

EL HURTO Y SU CONSUMACIÓN EN COLOMBIA

**XIMENA AYALA LORZA
CESAR ANDRÉS GUARNIZO MAYOR**

Aprobado por: Yecid Echeverry Enciso

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2017**

EL HURTO Y SU CONSUMACIÓN EN COLOMBIA

**XIMENA AYALA LORZA
CESAR ANDRÉS GUARNIZO MAYOR**

Aprobado por: Yecid Echeverry Enciso

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2017**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	Pág. 4
1. PROVIDENCIAS Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	7
2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL	10
3. REFLEXIÓN FINAL	22
BIBLIOGRAFÍA	24

INTRODUCCIÓN

En un Estado Social y Democrático de Derecho la facultad sancionadora o *ius puniendi* es una de las herramientas con las cuales se protegen los intereses sociales que merecen defensa, también denominados bienes jurídicos de los ciudadanos, de la colectividad y del Estado, consagrándolos en delitos y las penas aplicables a los mismos. Para el tratadista Fernando Velásquez, esta herramienta en cabeza del Estado puede ser entendida como “*la potestad para declarar punibles determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la convivencia comunitaria, y les impone penas o medidas de seguridad, o ambas, a título de consecuencia jurídica*”¹. Igualmente sobre el tema expresó Ferrajoli: “*Nullum crimen nula poena sine legis stricta, scripta, praevia*”². Y es que, dentro de los intereses primordiales del Estado, se encuentra la propiedad privada, institución fuertemente protegida por la legislación punitiva a través de la imposición de sanciones a quienes atenten contra este derecho.

No obstante lo anterior, en Colombia ésta potestad es relativa, ya que se encuentra limitada por una serie de axiomas fundamentales como el principio de necesidad (artículo 3 del Código Penal), el principio de lesividad (artículo 11), el principio de dignidad humana (Artículo 1), el principio de igualdad (artículo 7), el principio de culpabilidad (artículo 12), el principio de proporcionalidad (artículo 3, Inciso 1º), entre otros que controlan la facultad de restringir el derecho a la libertad y los demás derechos que se derivan de su ejercicio pleno.

Dentro de los límites del *ius puniendi* se puede indicar como principales al principio de legalidad, cuya regla general establece que ‘nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa’³; el principio de culpabilidad, que determina la erradicación de todas las formas de responsabilidad objetiva y, el de subsidiariedad del derecho penal, dictaminando que éste es de *última ratio* y solo debe ser empleado cuando otros medios menos lesivos no hayan cumplido la finalidad de salvaguardar los bienes jurídicos.

En este marco de aplicabilidad del *ius puniendi*, encontramos los delitos contra el patrimonio económico, establecidos en el título VII de la Ley 599 de 2000, cuyo objeto radica en la protección efectiva de los bienes patrimoniales y los derechos adquiridos de los ciudadanos, siendo, entonces, legítimo que el Estado intervenga para su protección a través de mecanismos legales e

¹VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal*, p. 34.

²Véase Ferrajoli Luigi. *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid 2009, p.93-97.

³*Comentarios II, Estudios críticos de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Universidad de los Andes, 2016, “Los límites jurisprudenciales a la prescripción de la acción penal durante la etapa de juzgamiento”, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 21.10.2013 R 39611, MP Eugenio Fernández Cartier, Editorial Gustavo Ibáñez, pág. 38

institucionales. No en vano el Artículo 58 de la Constitución Política, dispone que “*se garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos*”, de donde se infiere que las bases de un acuerdo social garantizan la penalización de los comportamientos atentatorios del patrimonio de los individuos.

En este sentido, la penalización de las conductas que transgreden los bienes patrimoniales ajenos han sufrido transformaciones que van desde la subordinación a lo constitucional y legal como a otras situaciones de orden demográfico, institucional y socioeconómico que han ido mutando a través del tiempo conforme con las estadísticas reflejadas, indicativas de un traslado de población del sector rural al sector urbano del país durante los años cincuenta. En efecto, para 1951 ascendía a 11.500.000 habitantes con un territorio predominantemente rural y solo el 40% vivía en municipios, mientras que para 1964 su distribución se duplicó en el sector urbano⁴.

Ahora bien, a medida que el país se fue urbanizando, la ejecución de delitos contra el patrimonio registrados por la Policía Nacional, creció de manera exponencial, principalmente aquellos relacionados con la vulneración de bienes patrimoniales, tales como hurto, extorsión, estafa, abuso de confianza, entre otros. En el caso del tipo penal de hurto, que se encuentra en el Título VII, Artículos 239 a 242 del Código Penal - Ley 599 de 2000-, la percepción de aumento en las grandes ciudades y la ineffectividad de las políticas para controlarlo es una preocupación constante de las autoridades y de los gobernantes. De acuerdo con la tipificación de las conductas penales en Colombia en la vigencia 2015 la Policía Nacional registró 779.801 tipos penales de conformidad con el Código Penal, constituidos en dieciocho títulos, de los cuales seis de estos comprendieron el 81% del total de los crímenes registrados, entre ellos los delitos contra el patrimonio económico.⁵

Es así como en el registro del año 2015, los delitos de impacto social que afectaron la seguridad ciudadana, fueron agrupados en lesiones a personas, hurto a residencias, personas y comercio, hurto de vehículos y motocicletas, hurto sobre cabezas de ganado y entidades financieras y la modalidad de piratería terrestre, para un total registrado de 269.409 delitos, de los cuales, el caso específico del tipo penal de hurto comprendió al 81% (213.241) del total de 779.801, antes mencionado.⁶

Si se compara esta cifra del año 2015 (1 de Enero al 31 de Diciembre), con el año 2014, encontramos una diferencia en el aumento de delitos contra el patrimonio económico con una

4 Estudios estadísticos “*Los delitos contra el patrimonio en Colombia: comentarios sobre su cumplimiento en décadas recientes*”, Sandra Marcela Acero Soto, Bernardo Pérez Salazar - Revista Criminalidad Policía Nacional, pág. 61, Volumen 50, Bogotá, Junio 2008.

5Buitrago, J. R.& Norza, E (2016). Registros de la criminalidad en Colombia y autoridad operativa de la Policía Nacional durante el año 2015. Revista Criminalidad, 58 (2): 920

6Buitrago, J. R.& Norza, E (2016). Registros de la criminalidad en Colombia y autoridad operativa de la Policía Nacional durante el año 2015. Revista Criminalidad, 58 (2): 920.

variación del 6,86 % y un porcentaje de participación de 2014 a 2015 del 27,35%⁷, lo cual muestra un aumento, situación que pone de presente el incremento en el registro, específicamente el de hurto.

Es por ello, dadas las implicaciones de cometer estos hechos punibles en la sociedad, que se hace necesario determinar el momento de su consumación, para lo cual proponemos analizar dos providencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en las que se resolvieron recursos extraordinarios de casación en los procesos con Radicaciones No 21558 y 22164, de fechas 20 de Septiembre de 2005 y 05 de Febrero de 2007, respectivamente. Esto como una manera de abordar el tema del delito contra el patrimonio económico de hurto, por medio de hechos que acontecieron y que permiten un estudio acorde con la realidad en cuanto a su consumación, las diversas teorías que han sido elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia respecto del momento en que se puede hablar de la vulneración del bien jurídico del patrimonio económico.

Estas providencias proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia hacen viable el análisis de diversos temas relacionados con el delito de hurto, abordando tópicos como la consumación, el apoderamiento, la efectiva vulneración del bien jurídico tutelado, los cuales son relevantes para brindar una respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cuándo ha de entenderse consumado el delito de hurto contemplado en el artículo 239 de la Ley 599 de 2000? ¿Basta con la sustracción del bien para la vulneración del bien jurídico? ¿Cómo diferenciar los comportamientos ejecutorios propios de la tentativa y la consumación en sí? ¿Hasta dónde es viable perseguir el bien sin que se entienda que ha salido de la esfera jurídica de protección?

Para resolver los anteriores interrogantes, iniciaremos con los hechos de las providencias que serán analizadas y las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia, en un segundo momento, se abordarán análisis del tipo penal y, por último, realizaremos unas consideraciones finales.

7Buitrago, J. R.&Norza, E (2016). Registros de la criminalidad en Colombia y autoridad operativa de la Policía Nacional durante el año 2015. Revista Criminalidad, 58 (2): 920.

1. PROVIDENCIAS Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El primer caso se trata del proceso que se siguió por parte de la Fiscalía General de la Nación contra J. T. G. y J. A. V. M. como coautores de hurto calificado, agravado y falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso e igualmente cómplices de peculado por uso.⁸

Los hechos relatan que el día 11 de Enero de 2000, ambos hombres, quienes se desempeñaban como Fiscal Local de Florencia y antes Técnico Judicial II de la Fiscalía de Bogotá y Secretario de Notaria en su orden, fingieron ser Fiscal 106 Seccional de Bogotá y Agente del Ministerio Público. Bajo esas calidades simularon que debían realizar una diligencia de allanamiento y enseñando una orden judicial falsa, ante la Cooperativa Copservir obligaron a uno de los empleados de la misma a transportar una caja con 215 millones de pesos, salieron del lugar y abordaron un vehículo con el propósito de hurtar esta suma de dinero. Sin embargo, en ese momento la Policía actuó de manera eficaz, logrando la captura de las personas mencionadas en la Oficina de la Gerencia de la Cooperativa, quienes fueron aprehendidos junto con otras personas más.

En primera instancia el Juzgado 4 Penal del Circuito de Bogotá en sentencia del 29 de Julio de 2002, los declaró penalmente responsables y condenó a los señores mencionados como coautores de hurto calificado, agravado y falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso e igualmente cómplices de peculado por uso. Sus defensores apelaron dicha providencia y el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó, siendo objeto de recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Para efectos de resolver el recurso la Corte analizó en primer lugar los dos cargos de la defensa de J.T.G, de los cuales respecto al primero expresó básicamente que los artículos 349 y 239 de los Códigos Penales de 1980 y 2000, 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 y el momento consumativo del delito, por ello reiteró que éste 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 materialización o logro de la utilidad o ganancia.

Igualmente, se refirió a la guardia policial como a los mecanismos de seguridad que se valen las personas para la protección de sus bienes, los cuales por sí mismos no excluyen la posibilidad de la consumación del delito. Luego, en todos aquellos casos donde se contaba con algún sistema de vigilancia, que haya obstaculizado el escape de asaltantes y permitido su captura, no

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 21558 de fecha 20 de Septiembre de 2005, MP Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

necesariamente cabe la conclusión de estar cumplidos los requisitos de la consumación del delito. Pues esta se concreta con la comprobación de la salida del bien de la esfera de custodia de su dueño, poseedor o tenedor, aunque haya sido brevemente y no que el autor del hecho haya asumido el poder de control y disposición material sobre la cosa.

En cuanto al segundo cargo, del agravante de hurto, la alta Corporación dispuso que tampoco tenía posibilidad de prosperidad, pues éste no solamente se atribuyó por la invocación de la orden falsa de allanamiento sino también por la aducción de calidad supuesta y la simulación de autoridad, las cuales sirven para mantener la circunstancia específica de mayor punibilidad.

En segundo lugar, se analizó el cargo único del defensor de J.A.V.M., considerándose que hubo una falencia en la presentación del cargo, pues ninguna de las supuestas irregularidades fue objeto de desarrollo adecuado que permitiera a la Corte pronunciarse de fondo sobre el mismo. Por lo anterior, mediante decisión de Septiembre 20 de 2005, resolvió “*no casar la sentencia*”.

-El otro caso trata sobre la acusación que hace la Fiscalía General de la Nación contra R.N.P., como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado⁹.

Los hechos referenciados en la providencia indican que el día 05 de Marzo de 2000, en la ciudad de Tunja, en el momento que un habitante se disponía abordar un vehículo de servicio público fue interceptado por varios sujetos que, aprovechando su estado de alicoramiento, le esculcaron los bolsillos de su pantalón y su billetera sin encontrarle dinero o bienes de valor. Minutos después, el sr R.N.P y un adolescente fueron retenidos por la Policía, señalados de hacer parte del grupo que abordó al denunciante.

En primera instancia el Juzgado 3 Penal Municipal de Tunja dictó sentencia condenatoria, fallo que fue recurrido por el defensor y confirmado en segunda instancia. Dicho pronunciamiento fue objeto de recurso extraordinario de casación, con cargo único, respecto del cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia “casó” la sentencia de segunda instancia proferida el 19 de Agosto de 2003, por el Juzgado 5 Penal de Circuito de Tunja y en su lugar absolvió a R.N.P., del delito de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa por el cual había sido condenado mediante decisión de Febrero 05 de 2007, bajo los argumentos que pueden sintetizarse así:

Dijo la Sala respecto al delito imposible que éste no es punible en el derecho penal colombiano, no solo por los antecedentes de la norma frente a la tentativa, sino porque al seguir las tendencias modernas de un derecho penal de acto y de un derecho penal de la culpabilidad se eliminó cualquier posibilidad de atribución de responsabilidad penal a partir de lo que ha sido o es el actor y no de lo que realmente ha hecho. Así mismo, expresó la Corte, las dificultades aparentes frente a la fórmula

⁹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 22164 de fecha 05 de Febrero de 2007, MP Dr Alfredo Gómez Quintero.

de la tentativa en el supuesto de la carencia de objeto material, ya que hay ausencia de algún elemento del tipo objetivo y por ende deviene en una conducta atípica, esto es la imposibilidad de delito.

Expresan que igual ocurre con el hurto – artículo 239- cuyo objeto material lo constituye la “cosa mueble ajena”, luego si esta no existe no puede hablarse de tentativa de hurto, lo cual ocurrió en este caso. La víctima no fue despojada de dinero ni de bien con contenido pecuniario, la conducta es atípica en cuanto no puede encuadrarse en el tipo de hurto en su modalidad imperfecta, por lo cual cargo no prosperó y en su lugar absuelve al sr R.N.P. de la conducta penal que le fue imputada por la Fiscalía General de la Nación.

2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

El Código Penal colombiano consagra en el artículo 239 del Código Penal (Ley 599 de 2000), el tipo penal de Hurto.

