

LA TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO

CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA

**Egresado de la Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas
de la U. P. B.**

LA TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO

Dr. Carlos Mario Molina Arrubla

1. Introducción

Tradicionalmente habíamos sido críticos acervos del presunto análisis profundo en torno a la figura penal del "Hurto", llegando a sostener que este tipo penal consignado por nuestro Estatuto Punitivo Nacional, no era material suficiente como para dar pie a sesudas discusiones, dada la nitidez de la redacción de la norma en tratamiento. Sosteníamos que el examen de esta figura penal se reducía al mero y simple estudio de sus elementos fundamentales, como lo eran la determinación de lo que debía entenderse por "Apoderamiento" (en donde hacían su aparición las teorías que pretendían dilucidar tal punto, como lo son las de la *aprehentio rei*, la *amontio*, la *oblatio*, la *illatio* y la *locupletacio*); así como lo que venía a constituir una "cosa mueble", que fuese "ajena", y, finalmente, lo que era el "propósito de aprovechamiento". No obstante, los avatares del estudio de las ramas jurídico penales nos obligan a reevaluar y rectificar nuestra anterior posición, debiendo aceptar que la figura típica del Hurto sí es material suficiente como para servir de contenido crítico a profundas discusiones y disquisiciones en el campo del Derecho Penal, habida cuenta la multiplicidad de posiciones que pueden asumirse en torno a su materialidad y justipreciación interpretativa.

Nuestra reelaboración conceptual encuentra como punto de partida la multiplicidad de pareceres que, contrario a nuestra anterior opinión, pueden esbozarse y más grave aún, sustentarse, en cuanto se refiere a la interpretación jurídico-punitiva de los hechos originantes de un investigativo penal. La verdad sea dicha, este cambio de posición obedece a la necesidad imperiosa de no guardar silencio ante el esperpento jurídico con el cual nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia procedió, en sentencia de 18 de julio de 1984, a calificar la conducta cometida por un sujeto, sentenciado por el Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga, cuando erróneamente, a nuestro parecer, dio en establecer como

inadmisible, desde todo punto de vista, la factibilidad de la existencia jurídica de la "Tentativa de Hurto Calificado".

No pudiendo guardar silencio ante tan desatinada posición asumida por nuestro máximo Tribunal, puesto que el hacerlo nos haría cómplices del delito de "injusticia", decidimos aquí reevaluar nuestra antigua posición, según la cual el hecho punible del hurto no era suficiente material para profundas teorizaciones y auscultaciones de tipo jurídico penal, para aceptar que este tipo penal alcanza todas las connotaciones necesarias a una figura que puede levantar las más encendidas y acaloradas discusiones y polémicas que dentro del mundillo jurídico pueden llegar a presentarse. Así, teniendo como punto de mira la revisión de este desmañado parecer expresado por la Corte Suprema de Justicia, la que en tal sentido se eleva a la categoría de nuestro antagonista de pareceres, queremos aquí sentar nuestra voz de alerta ante tan peligrosas y desatinadas conclusiones, dado que el manejo reiterado y no suficientemente analizado de esta Sentencia de la Corte, por parte de nuestros jueces y Tribunales, puede llevar a crear el establecimiento definitivo de la injusticia y la iniquidad jurídica, en el campo del derecho penal.

El mal ya está hecho. Hay un sujeto que en la actualidad purga una pena principal privativa de la libertad, del orden de los 34 meses de prisión, cuando en verdad la pena a él imponible era mucho menor. Nada puede hacerse, dado que el máximo Tribunal de nuestro país ya se ha pronunciado, agotándose así el último de los recursos que cabía en contra de tan desatinada resolución. Los hechos están consumados, y ya nada podemos hacer para variarlos. Pero creemos que hay algo que sí podemos hacer, y es propender porque tales desatinos jurisdiccionales no vuelvan a producirse, exponiendo de manera clara y profunda, los planteamientos en virtud de los cuales ese parecer de la Corte debe ser desatendido, a fin de no dar pábulo a la aplicación errónea de la ley penal, como en este caso ha acontecido.

Si bien ya nada puede hacerse en favor de este sujeto que en la actualidad purga los desaciertos emitidos por la máxima corporación jurisdiccional de nuestro país, ello no quiere decir que debemos permanecer inermes ante tal desafuero judicial, sino que debemos promover el estudio profundo por parte de los jueces, en cuanto al encuadramiento típico de estas conductas, para evitar así, desde sus primeros peldaños, la posibilidad de que la Corte llegue a conocer de asuntos a los cuales ella llegará a dar una equivocada solución: Si nada puede hacerse en contra de la posición asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es mucho lo que puede hacerse a nivel de los juzgados y Tribunales, a fin de que sus titulares no acojan este parecer de la Corte, y se separen del mismo, logrando un mejor resultado que el señalado por la máxima Corporación en esta muy desafortunada providencia.

Es por ello, entonces, que nos proponemos en la siguiente monografía seguir un derrotero que nos lleve a los límites de los hechos que originaron el presente debate judicial; que nos haga un recuento somero de las intervenciones del Juez

A-Quo y del Ad-Quem, así como del parecer plausible expuesto y desarrollado por la Fiscalía, protagonista por excelencia de este candente debate; que nos enseñe el parecer esbozado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y, finalmente, que nos haga ver los motivos y las razones por las cuales este criterio no puede ser atendido, con todo el respeto que nos merece nuestro máximo Tribunal de Justicia, para rematar nuestra exposición con el criterio que, a nuestro sentir, es el que debe iluminar la evaluación jurídica de este género de conductas.

