



CARMEN DE BOLIVAR. 17/02/2021

Doctor

FABIAN ENRIQUE COTES MOZO

Juez Promiscuo Municipal de Zambrano Bolivar

Ciudad.

ASUNTO: APELACION contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal del Municipio Zambrano, de fecha 10 de febrero de este año 2021, por el delito de hurto calificado agravado, artículo 239, 240 y 241 del C.P. en contra el procesado JAIRO ALFONSO VILORIA ORTEGA. NUC. FISCALIA 1324460011172018. Interno del juzgado 2019-00013-000. El cual interpongo recurso dentro del término legal, indicando que esta fiscalía fue notificada el día 12 de febrero de este año 2021 por correo electrónico a mi correo institucional cual es: jose.vargasa@fiscalia.gov.co, para sustentarlo en el término de los 5 días hábiles.-

LEGITIMACION

El suscrito, quien es el Fiscal local numero 67 Delegado ante los Jueces Penales Municipal y promiscuos ubicado en el Carmen de Bolivar, Calle 25 carrera 47 esquina.

SUSTENTACION DEL RECURSO.

La fiscalía local 67 Carmen de Bolivar, le fue asignada la carpeta bajo el NUC 132446001117201801905 el 19/12/2018; DELITO Hurto Calificado agravado.

HECHOS.

Se desprenden de la siguiente manera: Para la época de los hechos la señora ESMERALDA MATILDE BALLESTAS LARIOS, en calidad de gerente de la ESE Hospital Zambrano Bolivar, para el mes de enero del año 2015 decidió parquear en el parqueadero de propiedad del procesado JAIRO ALFONOS VILORIA ORTEGA, ubicado en el Municipio de Zambrano Bolivar, el vehículo tipo ambulancia marca Toyota land cruiser de placas OJG-289 de uso oficial, pagándole

FISCALIA LOCAL 67
UNIDAD El Carmen de Bolivar
Calle 25, Carrera 47 Esquina
Teléfono 6860216
www.fiscalia.gov.co





mensualmente por ello, hasta agosto del año 2015 que dejó el cargo; el Doctor ALBERTO MIGUEL MURILO PALMERA, fue elegido alcalde del Municipio Zambrano periodo 2016-2019, a quien le es informado que dicho vehículo que estaba en el parqueadero de propiedad del procesado lo había sacado y negociado, en razón a ello lo requiere sobre esta situación y este no da respuesta alguna, procediendo a presentar la denuncia.

TRAMITE PROCESAL

Adelantada y recaudado el material probatorio, por tratarse de procedimiento abreviado según la ley 1826/2017, la fiscalía resuelve darle traslado de acusación fecha 22/10/2019 al procesado, presentado el escrito de acusación ante el juez competente juzgado Promiscuo Municipal Zambrano Bolívar, en la misma fecha.

Se realiza la respectiva audiencia concentrada, y se fija fecha para el Juicio Oral desarrollándose el 28 de enero del año 2021, en el cual se recibieron los testimonios solicitados, se introdujeron documentos al mismo para tener como pruebas. Terminado el juicio y presentado los alegatos de fiscalía.

Alegatos de conclusión a través de los cuales solicita al señor Juez sentencia condenatoria por los delitos que acusó, Hurto art 239, Hurto calificado artículo 240 y agravado artículo 241 del C:P: La defensa solicita absolver al procesado.

DECISION DEL DESPACHO DEL JUZGADO.

El señor juez de primera instancia considera que no se tipifica el delito por el cual la fiscalía acusó como es el HURTO CALIFICADO AGRAVADO, artículos 239, 240 y 241 del C:P: sino el de ABUSO DE CONFIANZA, contemplado en el artículo 249 del C:P.

Para ello trae a colación conceptos de estos delitos del hurto agravado y abuso de confianza, que sabe estas dos figuras tienen diferencias, en el de Abuso de Confianza es cierto que hay apropiación, que el sujeto agente lo reciba de parte del dueño por la confianza a un título no traslativo de dominio, con la obligación de restituirlo. El hurto agravado por la confianza se da por la confianza depositada del



dueño o poseedor al sujeto agente, no hay relación jurídica, además agrega conceptos de contrato de arriendo, comodato, de usufructo, deposito entre otros.

