

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO SALA UNICA

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACION
LEY 1128 de 2007

RADICACIÓN:	155164089001201500197 01
PROCESO:	HURTO
ORIGEN:	JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL PAIPA.
PROVIDENCIA:	SENTENCIA – Segunda instancia.
DECISION:	CONFIRMAR.
ACCIONADO:	XXXX
APROBADA:	Acta N°
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL. Sala Segunda de Decisión.

HURTO- PRESCRIPCIÓN-Error en valoración de prueba documental.

Prescripción-Tratándose de procesos de la Ley 906 de 2004 el artículo 292 establece que la prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación, que comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad de la pena del señalado en el artículo 83 del Código Penal, que no podrá ser inferior a tres (03) años.

Existencia del delito y responsabilidad de la acusada-Valoración probatoria-Prueba no podía ingresar como documental por existir declaración de la procesada, el mismo no podía ser valorado como prueba, pues a pesar de la referencia que se hizo en la sentencia, por ser un falso juicio de existencia, no tuvo la trascendencia en la determinación de la responsabilidad de la acusada.

Las pruebas documentales allegadas de la indagación practicada al interior de la empresa, excluida la testimonial anteriormente aludida, aunada a las demás allegadas durante el juicio, producen el grado de certeza requerido para establecer la responsabilidad de la acusada.

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA UNICA**

**PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACION
LEY 1128 de 2007**

RADICACIÓN:	155164089001201500197 01
PROCESO:	HURTO
ORIGEN:	JUZGADO PRIMERO PROMISCOO MUNICIPAL PAIPA.
PROVIDENCIA:	SENTENCIA – Segunda instancia.
DECISION:	CONFIRMAR.
ACCIONADO:	XXXX
APROBADA:	Acta N°
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL. Sala Segunda de Decisión.

Santa Rosa de Viterbo, martes veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

1.- OBJETO:

Decide la Sala el recurso de apelación sustentado por la defensa de XXXX contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2015 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal Paipa.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Hechos:

XXXX Cendales fue contratada por la sociedad “Tracker de Colombia S.A.” sucursal Duitama, para desempeñar el cargo de asesor del servicio al cliente por medio de contrato indefinido. El 26 de octubre de 2007 en las instalaciones de la sucursal, se realizó una auditoria al estado

general de la caja mayor y menor, en razón que en los días anteriores se efectuó un análisis contable y se encontraron inconsistencias.

El 27 de noviembre de 2007 se interrogó a XXXX, a lo cual expresó que por error se había quedado con el dinero de unos clientes, pero que ella les había entregado unos recibos de caja menor, posteriormente se habló con los clientes y se verificó la entrega de estos dineros a aquella se observó que éstos nunca ingresaron a la empresa por lo que se dedujo que XXXX se había apropiado ilícitamente de las sumas de dinero determinadas, que de acuerdo a la auditoría realizada era \$10'293.308 M/cte.

2.2. Trámite procesal

Por los anteriores hechos el 12 de enero de 2011 se surtió ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal Duitama con función de control de garantías la audiencia concentrada formulación de imputación, por la conducta de hurto agravado, cargos que no fueron aceptados por la imputada.

El 10 de febrero de 2011 se presentó escrito de acusación en el que se relacionaron de manera detallada los elementos materiales probatorios que se introducirían en el juicio, llevándose a cabo la audiencia el 23 de junio de 2011 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Duitama por el mismo delito imputado, la audiencia preparatoria se practicó el 12 de enero de 2012 en la que se enunciaron y decretaron las pruebas solicitadas por las partes y finalmente luego de varios aplazamientos la audiencia de juicio oral se inició el 27 de noviembre de 2013 continuándose el 18 de marzo de 2014 oportunidad en la que la defensa solicitó la prescripción de la acción penal conforme a las sentencias 38467 de 2012, 36865 del 8 de noviembre de 2011, 39931 de 10 de octubre de 2013 y los artículos 83, 84 del Código Penal, y 289 del Código de Procedimiento Penal, la cual se negó por el juez mediante

providencia de 21 de marzo de 2014 siendo apelada por la parte y confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama.

El 21 de agosto de 2014 la Juez Primero Penal Municipal de Duitama, manifestó estar impedida por haber conocido de una solicitud de preclusión, remitiendo el expediente a un despacho de la misma jerarquía y especialidad dentro de la misma localidad, continuando el juicio en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama el 30 de enero de 2015 y llegado el momento en que debía escucharse testimonio de la procesada, ésta no estaba presente, por lo que se solicitó por su defensor la suspensión de la audiencia, lo que se negó, continuado el juicio oral, decretándose posteriormente la nulidad del proceso a partir de ese momento, como aparece por auto de 26 de marzo de 2015 con el fin de que se permitiera la declaración de la acusada, negando la petición de prescripción y ordenando remitir el expediente al Juez Promiscuo Municipal de Paipa en turno, asumiéndose el conocimiento el 30 de abril de 2015 continuando el juicio oral el 23 de julio del mismo año con los alegatos de conclusión de la Fiscalía, el Representante de Víctimas y la Defensa.

2.2.1. Sentencia de Primera Instancia:

Por sentencia de 24 de septiembre de 2015 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Paipa que asumió el conocimiento por reparto, condenó a XXXX a las penas principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal como responsable el delito de hurto agravado, negando la prescripción de la acción penal, y motivando favorablemente sobre la concesión del subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, pero olvidando ordenarlo en la parte resolutive.

Para sustentar la decisión, luego de realizar una síntesis del trámite procesal, consideró que de acuerdo a la fecha de formulación de imputación y el límite punitivo máximo del delito endilgado no se había configurado el fenómeno prescriptivo, que a partir de los elementos de juicio recaudados se podía inferir el apoderamiento de dineros por la procesada, como sucede a partir del testimonio de Oliva Cortes Villalobos quien era la jefe inmediata de la procesada, indicó que la vio con paquetes de compras y sospechaba de ella, puesto que era quien tomaba los dineros faltantes en el sistema, ordenando en consecuencia una auditoria que arrojó un faltante superior a diez millones de pesos (\$10'000.000,00). De igual formó su convencimiento con la declaración de Rafael Orlando Garnica y el informe y recibos anexos que indicaban que la acusada era la responsable del ilícito, y con la declaración de Claudia Marlén Sierra quien era la asesora de ventas de equipo de rastreo satelital, quien explicó el funcionamiento del sistema de recaudos cuyo abono se descarga automáticamente generando el recibo con su respectivo consecutivo, el cual no era utilizado por la indiciada quien aduciendo que no existía conexión diligenciaba recibos de caja menor, sin que los pagos fueran abonados luego al cliente, ni reportados a la empresa.

Destacó también el sentenciador las estipulaciones probatorias realizadas sobre los recibos entregadas por la acusada al recaudar los dineros por las asesorías, y las personas que realizaron los pagos, a partir de los que se concluye el faltante. encontrando sustentado la estructura dogmática del delito contra el patrimonio económico, el daño y la culpabilidad a título de dolo de la acusada, descartando así toda duda, y hallando su convencimiento mas allá de toda duda como lo determina el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

2.2.2. Recurso de Apelación:

Inconforme con la decisión la defensa interpuso recurso de apelación, insistiendo en la declaratoria de prescripción de la acción penal, y subsidiariamente en que se profiera sentencia absolutoria.

En torno a la primera petición recuerda que la audiencia de formulación de imputación se hizo el 12 de enero de 2011 por el delito de hurto agravado que tiene una pena de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses de prisión, y no de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta y nueve (189) meses como indicó el *A quo*, que como transcurrió la mitad del máximo de la pena de cincuenta y cuatro (54) meses desde la imputación, la prescripción se configuró desde el 12 julio de 2015 conforme a los artículos 83 y 84 del Código Penal; el 189 y 292 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicada 36865 del 8 de noviembre de 2011.

Frente a la segunda petición, piensa que la presunción de inocencia, de acuerdo al artículo 381 Código de Procedimiento Penal solo se rompe si más allá de toda duda se prueba el delito y la responsabilidad penal del acusado fundado en las pruebas debatidas en el juicio, que la duda debe determinar la absolución. Haciendo alusión de los mecanismos de prueba sostiene que el investigador de policía no aportó mayor información, y las otras dos testigos están vinculadas a la empresa "Tracker de Colombia S.A." por lo que se duda de su imparcialidad, así mismo, que no se probó la vinculación de la sentenciada con la empresa, las fechas de ingreso y egreso, ni sus funciones, lo que impedía por ausencia de un hilo conductor, proferir sentencia condenatoria.

Sostuvo la defensa que se desconocía con exactitud la suma de dinero apoderada, puesto que ni la testigo Oliva, ni en el escrito de acusación fueron claros al respecto, como tampoco el nombre de los clientes; falencia que impide constatar la responsabilidad de XXXX, desatándose una duda probatoria sobre el valor adeudado que hace inviable desvirtuar la presunción de inocencia; finalmente, de no acatarse

ninguna de las peticiones solicita complementar la parte resolutive de la sentencia de primera instancia respecto a los subrogados y sustitutos de la pena.

2.2.3. No Recurrentes

Solicitó se mantuviera la integridad la sentencia recurrida ya que fundamentó correctamente la negativa de la prescripción, como también la condena impuesta. Indicó que no asistía razón a la defensa cuando fundamenta que se mantiene la presunción de inocencia, puesto que la testigo Olivia Cortes era la jefe inmediata y por eso la persona idónea para decir que se estaban cometiendo actos en contra del patrimonio de “Tracker de Colombia”, que XXXX no estaba actuando conforme al principios de la buena fe porque se valió de recibos de caja que no ingresaba en debida forma al sistema, ni lo informaba a la compañía, para apropiárselos, además que no era la oportunidad para tachar los medios probatorios toda vez que en el proceso penal hay etapas idóneas para realizar este tipo de manifestaciones.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

3.1. COMPETENCIA:

La apelación tiene por objeto que el superior estudie la situación resuelta en la providencia recurrida, y la confirme, revoque o reforme, siempre que lo recurrido haya sido objeto de debate o esté inescindiblemente ligado a la decisión. De acuerdo a los planteamientos de la Defensa son problemas jurídicos a resolver: *(i)* Existencia de prescripción de la acción penal. *(ii)* Valoración de la prueba y responsabilidad de la acusada.

3.2 PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL:

El Estado a través de su Rama Judicial tiene el deber constitucional de prestar la función pública de administrar justicia; en materia penal, la Fiscalía General de la Nación tiene la misión adelantar la acción penal e investigar los hechos que revistan las características de un delito, para que una vez recolectados los medios probatorios pertinentes conducentes y válidos, el juez entre a realizar un juicio que determine la existencia efectiva de una conducta punible e identifique la existencia de responsabilidad penal de la persona que se señala como autor.

El artículo 28 de la Constitución Política, establece que no podrán existir penas ni medidas de seguridad imprescriptibles, razón por la cual, los órganos investigadores y entes judiciales del Estado están limitados en sus actuaciones al factor tiempo, o lo que se conoce legalmente como términos, tal predicado se aplica en todas las actuaciones, verbigracia, existe un término máximo para investigar, uno para acusar, otro para presentar las pruebas a favor o en contra de quien se procesa, y finalmente, otro para decidir sobre la responsabilidad penal, puesto que la persecución penal no podría convertirse en un estado permanente, la ley, la doctrina y jurisprudencia penal, concibieron una limitante temporal conocida como prescripción de la acción.

Los artículos 83 y 84 de la Ley 599 de 2000 legislación vigente para la época de comisión de la conducta punible investigada en este proceso, establecían: *“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20)...”*. *“En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzara a correr desde el día de su consumación...”*. Tratándose de procesos de la Ley 906 de 2004 el artículo 292 establece que la prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación, que comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad de la pena del señalado en el artículo 83 del Código Penal, que no podrá ser inferior a tres (03) años.

En el *sub examine*, la imputación a la procesada se hizo el 12 de enero de 2011 y se le condenó por hechos cometidos el 27 de noviembre de 2007 constitutivos de hurto agravado por la confianza que se encuentra tipificada en el numeral segundo del artículo 241 del Código Penal, que impone una pena de prisión entre cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta y nueve (189) meses con la modificación de la Ley 890 de 2004, por lo que el término prescriptivo es de noventa y cuatro (94) meses y quince (15) días.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que la formulación de la imputación se hizo el 12 de enero de 2011 se establece que han transcurrido sesenta y dos (62) meses y unos días del mes de marzo de 2016 tiempo que resulta insuficiente para que se configure el fenómeno prescriptivo, negándose por tanto la misma.

3.3. EXISTENCIA DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD DE LA ACUSADA:

El delito endilgado protege el bien jurídico del patrimonio económico materializándose el presupuesto típico de hallarse probado más allá de toda duda¹ que la acusada se apoderó de una cosa mueble para obtener un provecho para sí o para un tercero.

La Defensa se muestra inconforme básicamente en tres asuntos, que el policía judicial no aportó fundamentos suficientes para la condena, que los testimonios estaban parcializados, que no se determinó la relación laboral de la indiciada con la empresa y que no se estableció claramente el monto económico presuntamente apropiado.

Escuchados los registros probatorios, la Sala difiere abiertamente del criterio de la Defensa, en efecto, con el informe presentado por el

¹ Artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

investigador Rafael Obando Garnica, se allegaron varios recibos de caja menor en los que claramente se distinguen valores que se pagaron como contraprestación de la venta de bienes o servicios de “Tracker de Colombia”, los cuales no se tacharon por la Defensa, lo cierto es que el investigador de notada experiencia en el tema, pues ser administrador de empresas, recaudó ese material que sirvió de sustento para establecer que existieron irregularidades en la empresa, puesto que algunos clientes hicieron pagos producto de los servicios prestados por la empresa pero que no se subieron al sistema, sino que se constaron por escrito dejando el comprobante de pago a los adquirentes en recibos de caja menor, quienes los hicieron llegar posteriormente molestos porque se les pretendía hacer un doble cobro.

A partir de esos documentos que probaron algunas irregularidades en el sistema de contabilidad y recaudo, se pudieron obtener otras, derivadas principalmente del seguimiento que realizó la empresa a través de sus organismos de control, y de los que se pudo individualizar como responsable a la acusada.

En efecto, a raíz de las quejas de los clientes, las autoridades de la empresa notaron que existían irregularidades y por ello la directora general del “Call Center”² Olivia Cortez Villalobos, como superior de la *“asesora de servicio al cliente”* que era la procesada, ordenó se realizara auditoria por el área contable pudiéndose establecer que efectivamente existían faltantes de dinero en la empresa y pudieron establecer a través de auditoria telefónica con los clientes que a pesar que ellos pagaron los bienes y servicios estaban siendo nuevamente requeridos para el pago, infiriéndose de la documentación encontrada en el puesto de la acusada y de la aportada por aquellos, que era ella quien no subía los pagos al sistema ni consignaba los dineros correspondientes, sino que recibía el dinero y expedía como constancia del pago sendos recibos de caja menor, apoderándose los para si.

² Centro de llamadas en castellano.

Ahora, debe tenerse en cuenta que la acusada solo trabajó en la empresa cerca de tres meses en el área de atención al cliente, aproximadamente entre septiembre a noviembre de 2007 tiempo en el que se encargaba de la recepción de documentación y recaudo de los dineros de clientes y su posterior remisión a la seccional principal ubicada en Bogotá; que fue precisamente en ese interregno y en esa área, que se pudieron establecer las irregularidades, las cuales no se encargó de desmentir en ningún momento la procesada a pesar de la prueba de su presencia en el cargo.

