

Tribunal Superior de Antioquia Tribunal Superior de Medellín

Hurto: delito y contravención

Sentencia de junio 18 de 1991

M. P.: Dr. JAIME NANCLARES VÉLEZ (conformaron la sala, además, los Drs. Sigifredo Espinosa Pérez y Sonia Gil Molina).

Comentario: JUAN CARLOS AMAYA CASTRILLÓN*

Consideraciones del Tribunal:

La sala asume el conocimiento del proceso, y no obstante que el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Diego Juan G. R. le otorga competencia “para decidir sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada”, conforme lo preceptúa el art. 538 del C. de P. Penal, circunscribirá su estudio a la situación procesal del precitado acusado, al no considerar indispensable, necesario o conveniente la revisión con respecto al procesado Orlando de Jesús O. L., que como se sabe, tanto él como su defensor estuvieron conformes con la sentencia condenatoria al omitir su impugnación: “...el *ad-quem* solo está obligado a pronunciarse sobre los puntos recurridos y adecuadamente sustentados, sin perjuicio de que, si resulta imprescindible, necesario o conveniente, haga lo propio respecto de los aspectos no recurridos o no sustentados, ya que según el artículo 538 del Código de Procedimiento Penal (197 bis del anterior estatuto), “el recurso de apelación otorga competen-

cia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada”, enseña la Corte Suprema de Justicia (Auto noviembre 11 de 1986. Magistrado ponente: Guillermo Duque Ruiz).

Sin embargo, prescindirá del análisis de fondo del proceso que le permita decidir sobre el acierto o no del fallo impugnado, en lo que se relaciona con el procesado G. R., se repite, porque advierte la presencia de la causal 1ª de nulidad legal consagrada en el art. 305 del C. de P. Penal que lo afecta *parcialmente*, y concretamente, en lo concerniente al mencionado procesado y al cosindicado Luis Fernando H. P.

En efecto, la conducta contra el patrimonio económico atribuida a estos dos procesados, con el advenimiento de la ley 23 de 1991, a partir del 21 de marzo postrero, se desplazó del delito de hurto calificado y agravado a la contravención especial de hurto simple, de competencia de los funcionarios de policía.

La mencionada ley “Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales y se dictan otras disposiciones”, cuya

* Profesor de la Universidad de Antioquia.

vigencia comenzó el 21 de marzo de 1991, consagró en su artículo 1º *nuevos hechos punibles*, bajo la denominación de *contravenciones especiales* y adscribió la competencia para su conocimiento a los funcionarios de policía.

Entre esas novísimas figuras punibles se encuentra la del hurto simple, tipificada en el numeral 11 del aludido artículo 1º, con las siguientes condiciones normativas: "Hurto simple. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con propósito de obtener provecho para sí o para otro, cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales, incurrirá en arresto de seis (6) a doce (12) meses".

Además, el artículo 17 de la ley 23 modificó, entre otras disposiciones, el artículo 349 del C. Penal, que consagra el tipo básico *delictivo* de hurto. Como dicha norma *modifica*, pero no sustituye o deroga el artículo 349 del C. Penal, debe interpretarse que actualmente se encuentran en vigencia dos hechos punibles de hurto simple: El uno, con carácter de *contravención especial*, tipificado por el artículo 1º numeral 11, de la mencionada ley 23. Y, el otro, con categoría de *delito*, previsto en el artículo 349 del estatuto punitivo.

Ahora bien. Es oportuno puntualizar, de una parte, que la contravención especial de hurto simple fue estructurada en consideración a la *cuantía* del objeto material del apoderamiento, la cual no debe exceder de diez salarios mínimos mensuales legales. Dicha cuantía, en tratándose de contravención especial, constituye elemento estructurante de hecho punible. Y, de la otra, que la ley 23 de 1991 por parte alguna establece *tipos subordinados* (agravados o privilegiados) respecto del hurto simple contravencional. Por ello, la contravención especial de hurto *no admite circunstancias de agravación o atenuación punitiva de carácter específico*. No podrían extenderse las circunstancias de agravación o atenuación punitiva específicas

de que tratan los artículos 350, 351, 372, 373 y 374 del C. P., por cuanto estos tipos subordinados operan exclusivamente para los delitos, mas no fueron consagrados para las contravenciones. Tampoco sería posible tal aplicación, con base en los dictados del artículo 16 de la ley 23, porque esta disposición se refiere inequívocamente a las normas *generales* del C. Penal, o sea, a la *Parte general* de la codificación penal, y las ya citadas circunstancias específicas de agravación o atenuación de la punibilidad se encuentran establecidas en la Parte especial.

Como la contravención especial de hurto se edificó en torno a la cuantía del objeto material del apoderamiento, la cual no puede superar los diez salarios mínimos mensuales legales, sin considerar para nada circunstancias especiales de agravación o atenuación, debe entenderse que únicamente constituye delito de hurto la acción de apoderamiento de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, cuya cuantía sea superior a diez salarios mínimos mensuales legales. Por debajo de esa cuantía, el citado apoderamiento no constituye delito, sino contravención especial. Por ende, tipifica contravención especial el apoderamiento de mueble ajeno, con ánimo de aprovechamiento económico, en cuantía de doscientos mil pesos, por ejemplo, aunque para la realización del hecho se hubiere interpuesto violencia contra las personas o las cosas; o colocado en condiciones de indefensión o inferioridad a la víctima, o abusado de ella; o aprovechado calamidad, infortunio o peligro común; o por persona disfrazada; o de noche; o por dos o más personas reunidas; o cuando hubiere ocasionado grave daño a la víctima; o sobre bienes del Estado, porque estas circunstancias fueron establecidas por la ley penal como motivos de agravación especial de delitos contra el patrimonio económico, pero no fueron extendidas, para los mismos efectos, a las contravenciones especiales y, por consiguiente, la contravención especial se realiza sin importar que, de hecho,

concurran o no tales circunstancias. Resulta inoperante, para los efectos de la contravención especial de hurto, que concurran o no a su realización, situaciones fácticas como las ejemplificadas, que solo vendrían a producir consecuencias jurídicas cuando se anexas a sustracciones o apoderamientos que *excedan* los diez salarios mínimos mensuales legales, vale decir, en relación con el *delito* de hurto. Constituye, pues, contravención especial de hurto simple, tanto el apoderamiento de cosa mueble ajena cuya cuantía no exceda de diez salarios mínimos mensuales legales, con *animus lucrandi*, cuando concurran circunstancias como las ya aludidas, como cuando el hecho se realice sin el concurso de ninguna de esas situaciones.

Por ello, como en el caso *sub examine*, la cuantía de lo hurtado ascendió a la suma de \$150.000.00 (fs. 138 fte), el hecho punible realizado tipifica la contravención especial de hurto simple de que trata el artículo 1º, numeral 11, de la ley 23 de 1991, y no el delito de hurto consagrado en el C. Penal. Y siendo ello así, la competencia para el conocimiento del hecho punible contravencional citado, a partir del 21 de marzo del año en curso, corresponde a los funcionarios de policía, porque, de otra parte, el artículo 18 del decreto 800 de 1991, reglamentario de la ley en cita, ordena *la ruptura de la unidad procesal*, "cuando la contravención se realice en concurso con el delito".

2. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sentencia de julio 3 de 1991

M. P.: Dr. LEONEL CALDERÓN CADAVID (integraron la sala, además, los Drs. Édgar Escobar López y Lucena Echeverri de Henao).

Consideraciones del Tribunal:

Cuestiones procesales previas:

Afirma el señor fiscal que el fallo no está sujeto al grado jurisdiccional de la consulta conclusión que la sala no comparte.

Ciertamente que cuando el hecho tuvo ocurrencia, la materia era regulada por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, el cual trazaba unos parámetros de acuerdo con los cuales ninguno de los punibles objeto de examen tenían ese control. Sin embargo, al momento de proferir el fallo regía el artículo 14 del decreto 1861 de 1989, precepto que comporta la revisión de las conductas definidas por el decreto 3664 de 1986. Entonces cobra validez el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal en cuanto el artículo 14 atañe a la competencia y a la ritualidad del proceso y debe por ende de aplicarse inmediatamente.

Y no es válido invocar, como la fiscalía lo ha sostenido, la vigencia ultra-activa del artículo 210, acudiendo al postulado de la favorabilidad. Mal puede afirmarse que la revisión por el *ad quem* de una sentencia condenatoria resulta *per se* desfavorable al inculcado.

En otro orden de ideas, tiénese que aunque solo la infracción que afecta la seguridad pública está sometida al grado jurisdiccional, por causa de la estrecha conexión que muestra con el otro ilícito (la pena unificada implica un examen omni-compreensivo), es necesario tocar los distintos extremos de la imputación.

Ahora bien, de manera correcta el *a quo* decretó la nulidad de lo actuado con relación a John Jairo. Cuando el hecho sucedió, aún no había cumplido los 18 años, por tanto, con el advenimiento del Código del Menor, ha debido remitirse lo pertinente a los jueces de la jurisdicción especial. Las normas sobre competencia son de aplicación preferente, amén de que la sujeción planteada no encaja dentro de las excepciones que contempla el artículo 354 *in fine* del citado estatuto. Por consecuencia, opera la premisa de invalidación que el Código de Procedimiento Penal define en su artículo 305-1.

Igual solución procede en cuanto atañe a la conducta que afecta el patrimonio. Veamos por qué:

De acuerdo con la ley 23 de 1991, los hurtos simples que no sobrepasen los diez salarios mínimos adquieren el carácter de simples con-

travenciones y su juzgamiento está adscrito a las autoridades de policía.

Ahora bien, aunque los denunciante ele- van la cuantía de lo sustraído a \$480.000.00, sus referencias son imprecisas y se basan en los simples promedios de ingreso en la esta- ción de servicio. La transcripción que a conti- nuación se hace resulta en extremo ilustrativa de la ausencia de concreción:

“Preguntado: Diga bajo juramento ¿cómo se puede establecer qué dineros por ventas entraron diariamente durante el sábado y el domingo? Contesto: No hay forma de esta- blecerlo. Es tan difícil porque las ventas son tan irregulares establecer un monto diario, porque las ventas son muy inestables, hay días en que las ventas son muy buenas y otros días que bajan” (fls. 13 vto.).

Es que el faltante no corresponde en su totalidad a dinero en efectivo. Debían incluir- se también los vales y los créditos, y estos últimos no pueden determinarse.

Luego, deben aceptarse las manifestacio- nes de los justiciables, quienes de manera cla- ra y precisa confiesan que el apoderamiento ascendió aproximadamente a \$206.000.00, \$100.000.00 de los cuales se invirtieron en la adquisición del revólver y el remanente fue entregado a los miembros de la policía.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las apropiaciones se efectuaron en dos acciones y que el salario básico en 1988 era de \$25.637,40, conclúyese que al hecho debe dár- sele el carácter de simple contravención. Da- da la favorabilidad que comporta la ley 23, se impone su aplicación retroactiva.

Es que la circunstancia de agravación no le quita al hurto la condición de simple. Co- mo bien ha sostenido la Corte, el artículo 351 no describe un tipo especial o subordinado; apenas sí reseña premisas de agravación pu- nitivas.

”a) El art. 351 del C. P., contempla tan solo circunstancias de agravación punitiva co- munes a los delitos de hurto simple y hurto calificado y no da lugar por tanto a forma- ción de especies dentro del género del delito,

no modifica su estructura; encierra como la norma lo expresa, unas circunstancias que afec- tan la punibilidad de los dos primeros tipos de hurto del Capítulo I del Título XIV y no es por tanto un precepto que describa una conducta punible” (sentencia de casación, sep- tiembre 15 de 1987, M. Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas).

Por modo que, es preciso decretar la nul- dad de lo actuado pues el artículo 18-1 del decreto 800 de 1991, dispone que la unidad procesal se desvertebra cuando se presenta el concurso entre un ilícito y una contraven- ción. Esa invalidez se decretará a partir del auto mediante el cual se avocó el conocimien- to (fls. 83 - fte.) y se circunscribe al hurto; por tanto se expedirán copias con destino a la inspección de policía que corresponda.

3. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sentencia de julio 31 de 1991
M. P.: DR. RUBÉN DARÍO PINILLA COGOLLO
(conformaron la sala, además, los Drs. Hum- berto Rendón Arango y Javier Zapata Ortiz).

Consideraciones del Tribunal:

1° Las breves razones expuestas en proce- dencia permiten concluir la estructuración del hecho punible de hurto calificado y agravado (arts. 349, 350 nal. 1° y 351 nal. 10° del Código Penal), de una parte, y el de receptación (art. 177 del mismo Código), de la otra.

2° La circunstancia de que la cuantía sea inferior a diez (10) salarios mínimos lega- les mensuales, pero superior a cien mil pesos (art. 372 nal. 1° del Código Penal), tratán- dose precisamente de un hurto calificado y agravado, obliga a hacer algunas reflexiones sobre la naturaleza de las contravenciones con- sagradas en la ley 23 de 1991 y sus efectos respecto de los delitos contra el patrimonio económico.

De conformidad con el art. 18 del Código Penal, tanto los delitos como las contraven-

ciones son hechos punibles y respecto de estas últimas deben aplicarse los principios de dere- cho sustancial en materia penal, según pres- cribe el art. 16 de la ley 23 de 1991.

Ahora bien, la aplicación de esos principios permite entender que el art. 1° nal. 11 de la ley atrás citada, que consagró como contra- vención especial contra el patrimonio econó- mico el hurto simple, no hizo más que describir un tipo especial en relación con el básico de hurto previsto en el art. 349 del Código Penal y autónomo respecto de él, por lo que se apli- ca de manera independiente.

Por eso, cuando el art. 17 de la ley en cues- tión, con un notorio error de técnica legislati- va, expresa que sus disposiciones modifican, entre otros, el art. 349 del estatuto penal, sin mencionar por parte alguna las normas conte- nidas en los arts. 350 y 351 de la misma codifi- cación, se limita a reiterar la creación de ese tipo especial que excluye, en su caso, la apli- cación del tipo básico de hurto y en ese senti- do debe entenderse que modifica su vigencia respecto de casos que antes cobijaba, pero ello no significa que la descripción o redac- ción del tipo penal de hurto (art. 349) sufra o deba sufrir variaciones en su tenor literal, que sigue siendo el mismo, pues no es ese ciertamente el camino para introducir refor- mas a las normas penales que consagran los delitos y para eso está la clasificación de los ti- pos en básicos, especiales, subsidiarios, etc. y los principios que regulan su conflicto o concurso aparente.

De ese modo, la ley 23 de 1991 dejó subsis- tente el delito de hurto con los mismos ele- mentos que lo definen como tipo básico y la contravención es simplemente un tipo espe- cial que se aplica según los principios que ri- gen el concurso aparente.

Ahora, habiendo quedado vigente en esos términos el art. 349 del Código Penal, sin variaciones en su tenor literal, tanto el hecho punible de hurto calificado, como el simple- mente agravado continúan siendo aplicables; estos no son más que un tipo autónomo o bien un tipo cualificado o agravado, según

el caso y la opinión que se asuma, pero que, cualquiera sea el evento, a los elementos pro- pios del hurto le agrega algunas variantes o características adicionales que constituyen es- peciales modalidades del hecho punible y ha- cen más intenso el daño al bien jurídico tutelado o tienen un mayor contenido de injusto.

No se trata, ni en uno ni en otro caso, de meras reglas de determinación judicial de la pena, porque no se aplican con independencia del delito, sino que por el contrario se inte- gran a él y constituyen un tipo penal distinto del hurto básico.

Por manera que, siendo igualmente espe- ciales en relación al tipo básico, con mayor riqueza descriptiva y que entraña un injusto mayor, deben aplicarse con preferencia a este y aún con prelación al especial de hurto sim- ple consagrado como contravención en la ley 23 de 1991, cualquiera sea la cuantía, precisa- mente en atención a esos criterios que infor- man los principios de la especialidad y la consunción.

Dicho de una forma más sencilla, cuando la conducta imputada se adecua típicamente al hecho punible de hurto calificado y agrava- do o al de hurto simplemente agravado y es por ese específico delito que se adelanta la investigación o se profiere la condena, como en este caso, el hecho continúa constituyendo un delito, cualquiera sea su cuantía y no es posible aplicar la norma que consagra la con- travención, ni pretender derivar de esta efec- tos jurídicos así el bien objeto material del delito tenga un valor inferior a diez (10) sala- rios mínimos legales mensuales, porque el ti- po del delito contiene una valoración del injusto o del daño al bien jurídico tan franca- mente superior a la contravención y elemen- tos que lo diferencian claramente de esta que excluye su aplicación.

Sin embargo, la consagración del hurto sim- ple como contravención con fundamento en una determinada cuantía tiene evidentes efec- tos sobre el mismo factor como circunstancia genérica de agravación de los delitos contra

el patrimonio económico (art. 372 num. 1 del Código Penal).

Ciertamente, es obvio que los diez (10) salarios mínimos legales mensuales superan en mucho los cien mil pesos (\$100.000.00) que como agravante prevé la última norma citada y si la contravención constituye, entonces, un tipo especial es igualmente ostensible que encierra o contiene en sí misma esta última cuantía y, de esa manera, la norma del art. 372 num. 1 del Código Penal viene a quedar derogada o subsumida por la ley 23 de 1991, por ser contraria a sus provisiones.

Pero, por otras razones debe también entenderse inaplicable ese artículo.

Diversas teorías han intentado explicar la diferencia que existe entre delito y contravención, algunas de naturaleza objetiva y otras que hacen hincapié en los ingredientes subjetivos de la conducta objeto de sanción; pero, independientemente de cuál interpreta mejor el fenómeno, todo indica que el legislador tomó en cuenta por lo menos dos de esos criterios para establecer la diferencia y darle carácter de contravención a los hechos punibles previstos en el art. 1° de la ley 23 de 1991.

El primero de ellos tiene que ver con la importancia o relevancia que se le concede al bien jurídico tutelado, criterio que parece haberse aplicado para convertir en contravención aquellos delitos que atentaban contra el sentimiento religioso y contra la inviolabilidad del domicilio y los sitios de trabajo que, por extraño y exorbitante que parezca particularmente respecto de estos últimos, parecen haber perdido importancia, y el segundo tiene relación directa con la gravedad del daño o la lesión a los bienes jurídicos que protege la ley penal o, en otras palabras, con la mayor o menor intensidad con que se afectan esos bienes o la cantidad y medida del injusto, criterio que parece haber primado respecto de las lesiones personales y los hechos contra el patrimonio económico.

Ahora bien, si la menor intensidad del daño al patrimonio económico depende de que

el hecho punible no supere determinada cuantía, como la de diez salarios mínimos que fue el patrón utilizado por el legislador, y ello constituye razón suficiente para consagrar un tipo privilegiado respecto de los delitos previstos en el Código Penal, como es el caso de las contravenciones contempladas en la ley 23 de 1991 que tienen una pena menor, carece de sentido que similar o idéntica cuantía sirva a la vez para agravar los tipos penales que constituyen delito, pues una contradicción de esa naturaleza es filosófica y ontológicamente irreductible y hace incompatible la ley 23 de este año con el artículo 372 num. 1 que, de esa manera, debe entenderse derogado tácitamente por efectos de la ley posterior en vigencia.

Para comprender lo anterior bastaría reparar que un hurto cuya cuantía oscile actualmente entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales constituiría una contravención, a pesar de estar por encima de los cien mil pesos que consagra como agravación el art. 372 num. 1 del Código Penal, de donde si se mirara desde otra perspectiva podría entenderse que esa misma conducta sería un delito agravado y la ley, más aún la penal, no puede hacer de un mismo elemento una circunstancia para privilegiar o atenuar un tipo y agravarlo al mismo tiempo sin atentar contra el principio lógico de no contradicción, más aún cuando la filosofía que inspira la contravención es abiertamente opuesta a la que subyace en la circunstancia de agravación del art. 372 del num. 1 del estatuto penal en términos prácticos.

Pero, más aún, la misma cuantía menor a diez salarios mínimos se prevé para distintas conductas contravencionales como la estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheques, el abuso de confianza, el aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito y el daño en bien ajeno, para todas las cuales, a la vez, se consagra como circunstancia de agravación en los delitos la cuantía mayor a cien mil pesos (\$100.000.00), cuando a partir de dos salarios mínimos legales mensuales ya se

ha sobrepasado esta generándose así una pugna incompatible entre el principio que inspira a la ley 23 de 1991 para tener por menos grave aquel tipo de conducta y lo dispuesto en el Código Penal para tenerlas, contrariamente, por más dañinas y peligrosas, oposición que debe resolverse entendiendo derogada tácitamente la norma del art. 372 num. 1.

No podría decirse que la circunstancia de agravación de los delitos comienza, por ejemplo, a partir de los diez (10) salarios mínimos, porque todos resultarían agravados y se estaría señalando, además, un tope arbitrario, aparte de que ello implicaría crear una norma penal nueva.

Por tales razones, toca prescindir en este caso de esa circunstancia, cuyo tratamiento queda cobijado por los criterios del art. 61 del Código Penal.

COMENTARIO

Desde el inicio de la vigencia de la ley 23 de 1991, e incluso antes que ello ocurriera, en razón de que, por lo menos en Antioquia (seguramente en el resto del país) se conoció con anterioridad a la sanción presidencial el texto final de lo que hoy es la citada ley, se ha venido discutiendo sobre lo relativo a la competencia de los jueces penales municipales y/o las inspecciones municipales de policía en lo que se refiere específicamente a la conducta descrita en el artículo 1° de la referida ley en su numeral 11, particularmente cuando es cometida con alguna de las circunstancias calificantes o agravantes de los artículos 350 y 351 del Código Penal, respectivamente.

En la ciudad de Medellín son frecuentes los conflictos de competencia que deben desatar los señores jueces penales del circuito, suscitados entre los jueces penales municipales y los inspectores de policía. Seguramente esto mismo ocurre en los municipios del área metropolitana y en otros donde el inspector local sea abogado y por lo tanto tenga la formación jurídica suficiente para discutir estos aspectos y a su vez adherir razonadamente a alguna de las posiciones enunciadas en cada una de las decisiones transcritas anteriormente. En los municipios donde no se presente esta circunstancia, casi podríamos afirmar que no ocurrirán los aludidos conflictos de competencia (discusión de competencia, en los términos del art. 101 del C. de P. P.), sino que allí primará el criterio del juez municipal que, según he tenido oportunidad de constatar en algunas localidades de este departamento, es acorde con lo expresado por el Tribunal Superior de Antioquia, no tanto por estar en pleno acuerdo con ello, sino más bien por asignarle cierto sentido de obligatoriedad a la referida tesis para los jueces que pertenecen a dicho distrito judicial y además, por cuanto su aplicación irrestricta descongestiona en gran medida los juzgados correspondientes.

El criterio del Tribunal Superior de Antioquia, es decir, el de que cualquier hurto en cuantía inferior a diez salarios mínimos, sin importar que haya sido cometido en circunstancias calificantes o agravantes de la conducta, será de competencia de las autoridades policivas, adolece, en mi concepto, del mayor desacierto.

En primer lugar, desconoce que las contravenciones, que para ser consagradas como tales en últimas obedecen al capricho del legislador, pues los demás criterios para distinguirlas de los delitos no han sido suficientes, de todas maneras causan

menor impacto y alarma social. Son, prácticamente, hechos punibles de menor categoría, señalada esta por ese menor impacto en la ciudadanía. No ocurre lo mismo en la comunidad cuando, por ejemplo, dos o tres sujetos, con la utilización de armas de fuego se apoderan, en asalto a una entidad bancaria, de la suma de \$ 500.000.00. Aplicando la tesis que se viene comentando, se trataría, "simplemente" de una contravención y por lo tanto la punibilidad estaría entre seis y doce meses de arresto. La sociedad se sentiría, con toda razón, absolutamente desprotegida.

Por el contrario, sería un delito el hecho de que alguien se apoderara, sin que mediara ninguna circunstancia calificante o agravante, de cualquier bien que valiera, por ejemplo, \$ 520.000.00. Este delito estaría sancionado con prisión de uno a seis años, aumentada de conformidad con el art. 372 num. 1 del Código Penal.

El tratamiento punitivo es absolutamente inequitativo y es ilógico pretender que esa sea la voluntad del legislador.

Se ha pasado por alto, tal vez por la totalidad de las decisiones o tesis expuestas sobre el punto, un hecho que es elemental. El de que la ley 23 de 1991 llama hurto simple a la conducta descrita en el art. 1º num. 11, denominación que no existía en el Código Penal, pues el artículo 349 se refiere a la conducta de hurto, sin calificativo alguno. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que el citado delito es el de hurto simple y lo es así, simple, cuando en su acaecimiento no concurre ninguna circunstancia calificante (art. 350) o agravante (art. 351). A no dudarlo, a ello se refiere la ley 23 cuando en el artículo varias veces citado habla de hurto simple como contravención especial de policía.

El mismo criterio de la menor alarma social que ha servido al legislador para consagrar como contravenciones (ordinarias o especiales) algunas conductas, debe tenerse aquí en cuenta nuevamente. Lo que el legislador quiso fue que algunos delitos, de poca ocurrencia y de menor alarma y daño social y privado, pasaran a ser contravenciones de policía y por ello resolvió que el hurto simple pasara a ser esto, cuando la cuantía de la ilicitud no sobrepasara el límite de los diez salarios mínimos mensuales.

Entiendo entonces que el legislador lo que pretendía con la norma que se comenta era solo que los hurtos simples (art. 349 C. P.) en cuantía de hasta diez salarios mínimos mensuales pasaran a competencia de las inspecciones de policía y los alcaldes municipales.

Por lo anteriormente expresado, considero que la tesis expuesta o promulgada por el Tribunal Superior de Medellín en la providencia de julio 31 del año en curso que se deja transcrita y a la cual también me referiré brevemente, es de mayor acierto.

Entiendo así que para cumplir el fin propuesto, el legislador utilizó la vía de crear un tipo especial (un tipo contravencional) sin ninguna subordinación al tipo básico de hurto "simple" del art. 349 del C. P. De ahí que ambos tengan vida independiente y sea un error hablar que el art. 1º de la ley 23 modifica el 349 ya citado. Así lo expone el Tribunal Superior de Medellín, con buena dosis de acierto, en mi concepto.

Es más, si el legislador de 1991 hubiese querido que las circunstancias calificantes y agravantes del hurto simple consagrado en el Código Penal se aplicaran también en el caso de las contravenciones especiales, pues así lo debió haber dicho y si no lo hizo fue porque no era su finalidad. Además, tampoco se referiría a "hurto simple" en el art. 1º numeral 11.

Continúa el Tribunal Superior de Medellín diciendo que considera derogada la disposición del art. 372 num. 1 del Código Penal toda vez que la ley 23 que se comenta estableció una circunstancia atenuante de penalidad en cuanto a la cuantía inferior a diez salarios mínimos, chocando esta atenuante con la agravante del Código Penal que se acaba de citar, viniendo a quedar "derogada o subsumida por la ley 23 de 1991 por ser contraria a sus previsiones".

En concepto del tribunal, la citada agravante punitiva ya no tiene existencia, ni siquiera para los delitos propiamente dichos. Es decir, que la corporación no acepta su vigencia ya para los delitos consagrados en el Código Penal que antes podrían ser sancionados con mayor pena cuando la cuantía del objeto sobre el cual recayó la conducta fuera de valor superior a cien mil pesos.

