

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 052666000203 2017 07242

Procesado: César Ernesto Rivillas García

Delito: Hurto calificado tentado

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Acta N° 064

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Décima de Decisión Penal

Medellín, mayo veintiséis (26) de dos mil veintidós (2022)

1.- VISTOS

Se dispone la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 286 Delegado ante los Jueces Penales Municipales de Envigado contra la sentencia absolutoria proferida el ocho (8) de abril de 2021 por la Juez Penal Municipal N° 1 con Funciones de Conocimiento de Envigado, por la cual absolvió a **César Ernesto Rivillas García** del cargo de Hurto calificado, en modalidad de tentativa tal cual se le acusó por la Fiscalía, conforme a los artículos 239 y 240, inciso 1- del CP.

2.-SÍNTESIS DE LOS HECHOS

El cinco de octubre de 2018 a las 12:30 horas, fue retenido por el portero de la Unidad Residencial Biocity Grand, ubicada en la calle 37 Sur N° 29-90 del municipio de Envigado, el sujeto a quien se identificó como César Ernesto Rivillas García, cuando intentaba salir llevando, dentro de un maletín, un calentador marca Haceb y tres grifos de lavamanos, que según constató el personal de vigilancia de

la unidad, había sustraído del apartamento 1106, el cual presentaba daños en la puerta de entrada y la chapa. De la portería se llamó a la policía y al patrullero que acudió le fue confiado el retenido para la subsecuente judicialización del caso.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

Conforme a los lineamientos de la Ley 1826 de 2017 se adelantó el proceso bajo los trámites del procedimiento especial abreviado; así, en audiencia efectuada el diez de octubre de 2018 se legalizó la captura de César Ernesto Rivillas García, declinando la Fiscalía petición alguna para la imposición de medida de aseguramiento; seguidamente se dio traslado del escrito de acusación.

El 21 de agosto de 2020 se realizó la audiencia concentrada en la cual se descubrieron y solicitaron las pruebas para ser practicadas en juicio, de lo cual se destaca que solo el fiscal las solicitó. La audiencia pública de juicio oral tuvo lugar el 8 de abril de 2021, en la cual la fiscalía presentó a sus testigos, el señor Rogelio Alberto Hincapié Ortiz y el patrullero Jhon Edison Agudelo Jaramillo; el primero, profesional que se desempeñaba como residente de acabados en la unidad residencial en obras, y el segundo, patrullero de la policía, que acudió al lugar para formalizar la captura del procesado.

Cabe anotar que el fiscal declinó presentar como testigo al vigilante Jader Padilla Durango aduciendo dificultades logísticas (se hallaba fuera de la ciudad y no disponía de conexión).

4.- DECISIÓN RECURRIDA

La juez de instancia acotó que al escuchar los argumentos, tanto de la fiscalía como de la defensa y del apoderado de víctimas, y al analizar las pruebas practicadas en juicio, sin lugar a dudas debía concluir que no existe prueba de la participación del enjuiciado en el hecho ni de su forma de culpabilidad, pues si bien hay afirmaciones y dichos de los testigos, el señor Rogelio Alberto Hincapié Ortiz, supervisor de obra del proyecto constructivo y el patrullero Jhon Edison Agudelo Jaramillo, son solo testigos de referencia, pues cuando ellos llegaron ya el portero tenía retenido a César Ernesto Rivillas García y tenía los objetos, pero ellos no lo vieron salir con los mismos del apartamento, pretendiendo salir de la unidad residencial.

Planteó la *a quo* que así se demuestre la materialidad de la infracción ello no conlleva per se la prueba de la responsabilidad, de modo que en la aspiración de correspondencia entre la verdad histórica y procesal, apenas se demostró que el inculcado se encontraba ese día en la portería de la unidad residencial, sin quién testifique sobre el hurto, cuya acción descrita en el respectivo tipo penal comporta la ejecución de un plan y del apoderamiento, pero aquí todo queda en meras suposiciones como “de pronto sacó unos objetos” en el morral y “de pronto usó otra ruta”.

Finalizó indicando que según el principio de inmediación consagrado en el artículo 16 CPP y desarrollado en el artículo 379 de la misma obra, el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las practicadas y controvertidas en su presencia, siendo excepcional la admisión de la prueba de referencia, situación y conocimiento que no se dio en sede de juicio, lo que la llevó a absolver por duda probatoria.

5.-SUSTENTACION DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

El Fiscal a cargo de la acusación sustentó oportunamente el recurso de apelación poniendo de relieve que el supervisor de obra de la Unidad Residencial Biocity Grand, en construcción, señor Rogelio Alberto Hincapié Ortiz testificó en juicio que fue avisado de que a una persona -Rivillas García- se le había sorprendido llevando dentro de un maletín elementos hurtados en uno de los apartamentos -el 1106- de ese complejo habitacional, siendo de éste y no de otro de donde se sustrajo un calentador y tres grifos. Así mismo, el patrullero de la policía nacional Jhon Édison Agudelo Jaramillo, quien acudió al llamado que desde allí se hiciera, confirmó que al llegar al lugar constató que la persona que habían retenido -Rivillas García- tenía un bolso con los mencionados elementos.

Discrepó de la posición asumida por la *a quo* acerca de que dichos testigos fueran de referencia, dado que el supervisor Hincapié Ortiz corroboró que esos objetos fueron sacados del apartamento 1106, el único que aparecía con la puerta y la chapa violentadas, y donde faltaban precisamente el calentador y los grifos, los mismos del hallazgo. Así mismo, el policial que oficializó la captura constató al

acudir al lugar, que fue Rivillas García y no otro, quien pretendió hurtar los referidos objetos.

Planteó que efectivamente la Fiscalía logró demostrar el hecho y la responsabilidad penal del acusado, derivado de dos indicios graves que no tuvieron una debida valoración por parte de la juzgadora; el primero, que lo que el responsable de la obra -el señor Hincapié- constató al acudir a la portería fue que a Rivillas García se le hallaron dentro de un bolso los mismos elementos que faltaban en el apartamento 1106; y, el segundo, que el policía que atendió el llamado desde la unidad residencial en construcción constató que fue Rivillas García quien pretendió salir con un maletín en el que portaba los objetos sustraídos del apartamento en cuestión.

Remató señalando que, en la sentencia del 9 de marzo de 1995, expediente 8837, la Corte Suprema de Justicia, con base en el principio de libertad probatoria que caracteriza el sistema de apreciación racional que nos rige, avaló una condena con base en prueba testimonial única; y empero reconocer que optó por declinar un testimonio, adujo que solo bastaba con los que ofrecieron el supervisor de la obra -el señor Hincapié- y el patrullero Agudelo.

Por contera, indicó que fue desacertada la decisión de la a quo al declarar no solo que era atípica la conducta del acusado, sino también que no se estructuran la antijuridicidad y la culpabilidad, hallando contraevidentes sus conclusiones y demandando que se revoque la decisión y en su lugar se declare responsable a Rivillas García del delito de Hurto calificado en modalidad de tentativa.

6.- CONSIDERACIONES

Es competente la Colegiatura para conocer del asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, siendo parámetro a tener en cuenta la prohibición de reformar en perjuicio del acusado, por ser la defensa apelante único -artículos 31 CN y 20 CPP-.

Salvo al control de validez de la actuación rige la justicia rogada, y en tal sentido, el tema objeto de apelación impone el límite del pronunciamiento que realizará la Sala.

En primer lugar, los escasos medios de prueba que aportó la Fiscalía (la Defensa optó por una estrategia pasiva), consisten en sendos testimonios, el primero, es Rogelio Alberto Hincapié Ortiz, quien se desempeñaba como “residente” de obra, al servicio de constructora Capital Medellín SAS en el proyecto constructivo Biocity Grand. El segundo, es el patrullero de la Policía Jhon Édison Agudelo Jaramillo, asignado por el plan cuadrante para atender el caso de una persona retenida en la portería de una unidad residencial en construcción.

Del señor Hincapié Ortiz valga resaltar que, según indicó sobre los hechos, lo llamaron a las tres de la tarde (la retención fue a las 12:30) y allí vio a quien los porteros habían retenido cuando se disponía a salir con un maletín en el que llevaba tres grifos nuevos y un calentador, que según verificó después, faltaban en el apartamento 1106, al cual le hacían acabados para entregar a su nuevo propietario y presentaba daños en la puerta y la chapa (No se advirtieron daños en otros apartamentos).

No vio al sujeto cuando intentó robar y se atuvo a lo que los porteros le dijeron, así como a lo que pudo después constatar sobre el faltante de las piezas que habían sido desinstaladas del apartamento 1106, las mismas que fueron recuperadas, valorándolas cada una y agregando el valor de los daños en la puerta y en la chapa, así como el costo de su reparación.

El patrullero Jhon Édison Agudelo Jaramillo acudió en horas del mediodía, por llamado del conjunto residencial en construcción, y los vigilantes le pusieron a su disposición a quien se identificó como César Rivillas García (le exhibió su cédula de ciudadanía), le reportaron que fue sorprendido cuando intentaba salir con un bolso, en el cual llevaba un calentador y unos grifos nuevos, así que los elementos que el vigilante le confió se devolvieron al encargado de la obra.

El discernimiento que corresponde a la Sala a efectos de desatar la alzada es si los dos testimonios que se ofrecieron, aunados a la estipulación probatoria sobre la plena identidad, copan el estándar probatorio de un conocimiento más allá de duda razonable exigido por el estatuto procesal penal para proferir condena, conforme los artículos 7 y 381, según reclama el fiscal impugnante, o si por el contrario deba confirmarse la decisión absolutoria de la juez de instancia que satisfizo la pretensión defensiva.

Valga indicar que según la juez ni el residente de obra ni el vigilante pudieron observar el despliegue de Rivillas García; quedando huérfana la probanza de quién testificara sobre la puesta en marcha de un plan de apoderamiento que a la postre quedó trunco, así que todo quedó en meras suposiciones, siendo de referencia los dos únicos testigos presentados en juicio, cuando tal medio de prueba halla limitaciones para su admisibilidad, indicando al efecto que según el principio de inmediación consagrado en el artículo 16 y 379 CPP, el principio de inmediación impele al juez a tener en cuenta como prueba únicamente las que hayan sido practicadas en su presencia.

La discrepancia del fiscal, como impugnante, radica en que si a Rivillas García se le hallaron unos elementos que precisamente eran los que faltaban en el apartamento 1106, como lo manifestó el residente de la obra, Rogelio Hincapié, y si el policial Jhon Edison Agudelo, al acudir presto al llamado desde la portería vio al procesado Rivillas García, de quien le informaron que fue quien intentó salir con los bártulos, de suyo se demuestran el hecho y la responsabilidad penal del acusado, derivado de dos indicios graves: 1) Llevar precisamente los objetos que se echaron en falta, sustraídos de uno de los apartamentos. 2.) Que fue Rivillas García y no otro quien fuera sorprendido al momento de intentar salir de la unidad en construcción, con unos objetos dentro de un maletín.

Por contera, el Fiscal justificó la cortedad de su probanza, agravada por la declinación que hizo frente a la anunciada testificación del vigilante Jader Padilla Durango, quien retuvo al procesado, aduciendo que bajo el principio de libertad probatoria que rige nuestro sistema de justicia penal, la Corte Suprema de Justicia ha avalado condenas con solo un testimonio, cual es el caso de una sentencia dictada en el 9 de marzo de 1995, radicado 8837, que sin mayores rigores dio en citar.

El artículo 437 CPP define así la prueba de referencia:

“Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate cuando no sea posible practicarla en el juicio”.

Al respecto cabe significar que aunque las limitaciones que ofrece la prueba de referencia están ligadas al principio de inmediación, tan caro al sistema procesal penal acusatorio que nos rige, la a quo se descentra frente al alcance que pueda otorgarse a lo sostenido por los dos testigos que comparecieron a declarar en el juicio, porque el problema no reside en que la juzgadora de instancia no hubiera tenido enfrente a tales testigos, porque delante suyo fueron interrogados y conainterrogados, sino porque ella les otorga la connotación de testigos de referencia al residente de obra y al policial que formalizó la captura, ofreciendo como razón que no pudieron ver el despliegue del procesado Rivillas García y que ambos se atuvieron a lo que les informó el portero.

Frente a la hipótesis delictiva de la Fiscalía, de que se trata de un conato de hurto, cuya consumación fue frustrada por la intervención de un vigilante, quien retuvo a Rivillas García cuando intentaba traspasar el umbral de la portería de la unidad residencial llevando consigo dentro de un maletín objetos que habían sido sustraídos de uno de los apartamentos a punto de terminar; ciertamente bajo el principio de libertad probatoria que nos rige, según los artículos 373 y 382 CPP, no necesariamente el hecho y la responsabilidad se develan a través de un testigo presencial que describa la acción del hurtador, pues como lo indica la primera de las normas en cita, *“Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”*.

Ahora bien, como desde hace ya varios años, en la decantación que la Corte Suprema de Justicia tiene a su cargo, quien juzga debe elaborar adecuados raciocinios, acordes con la lógica, las máximas de la experiencia y las leyes de la ciencia, de tal suerte que, aunque no se enlistan los indicios entre los medios de prueba, las operaciones indiciarias y la aplicación de la lógica inferencial no están proscritos o erradicados, como lo plantea la sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006, MP. E. Lombana, lanzando como consigna:

“...que el camino de la reconstrucción de la verdad histórica se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible...” para lo cual prescribe que los jueces deben elaborar juicios y raciocinios para solventar su fallo, concluyendo: *“En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las*

máximas de la experiencia, ni por supuesto, de las reglas de la ciencia”, frente a lo cual concluye: “Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004”.

Es preciso tener en cuenta que la determinación de la verdad como correspondencia entre una afirmación y los hechos de la realidad no necesariamente se nutre de testigos presenciales, que reproduzcan con sus narrativas lo que sucedió, cuál fue el plan urdido y el despliegue al que se abonó el procesado; por lo que en principio hay que decir que no es exacto afirmar, como lo hizo la *a quo*, que el desconocimiento de un plan para el apoderamiento de los objetos que se recuperaron en la portería de la novel unidad residencial deja todo en el plano de las meras suposiciones, como la de que de pronto Rivillas García sacaba los objetos en un morral.

No tuvo en cuenta la señora Juez que frente a la hipótesis delictiva que planteó la Fiscalía: un hurto calificado por la violencia sobre las cosas (daños en puerta y cerraduras), tuvo que haber una fase de ideación y luego un comienzo de ejecución, precedido de actos preparatorios (de qué modo ingresar al lugar, si traspasando un vallado, aprovechando un descuido, mediante artimañas o en concertación con alguien adentro (en connivencia con personal de construcción o vigilancia), la selección de los medios, como el ingreso de un maletín y dentro alguna herramienta. Y una vez culminada la deshonesto tarea de alzar con varios elementos, procurar sacarlos de la órbita de vigilancia que significaba traspasar el umbral de la portería para ganar la calle en la aspiración postrera de obtener el provecho o lucro.

Es menester recordar que los testigos no necesariamente provienen de la casualidad que ponga a alguien a ser circunstante del hecho o a padecer la acción de los rapaces que incursionan en inmuebles ajenos, porque de circunstancias *ex post*, por vía inferencial puede llegarse con éxito en el proceso reconstructivo a inferir unos hechos.

En este caso la situación en la que se logró la recuperación del botín, cual fue la retención de César Rivillas García por el personal de vigilancia, según se informó, cuando intentaba sacar en un maletín tres grifos y un calentador, que habían sido desinstalados del apartamento 1106, tal cual lo expuso el encargado de acabados o residente de obra, Rogelio Alberto Hincapié, quien acotó que el

acto de rapacidad que a la postre resultaría frustrado se evidenció por la falta de los mismos donde habían sido instalados (lavamanos, lavaplatos y fogón) y por las señas de violencia en el acceso (la puerta y la chapa), justipreciando el valor de los primeros y los daños en el último, solo lo presenta como testigo de circunstancias ex post, cuyo relato al testificar en el juicio deja vacíos que no se pueden llenar a través de la lógica inferencial, y en ese sentido resulta atendible el reparo de la a quo, en la medida en que las versiones del señor Hincapié y del policial Agudelo están mediatizadas por lo que los porteros les dijeron.

El encargado de los acabados de la obra, el señor Rogelio Hincapié, fue auscultado sobre el valor de los objetos que lograron recuperarse y sobre el costo de la reparación en la puerta, pero con facilismo y superficialidad se le interrogó en punto a que precisara que los objetos provenían del apartamento 1106 y que alcanzó a ver a la persona que habían retenido en la portería, pero nada se supo sobre la presencia de Rivillas García en la propiedad, cómo pudo ingresar y de qué medios o herramientas se valió para entrar al apartamento saqueado. En este sentido otras posibilidades del hecho podrían ofrecerse, como la de que Rivillas García apenas fuera un colaborador o cómplice o que hecha por otro u otros la desinstalación de los elementos, solo se hubiera prestado para sacarlos.

Sendas declaraciones de quienes llegaron después sin poder ofrecer ningún detalle acerca de la forma como se interfirió el curso de la acción de Rivillas García, no remedian la poquedad o escasez de medios ofrecidos por la Fiscalía, como órgano de persecución penal al que le corresponde la carga de la prueba acerca de la comprobación de los hechos y la deducción de la responsabilidad penal del acusado.

En realidad, los silencios podrían llegar a ser reveladores, y de ahí podría cuestionarse que Rivillas García se hubiese amparado en el mutismo, lo cual como estrategia es válido. También la ausencia de datos acerca de que el procesado tuviera algo que ver con la unidad residencial en obras o si solo era un intruso, pero se quedó corto el Fiscal, aceptando que el guarda de seguridad que aprehendió a aquél no compareciera al juicio por estar fuera de la ciudad y no tener señal para interpellarlo por medio virtual.

Echa pues en falta esta Sala un más acendrado esfuerzo investigativo, que hubiera brindado datos certeros respecto a cómo el guarda de seguridad Jader

Padilla Durango echó mano del garduño y cuáles fueron sus reacciones, por ello los dos testimonios sobre circunstancias *pos factum* no elucidan plenamente la acción frente a los elementos constitutivos del delito de hurto, que define y sanciona el Código Penal, con arreglo a las descripciones normativas de sus artículos 239 y 240-1° (para el caso la violencia sobre las cosas por daños en la puerta de acceso al apartamento 1106 y la chapa), que hubo sustracción de cosa mueble ajena con ausencia del consentimiento del ofendido y con el propósito de apoderamiento hacia un fin lucrativo o de aprovechamiento para sí o para otro, aunque bajo el dispositivo amplificador de la tentativa por la interposición de quien pudo frustrar la consumación, contrariando posiblemente la voluntad de Rivillas García.

Los hilos no logran recomponerse con la precaria labor investigativa y ni siquiera a través de un cuidadoso ejercicio lógico deductivo, se pueden llegar a conformar una pluralidad de indicios de tal jaez que permitan trascender al grado de conocimiento indubitable que se reclama para dictar válidamente una sentencia de condena. En tal sentido, la construcción indiciaria del Fiscal es deficiente, porque apenas esboza dos indicios, uno derivado de que lo hallado en el bolso coincidiera con lo que se echó en falta del apartamento 1106, según el encargado de la obra, y que fuera precisamente el acusado y no otro al que prendieron. Deficiente resulta a juicio de esta Sala tal ilación lógica por cuanto desde expiradas vigencias procesales, en las que el indicio fungía como medio de prueba, se parte de un hecho indicador plenamente probado, seguido de la conexión o inferencia lógica para derivar en el hecho indicado o inferido.

Partiendo entonces de que las operaciones indiciarias no quedaron proscritas de la sistemática procesal vigente (Ley 906 de 2004), el hecho del que se parte tiene que quedar debidamente acreditado dentro del proceso, y en este sentido, no pueden los vacíos llenarse con sobreentendidos como acertadamente en este sentido lo planteó la *a quo*, de modo que los elementos que conforman la estructura de la conducta típica de hurto calificado, no dejan en claro que César Rivillas García fue sorprendido en plena fase consumativa del *iter criminis*, y que fue él, quien utilizando la fuerza o valiéndose de alguna insospechada herramienta venció las seguridades para incursionar en un apartamento en obra blanca para sustraerse unos objetos.

Se impone entonces, con las salvedades que se han hecho frente a los argumentos sostenidos por la *a quo*, la confirmación del fallo.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el ocho (8) de abril de 2021 por la Juez Penal Municipal N°1 con Funciones de Conocimiento de Envigado, por medio de la cual se absolvió a **César Ernesto Rivillas García** del cargo de Hurto calificado, en modalidad de tentativa.

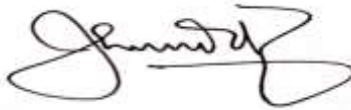
SEGUNDO: Esta providencia, queda notificada en estrados al momento de su lectura y, contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

MAGISTRADO



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

MAGISTRADO

Conforme al Art. 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y el Derecho, esta providencia fue aprobada de manera virtual y contiene la firma escaneada de los Magistrados que conforman la Sala.