Ahora bien, el Defensor prohíja la duda probatoria con base en que la principal testigo de cargo como fue Olivia Cortez Villalobos por pertenecer a la planta de personal de la empresa "Tracker de Colombia", tenía un cierto grado de interés y conflicto que la obligaba a declarar como era apenas natural a favor de su patrono, lo que para éste juzgador no es trascendente ni con identidad tal, que le resten en extremo credibilidad a la declaración, puesto que, la percepción de los hechos por el lugar en el que se desarrollan y la órbita funcional de la empresa les concierne exclusivamente, por ser las personas que por su cercanía tenían la posibilidad de percibirlos y por ello los únicos testigos posibles como ocurrió en el presente evento, en que fue precisamente en razón a los deberes funcionales de la testigo, y sus labores de coordinación respecto al área de atención al público que se vio en la tarea de realizar y ordenar la interventoría, de la que se pudo establecer tanto la existencia del hecho como la individualización de la presunta responsable.

Ahora, frente al tema de la documentación allegada del procedimiento administrativo de interventoría, y que fueron ingresados regularmente durante el juicio, la Sala no puede más que llamar la atención, puesto que, a pesar que a esa actuación se le dio el carácter de documental ello no es así absolutamente, porque entre los mismos se halla una

declaración o testimonio rendido por la procesada, que no se podía ingresar de esa manera al proceso, porque sencillamente por su carácter testimonial tenía que admitirse con la anuencia de la parte a la que le perjudicaba y que se hallaba amparada por el derecho constitucional al silencio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, observándose como conclusión que el mismo no podía ser valorado como prueba, pues a pesar de la referencia que se hizo en la sentencia, por ser un falso juicio de existencia, no tuvo la trascendencia en la determinación de la responsabilidad de la acusada.

Es por lo anterior que de las pruebas documentales allegadas de la indagación practicada al interior de la empresa “Tracker de Colombia”, excluida la testimonial anteriormente aludida, aunada a las demás allegadas durante el juicio, como el testimonio de la supervisora³ de la sociedad víctima del ilícito, Claudia Marlén Sierra compañera de trabajo de Muñoz Cendales, y el del investigador de la Fiscalía, producen el grado de certeza requerido para establecer la responsabilidad de la acusada en el apropiamiento de algunos de los dineros producto de las ventas de la empresa, quien aprovechándose de su cargo y de la confianza que el mismo le otorgaba, configuró la conducta penalmente reprochada.

En síntesis, a pesar del evidente error de valoración probatoria con respecto al testimonio de la acusada en el trámite interno de la empresa se encuentra estructurado el delito contra el patrimonio económico de “Tracker de Colombia”, siendo acertada la condena impuesta.

No sobra indicar que el alegato en torno al presunto desconocimiento del monto de la apropiación u objeto material del ilícito, no deja de ser un pregón accesorio a la responsabilidad penal que puede perfectamente discutirse en el trámite de reparación de perjuicios.

³ Oliva Cortés Villalobos.

Finalmente, como razón le acude al Defensor técnico, se complementará la parte resolutive de la decisión de primera instancia, en el sentido de expresar que se concede el subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena para lo que se prestará ante el juez de primera instancia, caución prendaria en cuantía de un (1) salario mínimo legal vigente que garantice las obligaciones correspondientes.

4. En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley,

RESUELVE :

4.1. Adicionar la sentencia de primera en el sentido de conceder a XXXX el subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena para lo que se prestará ante el juez de primera instancia, caución prendaria en cuantía de un (1) salario mínimo legal vigente que garantice las obligaciones correspondientes.

4.2. Confirmar en lo demás la sentencia recurrida.

4.3. Contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Las partes quedan notificadas en estrados.

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INES LINARES VILLALBA
Magistrada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado.