El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: HURTO CALIFICADO / VALORACIÓN PROBATORIA / UNIDAD DE INDICIOS / ESQUEMA ADVERSARIAL / SI LA DEFENSA PROPONE UNA HIPÓTESIS DIFERENTE, TIENE LA CARGA PROBATORIA DE DEMOSTRARLA.**

… a) ¿Fueron deducidos correctamente por el Juzgado A quo los indicios que se infirieron en contra del acusado? b) ¿ A quién le correspondía la carga de demostrar que el acriminado no incurrió en la comisión del delito de hurto, sino en otro reato diferente, el cual, acorde con lo reclamado por el recurrente, vendría siendo el injusto de receptación?

Frente a los anteriores interrogantes vemos que el recurrente adujo que no era factible el juicio de inferencia del indicio deducido por el Juzgado A quo en contra del Procesado como consecuencia de haber sido capturado con el bien hurtado, por cuanto dicha captura ocurrió en un sitio lejano al de la ocurrencia de los hechos y luego de haber transcurrido un tiempo considerable…

Pero para la Sala no puede ser de recibo la tesis propuesta por el apelante por lo siguiente:

No es cierto que el Procesado haya sido capturado mucho tiempo después de ocurrido el ilícito en un sitio distante al de su ocurrencia…

… la Sala no puede pasar por alto que el Juzgado de primer nivel dedujo un numero plural de indicios en contra del acusado con base en un mismo hecho indicador plúrimo: el haber sido visto previamente con un bien que resultó ser robado, y su posterior captura en flagrancia con el elemento material del ilícito por parte de efectivos de la Policía Nacional, lo que generó una vulneración del principio de la unidad de indicios, en virtud del cual está proscrito fraccionar las pruebas que integran un mismo hecho indicador para inferir nuevos indicios en contra del acusado, por cuanto el hecho indicador es indivisible «pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados…»

Ahora, en lo que tiene que ver con a quién le asistía la carga de la prueba de demostrar que el Procesado incurrió en la comisión de un delito diferente de aquel por el cual fue llamado a juicio por la Fiscalía, V.gr receptación, para la Sala, al igual que para el Juzgado de primer nivel, no existe duda alguna que dicha carga le correspondía a la Defensa, ya que sí bien es cierto que acorde con lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. como consecuencia del principio de la presunción de inocencia, se tiene que por regla general la carga de demostrar la responsabilidad penal del acusado le incumbe es al Estado por intermedio de su órgano persecutor,… acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige y según los postulados que orientan el denominado principio de «la incumbencia probatoria» el que pregona que «le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…» , se puede colegir que tal restricción no se tornaría en óbice alguno para que en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, tres (03) de julio dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 502

Hora: 2:00 p.m.

Procesado: JAGA

Delito: Hurto calificado

Radicado: 66440 60 00 068 2013 00242-01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria

Temas: Errónea calificación jurídica por supuestamente no demostrarse que el acusado incurrió en el delito hurto sino en el de receptación. Indicios. Principio de incumbencia probatoria.

Procedencia: Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de conocimiento

Decisión: Confirma fallo confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el 19 de agosto de 2.016 por parte del Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de conocimiento, dentro del devenir del proceso que se adelantó en contra del ciudadano **JAGA**, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión del delito de hurto calificado.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia a eso de las 16:50 horas del 18 de noviembre del 2.013 en la vía que de la vereda *“el Rayo”* conduce hacia el casco urbano del municipio de Marsella, y están relacionados con la captura en flagrancia del ciudadano JAGA, en el sector conocido como *“los Tanques”*, por parte de efectivos de la Policía Nacional, en el momento en el que llevaba consigo un televisor de 14” marca *Samsung,* avaluado en la suma de $200.000, el cual momentos antes había sido sustraído de la vivienda de la Sra. MARÍA EDILMA HENAO, ubicada en la finca *“Alto Bonito”* de la aludida vereda, a la cual ingresaron arbitrariamente ”*los amigos de lo ajeno”,* gracias a que violentaron un candado habido en la puerta principal.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 19 de noviembre de 2.013 ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de control de garantías, en las que: a) Se le imprimió legalidad a la captura del indiciado JAGA; b) Al indiciado de marras se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de hurto calificado c) Al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 7 de enero de 2.014, y el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado Único Promiscuo Municipal de Marsella, con funciones de conocimiento, ante el cual el 3 de febrero de 2.014 se celebró la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos al procesado JAGA como probable autor del delito de hurto calificado, consagrado en los artículos 238, y 240 numeral 1º del C.P.
3. El 11 de junio de 2.014, el Juzgado 6º Penal Municipal de Pereira, con funciones de control de garantías, ordenó la libertad del procesado JAGA por haberse presentado el fenómeno del vencimiento de términos.
4. La audiencia preparatoria, tuvo lugar el 24 de junio de 2.014, y la audiencia de juicio oral se programó para el 5 de agosto de esa anualidad, vista en la que el Juez Cognoscente, ante petición de la Defensa, acorde con la causal del numeral 7º del artículo 57 C.P.P. decidió declararse impedido. Impedimento este que posteriormente fue aceptado por el Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de conocimiento, mediante auto del 21 de agosto de esa anualidad.
5. La audiencia de juicio oral se celebró el 18 de febrero del 2.015, en la que se anunció el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente la sentencia condenatoria se profirió en vista efectuada el 19 de agosto de 2.016, en contra del cual la Defensa se alzó, procediendo a sustentar de manera oral la apelación.

**LA SENTENCIA CONFUTADA:**

Se trata de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2.016 por parte del Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de conocimiento, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado JAGA, por incurrir en la comisión del delito de hurto calificado; razón por la que fue condenado a purgar una pena de 72 meses de prisión.

De igual manera, por no cumplirse con los requisitos de ley, al aludido Procesado no se le concedió el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y como quiera que se encontraba en libertad, en su contra se libraron las correspondientes ordenes de captura del caso a fin que se hiciera efectivo lo resuelto y decidido en el fallo ahora confutado.

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para proferir el fallo de condena en contra del procesado JAGA, se fundamentaron en establecer que de las pruebas allegadas al proceso se satisfacían los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P para proceder en tal sentido, por lo siguiente:

* Con los testimonios absueltos por los Sres. MARÍA EDILMA HENAO; YICELA AGUDELO y SERGIO ALBERTO BERNAL, sumado a las atestaciones de los policiales JUAN FERNANDO CAICEDO y FRANCISCO JAVIER BURBANO, se logró demostrar con absoluta certeza la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del procesado JAGA en la comisión del latrocinio, debido a que fue capturado cuando llevaba consigo un televisor que momentos antes había hurtado en una residencia a la que logró entrar gracias a que violentó el candado de la puerta principal.
* No podían ser de recibo los argumentos esgrimidos por la Defensa respecto a que en el presente asunto se estaba en presencia de un delito de receptación y no de un hurto porque ninguno de los testigos vio al acusado en el momento en el que perpetraba el hurto o cuando rompía el candado, ni se le encontró en su poder elementos que permitieran inferir que pudiera haber violentado el candado, debido a su orfandad probatoria, porque la Defensa no trajo prueba alguna que demostrara que el ladrón era una persona diferente al acusado y que este último obtuvo el bien por una compra o una negociación efectuada con ese hipotético ratero.
* Pese a ser cierto lo dicho por la Defensa en el sentido consistente en que las personas que desfilaron en el proceso como testigos no vieron el momento en el que el acusado sustraía el televisor hurtado o cuando violentaba el candado de la puerta principal de la vivienda allanada por el ladrón, de todas formas existían pruebas indiciaras que suplían esas falencias probatorias, con las que se demostraba la responsabilidad del acusado.

Entre tales indicios se encontraban: a) La presencia del Procesado en el sitio de los hechos, quien inicialmente fue visto merodeando por ese sector, y luego se le vio cuando llevaba consigo el televisor hurtado; b) La captura en flagrancia del Procesado por parte de efectivos de la Policía Nacional, quienes, luego de haber sido alertados del robo, lo sorprendieron en un sitio cercano al del hurto cuando llevaba consigo un televisor, cuya procedencia no supo explicar de manera satisfactoria.

**LA ALZADA:**

La Defensa al expresar su inconformidad con el fallo opugnado, adujo que con las pruebas allegadas al proceso no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que en contra del procesado JAGA fuera posible poder dictar una sentencia condenatoria por haber incurrido en la presunta comisión de delito de hurto calificado, porque con ese acervo probatorio en momento alguno fue posible derrumbar la presunción de inocencia que desde un principio siempre acompañó al encausado. Razón por la que el apelante solicitó que se revoque la sentencia opugnada y que en consecuencia se absuelva al acriminado JAGA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Los argumentos invocados por el recurrente como tesis de su discrepancia básicamente fueron los siguientes:

* De las pruebas allegadas al proceso se demostró que en efecto tuvo ocurrencia un delito de hurto, por cuanto es un hecho cierto que alguien ingresó a una vivienda y que para lograrlo tuvo que dañar un candado, para luego apropiarse de un televisor. Pero de igual manera en el proceso no existen pruebas que demuestren que el Procesado haya sido la persona que perpetró el delito de hurto porque ninguno de los testigos lo vio en el preciso momento en el que supuestamente cometía el reato.
* Es cierto que el encausado fue sorprendido y capturado por la Policía en el preciso momento en el que se movilizaba con el televisor hurtado, pero con esa situación no necesariamente se podía inferir de manera indiciaria que el Procesado haya sido el perpetrador del hurto, porque ante tal inferencia se anteponía que el acriminado fue capturado con el televisor robado 30 minutos después que las autoridades fueron alertadas del suceso y en un sitio distante al del teatro de los acontecimientos, lo que generaba una especie de situación de incertidumbre respecto de lo que sucedió en el interregno de la ocurrencia del hurto y la captura del acusado, surgiendo así una contrainferencia en virtud de la cual era factible que el acusado pudiera haber adquirido el bien de otra persona, v.gr. de un indigente, por cualquier título traslaticio de dominio.
* Las pruebas solo lograron demostrar que se capturó a una persona con el bien hurtado, pero ello no necesariamente podía conducir a que el Procesado deba ser considerado como el ladrón, porque quizás se estaba en presencia de un delito de receptación. Tal estado de incertidumbre no le correspondía ser probado por la Defensa, ya que el acusado tenía en su favor la presunción de inocencia, sino por la Fiscalía quien detenta la carga de la prueba.
* El hecho de que el Procesado al momento de su captura le haya confesado a los Policiales que lo aprehendieron que en efecto incurrió en la comisión del delito de hurto del televisor que llevaba consigo, es algo que debe ser considerado como ilegal porque los Policiales nunca le informaron al entonces sospechoso del derecho que le asistía a no declarar en su contra, sumado a que esa confesión no surgió de manera espontánea sino que fue producto de un interrogatorio al que fue sometida una persona que para ese entonces detentaba la condición de indiciada.

**LA RÉPLICA:**

La Fiscalía al ejercer el derecho de réplica se opuso a las pretensiones del recurrente y expresó su conformidad con el fallo opugnado el que, en su sentir, ameritaba su confirmación por parte de la Colegiatura, porque en el proceso estaba más que demostrada la responsabilidad criminal del acusado quien fue capturado en flagrancia por efectivos de la Policía Nacional con el bien hurtado, luego que los Policiales fueran alertados del robo. A lo que se le debe sumar que el encausado fue visto por la víctima en el preciso momento en el que salía de su vivienda con el televisor robado.

Igualmente la Fiscal no recurrente expuso que en el tema relacionado con la hipótesis del delito de receptación era algo que le competía probar a la Defensa y no a la Fiscalía como consecuencia del carácter adversarial que es propio del sistema acusatorio, en el que existen dos partes enfrentadas.

Finalmente, en esa vista pública se le concedió el uso de la palabra a la representante del Ministerio Público, quien en su calidad de no recurrente de manera lacónica adujo que apoyaba la petición de la Fiscalía en el sentido que se confirmará la sentencia confutada.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de una sentencia proferida en primera instancia por un Juzgado Penal Municipal que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

De lo dicho por los recurrentes y por el no apelante, le corresponde a la Sala resolver como problema jurídico el siguiente:

¿La Fiscalía con las pruebas allegadas pudo demostrar de manera indubitable el compromiso penal endilgado en contra del procesado JAGA como autor material del delito de hurto calificado?

**- Solución:**

Para poder solucionar el problema jurídico que ha sido puesto a consideración de la Colegiatura, la Sala, acorde con la realidad probatoria, la que ha sido admitida por las partes, tendrá como hechos ciertos e indiscutibles los siguientes:

* La ocurrencia de un delito de hurto en el domicilio de la Sra. MARÍA EDILMA HENAO DE TAMAYO, al cual «*los amigos de lo ajeno»* ingresaron de manera arbitraria debido a que violentaron un candado habido en la puerta principal, para así apropiarse de un televisor de 14” marca Samsung, avaluado en la suma de $200.000.
* La captura del procesado JAGA por parte de efectivos de la Policía Nacional a eso de las 16:50 horas del 18 de noviembre del 2.013 en la vía que de la vereda “el Rayo” conduce hacia el casco urbano del municipio de Marsella, en el momento en el que llevaba consigo el televisor hurtado en la residencia de la Sra. MARÍA EDILMA HENAO DE TAMAYO.

Estando claro lo anterior, acorde con la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, y de lo aludido por los no recurrentes, los temas que le corresponderían a la Sala esclarecer serían los siguientes: a) ¿Fueron deducidos correctamente por el Juzgado *A quo* los indicios que se infirieron en contra del acusado? b) ¿ A quién le correspondía la carga de demostrar que el acriminado no incurrió en la comisión del delito de hurto, sino en otro reato diferente, el cual, acorde con lo reclamado por el recurrente, vendría siendo el injusto de receptación?

Frente a los anteriores interrogantes vemos que el recurrente adujo que no era factible el juicio de inferencia del indicio deducido por el Juzgado *A quo* en contra del Procesado como consecuencia de haber sido capturado con el bien hurtado, por cuanto dicha captura ocurrió en un sitio lejano al de la ocurrencia de los hechos y luego de haber transcurrido un tiempo considerable, lo que, en sentir del apelante, también podría generar como contrainferencia que en ese lapso el acriminado pudo haber adquirido onerosamente o por cualquier otro título el bien hurtado de alguna otra persona, lo que, en opinión del recurrente, generaría una hipótesis de estar en presencia de un eventual delito de encubrimiento por receptación, la cual debería haber sido desvirtuada por la Fiscalía en su calidad de titular de la acción penal.

Pero para la Sala no puede ser de recibo la tesis propuesta por el apelante por lo siguiente:

No es cierto que el Procesado haya sido capturado mucho tiempo después de ocurrido el ilícito en un sitio distante al de su ocurrencia, porque sí nos atenemos a lo declarado por los testigos YICELA AGUDELO TAMAYO; SERGIO ALBERTO SERNA ROMÁN y MARÍA EDILMA HENAO DE TAMAYO, sumado a lo atestado por los policiales JOSÉ FERNANDO CAICEDO y FRANCISCO BURBANO MEJÍA, se desprende que una vez que las agraviadas se enteraron del hurto, lo que sucedió como las 16:30 horas, inmediatamente se pusieron en contacto con el Sr. SERGIO ALBERTO SERNA, quien a su vez a eso de las 16:40 horas procedió a denunciarlo ante la Estación de Policía del Municipio de Marsella, suministrando los datos de un fulano, que no era de la región a que había visto por esos lares, de quien sospechaba por su calidad de forastero. Enterada las autoridades de Policía de lo acontecido, movilizaron una patrulla hacia el sitio de los acontecimientos, el que quedaba más o menos a unos diez minutos, y a eso de las 16:50 horas los policiales, en el sector conocido como “los Tanques”, de la vía que de la vereda “el Rayo” conduce hacia el casco urbano del municipio de Marsella, encontraron al ahora procesado JAGA cuando llevaba consigo el televisor hurtado.

De lo antes expuesto se desprende que prácticamente no hubo ningún tipo de solución de continuidad en el lapso transcurrido entre la apropiación del televisor y la captura del acusado con el objeto material del ilícito, lo que se observa sucedió de manera continua e inmediata, ni que la aprehensión del Procesado haya tenido lugar en un sitio lejano o distante al del teatro de los acontecimientos, como de manera errada y contraria a la realidad procesal lo asevera el recurrente.

Tal situación repercutía en el grado de gravedad del indicio de responsabilidad criminal deducido por el Juzgado de primer nivel en contra del encausado, porque es obvio que un indicio de esa especie se debe catalogar como de mayor gravedad cuando el sospechoso ha sido capturado a la mayor brevedad posible con el objeto material del ilícito en un sitio no muy alejado de aquel en donde se perpetró el delito.

Por lo tanto, para la Sala estaba demostrada la existencia de un indicio grave de responsabilidad criminal en contra del Procesado, el cual, acorde con los hechos indicadores de la captura en flagrancia del encausado, sumado a lo atestado por las Sras. YICELA AGUEDELO TAMAYO y MARÍA EDILMA HENAO DE TAMAYO, quienes antes de enterarse del hurto vieron al ahora Procesado cuando llevaba consigo un televisor, partiría de la regla de la experiencia consistente en que la persona que es capturada de manera casi inmediata en un sitio no muy lejano del teatro de los acontecimientos con el objeto material del delito, frente a cuya procedencia no pudo dar ninguna explicación plausible, es fuertemente indicativo de que tuvo algo que ver en la comisión del delito.

Ahora, pese que el recurrente no dijo nada al respecto, la Sala no puede pasar por alto que el Juzgado de primer nivel dedujo un numero plural de indicios en contra del acusado con base en un mismo hecho indicador plúrimo: el haber sido visto previamente con un bien que resultó ser robado, y su posterior captura en flagrancia con el elemento material del ilícito por parte de efectivos de la Policía Nacional, lo que generó una vulneración del principio de *la unidad de indicios*, en virtud del cual está proscrito fraccionar las pruebas que integran un mismo hecho indicador para inferir nuevos indicios en contra del acusado, por cuanto el hecho indicador es indivisible *«pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados…»[[1]](#footnote-1).*

Para una mejor comprensión e ilustración de dicho principio, bien vale la pena traer a colación el siguiente ejemplo dado por la doctrina:

“Cuando se demuestra en el proceso penal que Pedro estuvo en las cercanías de la casa en donde se cometió el delito, que dentro de ella se halló su cédula de ciudadanía y que alguien lo vio salir de ese lugar, todos estos hechos confluyen a demostrar no varios hechos indicadores, sino tan solo el de presencia, el de haber estado en el lugar; y en forma alguna dan lugar las distintas demostraciones, del hallazgo de la cédula, de la salida y la de estar en las cercanías, a considerarlos como distintos hechos indicadores, sino el mismo, apoyado en distintas demostraciones….”[[2]](#footnote-2).

Lo cual sucedió en el presente antes expuesto, por cuanto el Juzgado de primer nivel para deducir los indicios plurales inferidos en contra del acusado, no tuvo en cuenta que se estaba en presencia de un único indicio de responsabilidad criminal que manaba de un único hecho indicador compuesto de varias pruebas: el haber sido visto el ahora acusado con un televisor y su posterior captura en flagrancia con el elemento material del delito, el cual por su indivisibilidad no podía ser fraccionado.

Pese al anterior dislate en el que incurrió el Juzgado *A quo,* la Sala no puede desconocer que en contra del acusado existía el indicio grave de *la capacidad moral para delinquir*, relacionado con la proclividad del encausado de atentar en contra del patrimonio económico ajeno. Dicho indicio tendría como su hecho indicador las pruebas que demostraban que el encausado tenía en su contra antecedentes penales vigentes por el delito de hurto, como bien se desprende de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2.013 por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Marsella, con funciones de conocimiento, en la que se acredita que JAGA había sido condenado a purgar una pena de 23 meses y 19 días de prisión, por incurrir en la comisión del delito de tentativa de hurto calificado y agravado.

En suma, ante la pluralidad de indicios graves que convergían en acreditar la responsabilidad criminal del Procesado, y la demostración de la ocurrencia de los hechos, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto se cumplían a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder dictar una sentencia condenatoria.

Ahora, en lo que tiene que ver con a quién le asistía la carga de la prueba de demostrar que el Procesado incurrió en la comisión de un delito diferente de aquel por el cual fue llamado a juicio por la Fiscalía, V.gr receptación, para la Sala, al igual que para el Juzgado de primer nivel, no existe duda alguna que dicha carga le correspondía a la Defensa, ya que sí bien es cierto que acorde con lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. como consecuencia del principio de la presunción de inocencia, se tiene que por regla general la carga de demostrar la responsabilidad penal del acusado le incumbe es al Estado por intermedio de su órgano persecutor, en este caso la Fiscalía General de la Nación; por lo que es claro que dicha carga probatoria no se puede invertir, pero, acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige y según los postulados que orientan el denominado principio de «l*a incumbencia probatoria»* el que pregona que *«le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…»*[[3]](#footnote-3), se puede colegir que tal restricción no se tornaría en óbice alguno para que en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

Siendo así las cosas, en el presente asunto a la Defensa le asistía la carga de demostrar la hipótesis propuesta respecto a que el Procesado, en el interregno habido entre la sustracción del televisor hurtado y la posterior captura del acusado, él pudo haber adquirido ese bien de manos de un tercero. Pero como sabemos, dicha tesis naufragó en el mar de las especulaciones porque la Defensa no cumplió con la carga que le incumbía de demostrarla.

No es cierto lo alegado por el recurrente respecto a que el fallo opugnado se basó en una prueba ilegal como lo fue el reconocimiento no espontáneo que el Procesado le hizo a los agentes captores de haberse robado el televisor con el que fue sorprendido, lo que en sentir del apelante se llevó a cabo en manifiesta contradicción de uno de los derechos consagrados en el artículo 303 C.P.P. en virtud del cual al entonces indiciado le asistía el derecho de guardar silencio, y de que todo lo que dijera podría ser utilizado en su contra. Decimos lo anterior, porque pese a que de lo atestado por el policial FRANCISCO BURBANO MEJÍA se desprende que en efecto el entonces indiciado al no poder justificar la procedencia del televisor que llevaba consigo, no le quedó otra opción diferente que la de admitir que lo había hurtado, lo que al parecer tuvo lugar sin que se le informara del derecho que le asistía a guardar silencio, lo que obviamente viciaría de ilegalidad dicha *confesión extrajudicial* por haberse vulnerado la garantía de guardar silencio, que nuestra Carta recogió del famoso fallo de Miranda contra Arizona proferido por la Suprema Corte de los EUA en 1.964. De igual manera la Sala no puede pasar por alto que ese acontecimiento fue ignorado por el Juzgado de primer nivel en el fallo confutado, y por ende el mismo en momento alguno se erigió en pilar con el que cimentó el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del acusado.

De igual manera, a la hora de ahora tales reproches se deben considerar como extemporáneos por cuanto los mismos debieron haber sido propuestos en la audiencia preliminar de legalización de captura, lo que al parecer nunca tuvo lugar.

Lo dicho por la Sala a lo largo y ancho de este proveído es suficiente para concluir que el Juzgado de primer nivel estuvo atinado en la apreciación de las pruebas habidas en el proceso, las cuales cumplían a cabalidad con los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. para que en contra del procesado JAGA se pudiera dictar una sentencia condenatoria, como en efecto sucedió.

Siendo así las cosas, al no existirle razón a los reproches formulados por el apelante en contra del fallo opugnado, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de confirmar la sentencia confutada.

Como anotación final se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, lo que obliga a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia el 19 de agosto de 2.016 por parte del Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de conocimiento, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado **JAGA**, por incurrir en la comisión del delito de hurto calificado.

**SEGUNDO:**  **DISPONER** que en atención a la situación generada por la pandemia de la propagación del virus COVID-19 y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, esta decisión se le notificará a las partes e interesados por Secretaría vía correo electrónico, medio por el cual podrán interponer los recursos de ley que sean procedentes.

**TERCERO:**  **DECLARAR** que contra de la presente sentencia de 2ª instancia procede el recurso de casacion, el cual deberá ser interpuesto dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

**Magistrado**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 26 de Octubre del 2.000. Rad. # 15.610. M.P. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL. [↑](#footnote-ref-1)
2. PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO: Indicios y presunciones. Página # 55. Editorial Temis 1.977. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419. [↑](#footnote-ref-3)