

**TRIBUNAL SUPERIOR
SALA DE DECISION PENAL**

Ponente: Dr. Fernando Gómez G.

**CONSUMACION DEL HURTO. TEORIA DE LA ABLATIO. SUSTRACCION
Y APODERAMIENTO.**

Medellín, jueves diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Aprobado. Acta No. 020.

**Consejero Ponente:
Dr. Fernando Gómez G.**

VISTOS :

En virtud del recurso de apelación debida y oportunamente interpuesto (fls. 53 fte.) y convenientemente conocido por el a-quo (fls. 54 vto.), conoce esta Corporación de la providencia mediante la cual el señor Juez Primero del Circuito de la Ciudad llamó a responder a juicio criminal, por el delito de "HURTO CALIFICADO", en la modalidad de TENTATIVA, al sujeto HUGO HELIGIL GOMEZ GARCIA. Concluido el trámite en esta instancia y dentro de él escuchado el parecer del señor Agente del Ministerio Público, la Sala entra a resolver lo conducente, advertida la ausencia de motivos que afecten de nulidad lo actuado.

Bien traídos los hechos por el señor Colaborador Fiscal: "El señor Luis Vicente Marín Marín, de 65 años de edad y ciego de nacimiento, cuotidianamente se dedica a la venta de diferentes loterías, en una de las casetas que para tal efecto construyó la Beneficencia de Antioquia en el atrio de la Iglesia La Candelaria de esta ciudad. En su labor de expendio suele acompañarlo su esposa María Margarita Vásquez de Marín, de 60 años de edad. El once de mayo postrero, como de costumbre, los citados esposos concurren a eso de las ocho y cuarto de la mañana a su respectiva caseta. El invidente depositó sobre la mesa de ésta 300 fracciones de la lotería de Medellín, 60 de la Cruz Roja, 60 de la

de Bogotá, 60 de la de Cúcuta y 80 de la Extraordinaria de Colombia. En un ligero descuido de su cónyuge, Hugo Heligil Gómez García se sustrajo el total de la lotería descrita y a paso largo trató de alejarse en dirección hacia Bolívar. Afortunadamente, Luis Aníbal López Montoya, expendedor de lotería en otra de las casetas, presenció la sustracción de que había sido objeto su colega invidente. Sin dilación alguna salió tras del delincuente y a pocos metros le dio alcance y con denuestos le censuró su ilícita conducta. El ladrón reaccionó devolviendo lo hurtado a López Montoya, a quien sugirió que no hiciera escándalo. Aquel prosiguió su camino y Luis Aníbal entregó las fracciones de lotería a su dueño. En ese preciso momento se presentaron los agentes de la policía nacional, Mario Sabalza Roger y León Rigoberto Guerrero. A éstos se les enteró de lo que acababa de acontecer y se les señaló al responsable. De inmediato iniciaron la persecución de éste y en la carrera Carabobo con la Calle Colombia lograron aprehenderlo".

Las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal están satisfechas para la formulación del cargo, pues la materialidad del ilícito, dentro del ámbito preconizado por el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, no admite dudas. En efecto, no sólo por la deposición del señor Luis Aníbal López Montoya (fls. 14) quien fue el que frustró los empeños del antisocial, por las declaraciones de Luis Vicente Marín Marín (fls. 3 y 42) como titular del derecho que se pretendía lesionar y de María Margarita Vásquez de Marín (fls. 12), su esposa, sino también por las curiosas explicaciones del procesado (fls. 9 y ss.) quien admite haber tenido la mercancía en sus manos y haberla

devuelto (cantando inocencia), como también por la diligencia de peritazgo (fls. 42), la preexistencia y propiedad y su significación económica, quedaron suficientemente acreditadas.

Sobre la autoría del comportamiento investigado tampoco aparece sombra que macule su claridad. La versión objetiva, vertebral, responsiva y seria de López Montoya da cuenta de cómo el sujeto que entregó la mercancía fue el mismo que la tomó de la mesa de la caseta y salió a paso apresurado con ella. Y el hecho de tenerla en sus manos y haberla entregado a causa de los fervorosos reclamos que le hacía López Montoya, fue aspecto claramente reconocido por Gómez García, así desfigure la ocurrencia con la excusa de que dicha mercancía fue dejada en el suelo por un sujeto que corría y él, luego de tomarla, hubo de entregársela a un señor que ofuscado la reclamaba. Su inverosímil evasiva, fuera de la lógica explicación de López Montoya, resulta insoportable.

Pero esos no son aspectos de discusión dentro de la calificación y lo que se debate, conforme a la apelación interpuesta por el señor Fiscal del Circuito, brevísimamente sustentada (fls. 53 fte.), es si "SE TRATA DE UN DELITO CONSUMADO DE HURTO Y NO DE SIMPLE TENTATIVA". El delito imperfecto o el conato que fue lo acogido por el señor calificador de primera instancia, es lo que impugna su Fiscal y es lo que apoya el señor Fiscal Noveno de la Corporación en su concepto de fls. 57 y ss.

Al referirse a este tópico, el indicado funcionario puntualiza: "Se trata desde luego, de un delito de hurto consumado. Evidentemente, de las

cinco teorías que doctrinaria y jurisprudencialmente se han enseñado para determinar el acto consumativo de la infracción y distinguir el delito perfecto del mero conato, la predominante consiste en la teoría de la ablatio que reclama que la cosa no sólo sea removida, sino puesta fuera de la esfera de protección del legítimo poseedor, con privación de su derecho, aunque sea por breve lapso. Y ningún esfuerzo mental se requiere para concluir que esta situación fue la que se presentó en el caso sub-júdice".

Los planteamientos del señor Fiscal no aparecen tan claros como él se lo imagina, ni la conclusión es tan obvia como lo cree.

Si la teoría de ablatio se quisiera tomar en la amplitud que da a entender, habría que concluir con la equivocada tesis de la Corte Suprema de Justicia hasta el año de 1951 que en este delito no se presentarían las modalidades imperfectas. La errada apreciación, pese a que para el efecto no se atienden las extremas teorías de la "Aprehensio rei" y de la "Amotio", fue cancelada por los sabios y adecuados estudios que se abrieron paso con las profundas reflexiones del Dr. Luis Zafra Jiménez. Poco menos que imposible resultaba que un delito que ofrece un evidente camino para recorrer en su desarrollo, dejara sin sancionar comportamientos que inequívocamente se dirigían a la perfección de la empresa delictiva, o que bajo el engreimiento de que era instantáneo se sancionara como delito perfecto lo que apenas estaba en trance de ejecución.

El aspecto se torna claro si se atiende, no sólo al vocablo de "SUSTRACION" —que hace más referencia a la víctima en cuanto que con ella debe

privarse definitivamente a la misma (así sea episódicamente) de la oportunidad de disponer de lo suyo porque ha salido claramente de su esfera de vigilancia— sino al de “APODERAMIENTO” que es el utilizado hoy por la ley —que toca más con la actividad del agente activo mediante la cual éste da traslado a su patrimonio de manera ya tranquila del objeto ajeno—. Es porque con las palabras del gran Soler, “Apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más; esto es, traer la cosa a la esfera del propio dominio”.

Vale decir, entonces, que ni siquiera frente al concepto de SUSTRACION el hecho que se juzga puede ser catalogado como delito perfecto, porque ni momentáneamente el sujeto pasivo fue privado de su posesión en razón de los esfuerzos cumplidos para tronchar la aspiración del agente activo, tal como se logró. Pero mucho menos frente al de apoderamiento, porque el sujeto activo no logró sumar a su patrimonio la cosa que pretendía hurtar. ¿Cómo, en efecto, entender que cuando el sindicado corría con la mercancía en sus manos, antes que pretender llevar de manera efectiva a su patrimonio lo que había tomado, estaba en posesión tranquila y con libertad de disponer de ella?

En ese sentido se produce también el ilustre tratadista colombiano, Dr. Pedro Pacheco Osorio, cuando dice: “En consecuencia, si la cosa no llega a entrar a la esfera de custodia del ladrón, puede sostenerse que el hurto no está consumado”.

Pretender sostener frente al caso examinado, que el delito de hurto se perfeccionó, es aceptar la rechazada teoría de la “AMOTIO” que exactamente se refiere al cambio físico de

lugar con respecto a la cosa. Y sostener que las loterías o fracciones de ellas, salieron de la esfera de vigilancia, cuando el atentador contra lo ajeno fue seguido sin darle tregua física para la efectiva burla, es tratar de trastocar las realidades.

Para el efecto basta recordar la inviolable tesis y pacíficamente aceptada por los más escrupulosos falladores y doctrinantes, en cuanto a que la “FUGA” no se perfecciona sino cuando el que la pretende ha logrado la burla a la vigilancia sobre él; pero en tanto que los encargados de la custodia lo estén persiguiendo en su fervorosa carrera, así sea por horas, no podrá decirse que el delito de “FUGA” se ha consumado. ¿Qué razón asistiría al exégeta para decir que efectivamente aquí no hay burla a la vigilancia, pero que allá sí?

Tiénese, entonces, que el hurto no se perfeccionó porque el sindicado en momento alguno estuvo bajo el engreimiento de que poseía tranquilamente el pretendido botín, ni el derecho del sujeto pasivo fue aniquilado ni siquiera momentáneamente porque la cosa no salió realmente de su poder o de su custodia, en virtud de la preocupación del señor López Montoya.

El atentado se quedó en el ámbito del conato y podría decirse hoy que este dispositivo amplificador del tipo adquirió nuevos horizontes frente al texto del artículo 349 del Código Penal vigente. Tal vez porque, como lo dice el gran Irureta Goyena con irónica bizzaría, la sustracción encierra un concepto geométrico, en tanto que el apoderamiento implica algo verdaderamente ideológico y cabalmente jurídico.

En consecuencia, se mantendrá la calificación del a-quo por ser enteramente acertada, tanto en el aspecto debatido como en relación con la circunstancia que eleva el comportamiento a "HURTO CALIFICADO", o sea la segunda del artículo 350.

Comparte sí la Sala la apreciación del señor Colaborador del Ministerio Público en cuanto a que de ser condenado Heligil Gómez García, merecería tratamiento carcelario y, por tanto no sería acreedor al subrogado de la ejecución condicional de la pena. Es cierto, como bien lo ha dicho el señor Juez Primero Penal del Circuito, que documentalmente no se han acreditado los antecedentes que registra el inculpado. Pero si la confesión goza de presunción de veracidad; si los elementos del delito se pueden acreditar por cualesquiera de los medios probatorios (artículo 236 del Código de Procedimiento Penal), no hay razón para negarle credibilidad al procesado en cuanto al señalamiento de su vida delictiva anterior, frente a la repugnancia de que quiera perjudicarse gratuitamente.

En tales condiciones, la providencia se confirmará, pero se revocará la libertad provisional concedida con fun-

damento en el artículo 7o. de la Ley 17 de 1975 y, en consecuencia, se ordenará la captura.

Sin más consideraciones y en mérito de lo expuesto, oído el parecer del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, en buena parte, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de decisión Penal, CONFIRMA la providencia de naturaleza, procedencia y fecha indicadas en la parte motiva, con la siguiente notificación: REVOCASE la libertad provisional concedida al enjuiciado HUGO HELIGIL GOMEZ GARCIA y, por lo mismo, ORDENASE SU CAPTURA para que sea puesto a órdenes del indicado Juzgado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

(fdo.) Fernando Gómez Gómez
Magistrado

(fdo.) Martha Elena Jaramillo Panesso
Magistrada

(fdo.) José Luis Gómez Pérez
Magistrado

(fdo.) Alberto García Quintero
Secretario