



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2022-09968

Aprobado mediante acta: 162

Medellín, septiembre veintiocho (28) de dos mil
veintitrés (2023).

El objetivo es resolver el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia condenatoria dictada en contra del señor José Tomás Tinoco Rocha como autor del delito de tentativa de hurto calificado y agravado.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

Dictada el pasado 2 de diciembre, el Juez Primero Penal Municipal de Envigado-Antioquia encontró que el señor Tinoco Rocha fue autor del delito contra el patrimonio ocurrido en la noche del 30 de abril de 2022, cuando fue capturado por patrulleros en el interior del restaurante La Curva del Gordo ubicado en la calle 84 sur 29-175 en el municipio de Sabaneta-Antioquia, concretamente en el cuarto del aseo del segundo piso con prendas de vestir engrasadas, y a quien le

hallaron en el bolsillo del pantalón un teléfono celular de propiedad del denunciante y gerente Sebastián Toro Botero avaluado en \$600.000, y, además, se percataron que hacía falta \$908.000 de la caja.

La conclusión, luego del juicio practicado el 25 de octubre del año anterior en el que se estipuló la identidad del acusado, la sustentó el Juez en los testimonios de Sebastián Toro Botero y el subintendente Jader Alencen Gallego Arango, quienes al unísono declararon acerca de las anteriores circunstancias y agregaron como metodología de comisión que el ingreso al establecimiento se hizo por un ducto que descendía del techo hasta una campana de extracción de olores ubicada en la cocina.

Impuso la pena de nueve (9) meses de prisión y en igual lapso determinó la inhabilitación de derechos y funciones públicas, acorde con las siguientes reglas que más adelante se avizora su revisión:

- Al calificar el hurto como calificado (art. 240 # 4 del C.P. "*con escalonamiento*") y agravado (art. 241 # 11 del C.P. por haberse cometido "*en establecimiento público o abierto al público*"), el ámbito punitivo máximo lo determinó de nueve (9) años a veinticuatro punto cinco (24.5) años de prisión.
- Reconoció la tentativa (art. 27 C.P.), la circunstancia de marginalidad (art. 56 C.P.) y la diminuyente por el valor

del bien hurtado (art. 268 C.P.), quedando el marco entre *“cuatro punto cinco (4.5) meses a setenta y tres punto treinta y tres (73.33) meses de prisión”*.

- Se ubicó en el primer cuarto (diseñado de 4.5 a 21.70 meses) al carecer de antecedentes penales y por la ausencia de imputación de circunstancias de mayor punibilidad.

- Y, finalmente, asignó 9 meses de prisión. Se apartó del mínimo de la pena con base en la mayor intensidad del dolo del ingreso mediante escalonamiento y por no haber comparecido al proceso.

2. La apelación.

Solicitó el defensor la revocatoria de la decisión sancionatoria.

Su alegación partió de admitir que José Tomás fue capturado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar fijados en la acusación. Empero, interpreta que este hecho no apunta a la responsabilidad penal. Expuso lo siguiente:

- Estimó que no es claro que hubo *“un escalonamiento”* y no descarta que el acusado pudo entrar al establecimiento cuando estaba abierto al público y esconderse en el cuarto de aseo. No se trajo al juicio un estudio sobre el diámetro del ducto de extracción de olores o de los daños ocasionados a este medio para

corroborar la intrusión, pues es lógico que estos se produzcan. Es posible pensar que la entrada al lugar fue para buscar comida y refugio y no para cometer un apoderamiento.

- Llamó la atención sobre la teoría de "*aprehensio rei*", "*al tocar y coger materialmente la cosa*", pero de lo que no surge el propósito de provecho. Pudo estar durmiendo en el cuarto de aseo, refugiado por el frío y tapado con unos empaques de jabón y su intención era diferente a la de hurtar.
- La grasa en las ropas del acusado puede ser explicada por sus condiciones de calle ya que es muy lógico que carezca de agua para lavar sus prendas y en la búsqueda de alimentación estas no estén limpias.
- En cuanto al celular no hay seguridad sobre el lugar de su incautación, y respecto al dinero faltante en la caja, no le fue encontrado a su defendido.
- No testificaron la administradora y la cajera del establecimiento para acreditar la revisión antes de su cierre y excluir otras personas, y hay dudas sobre la existencia de cámaras de seguridad.

CONSIDERACIONES

Son dos los problemas jurídicos que plantea el defensor concerniente a la responsabilidad penal y subsidiariamente la calificante que por "*escalonamiento*" fue atribuida.

