



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 023

(Sesión del 2 de marzo de 2018)

Radicado: 05-001-60-00206-2015-55835
Procesado: Luis Enrique Barrios Peñata
Delito: Hurto calificado agravado.
Asunto: Defensa recurre sentencia condenatoria
Decisión: Confirma condena. Modifica pena
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 9 de marzo de 2018

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró el defensor de Luis Enrique Barrios Peñata, contra la sentencia del 6 de octubre de 2017 por la cual el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, lo condenó a la pena principal privativa de la libertad de 12 meses por la comisión del delito de Hurto calificado agravado.

2. HECHOS

En la mañana del sábado 7 de noviembre de 2015, Luis Enrique Barrios Peñata ingresó al establecimiento comercial Tiendas D1 ubicado en la carrera 66 34B-22, barrio Laureles de esta ciudad, tomó un tarro de Milo y lo sacó del almacén sin pagar su valor.

No obstante, como en el medio es un conocido “*Escapero*”, el supervisor de la tienda en ese entonces, Johan Alejandro Pérez Sepúlveda, estuvo alerta por su presencia en el establecimiento. Pero como el empleado debía cumplir

otras funciones, entre ellas cuidar la bodega, no lo vigiló todo el tiempo que estuvo allí.

Cuando Barrios Peñata salió del almacén el empleado decidió abordarlo para verificar si llevaba un producto sin pagar y le encontró el tarro de Milo.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Las audiencias.

El 8 de noviembre de 2015, la Fiscalía General de la Nación le imputó a Luis Enrique Barrios Peñata la comisión del delito de Hurto calificado agravado.

Como el ciudadano no aceptó los cargos, el fiscal delegado presentó el escrito que contiene la acusación que por reparto correspondió al Juzgado Veintitrés Penal Municipal con funciones de conocimiento de esta ciudad.

La audiencia de acusación se adelantó el 19 de agosto de 2016. Al tanto que la preparatoria de juicio oral se llevó a cabo el 9 de febrero de 2017.

Por su parte, el juicio oral se desarrolló en una sesión, el 14 de agosto de 2017. Al finalizar la audiencia se anunció el sentido de fallo condenatorio. Por lo anterior, se convocó para audiencia de individualización de pena y sentencia para el 6 de octubre de la anualidad pasada.

3.2. Sentencia impugnada.

El juez declaró al justiciable penalmente responsable del delito por el que se le acusó. Como argumentos expuso que en el juicio se probó la materialidad y la responsabilidad en los términos que fijan los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal.

Para el efecto, y luego de resumir la actuación, destacó el testimonio de Johan Alejandro Pérez Sepúlveda, quien narró lo que sucedió el día que el justiciable intentó sacar el comestible de la tienda sin pagar su precio. La

claridad y coherencia en la declaración permite darle absoluta credibilidad concluyó el *a quo*. Amén de que su exposición coincide en lo sustancial con el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia que vía estipulación probatoria ingresó al debate oral.

El procesado lesionó el bien jurídicamente tutelado, pues la forma como fue sorprendido y “*vinculado*” permite aseverar que su comportamiento es socialmente relevante, es decir, su conducta es típica, antijurídica y culpable. En su actuación, no concurren circunstancias o razones que lo eximan de responsabilidad.

No hay duda de que el justiciable es la persona que capturaron los agentes del orden el día que se apropió de un tarro de Milo de la tienda D1, concluyó el fallador. Es más, esto lo acepta la defensa cuando en los alegatos trató de enarbolar la tesis de que el comportamiento de su asistido corresponde más a una tentativa que a un delito consumado. Argumento que no avaló el Despacho, pues según el testimonio del empleado del establecimiento, cuando “*vio al hoy enjuiciado se dispuso a hacerle seguimiento y que dado el faltante del tarro de Milo en el almacén procedió a su aprehensión*”

La circunstancia de que el procesado no hubiera recorrido más de un metro desde la puerta del establecimiento, no es razón para sostener que se trata de un delito inacabado. La forma como efectivamente se logró traspasar la esfera de dominio o protección de bien quedó plenamente probada en el juicio. Y “*aunque el hecho punible no alcanzó agotarse, esto es, que el acusado Barrios Peñata lograra disponer del bien que efectivamente sustrajo del almacén afectado, si logró evadir, aunque momentáneamente todas las seguridades que allí tenían dispuestas*”

Ahora, consecuente con la responsabilidad del procesado, el procedimiento de dosificación de la pena fue el siguiente. El cargo formulado fue Hurto calificado agravado. Calificado por la violencia y agravado por el lugar donde se ejecutó, establecimiento abierto al público, cuya pena oscila entre 144 y 336 meses de prisión. Pero teniendo en cuenta que al justiciable se le reconoció la atemperante de pena que regula el artículo 56 del Código Penal, los extremos punitivos quedan en 24 y 162 meses el mínimo y el máximo respectivamente.

Adicional a lo anterior y teniendo en cuenta que el valor de lo hurtado no superó el salario mínimo legal mensual y en estricto sentido el procesado no registra antecedentes, pues las anotaciones no alcanzan el valor antecedente penal conforme al artículo 248 de la Constitución Política, los extremos punitivos fueron actualizados en los términos del artículo 268 del Código Penal, reduciendo el menor en la mitad y el mayor en una tercera parte para un resultado de 12 y 112 meses respectivamente.

Considerando que al procesado no se le dedujo circunstancias de mayor punibilidad, la sanción la impuso dentro del cuarto mínimo de movilidad ($112 - 12 = 100 / 4 = 25$) esto es, entre 12 y 37 meses y como la gravedad de la conducta no se extendió más allá de lo normal consideró justo y apropiado imponer la sanción menor. 12 meses de prisión y en igual plazo la interdicción de derechos y funciones públicas al tenor del artículo 52 *ibídem*.

3.3. Del recurso.

El defensor del condenado estructuró la apelación sin discutir la secuencia fáctica ni la intervención del procesado en ella. El reparo radica en la calificación de la conducta que a su juicio no es punible.

Destaca que si el empleado de la tienda observó a Luis Enrique, lo identificó como un reconocido escapero y por ello vigiló sus movimientos dentro del establecimiento, para su asistido era imposible apropiarse de cualquier elemento. No sería factible abandonar el establecimiento de comercio sin que lo sometieran a registro, es decir su conducta es un delito imposible.

Recuerda que el delito imposible se configura cuando el agente desarrolla todos los actos necesario para cometer el delito, pero este no se consuma porque falta un elemento esencial como es la posibilidad de delinquir. En el caso no era posible para el agente apropiarse del bien por la vigilancia a la que estaba expuesto.

Radicado: 05-001-60-00206-2015-55835
Procesado: Luis Enrique Barrios Peñata
Delito: Hurto calificado agravado.

La tentativa surge cuando el agente inicia la conducta punible mediante actos idóneos dirigidos a su consumación y no se presenta por razones ajenas a su voluntad. La idoneidad se refiere a la aptitud para ejecutar la acción.

En la providencia, el fallador refiere que aunque no se consumó del todo el delito, el procesado su pudo disponer del bien porque el objeto salió de la esfera de protección del titular cuando, el agente estuvo a un metro de la puerta de salida de la tienda.

No se acepta la conclusión del *a quo*, pues el empleado nunca perdió de vista a su asistido, es decir, “*se encontraba en órbita de protección de la víctima*”.

Para poder sacar un bien de una tienda como lo hacen los *escaperos* no pueden estar identificados desde su ingreso al almacén, pues le quedaría sumamente difícil salir sin un registro previo.

En este orden de ideas, solicita a la Sala revocar la decisión, pues físicamente el procesado no pudo llevar a cabo el delito imputado. En su defecto, pide se condene por la comisión del punible en grado de tentativa.

3.3. Traslado a los no recurrentes.

Por la secretaría del despacho se corrió traslado de la apelación. No obstante ningún sujeto lo descorrió.

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.

1 Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

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)

4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si la acción desplegada por el justiciable reamente era idónea para atentar contra el patrimonio económico del establecimiento comercial donde fue aprehendido.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

Como bien destacó el apelante, la secuencia fáctica de esta causa no está en discusión, y menos cuando el dicho claro, coherente y creíble del testigo de cargo, se verifica con el contenido de la estipulación probatoria dos que se refiere a los hechos narrados en el Informe de Policía de Vigilancia en casos de Captura en Flagrancia.

Así las cosas, corresponde establecer si la acción desplegada por el agente era idónea o no para afectar el patrimonio económico del establecimiento comercial Tiendas D1. es decir si se verifica la concurrencia de un delito imposible o no.

En relación con la tentativa inidónea o el delito imposible, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha clarificado²:

*“(...) La mayoría de autores colombianos coinciden en señalar que en la forma en que se redactó la disposición que contempla la tentativa no cabe el delito imposible, **porque la no consumación del hecho se debe “a inidoneidad de la conducta para alcanzar el fin propuesto o a inexistencia de su objeto material o jurídico**”³, supuestos que no encuadran en la descripción típica de una determinada conducta y que por tanto son causales de atipicidad.*

“(...)”

Ahora bien, como el delito imposible puede darse por inidoneidad de los medios –acción- que resultan ineficaces para causar el resultado o porque falta algún elemento del tipo objetivo –esencialmente el objeto material-, conforme a la descripción legal de la tentativa ninguna situación problemática se presenta en ambos casos, dado que la idoneidad de los actos y la existencia de todos los elementos requeridos por el tipo penal son los presupuestos esenciales para su estructuración, si se mira que el dispositivo amplificador se vincula con una determinada conducta típica.

² Proceso No 22164. M Ponente: Alfredo Gómez Quintero. 05 de febrero 2.007.

³ Reyes Echandía, Alfonso, Derecho Penal, Parte General, 11^o edición, Temis, pág. 126.

Luego, la misma corporación sentenció⁴

*“(…) Así, entonces, la teoría del delito imposible o tentativa imposible – traída a colación y alegada por el defensor-, como también la ha denominado la doctrina y el derecho comparado, no tiene cabida en este caso, pues esta figura se caracteriza por la presencia de un **comportamiento del sujeto activo que no tiene la capacidad suficiente para lograr la consumación del tipo penal por falta de idoneidad de los medios desplegados** o por ausencia del objeto material del delito⁵. Entonces, la falta de idoneidad se predica frente al medio empleado para agotar el tipo penal y no por el resultado final del acto concusionario, diferencia que no hace el defensor, de ahí que refiera a la eventual imposibilidad de cometer el delito cuando lo que supuestamente se solicita es «imposible» de cumplir. (Negrillas fuera de texto)*

De las citas jurisprudenciales se infiere como factores determinantes en la configuración del delito imposible: *i*) la inidoneidad del acto; y, *ii*) la ausencia del objeto material del delito.

En el *sub examine*, el apelante destaca que la prevención del administrador del establecimiento cuando el agente ingresó a la tienda, tornaba imposible cualquier maniobra destinada al apoderamiento de los artículos o comestibles que allí se venden.

La anterior conclusión no es cierta, pues aunque muchos establecimientos abiertos al público cuentan con eficientes sistemas de seguridad y sus dependientes son instruidos para confrontar episodios o situaciones de riesgo, la dinámica propia en estas tiendas, donde ingresan cientos de personas a diario, compradores y no compradores, y los productos están expuestos al alcance de la mano de los visitantes, no es posible un control absoluto de éstos.

Prueba de lo anterior es lo que expuso el testigo de cargo cuando aseveró que a pesar del recelo que le generaba el individuo, por sus diversas ocupaciones en un momento perdió contacto visual con él y no observó cuando éste guardó el tarro de Milo.

⁴ M Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. SP 14623-2014. Rad. 34.282 del 27 /10/ 2014

⁵ Se citan ejemplos como quien dispara contra un cadáver con el objeto de dar muerte; o quien trata de envenenar con sustancias que no tienen tal potencialidad.

Adicional a lo anterior y según el mismo declarante, los empleados de la tienda en esa ocasión únicamente eran dos: él, que entre varias funciones tenía a su cargo la bodega, el otro se ocupaba de la caja registradora. Es decir, las labores de vigilancia y control de visitantes no era precisamente su función principal.

Esa circunstancia, esto es, que la tienda no contara con personal calificado, dotado con elementos de seguridad y dedícalo exclusivamente a la vigilancia del establecimiento y sus visitantes, facilita las acciones de quienes atentan contra el patrimonio de ella. Recuérdese que el testigo aseveró y la defensa no lo discutió, que fue él quien salió en busca del agente y llevó a la bodega donde tuvieron un altercado. De esto se infiere claramente la ausencia de personal de seguridad.

Ahora, que por causas posteriores y ajenas a la voluntad del agente, éste no obtuviera provecho de su actuación, no significa que el establecimiento de comercio es un lugar infranqueable o que los medios desplegados para perpetrar el hurto son inidóneos.

Las condiciones de la tienda, el reducido número de dependientes con múltiples tareas, y el artificio del que se valió el agente para sacar la lata de Milo como efectivamente lo hizo, impiden hablar de una tentativa inidónea o delito imposible como también se conoce a esta categoría jurídica.

La concurrencia del delito imposible debe verificarse desde la perspectiva cierta e irrefutable de que ningún acto del agente será suficiente para lesionar el bien jurídicamente tutelado, más no desde la dificultad, mayor o menor que el agente deba sortear en la ejecución del acto. Es por ello que no se descarta, *a priori*, la lesión al patrimonio económico en almacenes de grandes superficies. Pues a pesar de los modernos sistemas de seguridad implementados y el mayor número de empleados destinados al cuidado de los bienes, esas medidas no son infalibles en términos absoluto. Siempre queda un margen de maniobrabilidad, un punto de quiebre para que el agente agote la acción de apoderamiento de cosa ajena.

Por estas razones, esto es, que no se dan los presupuestos facticos para predicar que la acción del agente fue inidónea para atentar contra el patrimonio económico en el almacén tiendas D1 se niega la postulación de exoneración expuesta por el defensor.

Subsidiariamente, el recurrente petitionó imponer la pena del delito tentado, pues a su juicio no se consumó la lesión al patrimonio económico del establecimiento de comercio. Prueba de ello es el hecho cierto de que el agente fue abordado a un metro de la puerta del local.

En relación con la censura, bien vale citar lo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene decantado:

“Los artículos 349 y 239 de los Códigos Penales de 1980 y 2000, respectivamente, exigen para la configuración de la conducta punible de hurto el apoderamiento de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro.

Eso significa que el momento consumativo del delito, como lo ha señalado la Corte en distintos pronunciamientos⁶ y ahora lo reitera, se produce cuando el sujeto activo de la conducta extrae el bien de la esfera de custodia de su dueño, poseedor o tenedor, con la intención de lucro pues de acuerdo con la norma no se requiere la materialización o logro de la utilidad o ganancia”

Aunque en la causa se probó que el agente salió del establecimiento de comercio con la lata de Milo y que en la recuperación del comestible fue necesaria la intervención de un empleado de la tienda, no es posible afirmar que el objeto material del ilícito salió de la esfera de protección y cuidado de su titular. La acción positiva y externa del empleado estuvo precedida del seguimiento visual al agente cuando salía del establecimiento.

En los términos de la jurisprudencia citada y del tenor del artículo 239 del Código Penal⁷, el hurto se perfecciona cuando el titular de la cosa mueble pierde toda posibilidad de cuidado y custodia sobre el objeto. En este caso,

⁶ . Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Entre otros, *auto* – Colisión 7.461, abril 20 de 1992, M.P., Jorge Enrique Valencia Martínez; *Sent* – Casación 10.644, mayo 6 de 1999, M.P., Carlos Augusto Gálvez Argote; *Sent.* – Casación 15.612, octubre 31 de 2002, M.P., Carlos Augusto Gálvez Argote; *Auto* - Colisión 22.490, junio 30 de 2004, M.P., Marina Pulido De Barón.

⁷ Artículo 239. Hurto. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Radicado: 05-001-60-00206-2015-55835
Procesado: Luis Enrique Barrios Peñata
Delito: Hurto calificado agravado.

aun en el poco tiempo y corto espacio que estuvo por fuera del almacén el comestible, contó con la atención de empelado y precisamente por ello el agente no consumó el hecho.

Se modificará la sentencia en este sentido para imponer al justiciable la pena del delito tentado, esto es, 6 meses de prisión. En igual cifra y atendiendo el criterio del *a quo*, se fija la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

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 PARCIALMENTE** la sentencia del 6 de octubre de 2017 por la cual el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, condenó a Luis Enrique Barrios Peñata por la comisión del delito de Hurto calificado agravado. **MODIFICA** la pena privativa de la libertad y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que se establece en 6 meses.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado