



**SALA DE DECISIÓN
PENAL**

APROBADO ACTA 61
(Sesión del 20 de mayo de
2016)

Radicado: 05-001-60-00206-2012-56249
Sentenciado: Jhon Gabriel Herrera Martínez
Delito: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

Medellín, veintisiete (27) de mayo de dos mil dieciséis (2016)
(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauraron la Fiscalía y el apoderado de la Víctima, contra la sentencia del 5 de mayo de 2015, por la cual el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín absolvió a Herrera Martínez del delito de Hurto calificado y agravado

2. HECHOS

El 10 de septiembre de 2012 en horas de la mañana, agentes de la Policía Nacional recibieron información de que en parqueadero de la Secretaría de Tránsito Municipal, ubicado en el Barrio San Javier de esta ciudad, calle 42 A N° 108-140, de tiempo atrás, se venía perpetrando el hurto de partes y accesorios de los vehículos que allí se parqueaban, por un grupo de individuos que ingresaban al lugar a través de una malla rota que lo separaba de la urbanización Altos de San Javier, y sin control alguno desguazan los automotores y hurtaban sus partes.

Al llegar al lugar encontraron que varios sujetos se apoderaban de algunos motores para motocicleta, por lo que capturaron en flagrancia a Eduard Alexis Aguirre Agudelo, Frank Alexander Muñoz Vallejo y Marco Julio Vallejo Franco. También fueron capturados el vigilante del parqueadero John Gabriel Herrera Martínez y el supervisor, Ronald Ricardo Dueñas Borja, pues el hurto se cometía

<i>Radicado:</i>	<i>05-001-60-00206-2012-56249</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jhon Gabriel Herrera Martínez</i>
<i>Delito:</i>	<i>Hurto Calificado y Agravado</i>
<i>Asunto:</i>	<i>Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria</i>
<i>Decisión:</i>	<i>Confirma</i>

en su presencia y nada hicieron para evitarlo, teniendo la obligación de hacerlo, a más de que los capturados inicialmente afirmaron que les daban “la liga” a los vigilantes para que se quedaran callados y porque los vigilantes tenían a los perros de vigilancia amarrados para facilitar la acción de los ladrones.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. Formulación de imputación

El 11 de septiembre de 2012, la Fiscalía formuló imputación en contra de los tres primeros capturados por el delito de hurto calificado y agravado consumado, en calidad de coautores, artículos 239 y 240 numeral 4, con las circunstancias de agravación punitiva que consagra el artículo 241 numeral 10 del Código Penal.

Respecto del vigilante y el supervisor, se formuló la imputación en calidad de coautores, argumentado que a pesar de que no tienen dominio del latrocinio, sí tienen calidad de garantes de los bienes que custodian y que con su actitud favorecieron la realización del hurto en los términos del artículo 25 del Código Penal, infringieron el deber a ellos encomendado a través del vínculo laboral con la empresa de seguridad Atlas.

3.2. Formulación de acusación

El 23 de noviembre de 2012 la Fiscalía presentó escrito de acusación por los hechos narrados y por el delito imputado.

3.3. Preacuerdo con tres de los acusados

El 02 de enero de 2013 la Fiscalía acordó con Eduard Alexis Aguirre Agudelo, Frank Alexander Muñoz Vallejo y Marco Julio Vallejo Franco, que aceptaban los cargos formulados a cambio de que se eliminara la circunstancia de agravación prevista en el artículo 241 numeral 10 del C. Penal.

3.4. Sentencia impugnada

<i>Radicado:</i>	<i>05-001-60-00206-2012-56249</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jhon Gabriel Herrera Martínez</i>
<i>Delito:</i>	<i>Hurto Calificado y Agravado</i>
<i>Asunto:</i>	<i>Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria</i>
<i>Decisión:</i>	<i>Confirma</i>

En lo que es objeto de apelación en la sentencia absolutoria a favor de Jhon Gabriel Herrera Martínez, se argumentó que se presentan dudas insalvables que impiden proferir sentencia condenatoria así:

La fiscalía no demostró que el guardia de seguridad: (i) tuviera conocimiento de que desde un terreno aledaño, por un roto en la malla, ingresaron al lugar las tres personas capturadas a desguazar los vehículos; (ii) recibiera dinero para permitir el hurto de las partes de los vehículos; y, (iii) mantuviera los canes amarrados para permitir la comisión de la ilicitud.

La fiscalía no probó, habiendo podido hacerlo con una inspección al lugar de los hechos, si el hueco de la malla era observable desde la casa de vigilancia. El hecho de que los perros estuvieran amarrados, no es como lo afirman los policiales para facilitar el accionar de los ladrones, es porque así lo establece la “modalidad fija” en el que el canino está atado mediante una guaya.

No se probó que el procesado incumpliera con las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo pues la fiscalía no tomó fotografías ni inspeccionó el lugar para determinar la visibilidad y distancia de la mallas, del roto que tenía, ni de la caseta, ni del sitio donde estaban desguazando los vehículos, así como tampoco la inspección al libro de minutas.

Consideró deleznable la prueba allegada por la fiscalía, al calificar de arbitrarias las apreciaciones de los uniformados y argumentó que contrario a lo dicho por los agentes captadores, los hoy condenados por el hurto, nunca afirmaron que les daban “liga” a los vigilantes. No le otorgó credibilidad a los policías porque no se acuerdan cuál de ellos hizo la manifestación, ni explican ninguna circunstancia modal y se refieren a vigilantes en plural sin explicar, cuándo y a quién le pagaban para poder acceder y hurtar las partes de vehículos de manera libre.

Le otorgó credibilidad a los condenados y a testigos de la defensa en el sentido de que no entregaron ningún dinero, “liga” o promesa a los vigilantes.

Nada se ha acreditado respecto del incumplimiento de las misiones encomendadas al vigilante Herrera Martínez, pues declaró que cuando llegó el

<i>Radicado:</i>	<i>05-001-60-00206-2012-56249</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jhon Gabriel Herrera Martínez</i>
<i>Delito:</i>	<i>Hurto Calificado y Agravado</i>
<i>Asunto:</i>	<i>Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria</i>
<i>Decisión:</i>	<i>Confirma</i>

supervisor Dueñas Borja, se aprestaba a realizar una ronda y entonces empezó a rendir el informe correspondiente al supervisor.

La Fiscalía no probó que Jhon Gabriel Herrera Martínez en la mañana del 10 de septiembre de 2012 haya omitido de manera libre y voluntaria el cumplimiento de sus funciones permitiendo el accionar de los desguazadores, que los hubiera visto en su ilícita actividad y no hicieran nada para impedirlo.

3.5. Del recurso de apelación

3.5.1. Impugnantes

3.5.1.1. La Fiscalía

Afirma que el acusado John Gabriel Herrera Martínez es responsable por el delito de hurto, conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, pues tenía el deber jurídico de impedir el resultado; a esa conclusión llega al afirmar que se probó que: (i) tenía contrato laboral como vigilante con la empresa Seguridad Atlas y por tanto, vínculo jurídico con los bienes que debía proteger así como el deber jurídico de impedir el resultado; (ii) estaba dotado de todos los elementos para cumplir con sus obligaciones, entre ellos, perros entrenados; (iii) al momento de los hechos los canes no se encontraban cumpliendo su labor, estaban amarrados; (iv) se desentendió de la vigilancia a pesar de saber que la malla estaba rota y por allí ingresaban personas a desvalijar los vehículos; (v) según los policías que efectuaron el procedimiento, los capturados o al menos uno de ellos, les dijo que para ingresar ellos les daban la “liga” a los vigilantes.

Frente al cuestionamiento de la sentencia porque faltó una inspección al sitio por parte de la Fiscalía para determinar visibilidad y distancia entre la caseta de vigilancia y la malla rota, reconoce que no se hizo, pero afirma que nada aportaría a la determinación de la responsabilidad pues precisamente el hecho de la malla rota, el conocimiento de que muchas personas ingresaban a hurtar partes de los

<i>Radicado:</i>	<i>05-001-60-00206-2012-56249</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jhon Gabriel Herrera Martínez</i>
<i>Delito:</i>	<i>Hurto Calificado y Agravado</i>
<i>Asunto:</i>	<i>Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria</i>
<i>Decisión:</i>	<i>Confirma</i>

vehículos allí guardados y en general las vulnerabilidades del parqueadero, imponían mayor cuidado por parte de los vigilantes.

Critica la interpretación de la prueba obrante, respecto del pago a los vigilantes para que dejaran ingresar al lugar a los ladrones, afirmando que los condenados que declararon no tienen ningún interés en colaborar con la administración de justicia y sus testimonios son amañados y desprovistos de objetividad, tampoco es exigible que se determine cuánto y a quién le pagaban para poder acceder a hurtar las partes de los vehículos. Concluye que valorada la prueba en su conjunto existe indicio grave de que es cierto que los vigilantes recibían “la liga”.

Afirma que si bien es cierto solo debe tenerse en cuenta lo ocurrido el día de los hechos y no antes, también es cierto que al momento de valorar la prueba deben tenerse en cuenta aspectos que hagan más o menos creíble la teoría del caso, por ejemplo, uno de los testigos afirmó que habían entrado varias veces, de donde se concluye que el vigilante era descuidado en su labor.

Respeto de si el vigilante sabía o no que algunas personas ingresaban por el hueco en la malla, esto se deduce de la sana lógica, pues en 20 días que llevaba allí como vigilante contratado para proteger la propiedad que allí se encontraba, debió necesariamente enterarse.

3.5.1.2. Apoderado de la víctima

El apoderado del Municipio de Medellín, solicitó revocar la sentencia y en su lugar emitir fallo condenatorio en contra de Herrera Martínez. Sustentó el recurso propuesto considerando que la primera instancia se equivocó en materia grave al hacer la valoración probatoria, pues aunque admite que se presentaron falencias probatorias, los tres policías que ejecutaron la captura en flagrancia declararon que desde donde estaba el vigilante sí era posible observar a las personas que extraían las partes de vehículos y que intencionalmente el vigilante omitió sus funciones, testimonios que quedaron indemnes en sus aspectos centrales y que son suficientes para proferir condena conforme al régimen de libertad probatoria.

Radicado: 05-001-60-00206-2012-56249
Sentenciado: Jhon Gabriel Herrera Martínez
Delito: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

Afirma que una cosa es que no se hubiere probado el incentivo económico “liga” y otra cosa es que no puede omitirse, como lo hizo el *a quo*, el testimonio de los agentes de policía, que señalaron que el citado vigilante estaba a 25 ó 30 metros de distancia de donde se apoderaban de las partes de automotores.

Que la Fiscalía demostró que el vigilante Herrera Martínez omitió las premisas del artículo 25 del Código Penal y su deber de garante de los bienes del Municipio en su calidad de empleado de la empresa de vigilancia Atlas.

3.5.2. Defensa como no recurrente

Argumentó que debe confirmarse la sentencia absolutoria, porque la fiscalía no cumplió con sus obligaciones probatorias y las declaraciones de los agentes de la Policía son apresuradas, subjetivas, ligeras y sin soporte probatorio. Que los testigos que llevaron no dejan más que dudas sobre la conducta de su cliente, que no se probaron los supuestos “incentivos económicos”.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Planteamiento del problema jurídico

Como asunto previo la Sala aclara que los argumentos de la impugnación constituyen el límite de la competencia, excepto si se advirtiera alguna nulidad, que no es el caso, y por ello, solo se dedicará a resolver la apelación respecto de

¹ Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen: 1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

<i>Radicado:</i>	<i>05-001-60-00206-2012-56249</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jhon Gabriel Herrera Martínez</i>
<i>Delito:</i>	<i>Hurto Calificado y Agravado</i>
<i>Asunto:</i>	<i>Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria</i>
<i>Decisión:</i>	<i>Confirma</i>

la responsabilidad de Herrera Martínez, pues es el único objeto de controversia planteado por los apelantes.

Para resolver los dilemas presentados por los apelantes es necesario precisar si la prueba que desfiló en el juicio oral, dio cuenta de que como consecuencia de las dádivas provenientes de los perpetradores, el vigilante les permitía que desguazaran los vehículos y hurtaran sus partes, o si lo que se probó fue que el vigilante no hacía nada para evitar los hurtos.

En la primera hipótesis estaríamos frente al delito de hurto en calidad de autor por acción, al asumir parte del trabajo criminal consistente en aprovechar la calidad de vigilante para contribuir al apoderamiento de las partes de motocicletas que desbarataban los tres sujetos ya condenados y, en la segunda hipótesis, se discute si incurrió en el hurto por omisión, al violar el deber de garante.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico

Al valorar los testimonios en su conjunto; los de los policías, los de los tres condenados, los de los procesados y los de los funcionarios y empleados tanto del municipio como de la empresa de vigilancia, se observa que la tesis de que el vigilante había sido cooptado por los desguazadores, como consecuencia de las dádivas que recibía para permitirles su ilícito actuar, no tiene la fuerza suasoria suficiente para afirmarse más allá de toda duda razonable, y es que hasta el apoderado de las víctimas, acepta que no se probó el incentivo económico; por lo que en aplicación del principio de que toda duda se resuelve a favor del procesado puede concluirse que no tenemos certeza de que Herrera Martínez recibiera dinero de los desguazadores.

En su declaración, la empleada de la Secretaría de Movilidad del municipio Alba Lucía Arango Holguín, afirmó que el parqueadero tiene muchos vehículos acumulados y maleza y que la malla ha permanecido rota y por ahí pasan constantemente los delincuentes, que la visibilidad no es buena porque los carros la dificultan. Por su parte, el representante legal de la empresa de seguridad

Radicado:	05-001-60-00206-2012-56249
Sentenciado:	Jhon Gabriel Herrera Martínez
Delito:	Hurto Calificado y Agravado
Asunto:	Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria
Decisión:	Confirma

Carlos Ariel Corredor Silva afirmó que el sitio es muy vulnerable, con la malla rota, que ciertas zonas no son controlables por el guía canino.

Aunque los policías, aparentemente sin interés en las resultas de este asunto, afirmaron que los desguazadores capturados o por lo menos uno de ellos, no se precisa cual, les informó al momento de la captura que le pagaban al vigilante, estos testigos han dicho en juicio oral que la afirmación no es cierta. Al momento de calificar el valor suasorio que deba dársele a una y otra de las versiones, es necesario precisar que la falta de interés en las resultas del proceso también es predicable en principio de los testigos de la defensa, por lo que no puede afirmarse que los testimonios de unos tengan mayor peso suasorio que el de los otros.

De lo que no queda duda es que el vigilante sí conocía qué personas ingresaban al lugar a desbaratar los vehículos y extraer sus partes y que para el caso concreto le era posible observar a los que desde varias horas antes se dedicaban a esa actividad, por lo que puede afirmarse, sin dubitación alguna, que no hizo lo que tenía que hacer, conforme a las obligaciones que como vigilante había adquirido, y que en una interpretación favorable de la secuencia fáctica, su accionar puede calificarse como negligencia extrema, conocía que los hechos sucedían y no hacía nada para evitarlo.

Puede entonces concluirse que respecto de la secuencia fáctica hay consenso pues (i) el representante de las víctimas, afinsa su impugnación en el argumento de que una cosa es que no se hubiere probado el incentivo económico y otra cosa es que no puede omitirse, como lo hizo el *a quo*, el testimonio de los agentes de policía, que señalaron que el citado vigilante estaba a 25 ó 30 metros de distancia de donde se apoderaban de las partes de automotores y (ii) la fiscalía lo acusa por tener posición de garante, lo que ubica la conducta como dolosa de comisión, por omisión, y sostiene que el vigilante tenía el deber jurídico de evitar el resultado y tenía las herramientas para hacerlo, en este caso evitar el hurto, y no lo hizo.

Compartimos la valoración probatoria y la secuencia lógica, lo que la Sala no comparte con el acusador apelante y con la impugnación del representante de las

Radicado: 05-001-60-00206-2012-56249
Sentenciado: Jhon Gabriel Herrera Martínez
Delito: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

víctimas es la consecuencia jurídica que derivan de ella. Para precisar el asunto es necesario recurrir a lo que la dogmática ha entendido (i) por delito de comisión por omisión y (ii) por posición de garante:

“El comportamiento delictivo puede consistir en una acción positiva que determina una variación en el mundo exterior, pero también puede derivarse de una acción negativa, es decir, de índole omisiva, así definida por el legislador al incluir taxativamente el deber, cuyo incumplimiento se sanciona independientemente del resultado (omisión propia), como ocurre con los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros.

No obstante, hay ocasiones en que el resultado producido con una conducta activa por antonomasia, es conseguido a través de una omisión, esto es, de un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley (omisión impropia o comisión por omisión), para lo cual se utiliza por regla general la fórmula de las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Hoy, la acción no se identifica con un movimiento muscular como transformador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo, así también se entiende el comportamiento omisivo del cual se entra a verificar el nexo de evitación, esto es, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado².³

Para determinar el sentido de la posición de garante, citamos el principio rector establecido en el artículo 10 del Código Penal, que al definir la tipicidad en los tipos de omisión, ordena que el deber ha de estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley, asimismo, recurrimos a la sentencia hito⁴ de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que ha explicado:

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. 1

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto

² Modernas corrientes dogmáticas (funcionalismo radical de JAKOBS) han señalado la vacuidad de delimitar la acción de la omisión, para llegar a definir un deber negativo o un deber positivo (delito común y delito de infracción al deber) ya que el delito es entendido como la defraudación de una expectativa normativa.

³ CSJ AP, 14 nov. 2007, Rad. 28017.

⁴ CSJ SP, 27 jul. 2006, Rad. 25536.

Radicado: 05-001-60-00206-2012-56249
Sentenciado: Jhon Gabriel Herrera Martínez
Delito: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión. (negrillas añadidas)

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el principio de solidaridad, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura. (negrillas añadidas)

Bajo el título de “Acción y omisión”, el artículo 25 del Código Penal del 2000 -Ley 599- dice:

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

Como se percibe con facilidad, el artículo consta de dos partes:

La primera –incisos 1º y 2º-, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional posición de garante, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando tiene el deber jurídico de impedir un resultado jurídico y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante.

La segunda –inciso 3º con sus cuatro numerales, y parágrafo-alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la posición de garante comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la

Radicado: 05-001-60-00206-2012-56249
Sentenciado: Jhon Gabriel Herrera Martínez
Delito: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

“cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad”, la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 3º del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el párrafo del artículo, esos cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales.

*Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la **obligación constitucional o legal** de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente.*

(...)

... el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales.

Y si el derecho impone a una persona una obligación, y ésta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante pues infringe sus deberes.”

La Corte en un asunto análogo al que se define afirmó que el vigilante de un inmueble en el que se comete un hurto, no tiene la posición de garante y que si su conducta se limita a incumplir con los protocolos de seguridad establecidos, que estaba obligado cumplir en su calidad de vigilante, esa mera conducta escapa a la esfera del derecho, dice la Sala de Casación Penal:

“Téngase en cuenta que frente a lo dispuesto en los incisos 1º y 2º, la imputación de una conducta solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución y la Ley, hipótesis que no es predicable de (...) quien cumplía su labor como vigilante, por la vía de una relación contractual con su empresa.

Y, frente a lo dispuesto en los tres primeros numerales del inciso 2º, no surge identidad frente al caso examinado, porque no guarda correspondencia con los bienes jurídicos previstos en el párrafo de la misma normativa- vida e integridad personal,

Radicado: 05-001-60-00206-2012-56249
Sentenciado: Jhon Gabriel Herrera Martínez
Delito: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

libertad individual y libertad y formación sexuales-. Menos aún, se puede afirmar que el implicado fue quien creó la situación antijurídica de riesgo, como para que se pueda pregonar estructurado el numeral 4° de la norma en comento.”⁵

Como conclusión puede entonces afirmarse que la prueba no es suficiente para sostener la primera de las hipótesis inicialmente planteadas, es decir, no se encontró material probatorio que permita inferir prueba del vínculo entre el celador y los asaltantes, la que ubicaría al procesado, Herrera Martínez, como coautor de los hechos y tal como se ha explicado la conducta que, más allá de duda razonable se probó ejecutó el vigilante, si bien puede calificarse como en extremo negligente, es inane para el derecho penal, pues, el legislador, en la Ley 599 de 2000, impuso limitación a la posición de garante y el hecho probado de que el vigilante, incumplió sus deberes, que no hizo su trabajo de manera adecuada; no lo hace responsable en el ámbito penal, pues no tenía, para el caso, la posición de garante.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la providencia del Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín proferida el 5 de mayo de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva.

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

⁵CJS AP, 15 sep. 2010, Rad. 34628.

Radicado: 05-001-60-00206-2012-56249
Sentenciado: Jhon Gabriel Herrera Martínez
Delito: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Fiscalía y representante de la víctima apelan sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado