tirado Salinas* a los acusados; pero si ello fuera poco, la transliteración de lo dicho por esta señora al 1, 2, 3, expresamente consigna que le intentaron arrebatar una niña.

Mejor suerte corre la alegación de si existe suficiente información para establecer que objetivamente ello fue lo que ocurrió. El hecho de que la testigo reconociera que tenía la sensación de que le iban a quitar la niña, no es por si mismo motivo para concluir que se trataba de una mera apreciación subjetiva, es menester reparar en los actos realizados por los acusados dentro del contexto para establecer si esta percepción coincide con la realidad demostrada en el proceso.

Desde el punto de vista del trasegar de las impresiones de la señora *Luz Miriam Tirado Salinas*, téngase presente que inicialmente se le ocurrió que el cerramiento de su paso se debió a los efectos de la mala conducción del automotor, que es lo que se representa cuando les dice “señores es que no ven”. El temor que también en un principio la acompañó es que se afectara la integridad personal y la vida de la niña al

golpearse contra la baranda de la calle por la que transitaba. Como medió forcejeo y la tomaron del brazo y del bolso, sin que aparentemente el interés se centrara en este objeto, deducido de que se le cayó varias veces y en dicha oportunidades no fueron tomadas por los procesados, aunque no sabemos si realmente estuvieron a su alcance, y de que carecía de valor, la abuela de la menor entiende que la agresión es más grave y que iban tras su nieta.

Como se ve, la apreciación no resulta exclusivamente subjetiva pues se apoya en inferencias; por lo cual el problema realmente es si estas inferencias y los hechos sucedidos permiten arribar por fuera de duda razonable a la conclusión de que las actuaciones de los acusados tenían como propósito el atribuido, esto es, secuestrar a la menor.

La primera dificultad que encuentra la Sala para dar una respuesta afirmativa es que no resulta cierto que los testimonios de *Edgar Mauricio Bermúdez Sepúlveda* y *Gabriel Jaime Palacio Agudelo* permitan obtener una corroboración sobre el punto en cuestión. Así, el primero de los mencionados dice que no puede decir un cien por ciento que cogieran a la niña, o le agrega que tenían ganas de pronto de coger a la niña y lo que vio es que a la señora la tenían pegada a la puerta y precisa que no vio las cosas tan claro como la señora. Estas expresiones son dubitativas, no categóricas ni concluyentes sobre este aspecto, por lo que resulta forzado de sus palabras extraer la confirmación del suceso. Por su parte, el segundo de los mencionados apenas alcanzó a ver que jalaban a la señora.

Así mismo, el indicio atribuido de la carencia de placas en el bomper del vehículo no pareciera ser tan significativo puesto que al fin y al cabo la placa si era exhibida en su parte frontal y la ausencia parece explicarse por la carencia de bomper tanto adelante como atrás. En todo caso, se trataría de un indicio genérico, puesto que si así se facilitaba la comisión de un delito no necesariamente tenía que ser el de

secuestro. Así mismo, el testimonio de descargo de JHON FREDY GAVIRIA MONTOYA que da cuenta del trasteo que se habría hecho con el automotor informa del precario estado en que se encontraba el mismo, esto es sin bomper, lo cual no permite concluir que los mismos fueran quitados para la comisión del delito.

Podrían ser más significativo los elementos encontrados en el interior del vehículo como la cobija, la pita y el arequipito, si se les asignara la calidad de medios para garantizar la realización del delito ya sea para salvaguardar el sigilo en su comisión, la quietud de la víctima o que se tranquilizara; pero resulta que estos hallazgos fueron justificados por la realización de un trasteo, las pitas son varias y excesivas para dicho fin y el dulce estaba en su mayor parte consumido, lo que no denota que pueda asegurarse concluyentemente que iban a ser utilizados para facilitar la realización del delito de secuestro.

Lamentable, por decir lo menos, la contradicción que al respecto ejerció la fiscalía, quien al parecer no investigó si el trasteo era cierto y el conainterrogatorio, del modo como se hizo, revela la carencia de idoneidad al respecto, de modo que no se presentó una mayor contrastación ni mucho menos una refutación de los fines que a dichos elementos le asignaron dos testimonios de descargo, los cuales por haber sido acogidos en el punto por el juez de primer grado, releva a la Sala de extenderse al respecto.

Lo anterior permite establecer que la valoración en conjunto de la prueba no aporta mayores luces sobre los fines con los que actuaban los procesados, de modo que tendremos que volver a un examen interno y contrastado con la experiencia de lo expuesto por *Luz Miriam Tirado Salinas* al respecto.

Atendiendo a que precisamente esta testigo, calificada en primera instancia de estelar, no informa que se le haya exigido la entrega de la

niña, es decir, no se verbalizó este propósito, ni se da cuenta que la niña fuera jalada para ser ingresada al vehículo, adquiere trascendencia que la señora *Luz Miriam* hubiera dicho, cuando se le preguntó por lo que le informó al 1, 2, 3, que le daba la sensación de que le iban a quitar a la bebé.

Esta impresión responde, como ya se había anticipado, que en su razonamiento la abuela de la menor descartó que se tratara de un hurto, lo cual si bien tiene algunos soportes que hacen razonable la conclusión, no permiten, de todos modos, ser concluyente al respecto. Aunque la testigo dice que el bolso se cayó no queda claro que en ese preciso instante pudiera ser tomado por el pasajero del automóvil; algo de libertad de maniobra se percibe cuando la denunciante logró colocarse el bolso en banda, como ella dice.

De otro lado, pese a que el bolso era viejo y evidenciaba que contenía lo que su dueña denomina mechas para referirse a las cosas de la bebe, pues estaba abierto, solo quien lo portaba sabía que no había nada de valor y tampoco se pidió con palabras la entrega del mismo. En estas circunstancias, mediando la preocupación de *Luz Miriam* por la suerte de su nieta, no resulta indubitable que sus apreciaciones respondieran íntegramente a la objetividad de la actuación, subsistiendo la posibilidad de un margen significativo de subjetividad e interpretación de los acontecimientos, fruto de la preocupación por lo más significativo que tenía consigo. De manera que los hechos no resultan unívocos para desvirtuar cabalmente la presunción de inocencia en lo que respecta al delito grave atribuido, con mayor razón cuando la ingesta ética de los procesados hace que su comportamiento pueda asumir actitudes erráticas, de caras a ciertos fines.

La fiscalía no arrimó prueba de momentos anteriores de preparación para el secuestro simple atribuido, como pudo haber sido desde qué momento estaban los procesados en el vehículo en espera de

su víctima, ni nada se conoce del destino que tendría la menor, lo cual si bien no hace parte de la tipicidad de la infracción, la falta de claridad sobre la flagrancia que se reputa, incita a la dubitación.

Subsiste la posibilidad de que a raíz de las expresiones de la dama, consistente en que si era que no veían, los ocupantes del vehículo, algo alcorados, tuvieran el propósito de realizar exclusivamente lo que a ciencia cierta hicieron, esto es, el arrinconamiento de la señora y la niña, mortificándola abusiva y violentamente, adelantando y retrocediendo el vehículo, jalándola a la ventanilla del automotor, constriñéndola a omitir su libre desplazamiento por el sector cuando menos por breves momentos, lo cual a juicio de la Sala tipifica el delito que trata contra la autonomía personal, consagrado en el artículo 182 del código penal, esto es, constreñimiento ilegal.

Entonces, la condena procede por dicho delito y no la absolución por cuanto, se entiende una menor conducta incluida que respecta el núcleo fáctico de la conducta atribuida. El que la defensa abogue por que se entienda una tentativa de hurto está dirigida a lograr la impunidad de la conducta, en tanto la variación del delito atribuido al señalado desquiciaría la congruencia, no tanto por variar el bien jurídico protegido, sino por tratarse en sí de otro hecho y no respetar, a juicio de la Sala, el núcleo fáctico mencionado.

El delito señalado tiene asignada una pena, conforme a lo que dispone el artículo 182 del Código Penal con la modificación que establece la Ley 890 de 2004, de 16 a 36 meses de prisión, lo cual significa que siguiendo los raseros de la primera instancia se impondrá la pena mínima de 16 meses de prisión. En igual lapso se disminuye la inhabilitación de derechos y funciones públicas. Se conserva el comiso advirtiendo que la prueba muestra que *Juan David Nieto Saldarriaga* es el propietario del automotor con el que se realizó el delito por lo cual

ninguna afectación del debido proceso se percibe por no haber citado al trámite a la persona que aparece inscrita como su propietaria.

Atendiendo a que según las constancias que obran en la actuación los procesados están retenidos desde el 14 de febrero de 2012, a la fecha ya habrían purgado la pena, causa por la cual se ordenará su liberación en razón de este proceso, una vez sea suscrita la providencia, aún antes de su lectura. Esta circunstancia releva a la Sala de ocuparse de los subrogados penales. Deberá advertirse en el oficio respectivo que en caso de ser solicitados por otra autoridad judicial se pondrán a su disposición.

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

RESUELVE

Primero: Modificar la sentencia recurrida solo para declarar que *Juan Felipe Atehortúa Rojas y Juan David Nieto Saldarriaga* son penalmente responsables, a títulos de coautores, del delito de Constreñimiento ilegal, tipificado en el artículo 182 del Código Penal. En razón de lo anterior se reduce la pena impuesta por el juez de primera instancia, la que se fija en dieciséis (16) meses de prisión. Al mismo lapso se disminuirá la pena accesoria de la inhabilitación de los derechos y funciones públicas.

Segundo: Ordenar la libertad inmediata de los procesados a raíz de este proceso por estimarse cumplida la pena, causa por la cual no procede pronunciamiento alguno sobre los subrogados. En el oficio respectivo se advertirá a las autoridades carcelarias que en caso de ser

requeridos por otra autoridad judicial deberán ser dejados a su disposición.

Tercero: Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA
(En Permiso)