No obstante, tal planteamiento de la citada corporación entiendo que representa en cierta forma una contradicción con lo que venía exponiendo. Había dicho, ya lo reseñamos, que el tipo de hurto simple de la ley 23 era uno especial, diferente al del Código Penal. Más aún, considero que la norma de 1991 tiene plena vigencia por fuera de la reglamentación del mismo estatuto punitivo, salvo en los puntos de expresa remisión. Así las cosas, no entiendo cómo puede decirse derogada una norma por otra que se aplica a casos diferentes, en los que no se aprecia la contradicción resaltada por la corporación, es decir, que una cuantía superior se utilice para atenuar y otra inferior para agravar la pena imponible a un caso concreto. Entiendo mejor que la circunstancia agravante del Código Penal sigue rigiendo para los delitos, para los casos en que se aplique la legislación "ordinaria penal" cuando se presente por ejemplo un hurto agravado o calificado, o calificado y agravado en cuantía superior a cien mil pesos. La agravante en comento sigue entonces subsistiendo solo para estos delitos.

En cuanto al hurto simple, no se aplicaría la agravante del art. 372 del C. P., ya que para que se trate de delito de esta naturaleza se requiere que sea cometido en cuantía superior a diez salarios mínimos. Es decir, si para que exista este delito de hurto simple se requiere que la cuantía sea superior a diez salarios mínimos, pues no podría aplicarse la agravante punitiva en ningún momento, ya que aquí no tendría razón de ser ella. Igual ocurrirá cuando se trate de conductas contra el patrimonio económico en cuantía inferior a diez salarios mínimos mensuales que por disposición de esta ley pasaron a ser contravenciones especiales de policía. Para estos perdió toda vigencia.

Otra sala de decisión penal del H. Tribunal Superior de Medellín considera que sigue siendo delito solo el hurto calificado, independientemente de su cuantía, no así el hurto agravado o hurto simple agravado. Para ello sostiene, con apoyo en tesis de la Corte Suprema de Justicia, que este último no es propiamente un tipo subordinado, sino un hurto básico con circunstancias de agravación punitiva.

Esta tesis tiene los mismos inconvenientes de la sostenida por el Tribunal Superior de Antioquia y a los cuales me referí anteriormente, es decir, que el artículo 1º, numeral 11 de la ley en comento se refiere a "hurto simple" y este es tal solo cuando no concurren agravantes o calificantes. Por otro lado, la ley 23 por parte alguna menciona los artículos 350 ó 351 del Código Penal como incluidos o incluíbles en su reglamentación y de ahí que no puede admitirse su aplicación en las contravenciones especiales.

Quedan así esbozadas y brevemente comentadas las diferentes soluciones que sobre este importante tema se han planteado judicialmente en el departamento de Antioquia.

Seguramente la polémica no queda aquí cancelada. Sería positivo que la Corte Suprema de Justicia o el mismo legislador se pronunciaran al respecto, lo cual no solo vendría a facilitar la labor de jueces, inspectores y abogados, sino que además evitaría injusticias por el trato diferencial a que pueden ser sometidos hechos exactamente iguales por varios jueces de la misma localidad o región.

Por último, no podemos dejar pasar esta oportunidad para manifestar nuestro desacuerdo con esta nueva expresión de lo que se ha llamado la "administrativización de la justicia", es decir, el hecho de que funcionarios administrativos (de policía) vengán teniendo tanta participación en una función netamente jurisdiccional como lo es la de investigar y juzgar hechos punibles. No es la primera vez que ello ocurre, pero esperamos que sea la última y que el Congreso Nacional haga efectivo el artículo 28 de la Constitución Nacional sobre la necesidad de que solo por "orden de autoridad judicial competente" se reduzca a prisión o arresto a una persona. Así mismo que se haga un manejo restringido de la facultad establecida en el artículo 116 sobre la posibilidad de atribuir "función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas" y que cuanto antes expida la ley a que se refiere el artículo transitorio número 28 *ibidem*. Lo que pretendemos es que solo los jueces y los miembros de la rama jurisdiccional sean los que se dediquen a esta función, sin influencias o "ayudas" de otros entes estatales.

Medellín, septiembre de 1991.

BIBLIOTECA