*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 (**hoy treinta y dos (32) meses o ciento ocho (108) meses**).*

*La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años (**hoy dieciséis (16) meses a treinta y seis (36) meses**), cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Los artículos 240, 241 y 242 del mismo Código establecen lo concerniente al hurto calificado, las circunstancias de agravación y atenuación punitiva respectivamente.

2.1 Bien jurídico protegido o tutelado

Para comprender la estructura del tipo penal del Hurto, en primer lugar, se hace necesario estudiar el bien jurídico tutelado, que en el caso concreto, corresponde al patrimonio económico, incluido en el Título VII del Código Penal, el cual se ve lesionado cuando se materializan delitos como éste que atentan en general contra el ordenamiento jurídico y obstaculizan la armonía social de los habitantes.

En Colombia, el fundamento normativo de la protección al patrimonio económico se encuentra establecido en el artículo 58 de la Constitución Política, cuando ahí se indica que “*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles*”, siendo claro que es un deber del Estado brindar especial protección a la propiedad de las personas naturales o jurídicas. No obstante, la Constitución Política en dicho artículo hace referencia al vocablo “*propiedad*”, mientras que en artículos como el 42, 62, 63, 72, entre otros, menciona la noción de “*patrimonio*”, abriendo un interrogante: ¿Son conceptos equivalentes o diferentes? Y bajo el supuesto que sea diferente ¿Cuál debe ser empleado para la comprensión del delito de hurto?

La distinción realizada por la Constitución Política no es vana, pues diversos autores han debatido sobre cuál es el bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio económico y más específicamente, en el hurto. Así, José María Martínez Devesa, Miguel Bajo Fernández y Gonzalo Quintero Olivares¹⁰, entre otros, han sostenido que el bien jurídico que en efecto se protege es la propiedad sobre los bienes muebles y el valor económico que el derecho les asigna a estos, mientras

10 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Universidad Autónoma de Madrid. Tomo 64, Fasc. 1. Madrid, 2011, págs. 11-29. Apoyado en: <file:///D:/usuarios/5842944/Downloads/Dialnet-PuedeUnaPersonaJuridicaConocerLaAntijuridicidadDeL-4547901.pdf> (Tomado el 13 junio de 2017).

que autores, como Alberto Suarez Sánchez¹¹ y Francisco Muñoz Conde¹², aseveran que en últimas, lo que realmente se lesiona es la posesión o las relaciones posesorias legítimas, al verse interrumpido de manera abrupta los actos de señorío sobre los bienes muebles con significado económico, siendo la propiedad afectada únicamente de manera indirecta.

En este estadio, vale la pena diferenciar entre “*el bien jurídico tutelado*” y “*el objeto material*”, pues si bien parecen iguales, ambos conceptos tienen amplias diferencias teorías y prácticas. El primero ha cumplido un papel protagónico en la dogmática penal, ayudando en temas complejos como la clasificación de los delitos y sirve como límite al poder punitivo del Estado. Una noción acertada de lo que se puede entender por este, fue expresada por el autor alemán Franz Von Liszt, quien lo definió como “*un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico*”¹³, acepción de la cual se resalta que el bien jurídico es contextual, además de ser preexistente al ordenamiento normativo, pues este no lo crea como algo nuevo, sino que únicamente lo reconoce.

Por otra parte, el concepto de *objeto material*, también conocido por algunos autores como objeto material de la acción, hace referencia a la persona, cosa o categoría sobre la cual recae efectivamente la ejecución del delito, existiendo algunos donde no existe objeto material como una cosa en sí, pues el falso testimonio, la omisión del agente retenedor o la evasión fiscal en los que el objeto material recae en una categoría jurídica denominada IVA, Retención en la fuente o Impuestos. Al respecto, el ex magistrado del Tribunal Supremo de Argentina, Enrique Bacigalupo Zapater, indica que “*en los delitos de resultado, el resultado consiste, ante todo en la lesión de un determinado objeto, este objeto se denomina objeto de acción y no se debe confundir con el objeto de protección o bien jurídico que puede tener también una naturaleza ideal (...) Todos los delitos importan una lesión inmaterial (la del bien jurídico); sólo un número determinado de ellos requiere una lesión material (la del objeto de acción)*”.¹⁴

Siguiendo este lineamiento, un gran número de doctrinantes¹⁵ en materia penal han logrado establecer un consenso respecto a la idea que el objeto material no es equivalente al objeto de protección del ordenamiento normativo, sino que corresponde a uno de los elementos objetivos del tipo penal, aun cuando en la práctica guarde estrecha relación con el bien jurídico tutelado. De la lectura del Título VII del Código Penal Colombiano se puede establecer que la posición adoptada

11 SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. “Delitos contra el patrimonio económico”. En. Autores Varios. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 20011, p 795.

12 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*, pp. 317 y 318.

13 VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asía, adicionado con el *Derecho penal español* por Quintiliano Saldaña, t. II, 4a ed., Reus, Madrid, 1999, p. 6.

14 BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1994. p.p. 261.

15 Para ampliar al respecto véase: Hefendehl, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”. En: *La teoría del bien jurídico*, Marcial Ponds. Barcelona, 2007, pp. 180-181 y Amelung, Knut, “El concepto de bien jurídico en la teoría de protección penal de bienes jurídicos”. En: *La teoría del bien jurídico*, Marcial Ponds. Barcelona, 2007, p 244.

por el legislador sobre el bien jurídico protegido en el tipo penal de hurto corresponde al “*patrimonio económico*”, el cual puede ser definido como “*una universalidad de bienes pertenecientes a un titular, que incluye relaciones de derecho de significado económico patrimonial no solo sobre bienes materiales sino aun respecto de distintas relaciones de derecho apreciables económicamente, radicadas en un titular de ella*”¹⁶, distinto del concepto de propiedad, que de acuerdo a la doctrina abarca única y exclusivamente bienes materiales (muebles e inmuebles).

Así por ejemplo, en Sentencia del 21 de octubre de 2009, con ponencia del Magistrado Yesid Reyes Bastidas, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia adoptó la tesis de patrimonio económico como bien jurídico tutelado en el delito de hurto, determinando que “*Los delitos de lesión son aquellos que comportan la destrucción o mengua del bien jurídico protegido, como ocurre con los establecidos en los artículos 103 (homicidio - vida) o 239 (hurto - patrimonio económico) de la Ley 599 de 2000, respectivamente*”. Muñoz Conde¹⁷ También sigue este lineamiento, inclinándose por el concepto de patrimonio económico, al cual define como amplio e integrante del conjunto de derechos y obligaciones que tienen un valor económico y por ende son valorables en dinero, en contravía de la noción de propiedad, que resulta bastante restringida.

Con base en lo expuesto, y bajo el entendido que el bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico colombiano en el tipo penal de hurto es, en efecto, el patrimonio económico, nos planteamos el siguiente interrogante: ¿Cuándo se entiende efectivamente lesionada esa universalidad de bienes con valor económico? Si bien diversas teorías elaboradas por la doctrina han intentado dar respuesta a este interrogante, para efectos del presente trabajo encontramos importante definir, en primera instancia, los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, para posteriormente adentrarnos en su momento consumativo. En este sentido, dichos elementos se explican a continuación.

2.2 Elementos objetivos del tipo penal de hurto

Teniendo en cuenta que la diferencia entre *el bien jurídico tutelado*” y “*el objeto material*” ya fue explicada anteriormente, y con el ánimo de empezar a delimitar los elementos objetivos del tipo penal de hurto, se indicará que en este, el objeto material debe necesariamente ser corpóreo, tener un valor económico y ser susceptible de apropiación, atributos que han sido reunidos en el Código Penal Colombiano y por algunos doctrinantes como Cáceres Ruiz, Muñoz Conde y Sánchez Moreno¹⁸ en la expresión “*cosa mueble ajena*”.

16SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Delitos contra el patrimonio económico. En Lecciones de derecho penal. Parte especial. Bogotá: Universidad Externado, Bogotá, 793-839.

17 Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, 8º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 207.

18 Muñoz Conde, Derecho penal, cit. (n. 36), pp. 373 s.; Sánchez Moreno, El hurto, cit. (n. 36), p. 10.

Esta definición implica dos elementos importantes sobre la cosa, a saber: (1) Debe ser mueble, puesto que los bienes inmuebles no tienen capacidad de desplazamiento físico (aspecto en el cual se ahondará más adelante) y (2) Debe ser ajena, es decir, no debe pertenecer al sujeto activo que la hurta, entendiendo que este no se configura si la cosa es propia o si carece de dueño. Frente a este último elemento vale la pena diferenciar cuando la cosa es “*totalmente ajena*” o solo “*ajena parcialmente*”, pues si bien el Código Penal Colombiano en su artículo 239 no realiza esta distinción, algunos códigos como el argentino si la contemplan, entendiendo que en algunos casos puede existir lo que la doctrina denomina “*codominio*” sobre la cosa mueble ajena.

Frente al sujeto activo, entendido este como “*la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica*”, podemos indicar que este no es calificado y por ende nos encontramos frente a un delito impropio, pues el mismo artículo 239 hace referencia a “*el que se apodere de una cosa mueble ajena*”, pudiendo ser cualquier persona sin calificación especial alguna, excluyendo por obvias razones las personas jurídicas como sociedades comerciales o entidades sin ánimo de lucro como fundaciones o corporaciones, en aplicación del principio “*societas delinquere non potest*”, es decir, las personas jurídicas no pueden tener responsabilidad penal. Empero, la Ley 1778 de 2016 contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica para el caso del delito de Soborno transnacional. De otra parte, existen legislaciones donde, tratándose de hurto sobre bienes muebles, de los cuales el sujeto activo es parcialmente dueño, la disposición normativa sí exige una calificación especial referente a la calidad de socio, comunero, copropietario, entre otros.

Ahora bien, el sujeto pasivo corresponde a “*el dueño, poseedor o mero tenedor de la cosa mueble materia del apoderamiento*”,¹⁹ el cual para el caso colombiano tampoco está revestido de ninguna calificación especial por parte de la norma, sin embargo, su ámbito es más amplio y se debe realizar una diferenciación que resulta clave, pues las personas naturales, las jurídicas y hasta el mismo Estado pueden ser objeto de hurto, además que en algunos casos el sujeto pasivo sobre el cual recae la acción puede no ser equivalente al sujeto pasivo titular del bien jurídico protegido. Pensemos, por ejemplo, en el padre que le presta el carro a su hijo cuando se dirige a recoger a la novia y este último es víctima de hurto (sobre el vehículo), o el empleado de la tienda de joyas que mediante el uso de la fuerza es obligado por el delincuente a entregar parte de la mercancía del establecimiento.

Como puede observarse, en ambos casos el delito recae sobre personas que no son los titulares del bien jurídico protegido, pues en últimas, quienes terminan sufriendo la disminución en su patrimonio, son el padre y los propietarios de la tienda de joyas respectivamente, aun cuando éstos ni siquiera estuvieron presentes al momento de presentarse el apoderamiento de la cosa. No obstante, en lo que concierne al tipo penal de hurto, se debe indicar que este no solo está compuesto por los elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa que fueron previamente explicados, sino que su proceso causal se encuentra estrechamente ligado a la voluntad del agente

19 SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Delitos contra el patrimonio económico. En Lecciones de derecho penal. Parte especial. Bogotá: Universidad Externado, segunda edición.

que lo ejecuta, la cual, resulta más difícil de probar por no poder ser percibida a través de los sentidos. Con base en lo anterior, en el siguiente punto nos ocuparemos de los elementos subjetivos de este injusto, contenidos en el dolo como elemento de culpabilidad y en el ánimo de lucro como componente de la tipicidad.

2.3 Elementos subjetivos del tipo penal de hurto.

Para adentrarnos en el estudio de los elementos subjetivos del tipo penal de hurto, debemos partir de la base que el artículo 29 de la Constitución Política indica que: *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”*, lo cual implica que la existencia de la responsabilidad penal requiere que la conducta desplegada por el autor deba realizarse, con dolo, culpa o preterintención, no siendo suficiente que ésta resulte adecuada a alguno de los tipos penales previamente definidos por el legislador (tipicidad), aun cuando se logre lesionar materialmente el bien jurídico protegido (antijuridicidad).

En efecto, a diferencia de otras legislaciones, en Colombia el derecho penal es culpabilista, naturaleza que se encuentra expresada por los artículos 9 y 12 de la Ley 599 de 2000 y en variados pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional,²⁰ en los cuales se resalta la proscripción y erradicación de todas las formas de responsabilidad objetiva y la necesidad de realizar un juicio de valor respecto de la conducta del indiciado. La concepción del tipo penal de hurto en el ordenamiento jurídico del país, no es ajena a la naturaleza culpabilista antes explicada, pues del texto del artículo 239, se puede extraer la necesidad de que el autor tenga *“el propósito de obtener provecho para sí o para otro”*.

El referido propósito de obtener ventaja para sí o para otro, conduce la existencia de dos elementos, contenidos en el *“dolo”* y el *“ánimo de lucro”*, los cuales no deben ser confundidos, pues aun cuando ambos son subjetivos y resultan necesarios para establecer la existencia de responsabilidad penal, su ubicación dentro de los estadios de la teoría del delito es distinta. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia acoge la diferencia existente entre estos elementos, indicando en Sentencia de fecha 16 de mayo de 2007 que: *“una cosa es la finalidad perseguida con un delito, otra distinta la intención de cometerlo. Aquélla es el propósito que persigue el agente con la conducta el aprovechamiento o lucro del bien, su utilización, la eliminación del adversario, etc. Mientras que la intención es simplemente el conocimiento y voluntad de realizarla (dolo)”*.²¹

La existencia del dolo, debe ser necesariamente integrada y analizada como elemento de la culpabilidad, y, como ya varios autores lo han determinado, este elemento comprende la previsión,

20 Al respecto, se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional. Sentencia T – 811 de 2004. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño; C – 370 de 2002. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett; C-829 de 2014. M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. y T – 009 de 2007 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 23934 de fecha 16 de mayo de 2007, MP Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

conocimiento, representación del acto típicamente antijurídico y en igual medida el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del delito. Para efectos metodológicos, entenderemos el dolo como: “*la realización de un hecho constitutivo de infracción penal con concreto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción*”²², definición que contiene el núcleo mínimo de consenso al que pudo llegar gran parte de la doctrina, por englobar los elementos cognoscitivo y volitivo del mismo y que fue construida a partir de la regulación del error de tipo, bajo el entendido que “*cuando una persona obra sin error, es claro que obra dolosamente, pues el dolo se excluye solo cuando existe un error sobre los elementos objetivos del tipo*”²³.

Respecto al elemento intelectual o cognoscitivo del dolo, basta con indicar que este corresponde a una “*conciencia precisa y actual de los elementos del tipo*”²⁴, conciencia que debe abarcar un auténtico conocimiento, pues para algunos autores el simple conocimiento no agota las exigencias de la imputación dolosa. De otro lado, el elemento volitivo ha sido aceptado por gran parte de la Doctrina Española, Alemana e Italiana, siendo la opinión dominante que “*el dolo no es solo conocer, sino también querer la realización de un tipo penal*”²⁵. Conjugando los dos elementos, podríamos afirmar que para probar la existencia del dolo en un proceso judicial adelantando por el delito de hurto calificado (Art 240 de la Ley 599 de 2000), será necesario establecer: (I) Que el sujeto activo conocía que la cosa mueble de la cual se apoderaba era ajena; (II) Que dicha conducta era constitutiva de delito, y (III) Que pesar de ello tuvo la voluntad de realizar los elementos del tipo penal, por ejemplo, mediante violencia o colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, entre otros.

Teniendo claridad frente al elemento del dolo, y con el ánimo de brindar una explicación que resulte igual de acertada frente segundo elemento subjetivo, debemos dar respuesta al siguiente interrogante ¿De qué modo podemos definir el ánimo de lucro en el delito de hurto? Como elemento subjetivo del tipo penal, gran parte de la doctrina lo ubica en sede de tipicidad y si bien algunos teóricos lo conciben en sentido lato como “*la ganancia, beneficio, utilidad o provecho que se saca de algo*”²⁶, se debe indicar que dicho concepto fue ampliamente rechazado por la doctrina dominante, teniendo en cuenta que: (I) Dejaba muy abierto el concepto de lucro, pudiendo incluirse ventajas sociales, políticas o de otra índole que nada tienen que ver con aspectos patrimoniales; (II) No incluía el carácter de definitivo, el cual resulta de vital importancia pues no se podría predicar

²² RAGUES I VALLES. Ramón. La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa. Tesis doctoral Departamento de Derecho. Universitat Pompeu Fabra. 1998. Pág. 25.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 31 de diciembre de 1996, Magistrado Ponente Enrique Bacigalupo Zapater.

²⁴ LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal, Parte General I, Madrid. 2ª edición. 2012. Pág. 411.

²⁵ RAGUES I VALLES. Ramón. La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa. Tesis doctoral Departamento de Derecho. Universitat Pompeu Fabra. 1998. Pág. 27.

²⁶ Este concepto de ánimo de lucro es rechazado por la doctrina dominante, pues deja muy abierto el concepto de lucro, pudiendo incluirse ventajas sociales, políticas o de otra índole que nada tienen que ver con aspectos patrimoniales.

la existencia de este elemento si el apoderamiento de la cosa es temporal o transitorio, y (III) No tenía el carácter de directo, en el sentido de no ir conectado a la posesión de la cosa mueble que es el objeto material del delito.

En diversos pronunciamientos, el Tribunal Supremo Español sostuvo el debate existente en torno al concepto lato y estricto del ánimo de lucro, y cuál era el que se exigía para la materialización del delito de hurto. Las diferentes apreciaciones expuestas por los magistrados fueron condensadas en la Sentencia No. 368 del 10 de marzo de 2000, en la cual el ponente Enrique Bacigalupo Zapater, indicó que en los delitos de robo²⁷ y hurto “*el ánimo de lucro se agota en el «ánimus rem sibi habendi», es decir, en el propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa, al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio*”.

En Colombia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia apoyada en la doctrina también ha venido construyendo su propia noción de ánimo de lucro, argumentando que este solo se puede predicar material y jurídicamente si aquello que se pretende hurtar no es propio²⁸, además de resaltar la importancia de probar la existencia del mismo para la consumación del delito de hurto. Bajo este lineamiento, sentencias como la con radicación No 31154 del 05 de noviembre de 2010 han establecido que “*la consumación del hurto está condicionada, en cada caso concreto, a que con la conducta se realicen los elementos típicos, esto es, voluntad de apoderamiento, previa su representación, acompañada del ánimo de lucro*”²⁹.

En igual sentido, la doctrina española y alemana han llegado a un consenso respecto al concepto de lucro, concretándolo a modo de “*cualquier mejora de carácter patrimonial*” y delimitándolo en los delitos de hurto y de robo, como “*la introducción fáctica definitiva en el patrimonio del agente de la cosa con su valor y utilidad*”³⁰. Para los efectos que persigue el presente trabajo, nos inclinamos por una noción estricta del ánimo de lucro, que incluya la existencia de la ventaja patrimonial para la consumación del tipo penal de hurto, pues consideramos que la interpretación amplia que pretende parte de la doctrina dificulta la tarea de probar el elemento subjetivo.

En ese sentido, acogemos, por reunir dichas características la noción propuesta por el profesor español José María Rodríguez Devesa, quien lo define como: “*el propósito de obtener un provecho*

²⁷ El tipo penal de robo, contemplado por la Doctrina Española, es denominado en Colombia como: “*hurto calificado*”, y se ubica en el artículo 240 de la Ley 599 de 2000.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 31946 de fecha 24 de febrero de 2010, MP Dr. Javier Zapata Ortiz.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 31154 de fecha 05 de noviembre de 2010, MP Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

³⁰ BAJO FERNANDEZ. Miguel. Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. Revista de Derecho Público, 11 (1976) 1, p. 50.

*económico, contemplado desde el punto de vista del agente*³¹, entendiendo ese provecho económico como la adquisición de una cosa, valorable en dinero, a modo gratuito o por un precio inferior al que se debía satisfacer para su obtención, resultante en una ventaja de naturaleza patrimonial. Con esto, hemos concluido la labor de exponer los elementos objetivos y subjetivos del hurto, por lo cual, a continuación se procederá a explicar el momento consumativo del mismo, tomando como base las diferentes hipótesis doctrinales que han intentado dar respuesta a dicho interrogante y desarrollando algunos pronunciamientos emitidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que permiten dilucidar la posición de ésta Corporación frente a la misma.

2.4 Tipificación

Tal como se mencionó, diversas teorías elaboradas por la doctrina intentaron dar respuesta al interrogante de cuándo se entiende consumado el tipo penal de hurto, desde las que lo han entendido materializado simplemente con el tocamiento o colocamiento de la mano sobre la cosa “*aprehensio rei*”, hasta otras que refieren la necesidad de remoción de la cosa de un lugar a otro “*amotio rei*”, llevarla a lugar seguro “*illatio rei*”, o el traslado de la misma por fuera de la esfera de custodia del titular “*ablatio rei*”. Tratadistas como Juan Pablo Ramos y Alberto Suarez Sánchez³², han indicado que la mención de estas teorías tradicionales en los textos de derecho penal se realiza “*solo a efectos de recordar unas de tantas teorías existentes en la materia del apoderamiento*”³³, puesto que resultaban exageradas en inconsistentes, además de no ser suficientes para explicar el verdadero momento consumativo del apoderamiento.

Al resultar insuficientes las teorías tradicionales, surgieron las denominadas “*teoría del desapoderamiento*” y la “*teoría de la disponibilidad*” o “*posibilidad física de disponer*”. La primera, fue acogida por autores como Ricardo C. Núñez, y es concebida como “*el desapoderamiento del agraviado con intención del delincuente de apoderarse de la cosa ajena*”³⁴ indicando que el perfeccionamiento del hurto no exige actos dispositivos sobre la cosa por parte del sujeto activo y se da cuando “*con la intención de apoderarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al ofendido, quitándosela o sacándola de su esfera de poder o custodia*”³⁵, es decir, está ya no es portada o conducida por la víctima, lográndose que el bien que hacía parte integrante del patrimonio del titular ya no lo integre más.

³¹ BAJO FERNANDEZ, Miguel. Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. Revista de Derecho Público, 11 (1976) 1, p. 52.

³² SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Delitos contra el patrimonio económico. En Lecciones de derecho penal. Parte especial. Bogotá: Universidad Externado, segunda edición. Pág. 12.

³³ JUAN PABLO RAMOS, Curso de derecho penal, t. VI, Buenos Aires, Edit. Biblioteca Jurídica Argentina, 1944, pág. 63.

³⁴ VALENCIA, Jorge Enrique. La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal. Nuevo Foro Penal, Núm. 18 (1983) colombiano. Pág. 698.

³⁵ NUÑEZ, Ricardo. Derecho Penal Argentino. Parte Especial. Tomo V. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1967, p 181.

Al respecto, debemos tener en cuenta que en Colombia el artículo 239 del Código Penal describe la acción típica del hurto con el verbo rector “*apoderar*”, que es distinto de “*sustraer*”, y que de acuerdo con el tratadista Luis Cáceres Ruiz, corresponde a “*un desplazamiento físico de la cosa del ámbito de poder patrimonial del sujeto pasivo, al ámbito de poder patrimonial del sujeto activo*”.³⁶ Ese desplazamiento físico siempre debe tener como resultado lo que la doctrina ha denominado “*desapoderamiento o desposesión*”,³⁷ fenómeno que se produce en el sujeto pasivo del delito de hurto y que trae como consecuencia la libre disponibilidad del bien mueble por parte de quien lo sustrajo (obtención de una ventaja patrimonial), incluso generando una nueva posesión con actos de señor y dueño sobre el mismo. Cabe resaltar, que el desplazamiento de la cosa lo puede realizar el sujeto activo del delito de hurto por sí mismo o valiéndose de medios o instrumentos que también posibilitem la sustracción del bien, como otras personas, animales, o dispositivos mecánicos.

La “*teoría del desapoderamiento*” fue aplicada por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 31 de agosto de 2009, mediante la cual se terminó revocando la providencia dictada el 21 de Noviembre de 2008 por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad y condenando al señor Javier Mario Ochoa Zapata – quien había sido absuelto en primera instancia -, a la pena principal de 74 meses y 20 días de prisión por el punible de hurto calificado y agravado. Los hechos que dieron lugar al mencionado fallo, tuvieron lugar el día 20 de enero de 2006, cuando el señor José Alfredo Castaño Lopera se dirigía a su casa en el vehículo de placas XYZ 999, cargado con varias cajas de cigarrillos y comestibles. Al llegar, escuchó que reventaron las amarras de la mercancía y observó a un hombre bajar con una de las pacas de cigarrillos y abordar una moto que lo esperaba. José Alfredo Castaño emprendió la persecución y logró alcanzarlos y arrollarlos con su vehículo, haciéndoles perder el equilibrio. Aunque aquél que sustrajo la paca de cigarrillos logró huir, el conductor de la moto fue capturado e identificado como Javier Mario Ochoa Zapata.

Aun cuando el abogado defensor argumentó en reiteradas ocasiones que el delito de hurto no se había consumado, pues este evento solo se da “*cuando el sujeto agente ejecuta el desplazamiento de la cosa a su ámbito de poder, con lo cual destruye de hecho la relación posesoria del sujeto pasivo y establece una nueva de contenido fáctico*”, lo cierto es que el Tribunal Superior de Medellín si evidenció la materialización del mismo, teniendo en cuenta que fue claro el apoderamiento hecho por los sujetos de la paca de cigarrillos conduciendo a que la misma saliera de la esfera y dominio de su propietario, dado que los asaltantes lograron despojar de ese bien a la víctima. En efecto, el Tribunal encontró que la conducta de hurto calificado agravado se consumó, pues, sin lugar a duda, “*la caja que contenía los cigarrillos salió de la esfera de dominio de la víctima en tanto fue sustraída por el copartícipe*”.

36 CACERES RUIZ, Luis. Delitos contra el patrimonio: aspectos penales y criminológicos, Madrid, 2005, pág. 79.

37 DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, tomo II – B, Buenos Aires, 2001, pág. 32.

En algunos momentos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia también dio aplicación a esta tesis, entendiendo que la efectiva lesión del patrimonio económico se generaba cuando el sujeto activo sustraía la cosa mueble de la esfera de dominio del sujeto pasivo o la desplazaba de su ámbito de poder patrimonial, haciéndose de manera ilegal a la relación posesoria. Así, por ejemplo, en Sentencia de Casación No. 36299 de fecha 15 de febrero de 2012 indicó que: *“como se recuerda, acerca del momento consumativo del hurto se han expuesto diversas teorías, empezando por la del simple contacto físico con la cosa, pasando por la de su remoción y siguiendo por la de su aseguramiento. Empero, modernamente se tiene por aceptada aquella según la cual la consumación ocurre cuando la cosa es sacada de la esfera de vigilancia u órbita de custodia de su dueño, poseedor o tenedor.”*³⁸

En dicha sentencia, la Magistrada Ponente, siguiendo los lineamientos previamente establecidos en la Sentencia de Casación No. 21558 del 20 de Septiembre de 2005, consideró lesionado el patrimonio económico *“cuando los asaltantes extrajeron los bienes de la casa del señor Mopán y huyeron de allí en un vehículo automotor, momento a partir del cual su propietario perdió la disponibilidad de los mismos”*, es decir, cuando ocurrió el fenómeno de la desposesión y los asaltantes pudieron tener la libre disponibilidad sobre el vehículo (así no hicieran uso de ella) con ánimo de lucro *“animus lucrandi”*, independientemente de que el mismo siguiera figurando en el registro de tránsito a nombre del sujeto pasivo.

En contraste, la *“teoría de la disponibilidad”* o también conocida como *“posibilidad física de disponer”* fue ampliamente desarrollada por autores como Jorge Frías Caballero, Rafael García Zavália y Ernesto J. Ure, exigiendo como elemento esencial la disponibilidad mínima del sujeto activo del delito sobre la cosa mueble ajena, una vez se ha presentado el traslado de la misma a un lugar seguro, por fuera de la custodia del poseedor. En palabras de Sebastián Soler, esta tesis corresponde a *“la posibilidad inmediata de realizar sobre la cosa actos dispositivos”*³⁹, posibilidad que solo se tiene después del efectivo apoderamiento, pues, antes de este, la cosa mueble se encontraba bajo la esfera de dominio de su titular.

Los elementos de (I) Apoderamiento material de la cosa con ánimo de señor y dueño; (II) Incremento patrimonial que se genera en el sujeto activo o en terceros y (III) Posibilidad material de ejercer actos dispositivos sobre el objeto del hurto, que conforman la *“teoría de la disponibilidad”*, ya habían sido acogidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000. Así por ejemplo, en Sentencia 10644 del 06 de mayo de 1999, la Sala Penal aplicó estos elementos para no casar la providencia proferida el 3 de enero de 1995, por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual se confirmó el fallo proferido en primera instancia, por el Juzgado Sesenta y Dos Penal del Circuito de esa

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación 36299 del 15 de febrero de 2012, MP María del Rosario González Muñoz.

39 SOLLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1993, Pág. 39.

misma ciudad, condenando al señor Jorge Eliecer Pérez Cifuentes, a la pena principal de 48 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de los perjuicios ocasionados como autor del delito de hurto calificado y agravado.

En sede de casación, el abogado defensor argumentaba que la Corporación había otorgado un alcance erróneo al verbo *apoderar*, el cual resulta de vital importancia para la adecuación típica del hurto y su consecuente consumación, teniendo en cuenta que la policía había evitado que los asaltantes superaran las paredes del Banco Davivienda y, por tanto, *“debía entenderse que el dinero no salió de la esfera de protección y vigilancia de la entidad y en tales condiciones, el procesado y sus compañeros de delincuencia no pudieron disponer del objeto material del ilícito, habiendo quedado su comportamiento en el grado de tentativa, pues lo que hubo fue un desapoderamiento pero no el apoderamiento, lo cual no significa que el hurto se consumó”*.⁴⁰

Sin embargo, después de un análisis riguroso sobre las diversas teorías que han tratado de precisar el momento consumativo del apoderamiento, en dicha sentencia se concluyó que el delito de hurto si se terminó consumando, pues si bien el actuar de la policía impidió que los asaltantes pudieran salir de la edificación con el dinero sustraído, los empleados del Banco - como titulares del mismo - ya no podían ejercer los correspondientes actos de señor y dueño, pues la violencia de los delincuentes cercenó la posibilidad de seguir manteniendo la custodia y, a renglón seguido, la Sala Penal hace uso de la *teoría de la disponibilidad*, al encontrar probado que el señor Jorge Eliecer Pérez Cifuentes intentó sobornar, con parte del dinero sustraído, a uno de los policías que efectuaron las requisas, indicando que con este actuar, quedaba plenamente demostrada la disposición mínima que estaba ejerciendo el procesado sobre el dinero (auténtico apoderamiento) y, por ende, la consumación del delito.

Esta teoría, también fue empleada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Proceso No. 22412 del 24 de enero de 2007, donde se decidió “no casar” la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 24 de enero de 2002, que había condenado al señor Fernando Botero Zea a la pena principal de 30 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación de funciones públicas por el mismo lapso, por haberlo encontrado responsable del delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía. Los hechos que desencadenaron la mencionada condena aluden que Botero Zea recibió donaciones en moneda extranjera (dólares), para el financiamiento de la Campaña Samper Presidente, de importantes empresas como la Federación Nacional de Cafeteros, Mitsui Trading Corporation, Ower Seases Corporation, que fueron canalizados en sus cuentas corrientes personales en entidades financieras extranjeras como Barclis Bank, New York Bank y Morgan Garanty Trust.

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 10644 del 06 de mayo de 1999, MP Carlos Augusto Gálvez Argote.

Posteriormente, se trajo al país la suma de un millón de dólares que una vez convertidos en pesos nacionales le sirvieron para realizar algunas operaciones en la Bolsa de Valores, terminaron invertidos en la compra de una finca en el municipio de Tabio (Cundinamarca) por la suma de \$ 490.500.000, otro tanto en sus cuentas personales y en la Empresa Comercial Patrimonio LTDA, de la cual era socio con su familia, razón por la cual el 17 de mayo de 2001, la Fiscal 14 Seccional lo acusó como presunto autor responsable de un delito de hurto agravado por la confianza, decisión que fue confirmada por la Fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Si bien la defensa en sede de casación argumentó que existía un error en la denominación jurídica de la conducta, pues para ésta el delito correspondía al abuso de confianza y no al de hurto agravado por la confianza, la Sala Penal en sede de casación indicó que *“los aportes a las campañas políticas a través de donaciones (...), no entregaron la nuda propiedad sobre sus dineros, sino que la transfirieron, de manera que al disponer el procesado a su antojo de ellos se apropió de cosas ajenas, pues desconoció y negó la persona jurídica de cuyo patrimonio hacían parte, sin tener la capacidad jurídica para hacerlo”*. (El subrayado es propio y no hace parte integrante del texto original).

La anterior sentencia, también sirve de fundamento para delimitar la diferencia entre el momento consumativo del hurto, con el del tipo penal de abuso de confianza establecido en el Artículo 249 de la Ley 599 de 2000. En efecto, aun cuando ambos delitos protegen el patrimonio económico como bien jurídico tutelado, en el primer caso la conducta se tipifica cuando el tenedor precario decide de manera arbitraria no devolver al tradente la cosa, quien el sujeto pasivo se la ha entregado por un título no traslativo de dominio, defraudando su confianza, mientras que en el evento del hurto lo que se reprocha para agravar la pena es el haberse aprovechado de la confianza dada por el propietario, poseedor o tenedor de la cosa para que le sea más fácil al delincuente su ilegal apoderamiento y, por ende, su posterior disponibilidad.

Los pronunciamientos relacionados, permiten evidenciar que la tesis acogida por la Corte Suprema de Justicia corresponde a la denominada *“teoría de la disponibilidad”*, no solo por erigirse como la más conforme a las exigencias establecidas por el derecho penal vigente, sino por permitir la solución de los casos dudosos de hurto que se presentan en un país con un nivel alto de criminalidad como Colombia, incluyendo y aplicando el principio de lesividad o de antijuridicidad material, establecido en el Artículo 11 de la Ley 599 de 2000 y, evitando que los jueces de instancia tengan que acudir a las desuetas teorías tradicionales para poder establecer el momento consumativo de este tipo penal.

3. REFLEXIÓN FINAL

Teniendo en cuenta lo expuesto, debemos retomar las dos providencias objeto de estudio, en las cuales Corte Suprema de Justicia-Sala Penal decide en la primera de ellas “no casar la sentencia” declarando penalmente responsables a los señores J.T.G y J.A.V.M, como coautores de hurto calificado, esgrimiendo que sí hubo consumación de éste delito, basados en que el sujeto activo de la conducta extrajo el bien de la esfera de custodia de su dueño, poseedor o tenedor con la intención de lucro, sin que se requiriera materialización o logro de la utilidad o ganancia. En el segundo caso, la alta Corporación “casó la sentencia”, bajo los argumentos de la carencia de objeto material, ya que se consideró la ausencia de algún elemento de tipo objetivo y, por ende, devino una conducta atípica, es decir, imposibilidad de delito de hurto, dado que la víctima no fue despojada de dinero, ni de bien de contenido pecuniario por carencia de los mismos.

Al respecto, no hay duda alguna al señalar que la alta Corporación, a través de estos casos, decide acoger la “*teoría del desapoderamiento*”, que implica para su configuración: a) el apoderamiento material de la cosa con ánimo de señor y dueño, b) el incremento patrimonial que se genera en el sujeto activo o en terceros y, c) la posibilidad material de ejercer actos dispositivos sobre el objeto del hurto. Con base en lo anterior y para los efectos que nos propusimos de resolver varios interrogantes, verbigracia, de cuándo ha de entenderse consumado el delito de hurto contemplado en el artículo 239 de la Ley 599 de 2000 y si basta con la sustracción del bien para la vulneración del bien jurídico, éstos se resuelven con este estudio al expresar que la efectiva lesión del patrimonio económico se genera cuando el sujeto activo sustrae la cosa mueble de la esfera de dominio del sujeto pasivo o la desplaza de su ámbito de poder patrimonial, haciéndose de manera ilegal a la relación posesoria, impidiendo mantener la custodia del bien y sin poder ejercer los correspondientes actos de señor y dueño. Allí queda demostrada la disposición mínima (apoderamiento) y la consumación del delito.

En estos casos, el sujeto pasivo de hurto (dueño, poseedor o mero tenedor), trae una ventaja patrimonial para quien sustrae el bien mueble, que sale de la esfera de dominio de éste, generando posesión con actos de señor y dueño (sujeto activo).

En ese sentido, adoptamos esta tesis e igualmente consideramos que el Derecho Penal no puede desatender las realidades políticas y sociales del país, que hacen necesaria la existencia de este tipo penal que denoten un interés del Estado Social de Derecho y de la sociedad en conservar un contexto político, jurídico y social, que permita garantizar unas condiciones mínimas de vida en colectividad. En la medida en que determinadas conductas pongan en riesgo la convivencia de los individuos, las comunidades se verán limitadas para ejercer sus derechos como ciudadanos sin obstáculos por parte de terceros.

De otra parte, la norma y el respeto por la ley deben marcar la política criminal del Estado, pero no se pueden abandonar los postulados fundamentales del Derecho Penal contemporáneo que son finalmente, una garantía de justicia y proporcionalidad para el ciudadano⁴¹.

Es el juez quien tiene el deber de constatar si un acto crea peligro para el bien jurídico tutelado y la jurisprudencia objeto de estudio, así lo satisface. Para estos casos la exigencia primordial debe ser combatir con éxito el delito de hurto, donde prima el interés general determinando en cada caso cuándo se entiende efectivamente lesionado y consumado. Pues para la Corte Suprema de Justicia, hay desapoderamiento una vez se produce el despojo del bien de su legítimo titular, poseedor o tenedor y se presenta el apoderamiento por parte del sujeto activo, manifestado en la posibilidad mínima de disposición del bien. De no operar una posibilidad de ejercicio de la disposición del bien por parte del sujeto activo, estaremos en presencia de un conato o tentativa. De ahí que, si el titular, poseedor o tenedor legítimo del bien puede perseguirla por no haber salido de su esfera de protección o custodia, dado que el despojo no ha alcanzado a ocurrir, estaremos en tentativa.

⁴¹ Al respecto señala Frank VON LISZT: “El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”. VON LISZT, Frank. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Editorial Anthropos. Barcelona. 2005.

BIBLIOGRAFÍA

ACERO SOTO, Sandra Marcela. PEREZ SALAZAR, Bernardo. Estudios estadísticos “*Los delitos contra el patrimonio en Colombia: comentarios sobre su cumplimiento en décadas recientes*”. En: Revista Criminalidad. Policía Nacional. Vol. 50, Bogotá, 2008.

AMELUNG, Knut, “El concepto de bien jurídico en la teoría de protección penal de bienes jurídicos”. En: *La teoría del bien jurídico*, Marcial Ponds. Barcelona, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1994.

BAJO FERNANDEZ. Miguel. Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. Revista de Derecho Público. No. 11. Chile. 1976.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Universidad Autónoma de Madrid. Tomo 64, Fasc. 1. Madrid, 2011, págs. 11-29. Apoyado en: <file:///D:/usuarios/5842944/Downloads/Dialnet-PuedeUnaPersonaJuridicaConocerLaAntijuridicidadDeL-4547901.pdf> (Tomado el 13 junio de 2017).

BUITRAGO, J. R.& NORZA, E (2016). Registros de la criminalidad en Colombia y autoridad operativa de la Policía Nacional durante el año 2015. Revista Criminalidad. Nro. 58. Vol. Bogotá, 2016.

CACERES RUIZ, Luis. Delitos contra el patrimonio: aspectos penales y criminológicos, Madrid, 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 811 de 2004. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño;

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 370 de 2002. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett;

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-829 de 2014. M.P. Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 009 de 2007 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 23934 de fecha 16 de mayo de 2007, MP Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 10644 del 06 de mayo de 1999, MP Carlos Augusto Gálvez Argote.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 21.10.2013 R 39611, MP Eugenio Fernández Cartier, Editorial Gustavo Ibáñez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 21558 de fecha 20 de Septiembre de 2005, MP Dr Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 22164 de fecha 05 de Febrero de 2007, MP Dr Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación 36299 del 15 de febrero de 2012, MP María del Rosario González Muñoz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 31946 de fecha 24 de febrero de 2010, MP Dr. Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad 31154 de fecha 05 de noviembre de 2010, MP Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, tomo II – B, Buenos Aires, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Madrid 2009.

HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”. En: *La teoría del bien jurídico*, Marcial Ponds. Barcelona, 2007.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal, Parte General I, Madrid. 2ª edición. 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal, Parte Especial”, 8º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 207.

NUÑEZ. Ricardo. Derecho Penal Argentino. Parte Especial. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1967.

RAGUES I VALLES. Ramón. La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa. Tesis doctoral Departamento de Derecho. Universitat Pompeu Fabra. 1998. Pág. 25.

RAMOS, Juan Pablo. Curso de derecho penal, t. VI, Buenos Aires, Edit. Biblioteca Jurídica Argentina, 1944, pág. 63.

SOLLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1993.

SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. “Delitos contra el patrimonio económico”. En. Autores Varios. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sentencia del 31 de diciembre de 1996, Magistrado Ponente Enrique Bacigalupo Zapater.

VALENCIA, Jorge Enrique. La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal. Nuevo Foro Penal, Núm. 18. Bogotá. 1983.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General. Editorial Comlibros. Bogotá. 2009.

VON LISZT, FRANK.: “El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”. VON LISZT, Frank. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas.* Editorial Anthropos. Barcelona. 2005.

VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho penal, trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asía, adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, t. II, 4a ed., Reus, Madrid, 1999.