1. De la responsabilidad Penal.

El defensor admite que el señor Tomás Tinoco fue capturado al interior del establecimiento comercial La Curva del Gordo ubicado en la calle 84 sur 29-175 en el municipio de Sabaneta-Antioquia en un cuarto de limpieza y con el celular del propietario en su poder. Se trata de un hecho incontrovertible y el defensor lo que discute es su interpretación.

Vistos los argumentos de confrontación, concluimos que el análisis del Juez para concluir el injusto contra el patrimonio cometido por el acusado, fue correcto.

La presencia de José Tomás escondido no tiene otra explicación que el propósito de hurtar, hecho que se demuestra al encontrarse en su poder el celular del gerente. La tesis de que simplemente se estaba resguardando de la lluvia o que el contacto con un objeto ajeno no revela el propósito de obtener provecho, no es admisible.

No acierta el apelante al reducir los hechos a que simplemente tenía el objeto en su poder sin otra finalidad, ya que deja a un lado el hecho principal de su ingreso al establecimiento, lo que significa que ya se hallaba dentro del espacio de vigilancia y custodia dispuesto por la propietaria para la protección de sus bienes, contando además con que la alarma del lugar había originado la presencia inmediata del servicio de seguridad, del señor Sebastián Toro Botero y de

los agentes de policía. El que hubiera sido capturado escondido en una pieza, expresa que no pudo salir de la esfera patrimonial dispuesta por la propietaria por circunstancias ajenas a su voluntad, conducta que fue reconocida explícitamente mediante la figura de la tentativa.

El señor Sebastián Toro Botero, gerente del negocio de propiedad de su madre, señaló, como lo describió el Juez de instancia, que cerca a las 10:30 de la noche del 30 de abril del 2022 recibió una llamada de la empresa de seguridad encargada del monitoreo al negocio al ocurrir una alerta.

La secuencia de los sucesos fue la siguiente: se hizo presente, luego la administradora Valentina Quiroz compareció con las llaves, en compañía de la policía revisaron el lugar, en el segundo piso justo en el cuarto de aseo (cerrado y bloqueada, lo que era inusual), un policía previa autorización y al no obtener respuesta en su interior, ejerció fuerza sobre la puerta y hallaron al acusado *"acurrucado debajo de unas estanterías tapados de unos tarros tapados de plástico"*, *"donde guardan el jabón"*, y en su poder tenía un celular de su propiedad con un valor de 600 mil pesos.

Agregó que tenía apariencia de habitante de la calle, *"superengrasado"*, con *"un olor muy particular"* y la suma de \$ 908.000, faltante en la caja, no fue encontrada. A propósito, en este tópico, fue correcta la conclusión del Juez al señalar que: *"No está probado lo que tiene que ver con el dinero de la caja"*.

En igual sentido testificó el subintendente Jader Alencen Gallego Arango. Señaló, en lo que queremos destacar, que por informe de la central a las 23 horas aproximadamente, se les indicó que se habían activado las alarmas de ese establecimiento y al acudir estaban el propietario y personal de seguridad y procedieron a ingresar. En el cuarto de aseo, en posición fetal agachado, hallaron a José Tomas y le encontraron un teléfono móvil en la parte posterior del pantalón, testigo directo de este particular hecho por haber realizado la requisa y torna intrascendente la crítica defensiva acerca de que el primero de los testigos no lo supo así precisar, o mejor que no recordaba o no lo tenía claro. Es una circunstancia, además, muy accesoria e irrelevante frente al escenario factico principal.

Los testigos son creíbles. Carecen de interés en faltar a la verdad, fueron concordantes y uniformes en los aspectos esenciales y, por consiguiente, en este primer tópico, se conservará la sentencia de responsabilidad penal.

2. De la calificante.

Se atribuyó la causal cuarta del artículo 240 del Código Penal¹ por “escalonamiento” que se entiende en un sentido general como la superación (por ascenso o descenso) de cualquier obstáculo por seguridad previsto en un inmueble para proteger los bienes que se hallan en su interior y que genera

¹ Modificada por la Ley 1142 de 2007.

un ámbito punitivo diferente del tipo básico de 6 a 14 años de prisión.

La Sala estima que la Fiscalía no probó más allá de toda duda razonable esta calificante, pues se debió haber demostrado que el señor José Tomás ingresó por el ducto que desde el techo o segundo piso se orientaba hacia la cocina, quedando esta circunstancia en opiniones de los dos testigos presentados. Básicamente, no hay forma de confrontar mínimamente sus afirmaciones interna o externamente.

Por supuesto, entendemos que nos rige el principio de libertad probatoria, lo que significa, siguiendo el artículo 373 del C.P.P que la responsabilidad y delito se *"podrá demostrar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos"*. Pero también hace parte de los deberes de la Fiscalía suministrar la mejor evidencia para el desarrollo de este fin, pues algunas más que otras tienen esa cualificación. Hay pruebas que permiten la representación fiel de las cosas y otras que generan aproximaciones y con esto dificultades.

En este caso, la delegada de la Fiscalía se conformó con la prueba testimonial que, unido a unos deficientes interrogatorios, quedaron en expresiones muy generales que no permitieron identificar la premisa de que necesariamente el acusado se trasladó por un ducto, del que no conocimos sus dimensiones (como bien advirtió el defensor), a lo que

agregamos la ubicación, características, orientación... para inferir una posibilidad física de ocurrencia y tampoco como se podía hacer esto.

El señor Toro sobre este particular hecho, expuso que en su inicial revisión halló "todo aparentemente normal", no había signos "muy claros" de la intromisión y no había puertas forzadas. Pero reveló su descubrimiento, así: que en la zona externa izquierda había un pasamanos en madera que conduce al segundo piso donde están los ductos de las campanas y un hueco. Con la asociación de la grasa hallada en las ropas y el piso: "creemos nosotros" que esa fue la ruta. El igual sentido el patrullero Jader Alencen: que era un tubo metálico que conduce al final de techo, no al segundo piso, y que, ante la pregunta en el conainterrogatorio, señaló que no sabía sus dimensiones. No hubo una sola pregunta de complemento para acercarnos simplemente al interrogante acerca de si por ese ducto cabía una persona. La fiscal no la hizo y la defensa, ayudándole un poco, tampoco.

Como ya advertimos, no hubo fijación fotográfica ni video para ese momento, ni después de los hechos, que hasta con la cámara de un celular se pudo haber acometido con facilidad. Los interrogatorios fueron de una deficiencia extrema, que no permitieron una mínima descripción con la que nos pudiéramos imaginar de que se trataba el tal ducto que iba al techo o a un segundo piso, pues los testigos no fueron uniformes. Si había un hueco, como dijo Sebastián, que sugiere que era accesible por cualquier persona la calificante no procedería ya que no se trata de una mínima

condición de seguridad cuya superación justificaría el aumento de la pena.

Además, nunca se preguntó cuáles fueron las verificaciones específicas que hizo Sebastián, antes de opinar acerca de por dónde pudo haber ingresado José Tomas, pues alcanzó someramente a decir que las cerraduras no estaban violentadas. Nada se supo de las cámaras de seguridad que registraban los movimientos en su interior, pues el señor Toro dijo no recordar si para esa época el establecimiento las tenía, (tópico que nos parece extraño) pero el subintendente Jader Alencen aseveró lo contrario: que, si las había pero que no tuvo acceso al circuito de seguridad, pero Sebastián sí.

Se dejó sin desarrollo interrogativo aquello de la afirmación de Sebastián acerca de que cortaron unos cables de movimiento, concepto que hacía parte de los daños causados, lo que sugiere un procedimiento más sofisticado al de que un indigente entró por un hueco. Ambos testigos narraron acerca de que las huellas de grasa indicaban que esa era la ruta, tópico tan ambivalente que la primera opinión del subintendente Jader Alencen fue que se trataba de residuos de cocina y que podrían ser de los elementos que allí se manipulaban. Como el hecho indicador no fue probado, el engrasamiento de las ropas con que fue hallado el actuado puede tener varias significaciones, pues ingresa con fuerza de que se trataba de un habitante de la calle.

Asimismo, no declararon la cajera y la administradora, lo que impide responder al importante interrogante acerca del cómo dejaron el lugar antes de los hechos o qué tipo de precauciones y revisiones hicieron para avanzar con lógica y seguridad hacia las modificaciones que en ese espacio le atribuyen al acusado, lo que impide consolidar como unívoco el hallazgo de manchas de grasa en el piso o cierto desorden en la cocina, siendo de referencia inadmisibile la información que al respecto pudo recoger el señor Sebastián y que quedó en la generalidad de que "normalmente" lo hacen.

En fin, la metodología de ingreso al lugar ofrece dudas. Un conocimiento más allá de toda duda razonable parte de la premisa que la Fiscalía debe descartar las opciones de interpretación que en un sentido diferente y favorable pueden los hechos suministrar. Recordemos esta definición clásica de certeza del tratadista clásico Mittermaier: *"No puede existir la certeza hasta haber sido alejados todos los motivos resultantes de los autos, que tiendan a presentarse la inculpación como descansando acaso sobre una imposibilidad, o lleguen a dar un resultado positivamente contrario al que los demás motivos suministran (...)"*².

La duda adquiere relevancia si se tiene en cuenta que lo hallado al interior del establecimiento comercial no nos suministra absoluta seguridad, pues el dinero sustraído de la caja nunca fue hallado (sobre lo que ni se preguntó ni entregó explicación), nada se supo de la ruptura de los cables de

² Mittermaier, C.J.A. Tratado de la prueba en materia criminal. Madrid, Imprenta de la Revista de la Legislación, 1877. 3 ed., p. 61

movimiento y las cámaras de seguridad que según el subintendente sí estaban funcionando, y en sede de tipicidad esta clásica y antigua agravante (en sentido amplio) descarta supuestos de la ausencia de mecanismos de seguridad o desatención en su empleo.

Por duda probatoria, se excluirá esta calificante y antes de realizar el nuevo proceso de dosimetría, se efectuará una corrección oficiosa atendiendo la vigencia del proceso de legalidad que debe garantizarse en esta instancia y los efectos benéficos que se transmiten a la situación jurídica del acusado.

3. Del aumento superior al mínimo.

El juez para apartarse del mínimo legal empleó la siguiente justificación:

“...en este orden se impone tener en cuenta que por parte de la víctima no existió un daño moral por el sufrimiento y zozobra se trata de una persona jurídica, el bien jurídicamente protegido como lo fue el patrimonio económico estuvo en peligro, se advierte una mayor intensidad del dolo pues este ciudadano ingresó con escalonamiento a el establecimiento de comercio, además de que este ciudadano nunca compareció al proceso conociendo de este por lo que estima que la pena acorde a la conducta realizada, debe ubicarse en el del cuarto mínimo, pero no en el mínimo, se considera proporcional y

C.U.I.: 050016000206-2022-09968-01.
ACUSADO: José Tomas Tinoco Rocha.
DELITO: Tentativa de hurto calificado.
DECISIÓN: Confirma y modifica.

adecuada imponer una pena de nueve meses (09) meses”.

Nótese que fueron en últimas dos criterios, que, anticipamos, no es viable conservar porque afectan el principio de legalidad de diferentes formas: i) la intensidad del dolo derivado del escalonamiento y ii) la ausencia comparecencia al proceso. En la primera, hallamos, como ya advertimos, insuficiencia de la prueba superior requerida y entre sí los enunciados (dolo intenso + escalonamiento), sin otro complemento, carecen de una conexión lógica, pues lo uno no supone lo otro, y en cuanto a lo segundo, la no comparecencia del acusado no es correcta como criterio de sustento de mayor lesividad del injusto, no solo porque su asistencia al proceso no es obligatoria, sino, además, porque hay datos en la carpeta que informan su captura y privación de la libertad en otro departamento que no fue esclarecida.

En conclusión, se aplicará el mínimo legal del primer cuarto, rediseñando la dosimetría de la siguiente forma:

4. La sanción.

La pena mínima fijada en el artículo 239 del C.P., modificada por la Ley 2197 de 2022³, es de 32 meses cuando la cuantía sea inferior 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual padece las siguientes modificaciones: i) se aumenta en la mitad por ser agravado por tratarse de un establecimiento

³ Publicada en el Diario Oficial No. 51.928 de 25 de enero de 2022

comercial por el numeral 11 del artículo 241 del C.P.⁴, quedando en 48 meses; ii) al tratarse de una tentativa, siguiendo el artículo 27 del C.P.⁵, se disminuye en la mitad siendo el subtotal de 24 meses; iii) por el artículo 56 de la misma obra⁶ la sanción mínima no puede ser “*menor de la sexta parte*” de este mínimo lo que corresponde a 4 meses y, por último, iv) según el artículo 268 del C.P.⁷, esta cifra se disminuye en la mitad para un definitivo de dos (2) meses de prisión. En igual lapso quedará la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Confirma la sentencia apelada con la modificación de que excluyéndose la calificante del # 4 del artículo 240 del C.P., se fija la pena de prisión y de inhabilitación de derechos y funciones públicas en dos (2) meses. Informa que procede el recurso de casación.

⁴ “La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes...”.

⁵ “...incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”.

⁶ “...incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”.

⁷ “Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad...”.

C.U.I.: 050016000206-2022-09968-01.
ACUSADO: José Tomas Tinoco Rocha.
DELITO: Tentativa de hurto calificado.
DECISIÓN: Confirma y modifica.

Cítese a audiencia para su notificación.

Cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN