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 Secretaría de esta Sala.

Procesado: José Carlos Gálvez Robles

Delito: Hurto Calificado

Rad. # 66001 6000 036 2017 01912 01

Asunto: Desata recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía

Procedencia: Juzgado 2º Penal Municipal de conocimiento de Pereira

Decisión: Confirma fallo opugnado

**TEMAS: HURTO CALIFICADO / PRINCIPIO DE COHERENCIA EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS / NO RESPETARLO CONSTITUYE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO / PARA EVITARLO LA FISCALÍA DEBE ACUDIR A NUEVA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN / PREVALENCIA DE LA ABSOLUCIÓN RESPECTO DE LA NULIDAD**

… la Sala no puede desconocer que la calificación jurídica dada a los hechos en la formulación de la imputación es provisional y por ende flexible o maleable, por lo que es obvio que como consecuencia de los principios de progresividad y de gradualidad, es posible que a la actuación procesal, después de formulada la imputación, se alleguen nuevos elementos de juicio que, de una u otra forma, puedan repercutir en la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, lo que a su vez puede conllevar a que la Fiscalía tome la decisión de mutar o modificar en la acusación los cargos enrostrados al procesado en la imputación como consecuencia de esa nueva realidad probatoria. Pero de igual manera, tampoco se puede desconocer que la potestad que tiene la Fiscalía de cambiar en la acusación la calificación jurídica dada a los cargos que se le enrostraron al encausado en la formulación de la imputación no es absoluta, porque la misma tiene unas limitantes, los cuales consisten en que al Ente Acusador le asiste la obligación de relacionar con absoluta precisión los hechos jurídicamente relevantes, aunado a que no puede alterar el núcleo factico de la imputación, o sea cambiar o adicionar por otros los hechos jurídicamente relevantes, para de esa forma con dicho trocamiento proceder a variar la calificación jurídica dada al contexto factual de lo acontecido.

La anterior limitante es una consecuencia del principio de «la coherencia», el cual pregona que debe existir una especie de relación de equivalencia o de correspondencia entre las premisas fácticas de los cargos endilgados al procesado en la formulación de la imputación respecto de aquellos consignados en la acusación, los cuales en momento alguno pueden ser mutados o modificados…

… a la Fiscalía le está vedado valerse del libelo acusatorio como herramienta procesal para modificar la calificación jurídica dada a los hechos o trocar las premisas fácticas endilgadas en contra del procesado en la formulación de la imputación por otras completamente diferentes, por lo que a fin de evitar un atentado en contra del debido proceso y del derecho a la defensa, como consecuencia de una vulneración del aludido principio de la coherencia, se torna necesario que el Ente Acusador acuda a una nueva audiencia de formulación de la imputación, en la cual se le deben enrostrar al procesado los nuevos cargos que han nacido al mundo jurídico como consecuencia de la variación factual que sufrieron en sus premisas fácticas ante el advenimiento de noveles elementos materiales probatorios…

… son diametralmente diferentes los supuestos fácticos y jurídicos que caracterizan a los reatos de hurto agravado por la confianza, (artículos 239 y 241, # 2º, del C.P.) y hurto calificado por el aprovechamiento de las condiciones de indefensión e inferioridad (# 2º del articulo 240 C.P.), porque en el primero de ellos el contexto factual tiene que ver es con la relación de confianza que la víctima tenía con el sujeto agente, lo que le permitió al felón tener acceso al objeto material del delito; mientras que en el segundo, todo está circunscrito es al actuar insidioso del que se vale el ratero para apropiarse de unos bienes de una persona que por razones de inferioridad o indefensión no se encuentra en las condiciones que se requieren como necesarias para poder asumir la defensa de su patrimonio.

… por razones que se expondrán en el acápite subsiguiente del presente proveído, las que nos impulsan a pensar que el fallo absolutorio confutado debe ser confirmado, ya que el Procesado es beneficiario del in dubio pro reo, no procederá en tal sentido al acatar los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los cuales nos enseñan que en aquellos eventos en los cuales exista una tensión entre la absolución y la declaratoria de nulidad, siempre y cuando la nulidad sea para restablecer los derechos y las demás garantías que le fueron vulnerados al procesado, la absolución debe primar sobre la declaratoria de nulidad…

**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 SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 1137 del 12 de octubre de 2018. H: 9:00 a.m.

Pereira, trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 8:09 a.m.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento, en las calendas del quince (15) de febrero del 2.017, mediante la cual se absolvió al procesado **JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES** de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación (FNG), los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de Hurto Calificado.

**ANTECEDENTES:**

Del contenido del libelo acusatorio, se extrae que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en esta municipalidad durante el periodo comprendido entre los meses de enero a junio del 2.007, los cuales fueron denunciados el 13 de junio de esa anualidad por parte de la Sra. LUZ GÁLVEZ ROBLES, quien sindicó a su hermano JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES del mal manejo y la subsecuente apropiación de unos dineros que su anciano padre, LUIS CARLOS GALVIS MARÍN (QEPD), tenía depositados en unas cuentas bancarias de los bancos *Av Villas* y *Bancolombia.*

Según se expone en el escrito de acusación, en dicha denuncia la quejosa adujo que cuando estaba vivo su padre, quien ante lo avanza de su edad padecía de demencia senil y de perdida de la memoria a corto plazo, lo que incidió para sus hijos de mutuo acuerdo decidieron internarlo en un hogar geriátrico llamado *“Fundación Paraíso Otoñal”*, e igualmente acordaron que CARLOS GÁLVEZ ROBLES se encargaría de pagar los gastos de la manutención del anciano, para lo cual debería acudir a una cuenta bancaria en la que al Sr. LUIS CARLOS GALVIS MARÍN (QEPD), le consignaban su mesada pensional.

Pero como quiera que la denunciante se percató que CARLOS GÁLVEZ ROBLES, quien estaba desempleado, empezó a adquirir una serie de bienes, ello le causó suspicacias, y al hacer las averiguaciones del caso se enteró del mal manejo y del uso indebido que su hermano le dio a los dineros habidos en la cuenta del banco *Av Villas*, de la cual se hicieron retiros de dineros mayores a los acordados, y del desfalco sucedido en la cuenta del banco *Bancolombia*, la que tenía depositada la suma de $12.000.000,00 producto de una venta de un inmueble, pero que presentaba un saldo de $97.000.00.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 15 de mayo de 2.012 ante el Juzgado 6º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las cuales, el Ente Acusador, le imputó cargos al entonces indiciado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES por incurrir en la presunta comisión del delito de hurto agravado por la confianza, tipificado en los articulo 239 y 241, # 2º, del C.P. en consonancia con las circunstancias de mayor punibilidad del # 7º del articulo 58 C.P.
2. El libelo acusatorio data del 3 de agosto del 2.012, y ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de conocimiento, el día 5 de marzo del 2.013 se dio inicio a la audiencia de formulación de la acusación para proseguirse en vista celebrada el 20 de marzo de 2.014. En dicha audiencia la Fiscalía varió la calificación jurídica dada a los hechos por el delito de hurto calificado, tipificado en el # 2º del articulo 240 C.P. por el aprovechamiento de las condiciones de inferioridad en la cuales se encontraba la víctima. Tal posición asumida por el Ente Acusador, ocasionó que la Defensa solicitará la nulidad de la actuación, petición esta que fue fallada desfavorablemente por el Juzgado Cognoscente por auto del 23 de abril del 2.013, el cual al ser apelado fue confirmado por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad mediante providencia adiada el 20 de mayo de 2.013.
3. La audiencia preparatoria se realizó el 8 de agosto del 2.014, mientras que la audiencia de juicio oral tuvo lugar en las siguientes fechas: el 2 de octubre de 2.015; el 11 de octubre y 29 de noviembre de 2.016, mientras que el sentido del fallo y la sentencia absolutoria se profirieron el 15 de febrero del 2.017, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Fiscalía, quien sustentó dentro de los términos de ley el recurso de apelación interpuesto.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento, en las calendas del 15 de febrero del 2.017, en la cual se absolvió al Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES de los cargos endilgados en su contra por parte de la FGN, los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de Hurto Calificado.

Los argumentos invocados por el Juzgado *A quo* para absolver al Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador, se fundamentaron en aseverar que con las pruebas allegadas a la actuación, la Fiscalía no pudo satisfacer el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del acusado, porque, pese a que el Procesado fue acusado por incurrir en la presunta comisión del delito de hurto calificado por aprovechamiento de las condiciones de inferioridad en las cuales se encontraba la víctima, el Ente Acusador no demostró el supuesto de la apropiación, por lo que en consecuencia no era factible atribuirle ninguna responsabilidad penal al acusado, por lo siguiente:

* La victima autorizó al Procesado para que efectuara los retiros, y la Fiscalía no demostró que fueran adulterados los talonarios que se utilizaran para que se llevara a cabo los retiros de los dineros habidos en las cuentas del agraviado.
* Si bien es cierto que estaba demostrado que el Procesado hizo los retiros de los dineros habidos en las cuentas de su padre, de igual forma no se acreditó que esos dineros fueran utilizados para su propio beneficio, y más por el contrario con el testimonio del representante legal del hogar geriátrico se demostró que el acusado era la persona que sufragaba los gastos de alojamiento del Sr. LUIS CARLOS GALVIS MARÍN (QEPD).
* Pese a que en el devenir del proceso se dijo que el Sr. LUIS CARLOS GALVIS MARÍN (QEPD), padecía del mal de alzhéimer, lo cual nunca se acreditó ya que con el testimonio del perito lo único que se estableció fue que la víctima sufría de un síndrome demencial. Igualmente, de todas formas no se demostró con absoluta claridad si cuando ocurrieron los hechos, el agraviado se encontraba en condiciones de inferioridad, puesto que no se sabe si estaba lo suficientemente lucido como para no saber lo que hacía, o sobre cuál sería el destino que se le pensaba dar a los dineros retirados de su cuenta bancaria.

**LA ALZADA:**

Al expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el fallo confutado, la Fiscal Delegada recurrente solicitó la revocatoria de la sentencia opugnada y en consecuencia la declaratoria de la responsabilidad penal del Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio, y para ello adujo que la Fiscalía con las pruebas allegadas al proceso si pudo cumplir con la carga probatoria que le asistía de demostrar la responsabilidad penal del acusado, por lo siguiente:

* En el proceso estaba demostrado que el Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES era el encargado de efectuar los retiros de los dineros que por concepto de pago de la mesada pensional que le hacían al Sr. CARLOS GALVIS MARÍN (QEPD), en el banco *Av Villas*, los cuales debían ser utilizados para sufragar la estadía del Sr. GALVIS MARÍN en el hogar *“Paraíso Otoñal”,* quien estuvo en ese geriátrico desde el mes de febrero del 2.007 hasta el 15 de agosto de esa anualidad.
* Según se desprende de las pruebas de la Fiscalía, el acuerdo al que el Procesado había llegado con sus parientes, consistía en que Él solo iba a utilizar la cuenta del banco *Av Villas* para sufragar los gastos de manutención del Sr. CARLOS GALVIS MARÍN (QEPD), pero según lo que se demostró en el proceso, el acusado actuó de manera arbitraria al disponer de los fondos habidos en la cuenta del banco *Bancolombia*, la que tenía depositada la suma de $12.000.000,oo pero que para el mes de mayo de 2.007 su saldo solo era de $97.000,oo.
* Acorde con las pruebas habidas en el proceso, se demostró que el difunto CARLOS GALVIS MARÍN padecía de un síndrome demencial, por lo que no estaba en capacidad de disponer ni de regalarle al Procesado los dineros que tenía ahorrados, los cuales fueron apropiados indebidamente por el acusado, quien sabia de las condiciones mentales en las cuales se encontraba su padre, y decidió aprovecharse de ellas para así perpetrar el hurto.

**LA RÉPLICA:**

Al ejercer el derecho de réplica, la apoderada de la Defensa se opuso a las pretensiones del apelante, y en consecuencia solicitó la confirmación del fallo opugnado, porque en su sentir las pruebas fueron apreciadas correctamente, con las cuales se demostraba que en el presente asunto no se cumplían con los requisitos para proferir un fallo de condena, por lo siguiente:

* Si es cierto que en el proceso se demostró que tuvo ocurrencia el retiro de unos dineros habidos en las cuentas bancarias del difunto CARLOS GALVIS MARÍN, de igual manera no se probó que se estaba en presencia del delito de hurto calificado con abuso de condiciones de inferioridad de la víctima, debido a que tales retiros se hicieron con el aval y la autorización del supuesto agraviado.
* El dictamen de psiquiatría forense no demostró que el ofendido tuviera disminuida o menguada su capacidad mental para entender o comprender sus actos, porque lo único que el perito adujo es que existía la probabilidad que padeciera de demencia. Además, en lo que tiene que ver con el mal de alzhéimer, eso tampoco se demostró, pues en lo que tenía que ver con esa enfermedad se debió a un ardid al que acudió el Procesado para conseguir que en el hogar geriátrico le redujeran el monto de la pensión.
* No es cierto lo argüido por el apelante sobre la falta de lucidez del agraviado, porque es todo lo contrario, ya que la víctima se encontraba lúcida en sus facultades mentales, tanto es así que cuando lo recluyeron a un ancianato de caridad autorizó a la Sra. GLORIA GALVEZ para que ella se hiciera cargo de la tarjeta debido de sus cuentas bancarias, quien no rindió cuentas de su gestión.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

La Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, acorde con lo consignado en el # 1º del artículo 34 C.P.P es la competente para asumir el conocimiento del presente asunto, por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal Municipal que hace parte de uno de los Circuitos que integran a este Distrito Judicial.

Igualmente la Sala no avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que haya incidido para viciar de nulidad la presente actuación y que conspire de manera negativa en la resolución de fondo de la presente alzada.

**- Problemas Jurídicos:**

Del contenido de los argumentos esgrimidos por la recurrente en la alzada como tesis de sus discrepancias, aunado a lo alegado por los no recurrentes, a juicio de la Sala se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el Juzgado *A quo* en algún tipo de error al momento de la valoración del acervo probatorio, lo que impidió que se diera cuenta que con las pruebas aducidas al juicio, por parte del Ente Acusador, si se satisfacían con los requisitos requeridos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo condenatorio en contra del Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES por incurrir en la comisión del delito de hurto calificado?

De igual manera, como problema jurídico colateral, la Sala abordara el siguiente:

¿Se le vulneraron Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho a la defensa, como consecuencia de la decisión de la Fiscalía de mutar en la acusación la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes que le fueron imputados al acriminado, los cuales pasaron del delito de hurto agravado (artículos 239 y 241, # 2º, del C.P.), al reato de hurto calificado (# 2º del articulo 240 C.P.)?

**- Solución:**

1) La vulneración del derecho fundamental del Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES al debido proceso como consecuencia de que en la acusación se varió la calificación jurídica del delito por el cual se le imputaron cargos.

Como punto de partida para poder resolver este problema jurídico colateral, la Sala tendrá en cuenta que en el presente asunto por parte de la Fiscalía tuvo ocurrencia una variación o cambio de la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes que le fueron endilgados al Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES, porque en un principio al encausado el Ente Acusador, en la audiencia de formulación de la imputación celebrada el 15 de mayo de 2.012 ante el Juzgado 6º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, le imputó cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de hurto agravado por la confianza, tipificado en los articulo 239 y 241, # 2º, del C.P. en consonancia con las circunstancias de mayor punibilidad del # 7º del articulo 58 C.P. Pero posteriormente esos cargos fueron modificados en el libelo de acusación y en la audiencia de formulación de acusación, en la cual el Ente Fiscal procedió a enrostrarle cargos al Procesado de marras por incurrir en la presunta comisión del delito de hurto calificado, tipificado en el # 2º del articulo 240 C.P.

Es de anotar que las razones por las cuales la Fiscalía decidió hacer tal trocamiento, se debieron a que después de la formulación de la imputación se allegaron al cartulario unas nuevas evidencias, con las que se demostraba que el Procesado había cometido del delito de hurto aprovechándose de las condiciones de inferioridad psíquica en las cuales se encontraba su anciano padre, quien padecía de un síndrome de demencia que le impedía tener la lucidez necesaria para poder disponer de sus bienes.

Frente a lo anterior, la Sala no puede desconocer que la calificación jurídica dada a los hechos en la formulación de la imputación es provisional y por ende flexible o maleable, por lo que es obvio que como consecuencia de los principios de *progresividad* y de *gradualidad*[[1]](#footnote-1)*,* es posible que a la actuación procesal, después de formulada la imputación, se alleguen nuevos elementos de juicio que, de una u otra forma, puedan repercutir en la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, lo que a su vez puede conllevar a que la Fiscalía tome la decisión de mutar o modificar en la acusación los cargos enrostrados al procesado en la imputación como consecuencia de esa nueva realidad probatoria. Pero de igual manera, tampoco se puede desconocer que la potestad que tiene la Fiscalía de cambiar en la acusación la calificación jurídica dada a los cargos que se le enrostraron al encausado en la formulación de la imputación no es absoluta, porque la misma tiene unas limitantes, los cuales consisten en que al Ente Acusador le asiste la obligación de relacionar con absoluta precisión los hechos jurídicamente relevantes[[2]](#footnote-2), aunado a que no puede alterar el núcleo factico de la imputación, o sea cambiar o adicionar por otros los hechos jurídicamente relevantes, para de esa forma con dicho trocamiento proceder a variar la calificación jurídica dada al contexto factual de lo acontecido.

La anterior limitante es una consecuencia del principio de «*la coherencia»*, el cual pregona que debe existir una especie de relación de equivalencia o de correspondencia entre las premisas fácticas de los cargos endilgados al procesado en la formulación de la imputación respecto de aquellos consignados en la acusación, los cuales en momento alguno pueden ser mutados o modificados, como bien lo ha hecho saber de vieja data la Corte en los siguientes términos:

“Sin embargo, aquella se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

En este orden, además del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, se debe también abogar por un principio de coherencia a lo largo del diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación; entre el allanamiento a cargos o preacuerdos y alguna de aquellas audiencias; entre la formulación de la acusación y los alegatos de conclusión; así como entre el anuncio del sentido de fallo y la sentencia propiamente dicha se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación.

Lo anterior se impone para garantizar desde un inicio el derecho de defensa, pues al fin y al cabo el conocimiento de los hechos atribuidos y sus correspondientes consecuencias jurídicas permitirá que a partir de esa comprensión, el procesado de manera libre, consciente y voluntaria, una vez ha sido debidamente informado de las consecuencias, opte por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena (hasta del cincuenta por ciento) o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las que se aducen en su contra….”[[3]](#footnote-3).

Como se podrá colegir de lo dicho por la Corte Suprema en el antes enunciado precedente jurisprudencial, la formulación de la imputación se erige como una especie de condicionamiento fáctico de la acusación, lo que implica que en este último acto procesal no pueda ser posible de modificar o trocar, ya sea por sustracción o adición, los hechos o el núcleo esencial de lo acontecido, respecto de lo cual al Procesado se le enrostraron cargos en la audiencia de formulación de la imputación[[4]](#footnote-4).

Lo antes expuesto quiere decir que en aquellos eventos en los cuales se alleguen a la actuación elementos de juicios sobrevinientes que incidan en la mutación de la calificación jurídica dada a los hechos que le fueron enrostrados al procesado en la audiencia de formulación de la imputación, a la Fiscalía le está vedado valerse del libelo acusatorio como herramienta procesal para modificar la calificación jurídica dada a los hechos o trocar las premisas fácticas endilgadas en contra del procesado en la formulación de la imputación por otras completamente diferentes, por lo que a fin de evitar un atentado en contra del debido proceso y del derecho a la defensa, como consecuencia de una vulneración del aludido principio de *la coherencia*, se torna necesario que el Ente Acusador acuda a una nueva audiencia de formulación de la imputación, en la cual se le deben enrostrar al procesado los nuevos cargos que han nacido al mundo jurídico como consecuencia de la variación factual que sufrieron en sus premisas fácticas ante el advenimiento de noveles elementos materiales probatorios.

Sobre lo anterior, la Corte se ha pronunciado de la siguiente forma:

“La formulación de imputación comporta un condicionante fáctico de la acusación, del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, cuyo núcleo debe ser respetado, de manera que la Corte, más allá del principio de congruencia concretado desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso que se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el principio de coherencia, con el propósito de que a lo largo de la actuación se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, sin que entonces la Fiscalía pueda adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP, 8 jul. 2009. Rad. 31280 y SP, 1° feb. 2012. Rad. 36907, entre otras).

Desde luego, la precisión exigida a la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno del derecho de defensa en orden a organizar una estrategia frente al poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las aducidas en su contra.

**Cuando surgen nuevos aspectos fácticos no contenidos en la formulación de imputación, es necesario ampliar tal diligencia o incluso practicar otra de la misma índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregirla, no está facultado para alterar su núcleo fáctico**……..”[[5]](#footnote-5).

No obstante, también es válido acotar que en aquellos eventos en los cuales la prueba sobreviniente no modifique o afecte el núcleo básico de las premisas fácticas de los cargos, no se torna necesario acudir a una nueva audiencia de formulación de la imputación para hacer tales modulaciones, porque las mismas pueden ser efectuadas en el escrito de acusación; salvo, claro está, que la nueva calificación jurídica redunde mucho más favorable a los intereses del procesado frente a las eventuales compensaciones punitivas a las que se haría acreedor en caso que decida allanarse a cargos, porque en ese escenario si sería pertinente llevar a cabo una nueva audiencia de formulación de la imputación, para de esa forma brindarle la oportunidad al encausado de allanarse a los cargos, si se parte de la base consistente en que los descuentos punitivos por aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación son superiores respecto de aquellos que tiene ocurrencia una vez formulada la acusación.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, vemos que la realidad procesal nos enseña, como ya se dijo, que en la audiencia de formulación de la imputación, al Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES le fueron enrostrado cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de hurto agravado por la confianza, tipificado en los artículos 239 y 241, # 2º, del C.P. el cual se sustenta en las premisas fácticas y jurídicas consistentes en el mayor juicio de reproche que genera la felonía desplegada por el sujeto agente, al apropiarse de una cosa mueble ajena abusando de la relación de confianza que tenía con el propietario o poseedor de la misma.

Sobre la naturaleza jurídica de este delito, la doctrina nacional ha expuesto lo siguiente:

“Confianza es el sentimiento de fe y seguridad que despierta una persona en otra, lo cual motiva al dueño, poseedor o mero tenedor del bien a permitirle al sujeto agente el contacto material y físico sobre el mismo.

El sujeto activo del delito de hurto solo tiene una proximidad especial con el objeto material: no tiene ninguna relación posesoria; de lo contrario se tipificaría el delito de abuso de confianza…..”[[6]](#footnote-6).

Posteriormente en la acusación dichos cargos fueron trocados por el delito de hurto calificado (# 2º del articulo 240 C.P.), por el aprovechamiento de las condiciones de indefensión en la cual se encontraba la víctima, de quien se decía que padecía de un trastorno mental.

Es de anotar que este reato, conocido por la doctrina como *hurto insidioso,* se caracteriza porque el ladrón, para poder cometer el latrocinio, saca ventaja o provecho de ciertas condiciones que aquejan a la víctima, las que le impiden o dificultan poder ejercer actos de protección de sus bienes.

Al respecto, sobre las características de este reato, bien vale la pena traer a colación lo que la doctrina ha dicho en los siguientes términos:

“Con todo, conviene anotar que el agente merece la agravación, pues al inferiorizar al propietario, poseedor o tenedor, o al aprovechar ese estado ya existente, demuestra su propósito de eliminar riesgos, eludir la reacción defensiva y asegurar el apoderamiento.

Son estas, en otros términos, formas insidiosas de hurtar y, como toda actividad semejante, comprende la asechanza y la alevosía. Inferiorizar a la víctima es colocarla en imposibilidad de ejercer la defensa de las cosas, o de pedir auxilio. Es también privarla de sus fuerzas y de los medios aseguradores del dominio. Inferioriza quien suministra narcóticos para que el dueño o guardador quede inmovilizado, lo mismo que quien procura su embriaguez o su caída mediante una trampa o con señalamientos peligrosos.

La indefensión es la carencia de medios asegurativos, el estado de descuido o de atención preferencial con que la víctima adelanta otras gestiones. También configura indefensión la asechanza y la alevosía, el aprovechamiento de la ingenuidad de la víctima y del desamparo sicológico consiguiente, la traición y el acometimiento rápido. En todas estas circunstancias es tan culpable el que las crea como quien aprovecha las preexistentes….”[[7]](#footnote-7).

Como se podrá colegir de lo anterior, son diametralmente diferentes los supuestos fácticos y jurídicos que caracterizan a los reatos de hurto agravado por la confianza, (artículos 239 y 241, # 2º, del C.P.) y hurto calificado por el aprovechamiento de las condiciones de indefensión e inferioridad (# 2º del articulo 240 C.P.), porque en el primero de ellos el contexto factual tiene que ver es con la relación de confianza que la víctima tenía con el sujeto agente, lo que le permitió al felón tener acceso al objeto material del delito; mientras que en el segundo, todo está circunscrito es al actuar insidioso del que se vale el ratero para apropiarse de unos bienes de una persona que por razones de inferioridad o indefensión no se encuentra en las condiciones que se requieren como necesarias para poder asumir la defensa de su patrimonio.

Luego, al estar en presencia de delitos diametralmente disímiles, pues se reitera que es completamente diferente el contexto factual de cometer un delito de hurto como consecuencia de una felonía, que el de perpetrar dicho reato valiéndose de un comportamiento insidioso, y por ende, es claro que en aquellos eventos en los cuales se pretenda variar en la acusación, por alguno de esos dos reatos, la calificación jurídica dada a los cargos que al procesado le fueron endilgados en la formulación de la imputación, necesariamente tiene que haber una mutación o trastrocamiento del núcleo fáctico de lo acontecido. Luego, si el deseo de la Fiscalía es hacer tal transmutación, acorde con todo lo dicho hasta ahora en los párrafos precedentes, es obvio que ese trocamiento no podía hacerlo en la acusación, sino que debía acudir a una nueva audiencia de formulación de la imputación, lo cual por desgracia no sucedió en el *subexamine*.

Todo lo antes expuesto nos hace colegir que con lo acontecido se desconoció en su verdadera dimensión el aludido principio de la coherencia, el cual hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como *Debido Proceso,* lo cual en últimas nos quiere decir que la actuación procesal se encuentra viciada de nulidad acorde con una de las hipótesis consagradas en el artículo 457 C.P.P., pero la Sala, por razones que se expondrán en el acápite subsiguiente del presente proveído, las que nos impulsan a pensar que el fallo absolutorio confutado debe ser confirmado, ya que el Procesado es beneficiario del *in dubio pro reo,* no procederá en tal sentido al acatar los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los cuales nos enseñan que *en aquellos eventos en los cuales exista una tensión entre la absolución y la declaratoria de nulidad, siempre y cuando la nulidad sea para restablecer los derechos y las demás garantías que le fueron vulnerados al procesado, la absolución debe primar sobre la declaratoria de nulidad*[[8]](#footnote-8).

**2) Los cargos relacionados con la errónea apreciación del acervo probatorio.**

Para poder resolver el problema jurídico propuesto por los apelantes, la Sala tendrá como ciertos los siguientes hechos que están plenamente acreditados con las pruebas allegadas al proceso:

* No existe duda alguna de las relaciones de consanguinidad y de parentesco habidas entre el Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES y el difunto LUIS CARLOS GALVIS MARÍN, quien según el certificado de registro civil de defunción aducido a la actuación, falleció el 13 de noviembre de 2.012, en atención a que el finado fungía como padre del encausado.
* Con los testimonios rendidos, entre otros, por los Sres. MARLENY ISAZA LÓPEZ; JOSÉ CARLOS GÁLVEZ; CARMEN GÁLVEZ ROBLES y GLORIA INÉS GÁLVEZ, se demostró que el finado LUIS CARLOS GALVIS MARÍN padecía de una serie de achaques propios de su avanzada edad, razón por la que sus hijos decidieron de consuno, por su bienestar, recluirlo en un hogar geriátrico, e igualmente acordaron que el ahora Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES fungiría como acudiente del anciano, quien se encargaría de sufragar los gastos que generaría el hospedaje y la manutención del adulto mayor con unos dineros que se consignarían en una cuenta del banco *Av Villas,* los cuales eran producto del pago de las mesadas de una pensión de vejez de la que disfrutaba el Sr. LUIS CARLOS GALVIS.
* El Sr. LUIS CARLOS GALVIS MARÍN estuvo internado en el hogar geriátrico llamado *“Fundación Paraíso Otoñal”* durante el periodo comprendido entre el 16 de enero al 15 de agosto de 2.007, lapso durante el cual cancelaba una mensualidad de $350.000,oo. De igual forma, según se desprende de lo atestado por los administradores de ese geriátrico, EDGAR HUMBERTO RÍOS OSORIO y YULY PAOLA RÍOS, el ahora procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES era la persona que figuraba como acudiente del anciano y además era quien más lo visitaba e igualmente estaba pendiente de Él.
* El finado LUIS CARLOS GALVIS MARÍN tenía dos cuentas bancarias de ahorros, las cuales fueron administradas por parte del ahora Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES durante el periodo en el que estuvo internado en el hogar geriátrico llamado *“Fundación Paraíso Otoñal”*. Dichas cuentas bancarias de ahorros eran las siguientes: a) La # 301-19404-9 del banco *Av Villas*, la que para el mes de enero del 2.007 tenía un saldo inicial de $2.872.587,99 y para el mes de julio de esa anualidad, su saldo era de $1.659.115,60. Es de anotar que esta era una cuenta de nómina, en la cual mensualmente se consignaba la suma de $400.088,00; b) La # 706-071677-84 de *Bancolombia,* la que en el mes de enero de 2.007 presentaba un saldo de $10.833.801,65 y para el mes de julio de esa anualidad, dicho saldo era de $97.209,02.
* Según dictamen pericial rendido por el médico psiquiatra JAIRO FRANCO LONDOÑO, el hoy difunto LUIS CARLOS GALVIS MARÍN, al menos desde el año 2.006, padecía de un síndrome demencial, de posible origen vascular, que le impedía realizar negocios y disponer de sus bienes de una manera adecuada.

Estando claro lo anterior, observa la Sala que el tema en disputa, en lo que tiene que ver con los señalamientos delictivos efectuados en contra del Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES, tiene dos vertientes: a) El manejo inadecuado de los dineros habidos en la cuenta de ahorros del banco *Av Villas;* b) El desfalco o a la apropiación de los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorros del banco *Bancolombia*.

En lo que atañe con el primero de los antes enunciados tópicos, o sea con el manejo supuestamente inadecuado e indebido de los dineros habidos en la cuenta de ahorros del banco *Av Villas*, la Sala considera que se está en presencia de un escenario que es más bien propio del derecho civil o del derecho privado, como lo es el de una rendición de cuentas, al cual de manera inadecuada se le quiso dar connotaciones penales, porque si bien es cierto que al Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES se le confirió el manejo de dicha cuenta de ahorros, para que los dineros que periódicamente ahí se consignaban fueran utilizados para sufragar los costos de alojamiento y de manutención de su padre, LUIS CARLOS GALVIS MARÍN, en el hogar geriátrico llamado *“Fundación Paraíso Otoñal”*, cuyo costo mensual ascendía a la suma de $350.000,oo, de igual manera se desconoce en que consistieron los *malos manejos* que se le endilgan al Procesado, porque con las pruebas allegadas al proceso no se pudo establecer: a) A cuánto ascendían los demás gastos que eran necesarios para el sustento del Sr. LUIS CARLOS GALVIS; b) Si los dineros con los que se le pagaba la mesada pensional al hoy difunto eran suficientes para sufragar su manutención y la satisfacción de sus demás necesidades; y c) A cuanto ascendía el *quantum* de los dineros supuestamente apropiados de manera indebida por el acusado.

Es más, de un análisis de las pruebas habidas en el proceso, válidamente se puede colegir que existe un marisma de dudas sobre la ocurrencia de la apropiación por parte del Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ de los dineros habidos en la cuenta bancaria de marras, en la cual, para el mes de enero de 2.007 tenía un saldo de $2.872.587,99; y si a ello le aunamos que el Sr. LUIS CARLOS GALVIS permaneció en el geriátrico *“Fundación Paraíso Otoñal”* por un lapso de siete meses, se tiene que el gasto total por concepto de hospedaje ascendió a $2.450.000,oo[[9]](#footnote-9). Luego, al ser confrontada dicha suma con el saldo que la cuenta de ahorros presentaba para el mes de julio de esa anualidad: $1.659.115,60, válidamente se puede colegir que en lo que atañe solamente con los gastos de hospedaje, no es muy claro que por parte del Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES haya tenido ocurrencia el episodio de un manejo inadecuado o indebido de los dineros que se consignaban en la cuenta de ahorros del banco *Av Villas*, porque los saldos habidos en esa cuenta son consecuentes tanto con los gastos mensuales que por concepto de albergue generaba la manutención del Sr. LUIS CARLOS GALVIS, como con las consignaciones periódicas que se hacían en esa cuenta bancaria de nómina.

Ahora, en lo que tiene que ver con el supuesto desfalcó o la apropiación de los dineros que el finado Sr. LUIS CARLOS GALVIS tenía en la cuenta de ahorros del banco *Bancolombia*, vemos que si bien es cierto que la Fiscalía, con las pruebas que allegó al proceso, pretendió demostrar que el Procesado se apropió arbitrariamente de esos dineros abusando de las condiciones de debilidad mental en las cuales se encontraba el Sr. LUIS CARLOS GALVIS, de quien se decía que padecía el mal de alzhéimer, la Sala es de la opinión que el Ente Acusador con las pruebas allegadas al proceso no pudo demostrar tal cometido, debido a que la realidad probatoria nos enseña que:

* En momento alguno se acreditó que el hoy difunto LUIS CARLOS GALVIS MARÍN sufriera del mal de alzhéimer, porque lo único que se pudo demostrar, acorde con el testimonio del perito JAIRO FRANCO LONDOÑO, es que padecía de un síndrome demencial de posible origen vascular.
* La testigo GLORIA INÉS GÁLVEZ, en su declaración, a regañadientes, reconoció que cuando le indagó a su padre por lo acontecido con los dineros habidos en la cuenta del banco *Bancolombia*, Él le manifestó que le había hecho un préstamo a JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES, pero negó que en momento alguno todo ese dinero se lo hubiera regalado.

Por lo tanto de ser cierto que los dineros habidos en la cuenta del banco *Bancolombia* ingresaron a la esfera patrimonial del acusado, ya sea como consecuencia de un préstamo, o de una donación o de un regalo, como lo dio a entender el Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ cuando rindió testimonio en el juicio, tal situación dejaría sin sustento probatorio la acreditación de uno de los elementos que son necesarios para la adecuación típica del delito de hurto como lo es la ilicitud del apoderamiento, el que se da a partir del momento en el que el sujeto agente obtiene de manera ilegal el dominio o la relación posesoria del bien hurtado, el cual sale de la esfera de dominio de la víctima para pasar a la del ladrón.

Pese a lo anterior, acorde con la modalidad del delito de hurto por el cual se llamó a juicio al acusado: hurto calificado, tipificado en el # 2º del articulo 240 C.P. por el aprovechamiento de las condiciones de inferioridad en la cuales se encontraba la víctima, la Sala no puede desconocer que el perito JAIRO FRANCO LONDOÑO, también adveró que el síndrome demencial que padecía el Sr. LUIS CARLOS GALVIS MARÍN, al menos databa desde el año 2.006, el cual le impedía realizar negocios y disponer de sus bienes de una manera adecuada. Lo que a su vez serviría de sustento para aducir, tal como lo ha hecho la recurrente, que el Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES, cuando consiguió que el agraviado le “*prestara”* o le “*regalara”* los dineros habidos en la cuenta del banco *Bancolombia*, lo hizo abusando de la discapacidad de lucidez que aqueja a su padre, lo que le impedía poder disponer de sus bienes; lo cual no puede ser de recibo para la Sala debido a que en el proceso no se demostró plenamente que LUIS CARLOS GALVIS se encontraba en un estado de carencia de lucidez o de discapacidad racional, que le impedía saber lo que hacía cuando decidió hacerle unos préstamos o unos regalos monetarios al Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES, ya que lo atestado por el perito JAIRO FRANCO LONDOÑO se sustentó en una premisa de probabilidad mas no de certeza. A lo cual se le debe adicionar que el experto también adujo que el síndrome demencial que padecía el hoy difunto LUIS CARLOS GALVIS MARÍN, es una enfermedad insidiosa en la cual el afectado va perdiendo plautinamente sus facultades mentales.

En suma, de todo lo hasta ahora dicho es suficiente para colegir que en el presente asunto de las pruebas allegadas al proceso lo único que emanaba era un marisma de dudas que impedía que se satisficieran con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado, por lo siguiente:

* No estaba demostrado con absoluta precisión los supuestos malos manejos y usos indebidos que Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ le dio a los dineros que periódicamente se consignaban en la cuenta de ahorros del banco *Av Villas* por concepto de mesada pensional.
* No se demostró la tipicidad del delito de hurto, porque en momento alguno se acreditó plenamente que el Procesado, haya decidido apropiarse ilícitamente de los dineros habidos en una cuenta del banco *Bancolombia.*
* No existe plena certeza que el Procesado JOSÉ CARLOS GÁLVEZ haya decidido sacar provecho o ventaja de las condiciones de inferioridad en las que se encontraba su padre, LUIS CARLOS GALVIS MARÍN, para así conseguir que Él le prestara o donara los dineros que tenía consignados en una cuenta del banco *Bancolombia.*

Siendo así las cosas, la Sala concluye que no le asiste la razón a los reproches que la recurrente ha efectuado en contra del fallo absolutorio opugnado, el cual, por atinado, ha de ser confirmado.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento, en las calendas del quince (15) de febrero del 2.017, mediante la cual se absolvió al Procesado **JOSÉ CARLOS GÁLVEZ ROBLES** de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la FNG, los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de Hurto Calificado.

**SEGUNDO:** Declarar que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. Sobre estos principios, se pueden consultar las siguientes sentencias: La del 18 de diciembre del 2.001. Rad. # 15547; la del 25 de abril del 2.007. Rad. # # 26309 y la del 26 de octubre del 2.011. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver sentencias del 21 de marzo de 2018. SP798-2018. Rad. # 47848 y del 7 de noviembre de 2.018. SP4792-2018. Rad. # 52507. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de julio del 2009. Rad. # 31280. M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del mayo 28 de 2014. Rad. # 42357; Sentencia del 5 de octubre de 2016. SP14151-2016. Rad. # 45647. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 5 de octubre de 2016. SP14151-2016. Rad. # 45647. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-5)
6. Suarez Sánchez Alberto, en lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Página # 776. 1ª Edición. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2.003. [↑](#footnote-ref-6)
7. PÉREZ, LUIS CARLOS: Derecho Penal, Tomo V, pagina # 339. 2ª Edición. Editorial Temis. 1.991. [↑](#footnote-ref-7)
8. Para los fines pertinentes, se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 5 mayo de 2010. Rad. # 30948 y la Sentencia del 21 de octubre de 2.013, Rad. # 32983. [↑](#footnote-ref-8)
9. Suma esta que es producto de multiplicar los 7 meses de hospedaje por el canon de la mensualidad, la que correspondía a $350.000,00. [↑](#footnote-ref-9)