El juez de primera instancia o aquo también agrega concepto en cuanto a la definición del TITULO NO TRASLATICIO DE DOMINIO, refiere, el sujeto debe gozar de la tenencia del cosa mueble que le ha sido confiada o entregado mediante un título no traslaticio de dominio por parte del propietario, en su definición o concepto dice: "El infractor debe gozar de la tenencia", cuando se habla de goce es una facultad o dispocion que tiene el infractor.

CONSIDERACIONES DE LA FISCALIA

Se realizará un análisis valorativo, de acuerdos a las pruebas practicadas en el juicio, En el caso presente según los hechos reseñados, al procesado conocido se le entregó el vehículo tipo ambulancia únicamente para su custodia en su parqueadero, y por ese servicio se le pagaba nada más, no hubo otra condición, nunca se le dijo que lo podía usar o gozar, al respecto la testigo ESMERALDA BALLESTAS dijo en su declaración en juicio "que la ambulancia quedo guardada en el parqueadero del señor JAIRO VILORIA por un contrato para que la custodiara y le pagaba mensualmente," se aprecia que ella no le dio otra condición en ese contrato, ese contrato estuvo vigente hasta que la sacaron del hospital que fue en el mes de agosto del año 2015, y así lo dijo la testigo en una de sus repuesta: "se pagaba mensualmente hasta agosto 2015", fecha que dejo el cargo igualmente lo dijo : "Deje el cargo en agosto del año 2015" en adelante no se suscribió más contrato, el vehículo quedó allí parqueado, se entendía así, y se pagaba por la custodia, ya en esta parte del tiempo después del mes de agosto del año 2015 no se suscribió más contrato.

Por otro parte el procesado después de ello nunca llego a un acuerdo con la alcaldía sobre el pago del parqueo y toma la decisión de sacar el vehículo y negociarlo, vale decir vender, esto dijo el testigo ALBERTO MURILLO PALMERA ex alcalde del Municipio de Zambrano Bolivar, en su testimonio, cuando se le pregunto si el procesado había hecho solicitud de la deuda, y esto respondió, "Le dije que si tenía cuenta pendiente, pero nunca se llegó a un acuerdo y no fue cancelada, lo que debió



llevar a término feliz y no desaparecer la ambulancia”. Además cuando se le pregunto si había autorizado al señor JAIRO VILORIA NORTEGA a vender ese vehículo, respondió “No autorice a JAIRO, para vender, se necesita del consejo una autorización”.

De estos testimonios se pudo extractar, que efectivamente, el procesado, recibió el vehículo tipo ambulancia para custodia en su parqueadero pagándole por el servicio, sin otra condición que le diera facultad para disponer de ese bien, o gozar, solo era la custodia, que ante todo ese contrato que finiquito en agosto del 2015 no era traslativo de dominio, por la sencilla razón que no le estaban transmitiendo facultad de disposición, era un mero contacto físico con dicho automotor, que no podía gozar del vehículo, de ahí es donde se desvanece que se haya generado un vínculo jurídico, que es un requisito en el Abuso de confianza, y por ende no tenía actos de señor y dueño, en remplazo del propietario, era solo como se reitera un mero contacto material con este; entonces el delito que se imputo o por el cual se acusó encuadra en este accionar del procesado por el delito de Hurto calificado agravado y no abuso de confianza.

ANALISIS DEL HURTO CALIFICADO ART 240, INCISO 3 QUE DICE:

Artículo 240. HURTO CALIFICADO. EL C.P.

El aquo no hizo alusión a este artículo. El precepto del artículo 240 inciso 3 dice:...La pena será de siete (7) a quince (15) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos. Si la conducta fuera realizada por el encargado de la custodia de estos bienes la pena se incrementara de la sexta parte a la mitad”. La doctrina en especial en él. Libro de lecciones de Derecho penal parte especial, de la universidad externado de Colombia, segunda edición. Parte de Delito contra el patrimonio económico exponente ALBERTO SUAREZ SANCHEZ, y titula el tema, HURTO SOBRE MEDIO MOTORIZADO U OBJETOS QUE SE LLEVE EN EL. “El artículo 37 de la ley 1142 del 2007, señala como circunstancia de calificación del hurto la conducta que tenga como objeto material las siguientes cosas: a Medio motorizado, b. Partes importantes del medio motorizado. C- Mercancía y d.- combustible... El hurto se califica cuando la acción recae sobre todo medio motorizado (Vehículo automotor, motocicleta, etc.) o sobre sus partes importantes.



El concepto de partes importantes debe entenderse referido más a la funcionalidad de la pieza que a su precio... También se califica el hurto cuando la conducta obra sobre mercancía, entendida como tal todo género u objeto vendible, o sobre el combustible que se lleva en el vehículo de transporte motorizado... La calificación del hurto también se da por la calidad del sujeto activo, cuando la conducta fuera realizada por la persona que sea garante de la custodia material de aquellos bienes.”. Atendiendo las voces de este doctrinante y la interpretación de la norma, es fácil pensar, que el sujeto agente cuando se apodera del vehículo automotor que tiene en CUSTODIA, se califica, esta norma modifica el hurto calificado, esta modificación más que todo obedeció a que en Colombia se estaba dando para la época de la redacción de la norma un incremento de hurto de vehículos automotor, en especial en los parqueaderos sitio o lugar donde llevaban los vehículos las autoridades que los incautaban o los embargados, acogiendo este concepto doctrinante la acción tipificada en la acusación es la que corresponde al hurto calificado, debido que el procesado JAIRO recibió en custodia el vehículo, y se le pagaba por ese servicio sin otra condición, así lo afirma la testigo ESMERALDA BALLESTAS en su testimonio cuando afirmó en una de sus repuestas: “ Para que guardara en el parqueadero” en otra pregunta en el contra interrogatorio ratifico eso diciendo, “El era el que custodiaba el vehículo”, estos elementos materiales probatorios legales y debatidos en el juicio demostraron más allá de duda razonable que el procesado se apoderó del vehículo, lo vendió, es decir si obtuvo un incremento patrimonial con perjuicio ajeno, junto con los documentos introducidos al juicio oral como elementos materiales probatorios, probándose la ajenidad del vehículo, víctima, venta del vehículo, en debida forma, es así que el procesado es autor del delito de hurto calificado, además la agravación del artículo 241, C:P: No. 2, por la confianza depositada por el dueño, en este asunto se observa sin hacer muchos esfuerzos que la ambulancia se le entregó al procesado JAIRO VILORIA en virtud de la confianza que género en la directora del hospital Zambrano para que lo custodiara., y esta norma es la llamada a aplicar al caso concreto como norma especial; en cuanto al contrato que suscribió ESMERALDA BALLESTAS, es un contrato de parqueo, contrato que no está regulado en la ley colombiana, es de los llamados contratos atípicos, solo se le quiere asimilar a contrato de depósito en este último tiene cláusulas específicas en especial se establece un término entre el depositante y el depositario para la devolución del objeto en un tiempo determinado



en especie, el de parqueo en el presente caso no se estableció ese término el vehículo quedo indefinidamente hasta que el dueño en este caso el alcalde de la época lo fuera a retirar voluntariamente, y lo estime conveniente, además después del mes de agosto 2015 no se suscribió contrato. Incluso creo el testigo señor ALBERTO MURILLO, nunca toco el tema del contrato porque él no lo hizo, en una de sus repuesta aclaró que eso lo hizo la señora ESMERALDA, no hablo de que se tratara de contrato de depósito, entonces este análisis nos conduce aplicar por la acción desplegada por el procesado es el delito de hurto calificado agravado, y no abuso de confianza.

FACULTAD DE UN JUEZ DE CONDENAR POR DELITO MENOR.

Ahora de otra parte analizamos lo siguiente; Atendiendo la tesis del respetado juez fallador de primera instancia o aquo, y que los derechos de la víctima no fueran afacetado se le podía dar una solución al caso, al considerar que la absolución era por atipicidad debido a que se acusó por el delito hurto calificado agravado, y que el que correspondía era de abuso de confianza, es una postura respetable pero no la comparto por lo expuesto en párrafo que anteceden, esta variación de la calificación jurídica se sustenta según lo expuesto por la honorable Corte Suprema de justicia Cas Penal. Sent. Feb 22/2017 Rad 43041 M:P: Eyder Patiño Cabrera. "CONDENA POR DELITO DIFERENTE AL CONTENIDIO EN LA ACUSACION. LA IDENTIDAD DEL BIEN JURIDICO DE LA NUEVA CONDUCTA NO ES PRESUPUESTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.. Pues bien, la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que la posibilidad de que el juez profiera sentencia por comportamiento punible diverso a los contenidos en la acusación, y i) La nueva conducta corresponde al mismo género. II) La modificación se orienta hacia un delito de menor entidad. li). La tipicidad novedosa respete el núcleo factico de la acusación y iv).- No se afectan los derechos de los sujetos intervinientes.". Es fácil dilucidar que en el caso presente, el delito de Hurto calificado y agravado, y el abuso de confianza están dentro del mismo título como Delito contra el patrimonio económico; igualmente el núcleo factico tampoco va a variar, entonces la solución era condenar por el abuso de confianza según la conclusión del aquo. Pero como quiera que si no se podía porque le delito de abuso de confianza es querellable según el artículo 74 de la ley 906/2004, actual C:P:P: procesal, y se necesita agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación pre



procesal, contemplado en el artículo 522 de esta misma ley., lo procedente sería la nulidad desde el escrito de acusación incluido, a fin de retrotraer la actuación, y continuar con el proceso, pues la querrela estuvo formulada dentro del término legal de que habla el artículo 73 del C:P: P. según el testimonio del señor ALBERTO MURILLO PALMERA cuando se le pregunto cuando habían sucedidos los hechos del hurto, respondió, "A finales de septiembre u octubre del año 2018," igualmente cuando se le pregunto cuando presentó la denuncia respondió. "A finales de noviembre del 27 al 30 de año 2018", Esto para indicar que no caduco la acción, pero vuelvo y repito que acción punible es hurto calificado agravado y no abuso de confianza, por ello muy respetuosamente solicito revocar la decisión de primera instancia y condenar por el delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO y no ABUSO DE CONFIANZA.

PETICION SUBSIDIARIA

De lo expuesto en párrafo que antecede, su señoría solicito muy respetuosamente, que en el evento de no prosperar la primera pretensión consistente en que el delito por el que se ha debido condenar es el HURTO ART 239, HURTO CALIFICADO ART. 240 Y AGRAVADO ARTICULO 241 DEL C:P: y no abuso de confianza artículo 249 del C:P:P. Solicito lo siguiente: Que en forma SUBSIDIARIA Condene por el delito menor que sería el abuso de confianza tal como se expuso o en su defecto decretar la NULIDAD según el artículo 457 del C: P: P. por desconocerse el debido proceso en especial a la víctima, se explicó en el párrafo anterior sobre este pedimento, en el sentido que si el delito considerado por el aquo, como es el abuso de confianza, se ha debido pronunciar que pasaría procesalmente con este delito, vale decir, valorar, si era procedente por ser un delito menor condenar, dentro del mismo género del hurto calificado agravado, o decretar nulidad, o compulsar copias del proceso; el análisis de la condena por delito menor se ampara según lo plasmado en el pronunciamiento la honorable Corte Suprema de justicia citado anteriormente. (Facultad del juez condenar por otro delito menor), Lo otro la solicitud de NULIDAD subsidiariamente, pues, es transcendental y subsanar de esta manera el esta manera así no desconocer el debido proceso artículo 457 del C.P.P., artículo 29 de la constitución Nacional, con el fin de retrotraer a la indagación y agotar el requisito de procedibilidad del artículo 522 de la ley 906/2004, pues el delito de abuso de confianza es querellable según el artículo 74 de la ley 906, y por el



requisito de procedibilidad artículo 522 citado de esta misma ley debe agotarse obligatoriamente esa sería una solución pacífica en aras de que la víctima tuviera la oportunidad de que se haga justicia, se conozca la verdad, y que no quede en la impunidad (el vehículo en estos momentos está en cualquier parte producto de un ilícito.).,

En la sentencia el aquo, lo único que achaca la absolución es por atipicidad de la conducta endilgada al proceso en acusación (hurto Calificado agravado) que en su análisis es abuso de confianza, sigo insistiendo que el delito es por el cual se acusó, por ello su señoría con todo respeto elevo también la pretensión subsidiaria con fin de revocar la decisión primaria y disponer lo pertinente según lo solicitado.

En estos términos muy respetuosamente presento los argumentos.

JOSE ANTONIO VARGAS AREVALO

Fiscal local 67 Carmen de Bolivar

Calle 25 carrera 47 esquina. Carmen de Bolivar.

Correo electrónico. Jose.vargasa@fiscalia.gov.co

CI. 3165476688.