2. Los hechos

El 19 de octubre de 1982, HECTOR ALBA CONTRERAS, empleado de la firma "Alimentos Concentrados Itacol S. A.", salió a eso de las 9 de la mañana, con el fin de consignar en el Banco de Bogotá, la suma aproximada de \$950.000, representados en cheques contenidos dentro de un portafolio. A la entrada del prementado establecimiento bancario, fue interceptado por CARLOS MANUEL MENESES QUINTERO, quien le exigió, bajo la amenaza de un arma de fuego, la entrega del maletín en donde iban los cheques representativos de tal valor. Negándose a entregar el portafolio contenido de la gruesa suma de dinero, HECTOR ALBA CONTRERAS emprendió veloz huída, buscando evadir la acción del antisocial en un vehículo de servicio público, no obstante lo cual fue alcanzado por Meneses Quintero. Empero, la acción valerosa y decidida de las gentes que en los alrededores se encontraban, pudo lograr la restitución inmediata del maletín a su antiguo poseedor, dado que con piedras hirieron de consideración al delincuente, quien no tuvo otra alternativa que soltar el precitado portafolio, hiriendo en la refriega a uno de los sujetos que, piedra en mano, con él se enfrentaban.

Llegado el expediente a conocimiento del Juez Penal del Circuito, sentenció a MENESES QUINTERO a la pena principal de 34 meses de prisión, sobre la base de la comisión de los delitos de "Hurto Calificado y Lesiones Personales", en aplicación de las normaciones estatuidas por los arts. 350, 372.1 del C. P., y el concurso de hechos punibles.

Interpuesto el recurso de Apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de 12 de septiembre de 1983 confirmó la sentencia del A-Quo, alegando que:

"... la secuencia de los hechos demuestra clara e indubitablemente, el efectivo apoderamiento del maletín por parte del sujeto activo, logrando de esta forma quitárselo, sacarlo de la esfera de control del legítimo tenedor; y que para efectos penales, el arrojar el botín, por causa de la persecución organizada, en nada afecta la consumación del hecho. Lo mismo es en esencia para el derecho, que el autor del hurto sea obligado inmediatamente a entregar el producto de su ilícito, a que transcurran horas o días para ello; en ambos casos se trata de un hurto consumado". (Subrayas fuera del texto).

De esta suerte, si bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga estimaba como muy respetables los pareceres expuestos por el señor agente del Ministerio Público, decidió desestimarlos, por considerar que, bien que ello tardase escasos segundos, bien que se tratase de días, el hecho de que el delincuente retornase de buena o de mala gana el producto de su ilícito, no comportaba la imperfección del punible, siempre que el delito ya estaba consumado, malinterpretando el concepto de la tentativa traído por el Art. 22 del Código Penal, en consonancia con el verbo rector del tipo penal del Hurto, cual es el de "Apoderarse".

3. La posición del Ministerio Público

No contento con la decisión del Tribunal, el señor Agente del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad consagrada en su favor por el art. 570 del C. P. P., interpuso el Recurso Extraordinario de Casación, a fin de que el asunto fuese resuelto por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, invocando la "Violación directa de la Ley Sustancial", Causal Primera de Casación (art. 580 C. P. P.), tanto por "interpretación errónea", así como por "falta de aplicación" de la ley sustancial: "interpretación errónea del artículo 349 del C. P., que define el delito de hurto, en concordancia con el art. 350 y la no aplicación del artículo 22 del C. P. que consagra la tentativa".

Concretamente, el cargo formulado por la Fiscalía Cuarta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga consistía

"... en haberse dado en la sentencia una equivocada interpretación jurídica al concepto "Apoderarse", que es un elemento sustancial para la estructuración y consumación del delito de hurto. De dicha concepción jurídica depende la existencia, la tentativa o la consumación del hecho punible del hurto".

En tal orden de ideas, y a partir del evento cierto de que la discusión pareciera surgir de la errónea interpretación jurídica del vocablo "Apoderarse", en un alarde de eficiencia, el señor Fiscal 4o. del H.H. T. S. D. J. de Bucaramanga se adentra en el estudio de las diversas teorías que han servido para determinar el momento consumativo del Hurto, concluyendo que

"... de todas las teorías... la que impera, como pensamiento rector, para efectos de la consumación en el delito de hurto, es la extracción de la cosa del lugar donde se encuentre, pero no entendiendo el concepto en el mero sentido espacial, sino el de que la cosa debe salir así mismo de la "esfera de custodia" o "vigilancia" o "esfera de influencia", o "radio de acción" o "esfera de actividad" de quien tiene el derecho o el deber y la posibilidad física, inmediata, de impedirle al ladrón que adquiera el "poder efectivo" de la cosa con su consiguiente libertad de disposición, así sea, por un solo instante, que le permita ocultarlo o traspasarlo".

Y concluye:

“... En este orden de ideas, a manera de resumen, queda demostrado que la doctrina del “simple desplazamiento”, para los efectos de la consumación en el delito de hurto, no rige en el mundo jurídico. Queda en pie la doctrina, que rectora el pensamiento jurídico, que exige para la consumación, que el ladrón ALCANCE, aunque el margen sea mínimo, a sacar la cosa de la esfera de acción o actividad de la víctima, que le permite disponer de ella con plena autonomía” (mayúsculas en el texto).

Y decimos que en un alarde de eficiencia, porque nos llena de gozo y satisfacción el ver que aún restan en nuestro medio, funcionarios judiciales desvelados por la sana, recta y cumplida administración de justicia: Es que no es corriente observar que el Ministerio Público se exceda del cumplimiento de sus labores y funciones perentorias, para llegar a ejercer, con lujo de detalles, otras que no le son tan imperativas, llegando casi que a los límites de la “buena voluntad”. En tal sentido, debe destacarse, como públicamente aquí lo hacemos, la labor plausible del señor Fiscal 4o. del Tribunal Superior de Bucaramanga, Dr. Iván de J. Gutiérrez G., quien demuestra de esta manera, que aún es dable encontrar funcionarios dignos de su cargo y misión, y que se desviven por luchar en pro de la justa y equitativa administración de justicia, tan necesario en los actuales momentos y las presentes circunstancias en que se debate nuestro país.

Así, el señor Agente del Ministerio Público se atreve a sugerir a la Corte que case la sentencia del Tribunal de Bucaramanga, y que condene al señor Meneses Quintero, no por la comisión de los delitos de Hurto Calificado y Lesiones Personales, y concordancia con las agravaciones previstas por el art. 372 del C. P., sino por una Tentativa de Hurto Calificado, en concordancia con la normación relativa al concurso de hechos punibles reglada por el Art. 26 del C. P., en asociación con la circunstancia de agravación punitiva del art. 372, con lo cual la pena imponible al sujeto activo del punible en tratamiento se estimaría de la siguiente manera:

“veinticuatro (24) meses el mínimo del hurto calificado, más ocho (8) meses, que corresponde a la tercera parte por la cuantía de que trata el artículo 372, son treinta y dos meses reducidos a la mitad por tentativa, queda en diez y seis (16) meses, más dos (2) meses por el concurso con lesiones, luego, la pena definitiva sería de dieciocho (18) meses de prisión, que es lo que cabe imponer a Carlos Manuel Meneses”.

Y ya aquí se observa la trascendencia de la polémica por nosotros alimentada, y en oportunidad defendida ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por el señor Fiscal 4o. del Tribunal Superior de Bucaramanga, dado que según las apreciaciones del citado Tribunal, la pena imponible al agente del punible es de treinta y cuatro (34) meses, al paso que siguiendo los derroteros marcados por el insigne representante del Ministerio Público, los cuales apoyamos de manera decidida, la pena a imponer sería solamente de dieciocho

(18) meses de prisión: Gran diferencia en tiempo, para una aparentemente pequeña cuestión y diferenciación jurídica.

4. Los pareceres de la Corte Suprema de Justicia

Con todo el respeto y el acatamiento que nos merece, como tiene que ser, nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, como que querámoslo o no es el máximo tribunal de las garantías jurídicas y ciudadanas de nuestro medio jurídico, nos permitimos evaluar como completamente errónea y equivocada su posición, sustentada con ponencia del Doctor Gustavo Gómez Velásquez, cuando conociendo del recurso de casación interpuesto por el fiscal 4o. del Tribunal Superior de Bucaramanga, decide no casar la sentencia, por considerar que en momento alguno se puede hablar de la tentativa, en cuanto esta forma imperfecta del delito se refiera al tipo penal del "hurto calificado".

Comenzando por un sintético análisis del verbo rector del tipo penal básico del hurto, la Corte llega a desestimar la eventualidad de la forma imperfecta del Hurto Calificado, alegando que la violencia ejercida por el agente sobre la víctima, termina inmediatamente con la esfera de tutela de este último, respecto del bien inmueble perseguido por la conducta contraria a Derecho observada por el sujeto activo, con lo cual, el tipo del hurto, en su modalidad subordinada de "Calificado", estará inmediatamente "consumado", sin que pueda llegar a sostenerse la posibilidad de formas imperfectas.

En tal sentido, creemos prudente transcribir algunos apartes de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual sienta tan desatinados y peligrosos pareceres:

"El verbo rector empleado por el artículo 349 del C. Penal, apoderar, tiene un mayor valor descriptivo que sus similares "tomar" o "sustraer", y suele entenderse en el sentido de despojar de una cosa para someterla al propio poder y llegar a disponer de ella, así sea por breve término de tiempo. La acción expresa una nítida correspondencia entre tomar la cosa ajena, lo cual supone potenciales atributos de dueño o poseedor, y quitársela a quien la tenía, lo que equivale a pérdida de esas atribuciones, o sea, un apoderamiento y un desapoderamiento. ...

Ahora bien, pretender que sólo se está en el campo del delito imperfecto (tentativa) cuando el agente pasivo de la infracción no ha perdido el rastro del autor del hecho porque continúa en su persecución hasta lograr que este último se deshaga de las cosas, es asumir un criterio demasiado benigno, en cuanto al autor, y demasiado severo, en cuanto a la víctima, con notorio desapego de la normación jurídica que disciplina esta conducta delictiva.

La cuestión, para la Sala, puede definirse categóricamente cuando se actúa

en cualesquiera de las circunstancias que en nuestra legislación sirven para calificar el hurto —art. 350 C. P.—, porque son de tal entidad, efecto y valor que, por sí, dándose la remoción de la cosa, señalan una innegable imposibilidad, en el dueño o poseedor de la cosa, para ejercer acciones propias de este rol, o sea, actos de válida disponibilidad. Lo que se advierte, entonces, es un desplazamiento de señorío o tenencia, y la simultánea asunción de este poder en el autor del delito.

Bien puede decirse, para ejemplificar, que la violencia como medio de apoderamiento, termina instantáneamente con la esfera de tutela, de vigilancia, de disponibilidad que se tenía para con determinado bien mueble, aspectos que sólo se entienden operantes en situación que no comprometa, en forma tan apta, ni a las cosas, ni a sus dueños o poseedores. La voluntad de dominio o posesión, aparece más que avasallada, aniquilada e inoperante, ante una fuerza de esta naturaleza.

Así mismo es inadmisibles hablar de custodia, vigilancia, influencia debidas y eficaces, cuando la víctima ha sido colocada en situación de indefensión o inferioridad o cuando máximas seguridades, encaminadas al resguardo de las cosas, se vencieron con el escalamiento, la llave falsa o inhabilitación de controles electrónicos.

En estos eventos resulta indiferente la arriesgada persecución del delincuente, hasta lograr su aprehensión, la recuperación de los bienes o el abandono de éstos por aquél, así medie mínimo tiempo o espacio entre una y otra actividad. **El delito de hurto resulta consumado y no cabe aludir ni insinuar el fenómeno de la tentativa.** (Subrayas fuera del texto).

En estas condiciones el autor realiza, evidentemente, actos de soberana voluntad que implican hacerse dueño o poseedor de una cosa, y, a su vez, logra con esto que otro pierda tales atributos, así sea de manera momentánea. No es dable, entonces, invocar la comentada tesis de la "esfera de tutela", porque ésta supone la no simultaneidad de dos dueños o poseedores, sino la permanencia de esta calidad en la víctima y su posibilidad de continuar disponiendo de las cosas, aspecto este último que no puede constituirse con el compromiso de la víctima de actuar, con riesgo de su seguridad personal, en la recuperación de sus bienes. No se remite a duda que cuando el medio empleado destaca una sustitución o desplazamiento de poderes de esta calificada índole, el hurto aparece como consumado.

Debe reiterarse, por último, que cuando se trate de acciones ajenas a las circunstancias del art. 350 del C. Penal, el fenómeno de la tentativa, apoyado en la consideración de la esfera de vigilancia, surge si la acción del dueño o poseedor, que logra la inmediata recuperación de los bienes, **concomita** con la del apoderamiento, pues a aquél no se le puede imponer,

en favor de éste, que arriesgue su integridad en una faena de persecución. Si ésta se da y logra sus fines, como sería la aprehensión del delincuente y lo que más importa, la recuperación de las cosas, no puede extenderse su efecto a desvirtuar el delito consumado y generar una tentativa. (Subrayas en el texto).

Hasta aquí, la transcripción literal de los pareceres fundamentales expresados por la Sala de Casación Penal, dentro de la Sentencia en comento. En síntesis, podría decirse que los planteamientos básicos aquí formulados por la Honorable Corporación, pueden reducirse a los siguientes:

4.1. El verbo rector del tipo penal básico del Hurto, "Apoderar", comporta dos fases yuxtapuestas pero correlativas: Por un lado, el apoderamiento de una cosa mueble ajena por parte de quien no ostenta ningún nexo jurídico o material con ella, esto es, el sujeto activo de la infracción, y por otro lado, el desapoderamiento de la misma en disfavor del verdadero legitimado respecto del mismo bien, vale decir, del dueño, poseedor o tenedor, que no es más que el sujeto pasivo de la conducta.

4.2. La teoría repetidamente invocada respecto de la determinación del momento consumativo del delito de Hurto, y según la cual debe hacerse referencia a una "esfera de vigilancia" o de "Tutela" por parte del legitimado detentador de la cosa, debe entenderse en el sentido de que el dueño, poseedor o tenedor pueda seguir disponiendo de la cosa.

4.3. El hecho de que el dueño o poseedor de la cosa pierda, por un fugaz momento siquiera, esa facultad de libre disposición sobre el bien mueble sobre el cual recae su derecho, a manos de un tercero, que se apodera de él sin su consentimiento, implica la automática consumación del delito de hurto, sin que quepan distinciones en cuanto a mediaciones de espacio o tiempo.

4.4. En tal orden de ideas, el hecho de que la víctima del latrocinio se dé a la persecución de su victimario, obteniendo su posterior aprehensión y, lo que es más importante, la restitución de los objetos intempestivamente destituídos a su legítimo titular, no dá lugar a predicar el fenómeno de la tentativa, puesto que ello equivaldría a sostener un criterio demasiado benigno en favor del victimario, y demasiado severo en contra de la víctima.

4.5. Para la Sala, con ponencia presentada por el Dr. Gustavo Gómez Velásquez, la cuestión sub-examen puede llevarse más adelante aún, para afirmar que la presencia de alguna de las causales de calificación del tipo básico del Hurto, terminan de un todo con la eventualidad de la conjugación del fenómeno de la Tentativa: El hecho de que el tipo penal básico del Hurto se vea acompañado de alguna de las circunstancias de calificación contempladas en el art. 350 C. P., acaba con toda posibilidad de predicabilidad del fenómeno de la Tentativa, ya que presentándose una de ellas, se termina de contera con toda la posibilidad

de que el legítimo titular de la cosa mueble, pueda disponer de ella libremente, cual es la filosofía de la normatividad en estudio, a decir de la C. S. J.

4.6. Llevando las cosas al extremo, la Honorable Corporación llega a sostener que cuando la víctima del latrocinio ha sido puesta en condiciones de indefensión, o cuando el victimario se aprovecha de sus condiciones de inferioridad, no puede hablarse de custodia, vigilancia o influencia debida o eficaz, en cuyo evento, el delito de hurto se encuentra debidamente consumado.

4.7. Finalmente, la Corte asevera que el fenómeno de la tentativa en el delito de Hurto podrá promulgarse en el evento hipotético de que su realización trunca se vea acompañada de circunstancias ajenas a las del art. 350 C. P., y siempre y cuando el actuar del dueño o poseedor, en pro de la recuperación de los bienes, sea concomitante con la acción del apoderamiento por parte del sujeto activo de la frustrada infracción.

De esta manera, creemos haber sintetizado los pareceres de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto toca con la factibilidad de la estructuración o no del tipo penal subordinado y amplificado de la "Tentativa de Hurto Calificado", llegándose a una conclusión desfavorable en cuanto a su admisibilidad, según opinión muy respetable planteada por la alta Corporación, en la Sentencia en examen. No obstante, y dado que no podemos prohiar tal posición, por considerarla errada y mal fundamentada, nos proponemos en las siguientes líneas rebatir, uno a uno, los pronunciamientos de la Corte, ya que el guardar silencio sobre este punto, sería hacernos cómplices de la iniquidad y la injusticia, siendo que nos estimamos como acérrimos defensores de la adecuada aplicación de las leyes, así como de su correcta y debida interpretación.

5. Nuestra posición

Tal como desde un comienzo lo indicábamos, éramos acérrimos partidarios de que el delito del "hurto" no constituía material suficiente como para servir de basamento a profundas disquisiciones jurídico-penales; y, de igual guisa, en orden a lo expuesto desde un comienzo de este ensayo, es este el punto en que nos vemos imperiosamente obligados a reevaluar tal teoría, teniendo que reconocer lo equivocado de la misma, partiendo de estudios tales como el que en esta oportunidad nos enseña nada menos que nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia. Es que ese tipo de evaluaciones críticas de la normatividad jurídico-penal, con la adopción de tesis totalmente desviadas y torcidas en cuanto a la interpretación de la misma se refiere, no puede ser por nosotros prohijada, y mucho menos convalidada con un silencio cómplice: Somos de la opinión de que frente a los desatinos hermenéuticos promulgados por quienes por antonomasia deben ser los organismos depositarios de la confianza máxima de los asociados, en cuanto hace a la confiabilidad de sus fallos y pronunciamientos, debe ser la crítica profunda y sesuda, si bien que respetuosa, por parte de todos aquellos que son partícipes de un mínimo de conocimientos jurídicos, dado

que son ellos quienes deben convertirse en fiscales de la correcta interpretación de las leyes, así como de la debida aplicación de justicia.

Por todo lo anterior, y con todo el acatamiento que nos merece, tal como en puridad tienen que serlo, los fallos y pronunciamientos emitidos por nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, hemos de separarnos de sus pronunciamientos, y criticar la posición por ella asumida en la Sentencia en tratamiento, de la manera en que a continuación se pasa a detallar:

Sea lo primero reconocer que nos merece aprecio y recibo el comentario de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el sintético sentido de que el verbo rector del tipo penal en comento, "Apoderarse", comporta dos frases yuxtapuestas y correlativas, vale decir, que el tiempo que significa un apoderamiento de la cosa mueble ajena por parte del victimario, sin el previo consentimiento por parte de la víctima, pues que presentándose este desaparecería toda posibilidad criminosa por parte del actuar del agente, salvo quizá en el caso del "Hurto entre condueños" del art. 353 del C. P., debe producirse un correlativo desapoderamiento del bien en cabeza del titular legítimo del derecho de disposición sobre el mismo, cual es el caso de su propietario, poseedor o tenedor de la cosa: Al paso que la cosa entra en la esfera de disponibilidad del usurpador, sale de la esfera de vigilancia de su antiguo y verdadero legítimo titular.

Pero es a esta altura en donde comienzan nuestras discrepancias con los pareceres de la Corte, esto es, en cuanto se arriba a lo que debe entenderse por "esfera de vigilancia", o "disponibilidad" por parte del titular del bien, así como la incidencia de este concepto respecto de la consumación de la figura básica del delito de Hurto. En efecto, si por "esfera de vigilancia" o de "tutela" se entiende el ámbito dentro del cual es posible al dueño o poseedor de la cosa, ejercer funciones y atribuciones inherentes a su derecho sobre el bien mismo, entendiéndose por "ámbito" no solamente una noción con contenido territorial o espacial, sino también ideal, esto es, con un carácter de efectividad, no obstante la mediación de espacio que exista entre titular y cosa, es lo cierto que la noción así expresada no solamente comporta elementos de estricta relación entre el sujeto y la cosa, sino que el titular puede tener una cosa dentro de su esfera de vigilancia, con mucho que el bien se encuentre espacialmente alejado (el caso de la hacienda de considerable extensión territorial, en donde su titular tiene dentro de su esfera de vigilancia a los bienes muebles que dentro de tal espacio geográfico se encuentren, por mucha que sea la distancia entre el sujeto y la cosa), o, en sentido contrario, estando dentro de su territorio de acción, pero respecto del cual no puede ejercer a cabalidad sus atribuciones de titular legítimo (el caso frecuentemente comentado de quien, a manos de un tercero, pierde la libre disponibilidad del bien mueble del cual es titular, estando dentro de su propia residencia: El bien mueble está dentro de su esfera de acción territorial, pero no puede ejercer con su respecto las atribuciones de disposición que su calidad le confiere).

En este orden de ideas, no creemos con la Corte Suprema que el hecho de que el sujeto activo del hecho punible eventualmente en investigación, logre un contacto sensual con el objeto, y que no logre escabullir la acción persecutora, bien del titular, bien de terceras personas, dé lugar a la debida consumación del tipo penal del Hurto. Sostener tal teoría, equivale a traer al mundo jurídico la teoría consumativa del Hurto de la "Aprehensio Rei", o, en el mejor de los casos, de la "Amontio", ambas desechadas desde antaño por la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, si bien esta última sentencia de la Corte, y que nos sirve de fundamento y motivación para nuestra exposición, rompe lamentablemente con esta tradición. No basta con que el agente alcance un contacto meramente sensual con la cosa mueble ajena, y ni siquiera con que el agente del actuar en comento, alcance a remover la cosa del lugar en que inicialmente la tenía ubicada su titular; es menester, muy por el contrario, en lo cual coincide lo más granado de la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, que se dé lugar a la estructuración debida de la teoría consumativa de la "Ablatio", por virtud de la cual, debe entenderse que la materialidad del hurto "exige que la cosa no sólo sea removida, sino puesta fuera de la esfera de protección del legítimo poseedor, con privación de su derecho o del ejercicio de su actividad, aunque sea por breve lapso" (Mesa Velásquez, Luis Eduardo, DELITOS. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979, 6a. ed. pág. 134).

De esta manera, y conjugando la teoría consumativa del Hurto de la "Ablatio", según voces explicativas del Dr. Mesa Velásquez, si bien restringe el concepto en favor del "Poseedor", debiendo de entenderse, ampliando la visualización del insigne profesor a los conceptos del propietario y, aún, del mero tenedor, con nuestra conceptualización de lo que por "Esfera de Tutela" o "de vigilancia" debe entenderse, se tiene que solamente cuando el ladrón efectivamente logre un contacto sensual con la cosa mueble, cuando pueda implicarle un desplazamiento de lugar en donde originariamente la tenía su propietario, y, finalmente, que logre sacarla del ámbito, territorial o ideal, dentro del cual le es dable al titular del bien, ejercer sus derechos y atribuciones, estaremos en presencia del Hurto Consumado.

Lo contrario equivale a sostener, como equivocadamente lo hace la Corte, que basta con que se produzca un contacto sensual entre el agente de la pretendida infracción y la cosa mueble, al tiempo que se produzca un leve desplazamiento de la misma, para que esté consumado el tipo penal del Hurto, que no es más que aceptar la teoría consumativa del Hurto de la "Amontio", la que está completamente abandonado por la doctrina y la jurisprudencia, como anteriormente se reseñó. De otra parte, ello comporta desconocer lo que debe entenderse por "esfera de vigilancia" o "de tutela", confundiendo dicho concepto con el de "libertad personal": En verdad, el hecho de que se piense con la Corte, que si la libertad personal de la víctima se vé comprometida por un momento ínfimo, dá lugar a edificar la consumación del Hurto, significa confundir dos cosas esencialmente diferentes, como lo son la libertad personal del sujeto pasivo de la infracción, con la libertad de disposición que sobre determinado bien mueble pueda y deba tener el mismo. Finalmente, la asunción de esta Jurisprudencia

de la Corte, por razón de la cual se sostiene que el hecho de que el ladrón sea aprehendido luego de la inmediata persecución desatada en su contra por el titular del bien mueble, a partir de la intempestiva desaprensión de la cosa de la que fuese víctima, no dá lugar a mencionar siquiera la aparición del fenómeno de la tentativa, es desconocer no solamente los conceptos de "Apoderar", que no es más que el núcleo rector del tipo en tratamiento; de la noción de "Esfera de vigilancia", que es el ámbito, tanto espacial como ideal dentro del cual puede ejercer sus atributos y facultades de tal, el legítimo titular del derecho sobre la cosa; como del dispositivo amplificador del tipo de la "Tentativa", que no es otra cosa que un mecanismo legal por razón del cual se abarcan, haciéndolas punibles, conductas que sin llegar a la estructuración de la figura penal a la cual se refieren, se quedan en las etapas iniciales del iter criminis, por razón de circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

La teoría de la Corte, según la cual el delito de Hurto está debidamente consumado cuando, aún en el caso de que la víctima logre la aprehensión del victimario, luego de una feroz persecución desatada en su contra, por sí o por interpuesta persona, en donde cabría destacarse a los agentes del orden, una vez cometida la fase inicial de la infracción, en cuanto a su ejecución se refiere, como es la de la aprehensión del objeto, no puede ser de recibo. Y no puede ser de recibo, por la sencilla razón de que el objeto aún no habría salido de la esfera de vigilancia o tutela de su legítimo titular, tal como lo predica y exige la teoría de la "Ablatio", dado que en momento alguno este perdió efectivamente la libre disponibilidad sobre el bien, prueba de lo cual es el hecho de que nunca el agente de la infracción tuvo la perfecta y completa disponibilidad sobre el mismo: Si el agente del punible hubiese disfrutado por un momento siquiera de la libre disponibilidad del bien mueble, muy seguramente no hubiese desplegado tal huída, y quizá no se habría logrado su aprehensión "in fraganti delicti". Si el núcleo rector del tipo penal del Hurto comporta las dos fases yuxtapuestas pero correlativas del apoderamiento y el desapoderamiento, y nunca, como dice la Corte "la simultaneidad de dos dueños o poseedores, sino la permanencia de esta calidad en la víctima y su posibilidad de continuar disponiendo de las cosas", se tiene que en momento alguno el victimario logró tal consumación, por la sencilla razón de que no logró llegar a apoderarse de la misma: Luego, aquí lo que se presentaría, conforme a la tesis de la Corte, no es la concomitancia de dos dueños o poseedores, sino la no presencia de ningún dueño o poseedor, dado que según la Corte, la víctima ha perdido tal calidad a manos del victimario, siendo que este tampoco alcanzó a detentar tal calidad, con lo cual se llega al absurdo de que en un momento dado, cuando la víctima se dá a la persecución de su intempestivo victimario, la cosa carece de dueño o poseedor, porque quien persigue ha perdido tal calidad, al no poder ejercer sus atribuciones de tal, habida cuenta de que la cosa se encuentra en manos de su perseguido, y éste, a su vez, no ha podido alcanzar tal situación, dado que pisándole los talones viene el legítimo titular del bien, quien en tal sentido no ha perdido la libre disposición de la cosa.

Lo que acontece es que la Corte ha confundido dos conceptos de trascenden-

tal importancia, como lo son el de la "Libertad individual o personal" del ofendido, con la libre disponibilidad que sobre un determinado bien mueble ostenta el mismo. Una cosa es que la autonomía personal del sujeto pasivo de la infracción se vea comprometida momentáneamente por el constreñimiento a que es sometida por la acción apremiante del agente, lo que lindaría en el campo de los delitos contra la autonomía personal, y otra muy diferente que lo que se comprometa sea la libertad de disposición que la víctima tiene con referencia a un determinado bien mueble. Y eso es, ni más ni menos, confundir el medio con el fin: estimar que el condicionamiento de la libertad personal del sujeto agredido es sinónimo de la privación de la libertad de disposición que el mismo ostenta con respecto a un bien mueble, no es más que confundir dos especies fundamentalmente diversas.

Por otro lado, la Corte llega a una conclusión más desviada aún que las anteriormente comentadas, y es la que se produce cuando llega a sostener que la cuestión de la factibilidad de la aparición de la tentativa con respecto a la figura del Hurto, se resuelve negativamente cuando de por medio se presenta alguna de las circunstancias de calificación del Hurto, consignadas por el Art. 350 de la Codificación Penal. Y esa es la tesis más aberrante que aparece dentro de esta lamentable jurisprudencia, y que ha sido el aguijón que nos ha movido a la elaboración del presente estudio: A tenor de las opiniones promulgadas por la Corte Suprema, sería cuestión de imposible ocurrencia en el mundo jurídico penal, la de la "Tentativa de Hurto Calificado", puesto que si el acto de desapoderamiento de la cosa mueble ajena iniciado por un sujeto, se ve acompañado por alguna de las circunstancias de calificación contempladas en el art. 350 C. P., inmediatamente dará lugar a la consumación del tipo penal del Hurto, en su forma subordinada de "Calificado": Según la Corte, si el Hurto se lleva a efecto, bien ejerciendo violencia sobre las personas o sobre las cosas, lo mismo que en condiciones de indefensión o inferioridad por parte de la víctima, o cuando el mismo tuvo lugar con escalamiento, o con el empleo de llave sustraída o falsa, debe tenerse que ha alcanzado su perfeccionamiento, y con ello se llega, siempre con seguimiento de los muy desafortunados planteamientos de la HH. C. S. J. a que el Hurto Calificado, ha quedado completamente consumado.

Y es contra esta desafortunada tesis sustentada por la Corte Suprema de Justicia que elevamos nuestra voz de protesta y disenso, siempre que ella no puede ser estimada por nadie que se precie de ser mínimo estudioso de las ramas penales del derecho, como de recibo. No puede, como lo hace la Corte de manera completamente equivocada, pretenderse que cuando la comisión de un Hurto se ve acompañada por la concurrencia de alguna de las causales estigmatizadas en el art. 350 del C. P., se tiene un delito de "Hurto Calificado" debidamente consumado. Y no puede tenerse como de recibo tal jurisprudencia, por mucho que ella provenga de nuestro máximo tribunal en la administración de justicia, por las razones que a continuación pasamos a detallar:

1) Por desconocimiento de la teoría de la "esfera de vigilancia" a que anteriormente se hizo alusión, toda vez que si bien el agente de la pretendida infrac-

ción pudo haber penetrado, en un momento determinado, de manera engañosa o clandestina en un lugar habitado, o mediante el empleo de llave sustraída o falsa, o superando seguridades electrónicas, ello no quiere decir que ya la cosa mueble ajena ha salido de la esfera de vigilancia de su titular: Piénsese en el caso de quien penetra en una residencia, mediante el uso o empleo de alguno de los medios ilícitos anteriormente mencionados, y recién ingresado a tal aposento es capturado por los propios moradores: A tenor de lo señalado por la Corte, se estaría en presencia de un consumado y perfecto "Hurto Calificado", lo que a todas luces aparece como aberrante, y poco merecedor de ulteriores comentarios. Pero sin llevar la teoría de la Corte tan al extremo, pensemos en el mismo caso, pero supongamos que el agente pudo obtener un contacto sensual con un determinado bien mueble, pero antes de lograr poner a salvo el producto de su ilícito, logrando evadir la acción persecutora de los moradores, es capturado por ellos antes de que logre salir de la residencia: Siguiendo a la Corte, aquí también se tendría un perfecto Hurto Calificado, en razón de que con la comisión del Hurto coincidió algunas de las circunstancias de calificación, llegándose con ello a conclusiones lamentables.

2) Por desconocimiento de la teoría consumativa del Hurto de la "Ablatio", según la cual no basta con que el agente logre un contacto sensitivo con el objeto hacia el cual se refiere su conducta, y ni siquiera con que logre su desplazamiento a un sitio diferente del cual la tenía ubicada su titular, sino que es menester que el victimario logre dos cosas: sacarla de la esfera de vigilancia o tutela de su titular, al tiempo que ingresarla en su esfera de dominio, obteniendo con ello un poder de disposición sobre la cosa, que hasta el momento no se tenía.

Supóngase el caso de quien, ejerciendo violencia sobre una determinada persona, lo intimida a fin de que le entregue determinado bien que aquel porta consigo, con tan mala fortuna que es capturado en su acción inicial de apoderamiento, bien por la misma víctima potencial, bien por parte de terceras personas: Con el pronunciamiento de la Corte, llegaríamos a la polarización de los pareceres en un sentido absurdo, como sería el de sostener que el Hurto se habría consumado bajo su modalidad de calificado, cuando el agente ni siquiera alcanzó a tener contacto con el bien. Y sin llevar las cosas al extremo, supongamos en el mismo caso que el agente obtiene que su víctima de turno le entregue el bien mueble, pero que una vez materializado su deseo, el ofendido, por sí o por medio de terceras personas, logra la aprehensión del victimario luego de veloz persecución, se tendría que el Hurto se consumó en su modalidad de calificado, siguiendo los planteamientos de la Corte, cuando en verdad se tiene que el infractor nunca pudo llegar a tener la cosa dentro de su ámbito de injerencia, vale decir, que nunca pudo llegar a disfrutar de una libertad de disponibilidad sobre el objeto, cual es uno de los presupuestos de la teoría de la "Ablatio"; de insistir con la posición asumida por la Corte, se llegaría a la entelequia de que, en un momento determinado, ese bien mueble en concreto no tiene un poseedor o detentador definido, siempre que su titular ha perdido su libre disponibilidad sobre el bien, a manos del delincuente, y que este último no ha llegado a tenerlo, habida cuenta la persecución de que es objeto por parte del titular o sus representantes.

3) Por desconocimiento de la naturaleza y filosofía de las circunstancias de calificación de un determinado tipo penal básico, como acontece con las consagradas en el art. 350 respecto del tipo penal del Hurto. La Corte ha venido a desconocer toda la teoría de la Tipicidad, referida en forma genérica al Hecho Punible, cuando ha olvidado o desconocido la existencia de diversos conceptos dentro de la teorización de la Tipicidad en el Hecho Punible, como lo son las nociones de "Tipo Básico", "Tipo Penal Subordinado" y "Dispositivos Amplificadores del Tipo": Si la figura del Hurto es la forma básica del tipo penal del Hurto, su forma subordinada aparece, por ejemplo, en los casos del "Hurto Calificado", lo que equivale a decir que el "Hurto Calificado" es un hecho punible conforme a la legislación nacional, que, tomando los elementos propios del tipo básico del Hurto, se extiende a punir de manera más severa aquellas variantes del Hurto que se realizan con la presencia de determinadas circunstancias, tales como la violencia o la indefensión o inferioridad de la víctima, o la transgresión de los mecanismos de seguridad dispuestos por el titular del derecho sobre el bien. Sostener, como llega a hacerlo la Corte, que en presencia de alguna de las causales de calificación del Hurto, este de manera instantánea se eleva a la categoría de forma consumada del "Hurto Calificado", es un atropello a las más elementales normas hermenéuticas de la legislación penal, como que deja de lado la materialidad de conceptos tales como el de "Hecho Punible", en donde cabe ubicar perfectamente al Hurto Calificado, y respecto del cual, salvo en el caso de los delitos **formales**, siempre será dable analizar la conjugación del dispositivo amplificador del tipo de la Tentativa.

Es que no pueden confundirse conceptos como los anteriormente reseñados de la "libertad o autonomía personal" y el de la "libertad de disposición respecto de un bien mueble", como se dejó establecido atrás, error en el cual parece incurrir la Sala. Ello comporta que por esa vía es absolutamente desviado llegar a sostener que porque el agente ha coartado la libertad de acción del sujeto pasivo, el eventual delito de Hurto que pretendía cometer, por mucho que se haya visto trunco en su realización, se vea consumado por tal circunstancia: Una cosa es que se constriña la libertad de acción del ofendido, y otra muy distinta que se haya comprometido la libertad de disposición sobre el bien mueble. Precisamente esa es la razón por la cual el Legislador ha elevado a circunstancia calificante del Hurto el hecho de que se ejerza violencia sobre las personas o sobre las cosas, siempre que ello implica mayor escozor social, al tiempo que revela una mayor intensidad del dolo que anima el actuar del agente. Sin embargo, ello no puede llevarnos a aseverar, como equivocadamente lo hace la Corte, que esa determinación de la libertad de acción del ofendido, comprenda la consumación del delito, puesto que no se ha comprometido la libertad de disposición sobre el bien mueble. Con fundamento en lo anterior, es por lo que se califica el Hurto, pero ello no significa que se deba excluir la posibilidad de formas imperfectas en la realización del Hurto.

De continuarse con el desmenuzamiento de la teoría de la Corte, se llega a desconocer igualmente la teleología del dispositivo amplificador del tipo de la Tentativa, entendida como el mecanismo por el cual se hacen punibles conduc-

tas que sin haber llegado a su consumación, deben sancionarse por ser denotativas de etapas iniciales en la ejecución de un hecho punible, conforme a lo destacado por el art. 22 del C. P., y que se ve truncado en su materialización por circunstancias ajenas a la voluntad del agente: El agente comienza la ejecución de un hecho punible, dentro de los parámetros típicos del hurto, conjugando algunas de las circunstancias consagradas por el art. 350 de la Codificación Penal; pero en desarrollo de su Iter Criminis, ve truncas sus aspiraciones delictivas, "por circunstancias ajenas a su voluntad", en el sentido de que no logra sacar el bien de la esfera de vigilancia de su titular, y consecuentemente no logra apoderarse del bien, por la persecución decidida desatada en su contra por la propia víctima, lo que es cuestión de cotidiana ocurrencia, bien que el medio ilícito empleado por el agente para lograr la iniciación de la ejecución del punible haya sido la violencia contra las cosas o las personas, las circunstancias de indefensión o inferioridad de la víctima, el emplear llave sustraída o falsa, etc. La pregunta sería: ¿Se trata de un Hurto Calificado debidamente consumado?; ¿o no se tratará mejor de un Hurto Calificado imperfecto, es decir, una Tentativa de Hurto Calificado?

Creemos que la respuesta a este último interrogante, y en contra de los muy respetables conceptos expuestos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia en comentario, debe inclinarse a la segunda de las alternativas propuestas, esto es, que de lo que se trata aquí es de una forma meramente tentada del Hurto en su modalidad subordinada de Calificado, puesto que ello se compadece con las universalmente reconocidas teorías de la "esfera de vigilancia" del titular sobre la cosa, y de la "Ablatio" como determinante del momento consumativo del Hurto; con la estructura misma del hecho punible, que sirve en todo caso como receptáculo al fenómeno de la tentativa respecto de todas y cada una de sus modalidades; con la teorización de la tipicidad en torno del hecho punible, con sus contenidos conceptuales del núcleo del tipo, tipo penal básico, tipo penal subordinado, y dispositivos amplificadores del tipo; con el contenido mismo del fenómeno de la Tentativa, y, lo más importante aún, con la esencia misma del delito de Hurto, especialmente con relación a las circunstancias de calificación del mismo. Sostener que no es dable predicar la existencia de la "Tentativa de Hurto Calificado", es desconocer todos los conceptos y nociones anteriormente anotados, al tiempo que implica llevar la administración de Justicia a los límites más bajos en cuanto hace con la hermenéutica de la normatividad punitiva, con todo lo cual no puede comulgar nadie que se precie de ser investigador medianamente profundo de la Ley Penal, contra todo lo cual se va la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en su sentencia de fecha julio 19 de 1984.