

# Tribunal Superior de Medellín

## TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO

El verbo *apoderarse* que utiliza el art. 349 del C. P. es algo más que *sustraer*, pues supone la actividad del agente ejecutor del hecho mediante la cual este da traslado a su patrimonio, de manera ya tranquila, del objeto ajeno. El segundo verbo, en cambio, hace referencia a la víctima en cuanto que con ello debe privársele definitivamente (así sea de forma esporádica) de la oportunidad de disponer de lo suyo.

Si la cosa no llega a entrar en la esfera de custodia del ladrón, el hurto no está consumado.

Magistrado ponente: Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ  
marzo 17 de 1983

Comentario: FRANCISCO VALBUENA CARDONA\*

En virtud del recurso de apelación debida y oportunamente interpuesto (fls. 53 fte.) y convenientemente concedido por el *a quo* (fls. 54 vto.), conoce esta corporación de la providencia mediante la cual el señor Juez Primero Penal del Circuito de la ciudad llamó a responder en juicio criminal, por el delito de *hurto calificado*, en la modalidad de *tentativa*, al sujeto H. H. G. G. 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 L. V. M. N., de 65 años de edad y ciego de nacimiento, cotidianamente 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 M. M. V. de M., 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 esta 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, H. E. G. G. se sustrajo el total de la lotería descrita y a paso largo trató de alejarse en dirección hacia Bolívar. Afortunadamente, L. A. L. M., 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 L. M., a quien prosiguió su camino y L. A. entregó las fracciones de lotería a su dueño. En ese preciso momento se presentaron los agentes de la policía nacional,

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

M. S. R. y L. R. G. A estos se les enteró de lo que acababa de acontecer y se les señaló al responsable. De inmediato iniciaron la persecución de este y en la carrera Carabobo con la Calle Colombia lograron aprehenderlo”.

Las exigencias del art. 481 del C. de P. P. están satisfechas para la formulación del cargo, pues la materialidad del ilícito, dentro del ámbito preconizado por el art. 310 del C. de P. P.\* no admite dudas. En efecto, no solo por la deposición del señor L. A. L. M. (fls. 14), quien fue el que frustró los empeños del antisocial, por las declaraciones de L. V. M. M. (fls. 3 y 42), como titular del derecho que se pretendía lesionar y de M. M. V. de M. (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 L. M. 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 L. M., fue aspecto claramente reconocido por G. G., 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 L. M., resulta insostenible.

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, brevisamente 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 solo 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 *subjudice*”.

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 la *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 dirigen a la perfección de la empresa delictiva, o que bajo el engruimiento 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 solo al vocablo de *sustracción* —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 este da traslado a su patrimonio de manera ya tranquila el objeto ajeno. Es porque, con las palabras del gran SOLER, “Apoderarse no es solamente sus-

traer, sino algo más; esto es, traer la cosa a la esfera del propio dominio”.

Vale decir, entonces, que ni siquiera frente al concepto de *sustracción* 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 sindicato 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 la libertad de disponer de ella?

En ese sentido se pronuncia también el ilustrado 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 del 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 traspasar 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 exegeta para decir que efectivamente aquí no hay burla a la vigilancia, pero que allá sí?

Tiénesse, entonces, que el hurto no se perfeccionó porque el sindicato en momento alguno estuvo bajo el engruimiento 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 L. M.

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 art. 349 del Código Penal vigente. Tal vez porque, como lo dice el gran IRURETA GOYENA con irónica bizarria, “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 art. 350.

Comparte sí la Sala de apreciación del señor colaborador del ministerio público en cuanto a que de ser condenado H. G. G., 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 inculgado. Pero si la confesión goza de presunción de veracidad; si los elementos del delito se pueden acreditar por cualesquiera de los medios probatorios (art. 236 del C. de P. P.), no hay razón para negarle credibilidad al procesado en cuanto al señalamiento de 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 fundamento en el art. 7° 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 motivación: *revócase* la libertad provisional concedida al enjuiciado H. H. G. G. y, por lo mismo, *ordénase su captura* para que sea puesto a órdenes del indicado juzgado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

\* Se refiere el H. Tribunal a las disposiciones del derogado Código Procesal Penal.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el "Seminario sobre el Nuevo Código Penal Colombiano" realizado en Bogotá en el mes de diciembre de 1980, decía el Dr. JAIME BERNAL CUÉLLAR, secretario de la primera Comisión Redactora: "... el Código conserva la figura básica o fundamental del delito de hurto. Hace dos modificaciones sustanciales. De una parte, cambia la expresión o el núcleo rector, o el verbo rector como lo denominan otros, no se utiliza la palabra *sustraer*, sino dice que la norma (sic) «el que se apodere». Algunos han considerado que es también una modificación intrascendente. Entendemos que el cambio del verbo rector no es simplemente un cambio formal sino un cambio sustancial. Ese cambio en el verbo rector, va a conllevar necesariamente que la jurisprudencia y la doctrina modifique (sic) lo que hemos venido entendiendo como momento consumativo del delito de hurto, y va a ser necesario que ajustemos las teorías sobre ese momento consumativo ..."<sup>1</sup>.

A pesar de esta exhortación, y de haber sido formulada hace más de un lustro, se podría decir que la doctrina y la jurisprudencia han hecho bien poco en el análisis del concepto que se constituyó en nuevo verbo rector del tipo de hurto, y en la extracción de las consecuencias lógicas y prácticas que de él se desprenden.

Como excepción a esta situación, tenemos conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín, especialmente la decisión del 16 de marzo de 1983, con ponencia del magistrado Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ; y, en lo que a la doctrina se refiere, un estudio del Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA M.<sup>2</sup>.

La jurisprudencia aludida es de suma importancia, no solo por la problemática teórica que plantea sino para la práctica forense, y en particular para los estudiantes de Consultorio Jurídico. Fue justamente su estudio el que nos impulsó a emprender la tarea de contribuir en algo a lo que podríamos denominar "una nueva concepción del concepto apoderarse".

Ella es, pues, la base de nuestro análisis en torno al momento consumativo del delito de hurto, la acción material del mismo, y, como consecuencia, la tentativa de hurto.

Por último, no pudiendo desconocer la importancia de tal pronunciamiento, haremos un comentario a la luz de los postulados que de aquí resulten, a la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema de la tentativa de hurto.

## 2. PRESENTACIÓN DE LOS HECHOS

Al tenor de lo dicho por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, los hechos objeto del pronunciamiento son los siguientes:

<sup>1</sup> JAIME BERNAL CUÉLLAR, "Delitos contra la propiedad", *Conferencias sobre el Nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Ed. Imprenta Nacional, 1981, pág. 128.

<sup>2</sup> JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ, "La acción material constitutiva del delito de hurto en el Nuevo Código Penal colombiano", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 18, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 160 y ss.

El Sr. L. V. M., de 65 años de edad y ciego de nacimiento, se dedicaba habitualmente a la venta de lotería en las casetas dispuestas al efecto por la administración municipal. El día de los hechos, como de costumbre, llegó al sitio de trabajo acompañado de su esposa y tendieron 300 fracciones de diferentes loterías en la mesita de la caseta, dispuestos a iniciar su jornada. En un ligero descuido de su compañera, H. E. G. sustrajo el total de la lotería y a paso largo trató de alejarse del lugar, pero su fuga fue truncada por L. A. L., quien, habiendo presenciado los hechos, le retuvo inquiriéndole su ilícita conducta. El ladrón reaccionó devolviéndole el objeto de la sustracción, solicitándole al tiempo que no hiciera escándalo.

A los pocos momentos se hicieron presentes en el lugar dos agentes de la policía, quienes enterados de los acontecimientos y del autor de los mismos, iniciaron su persecución, dándole alcance a una cuadra del lugar.

## 3. PROBLEMAS TEÓRICOS QUE LOS HECHOS PLANTEAN

Podríamos decir que son tres asuntos, principalmente, los que involucran los anteriores hechos: la acción material constitutiva del delito de hurto, el momento consumativo, y la frustración.

La estrecha relación existente entre los dos primeros temas nos permitirá estudiarlos en una sola figura: la tentativa de hurto; el fenómeno de la frustración del delito, en cambio, está por fuera de las pretensiones de nuestro trabajo<sup>3</sup>.

## 4. LA DOCTRINA FRENTE AL PROBLEMA

Son muchas las tesis que se han elaborado históricamente, incluso desde la época de las *XII Tablas*, a fin de dar solución al problema. No obstante, se han reconocido tradicionalmente cinco grandes teorías: la de la *aprehensio rei* o de la ocupación; la de la *amotio* o traslado de la cosa; la de la *illatio rei* o poner la cosa en el lugar que el ladrón le había destinado; la de la *ablatio*, la mejor elaborada al sentir de muchos, consistente en poner la cosa fuera de la esfera de custodia y cuidado de su dueño; y, por último, la por todos descartada, de la *locupletatio*, la cual exige que el ladrón obtenga realmente provecho de la cosa sustraída<sup>4</sup>.

a) *La doctrina nacional*. En la doctrina colombiana existe una notoria tendencia a la aplicación de la teoría de la *ablatio*, en el sentido de exigir que la cosa salga de la esfera de custodia y cuidado del dueño o poseedor<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> A quien interese este último fenómeno en el hurto, puede leer a LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, 1968, págs. 126-128.

<sup>4</sup> Véase una amplia descripción de estas teorías en MESA VELÁSQUEZ, *op. cit.*, págs. 108-110.

<sup>5</sup> Puede verse, entre otros: LUIS FERNANDO TOCORA, *Derecho penal especial*, 2ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1984, págs. 77-79; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. v, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 565.

Aunque tal concepción no es acogida por toda la doctrina de una manera lineal, pues se notan matizaciones de un autor a otro, las cuales hacen que frente a los mismos hechos las soluciones puedan ser diferentes, en esencia todas las soluciones parecen estar inspiradas en los planteamientos del jurista argentino RICARDO C. NÚÑEZ<sup>6</sup>, conocidos con el nombre de "Teoría del desapoderamiento"<sup>7</sup>.

Así, por ejemplo, dice ANTONIO VICENTE ARENAS: "No nos parece afortunado el cambio (se refiere al cambio del verbo rector en el Código del 80), porque *sustraer* en nuestro idioma equivale a apartar, separar, extraer, hurtar, robar, fraudulentamente. Cualquiera de esas acciones, acompañada del propósito de aprovechamiento ilícito, señala el momento consumativo del hurto, aunque no haya habido apropiación o apoderamiento"<sup>8</sup>.

Frente a esta posición, recientemente empezó a sostenerse en Colombia por algunos jueces y doctrinantes<sup>9</sup> la llamada *teoría de la posibilidad física de disponer* o de la *disponibilidad*, expuesta y sustentada ampliamente por JORGE FRÍAS CABALLERO.

Por considerar que estas dos posiciones —la teoría del "desapoderamiento" y la de la "disponibilidad"— resumen en esencia las divergencias de opinión frente a lo que es el momento consumativo del hurto, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, pasamos en seguida a hacer una exposición sucinta de los fundamentos de cada una de ellas. A tal efecto nos valdremos de los planteamientos que sobre este tópico han realizado FRÍAS CABALLERO y NÚÑEZ.

b) *La doctrina extranjera.* Las consideraciones de NÚÑEZ en torno al asunto son del siguiente tenor: partiendo de la teoría de la *ablatio*, en los términos en que era concebida por la doctrina de su tiempo (esto es, no en un sentido meramente espacial: traslado de la cosa fuera de la esfera de custodia, sino exigiendo además, no admitiendo la coexistencia de dos poderes de hecho sobre la misma cosa, el desapoderamiento del perjudicado), aclara que este desapoderamiento es un desplazamiento de la cosa, que quebranta los poderes de custodia y disposición física que sobre ella tiene el poseedor<sup>10</sup>, reconociendo que la norma que castiga el hurto protege precisamente ese poder; y que, por tanto, no se podrá hablar de delito consumado hasta tanto ese poder no haya sido completamente aniquilado.

Pero este criterio no es absoluto, es más relativo de lo que se piensa. El propio NÚÑEZ lo reconoce cuando dice: "La privación de la cosa —o desapoderamiento— no se consume de una manera uniforme en todos los casos. Pueden hacerse distincio-

<sup>6</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1951, pág. 316.

<sup>7</sup> JORGE FRÍAS CABALLERO, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, en *Monografías Jurídicas*, núm. 79, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1962, pág. 98.

<sup>8</sup> ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. II, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 234 a 265.

<sup>9</sup> VALENCIA M., *op. cit.*, págs. 128 y ss.

<sup>10</sup> NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 81, 82, 91 y especialmente 52.

nes útiles para comprender mejor los casos"<sup>11</sup>. Así, por ejemplo: cuando el sujeto pasivo porta las cosas encima, o estas son expuestas a la confianza pública, basta su simple remoción para que el delito quede consumado; es el caso del carterista en la primera situación<sup>12</sup>, o el del automóvil estacionado en la vía pública, en la segunda, al que bastaría con moverlo unos pocos metros para que exista ya el desapoderamiento. En cambio, se requerirá un acto complementario al de la remoción, ocultamiento por ejemplo, cuando se trate de cosas dejadas a la confianza de un dependiente y es este el autor del hurto: o se exigirá, además de lo anterior, un resultado, como que el ladrón saque las cosas del almacén o de la casa, cuando ellas se encuentren dentro de una esfera de custodia y cuidado más amplia, y el autor del delito sea persona completamente extraña a ese lugar. Por último, de las cosas fungibles se pide tan solo su consumo sin necesidad de su remoción, para que el delito quede consumado, como cuando alguien lleva a pacer su ganado a los potreros del vecino.

Por otro lado, luego de abandonar el concepto de posesión como bien jurídico tutelado en el tipo de hurto, para poner en su lugar lo que el llama "vínculo fáctico de poder", FRÍAS CABALLERO expone así la *teoría de la disponibilidad*:

El *quid* de la cuestión está en la acción "apoderamiento", la que para configurarse requiere que el autor obtenga real y efectivamente la posibilidad de disponer de la cosa sustraída, o sea, la posibilidad material de ejercer actos dispositivos sobre el objeto del hurto, y, evidentemente, bloqueando al tiempo esa posibilidad en cabeza del sujeto pasivo. Así, entonces, toda intención de apoderamiento que por cualquier situación no alcance este momento se quedará en el grado de tentativa.

Parece, pues, ser más exigente esta teoría que la definida por NÚÑEZ, a tal punto que, como lo dice el propio FRÍAS, "... en la mayoría de los ejemplos aducidos por NÚÑEZ el delito no está perfecto porque no hay auténtico apoderamiento, aunque efectivamente exista sustracción consumada"<sup>13</sup>. Así, por ejemplo: "El carterista no perfecciona el hurto quitando la cosa. Mientras forcejea con el dueño o sea perseguido llevándola consigo el delito no está consumado, pues en momento alguno ha consolidado el poder físico de disponerla ni se ha destruido totalmente la posibilidad del sujeto pasivo"<sup>14</sup>.

Pero este criterio tampoco es absoluto. Mientras que en la teoría del "desapoderamiento" había modos diferentes para poder alcanzar la privación de la cosa, en la teoría de la "disponibilidad" la consumación del apoderamiento ilegítimo dependerá "de la índole misma o de la naturaleza del objeto de la sustracción"<sup>15</sup>. Y, aún más, diríamos nosotros, de las propias intenciones que tenga el autor del

<sup>11</sup> *Ibidem*, pág. 103.

<sup>12</sup> "... el carterista pasa de la tentativa al hurto consumado tan luego como la cosa ha ido a parar a sus manos, aunque continúe en lucha con la víctima para evitar que este la recobre", NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 103, nota 162.

<sup>13</sup> FRÍAS CABALLERO, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 40.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 40.

hurto para con la cosa sustraída. Tomemos el siguiente caso como ejemplo: En una fábrica de licores, uno de los trabajadores oculta en su *locker* una caja de envases del licor que allí se produce, mientras otro, el jefe de personal, cada día se apodera de una botella para guardarla en su escritorio e ir tomando sorbos a lo largo de la jornada. Este y no aquel, ha consumado el delito del hurto, pues en el primer caso, según la teoría de la "disponibilidad", es evidente que el obrero no ha logrado consolidar ningún poder de disposición sobre la cosa sustraída, pues para ello es necesario que pueda sacar el bien fuera de la esfera de custodia del patrono, es decir, de las instalaciones de la fábrica. En tanto que, en el segundo caso, no obstante no haber salido el bien de la fábrica, el delito está consumado, pues al empleado lo único que le interesa es el contenido, y, al tratarse de un bien fungible, la posibilidad física de disponer de él ya estaría materialmente alcanzada con el solo traslado del objeto.

Como ya lo dijimos, de conformidad con la teoría de la "disponibilidad", el concepto clave es "apoderarse" pero en este preciso sentido, según lo aclara FRÍAS CABALLERO: "Apoderarse implica solamente una toma efectiva de poder sobre la cosa ajena mediante la cual se desapodera a la víctima, violándose así el interés jurídico protegido, esto es, la incolumidad del vínculo entre la persona y la cosa"<sup>16</sup>. Ese desapoderamiento de la víctima se logra removiendo, sustrayendo, alzándose la cosa con la intención de desapoderar. Pero, además, debe existir otra intención: la de apoderarse (esto también lo dice NÚÑEZ), pues quien saca un libro del almacén con el único objetivo de demostrar que los mecanismos de vigilancia son insuficientes, aunque efectivamente ha logrado un desapoderamiento, no consuma la acción de apoderarse, pues no era esa su intención.

A las dos intenciones descritas debe sumárseles, siguiendo los baremos de la teoría de la disponibilidad, un elemento que podríamos calificar de *factible de constatación empírica*, se trata de la posibilidad real de disponer de la cosa. Este es el elemento más urgente de probar, pues solo en la medida que este se dé, se puede hablar de hurto consumado o no. Valga aclarar que no se exige que efectivamente se disponga, sino tan solo que exista la posibilidad real de ello.

## 5. LA ACCIÓN FÍSICA CONSTITUTIVA DEL DELITO DE HURTO

a) *Precisiones*. Una vez abordadas las modernas teorías sobre la acción física constitutiva del delito de hurto, podemos ahora, con un criterio más amplio y haciendo estricta referencia a nuestra legislación, estudiar el art. 349 del C. P.

Empecemos por decir, acorde con la doctrina y la jurisprudencia nacionales, que el hurto requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: 1) apoderarse de cosa mueble; 2) que sea ajena; 3) que se coja sin el consentimiento del poseedor; 4) que el agente proceda con ánimo de aprovechamiento; 5) que se obre dolosamente<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Ibidem, pág. 38.

<sup>17</sup> Cfr., por ejemplo, "G. J.", t. LXXX, 1955, pág. 796.

De la anterior enumeración, para los propósitos de nuestro trabajo, interesan primordialmente los elementos "apoderamiento" y "que el agente proceda con ánimo de aprovechamiento". Este último es de especial importancia, pues si para nuestro análisis partimos de las teorías desarrolladas en la doctrina argentina, debemos tener en cuenta que el tipo penal consagrado en el art. 349 del Código Penal, no es semejante al art. 261 del Código Penal de aquel país en este punto, como se desprende de su tenor literal: "será reprimido con prisión de un mes a dos años el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena"; como se aprecia, no está explícito el elemento "con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero", del art. 349.

Es por lo anterior que la solución a casos similares se tiene que lograr con distintos argumentos, aunque se llegue a los mismos resultados; nos referimos, concretamente, al caso de sustracción de cosa ajena pero con intención distinta del ilícito aprovechamiento, como sucede con quien sustrae la billetera de su amigo, pero con la única intención de hacerle una broma. La solución al caso, según la doctrina y la jurisprudencia colombianas, es indiscutible: no hay hurto por faltar uno de los elementos integrantes del tipo, el dolo específico según unos, o el elemento subjetivo del tipo según otros, es decir, el ánimo de aprovechamiento<sup>18</sup>.

En cambio, para la doctrina argentina las cosas no son tan sencillas. NÚÑEZ, por ejemplo, se vale de la siguiente argumentación luego de dar un rodeo innecesario al asunto de la intención de desapoderamiento que debe existir en el sujeto activo del hurto —para que verdaderamente exista desapoderamiento y no otra cosa—, y luego de denunciar la inutilidad de sus disquisiciones en torno al tema, concluye: "Puede, sin embargo, el autor querer desapoderar al dueño y no concurrir, no obstante, el hurto, por no tener aquel la intención de apoderarse de la cosa. El que sustrae la cosa del museo para demostrar que el guardián no vigila suficientemente y el que la sustrae para hacer una broma al amigo, tiene el propósito de desapoderar al dueño, pero no tienen la intención de apoderarse ellos de la cosa... La esencia del hurto no reside en desapoderar de la cosa, sino en *desapoderar mediante un acto de apoderamiento*"<sup>19</sup>.

Esta diferenciación no sería importante si no es porque observamos que esto no lo comprendieron muchos autores colombianos o, al menos, no hicieron las clarificaciones necesarias. Así, por ejemplo, dice MESA VELÁSQUEZ: "Para la corporización del delito es suficiente la intención de lucro al momento de la sustracción, no siendo necesario el real beneficio. Por ello dice con toda razón RICARDO C. NÚÑEZ que «el apoderamiento ya está consumado cuando, con la intención de apoderarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al ofendido, quitándosela o sacándola de su esfera de poder y custodia»"<sup>20</sup>. No discutimos que la obtención del real beneficio sea intrascendente para la consumación del hurto, pero no es lo mismo exigir la intención de aprovechamiento "ilícito", que la intención de apoderarse.

<sup>18</sup> Cfr., por ejemplo, MESA VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 115, y ARENAS, *op. cit.*, págs. 238-239.

<sup>19</sup> NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 114.

<sup>20</sup> MESA VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 126.

El anterior análisis nos sirve, a la vez, para hacer notar que, según la tesis de NÚÑEZ, la acción material constitutiva del delito de hurto es el mero despojo o privación de la cosa, y el elemento subjetivo es la intención de apoderarse. Por ello, tenemos que estar de acuerdo con FRÍAS CABALLERO cuando, luego de exponer sucintamente la teoría del citado autor argentino dice, a manera de conclusión: "De lo expuesto hasta aquí resulta con claridad palmaria que la tesis de NÚÑEZ parece apartarse del núcleo rector, sustituyendo el verbo «apoderarse», que es el estampado en el tipo, por los verbos quitar, arrebatarse (recuérdese el proyecto Tejedor), desapoderar, privar, sacar, hacer perder el poder de custodia o el poder de disposición ..."<sup>21</sup>.

Esto hace que, en aras de una interpretación más apegada a nuestra propia legislación, debamos recibir con beneficio de inventario, en este punto, las enseñanzas del maestro de Córdoba; puesto que precisamente el verbo rector del art. 349 del C. P. C. es *apoderarse* y no otro.

b) *Implicaciones del verbo apoderarse*. Luego de estas necesarias aclaraciones, concentrémonos en lo que para nuestra legislación implica la utilización del verbo "apoderarse".

Toda la jurisprudencia y la doctrina existentes hasta el momento, han elaborado las diferentes tesis frente al momento consumativo del hurto apegadas a un viejo paralelismo, que, en nuestro sentir, es imposible seguir manteniendo hoy. Nos referimos a la equivalencia establecida entre "apoderarse" y "sustraer". Este paralelismo es de antigua data; se conoce, por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema del 8 de octubre de 1940, en el que se decía: "apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predicán igualmente del hurto y del robo"<sup>22</sup>.

Sin embargo, doctrinantes y jueces aclaraban que, por lo menos gramaticalmente, sí existían diferencias entre los conceptos aludidos, pero que por razones prácticas esta diferenciación era intrascendente. Así, por ejemplo, decía LUIS ZAFRA: "Doctrinariamente, las palabras *sustraer* y *apoderarse* son equivalentes, tratándose de los delitos de hurto y robo. *Sustraer*, que es el término utilizado por la legislación francesa, implica la idea física de apartar la cosa mueble de donde la tiene su dueño, poseedor o tenedor. Es una noción vinculada al lugar. *Apoderarse*, en cambio, es no solo remover el objeto de su sitio, sino quedarse con él, ponerlo bajo el dominio y la acción de quien lo toma. Pero desde el punto de vista de nuestro derecho escrito, aquellas distinciones a nada práctico conducen en la configuración genérica de estos dos delitos, porque la ley usa como sinónimos los verbos *sustraer* o *apoderarse*, ..." <sup>23</sup>.

Esta posición era tal vez justificable durante la vigencia del anterior Código; como se sabe, el tipo de hurto hablaba de *sustraer*, en tanto que el robo hablaba de *apoderarse*. Y seguramente el universalmente reconocido aserto de que entre

<sup>21</sup> FRÍAS CABALLERO, *op. cit.*, pág. 36.

<sup>22</sup> Citada por VALENCIA, *op. cit.*, pág. 166.

<sup>23</sup> Cita de PÉREZ, *op. cit.*, pág. 610.

estas dos figuras no existían más que diferencias de grado en el uso de la violencia, hizo desviar la atención de los estudiosos en este punto. Eran otras las prioridades.

Pero hoy en día, en vista de la nueva legislación, no creemos posible seguir sosteniendo tal paralelismo. La doctrina y la tradición, por inveteradas que sean, no pueden imponerse a la ley en un sistema como el nuestro; la figura del hurto ha cambiado, y su interpretación ha de variar a la luz de sus nuevos designios. Recordemos las palabras ya citadas del secretario de la Comisión Redactora del 74<sup>24</sup>.

En nuestro sentir, el cambio en el verbo rector del tipo de hurto es sustancial, no meramente formal ni accidental, porque no obstante que en la exposición de motivos se dé a entender que el cambio obedeció tan solo a la desaparición de la figura de robo como tipo independiente, es también cierto que muchas veces el espíritu de la ley desborda el querer de los redactores.

Tenemos, pues, necesidad de nuevos análisis en torno al momento consumativo del hurto. Sabemos que ya se han hecho intentos pero, con pocas excepciones, son tímidos los resultados, entre otras razones porque se han valido para ello de teorías que definitivamente no dan la medida para exponer la nueva concepción.

c) *Apoderarse es más que sustraer*. Por razones metodológicas debemos, así sea arbitrariamente, establecer un punto de partida, escoger un concepto que sirva de base de la futura edificación.

Al efecto acudiremos a una definición del vocablo "apoderarse", constituida a manera de síntesis de lo que al respecto han conceptualizado doctrinantes y jueces nacionales y extranjeros. *Apoderarse* es establecer un vínculo entre la persona y la cosa que le permita a aquella tener la posibilidad de ejecutar actos de señor y dueño sobre esta<sup>25</sup>. Cuando se habla de "vínculo" se tiene en mente un vínculo fáctico, de hecho, no de derecho; por tanto ha adquirido este vínculo quien, por vías de hecho, despoja al legítimo poseedor con la intención, o mejor, con el *animus* de convertirse él en dueño.

Esto porque es de general aceptación que el bien jurídico tutelado no es el legítimo dominio o posesión<sup>26</sup>.

La posibilidad de ejecutar "actos de señor y dueño" implica más que la mera intención de disponer de la cosa, que efectivamente alcance esa posibilidad, que sea una potencialidad, no una mera intencionalidad.

Es lógico que el acto de apoderamiento debe anteceder en el tiempo un acto de desapoderamiento (en algunos casos pueden confundirse, como cuando el objeto del hurto es un bien fungible), pero como es principio de universal aceptación que no pueden coexistir dos poderes sobre una misma cosa, es también lógico pensar que el Código Penal, al hablar de "el que se apodere", está dando por sentado que ya hubo un desapoderamiento. Esto hace que el concepto "desapoderamiento"

<sup>24</sup> Véase la transcripción realizada en trabajo citado en la nota 1.

<sup>25</sup> Por ejemplo, FRÍAS CABALLERO, *op. cit.*, pág. 38; VALENCIA, *op. cit.*, pág. 166; TOCORA, *op. cit.* págs. 77-79.

<sup>26</sup> Cfr., por ejemplo, NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 52 y MESA VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 113.

sea intrascendente en el análisis del momento consumativo del hurto, por tanto no debe ocuparnos en el presente ensayo.

Por último, y como corolario ineludible de esta argumentación, debemos observar que el art. 349 del Código Penal, al utilizar la expresión "el que se apodere", está exigiendo que la atención del fallador se centre en los efectos que la acción representa para el sujeto activo del delito, no para la víctima, como lo sería si la expresión utilizada fuera "el que sustraiga", pues en este caso habría que comprobar la existencia de la acción en la reducción del patrimonio de la víctima, y no en el aumento del patrimonio del ladrón, como lo es cuando habla de apoderarse.

Dadas así las cosas, creemos plenamente demostrada la capacidad de nuestro ordenamiento penal, concretamente del título XIV, capítulo 1, del libro II, para adoptar, con las prevenciones del caso, la llamada "teoría de la posibilidad física de disponer" o de la "disponibilidad", para determinar con toda claridad el momento consumativo del hurto, la acción material constitutiva de este delito, y, por ende, para establecer con la mayor precisión la consumación del simple conato.

## 6. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

a) *Presentación.* No queremos terminar nuestro trabajo sin antes presentar y comentar la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema en referencia.

Los hechos que exigieron el pronunciamiento de la Corte el 18 de julio del 84, los sintetizamos así:

H. A. C., salió como de costumbre a hacer las consignaciones de la empresa donde trabajaba. En el camino fue enfrentado por C. M. M., quien exigiéndole, bajo amenaza con arma de fuego, la entrega del maletín en el que portaba, en cheques, novecientos cincuenta mil pesos, lo persiguió hasta lograr quitárselo de las manos. Cuando el ladrón emprendió la fuga, varias personas lo siguieron, piedra en mano, hiriéndolo de consideración. Fue entonces cuando arrojó el maletín, accionando luego su revólver y causando lesiones a A. C. S., quien sufrió una incapacidad de sesenta días.

El recurso de casación se interpuso con base en la causal de violación a la ley sustancial por "haberse dado en la sentencia una equivocada interpretación jurídica al concepto apoderarse".

Ante los anteriores hechos, la Corte hizo las siguientes *consideraciones*:

"Para fijar el momento consumativo del delito de «hurto», ciertamente abundan las doctrinas, algunas totalmente superadas en la época actual y otras todavía en trance de adquirir supremacía y pacífico asentimiento. Sobre este particular las más importantes suelen conocerse como *aprehensio rei* (poner la mano sobre la cosa), *amotio* o *contractio* (traslado o movimiento de la cosa del lugar en donde se encontraba), la *ablatio* (la remoción no es simplemente física o espacial sino un real desapoderamiento de la cosa por parte de la víctima [sic] y la *illatio* (llevarla al sitio que le tenía destinado el autor del hecho), que se traduce, en su más caracteri-

zada variante, en sacar la cosa de la esfera de custodia, de vigilancia o de la propia actividad del detentador.

"El verbo rector empleado por el artículo 349 del Código 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.

"De sobra está indicar que la voluntad del autor del punible debe caracterizarse como querer ese desapoderamiento y lo que este implica, vale decir, atribución de disponibilidad, o lo que el artículo prevé como ingrediente subjetivo «con el propósito de obtener provecho para sí o para otro».

"Ahora bien, pretender que solo 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.

"Es verdad, como se dejó visto, que en estos casos hay variantes doctrinales que pretenden afirmar la tentativa si media alguna relación espacio-temporal entre el hurtador y su víctima o cuando esta puede ejercer cierto control sobre aquel, por persistir una zona de tutela, vigilancia y observación de la cosa objeto del apoderamiento. No obstante la significativa rotundidad del verbo «apoderar» («3. hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder»), no faltan quienes entronicen distingos como los que se dejan comentados, en orden a degradar el delito y llevarlo de su consumación a grado de imperfección o tentativa.

"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 del C. P.—, porque son de tal entidad, efecto y valor que por sí, dándose la remoción de la cosa, señalar una inflexible imposibilidad, en el diseño 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 solo 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.

"Asimismo 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 estos por aquel, 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.

”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 esta supone no 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, 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.

”En el caso examinado la situación no puede ser más clara cuando se observa la forma de ejecución de los hechos, la cual muestra cómo H. A. C. no pudo evitar el desapoderamiento de su maletín, pese a buscar refugio en un vehículo de servicio público que por allí pasaba, y que su resistencia se vio vencida por haber esgrimido C. M. M. un arma de fuego. A la postre, ante el seguimiento de numerosos circunstantes y especialmente por el lesionamiento que estos le infirieron, arrojó el portafolios y, no obstante emplear el revólver que portaba, con el cual hirió a A. C. S., no logró evadirse del sitio en donde por buen tiempo permaneció oculto.

”Debe reiterarse, por último, que cuando se trata de acciones ajenas a las circunstancias del 350 del C. P., el fenómeno de la tentativa, apoyado en la consideración de la esfera de vigilancia, surge la acción del dueño o poseedor, que logra la inmediata recuperación de los bienes, concomita con la del apoderamiento, pues a aquel no se le puede imponer, en favor de este, que arriesgue su integridad en una faena de persecución. Si esta 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 a generar una tentativa.

”El cargo no prospera”<sup>27</sup>.

b) *Comentarios.* De las anteriores consideraciones quisieramos resaltar los siguientes puntos:

Parece claro que para la Corte “apoderarse” es más que “sustraer”, en el sentido en que lo venimos comentando aquí, pues dice que el verbo “... apoderar, tiene un mayor valor descriptivo que sus similares «tomar» o «sustraer», reconociendo a la vez que el objeto material del hurto debe llegar al propio poder del ladrón, alcanzando “a disponer de ella así sea por breve término”.

No obstante, este criterio no parece aplicarse hasta sus últimas consecuencias, pues no se entiende claramente por qué, luego de darle ese alcance específico al

verbo apoderarse, la Corporación entra a analizar la existencia de circunstancias que califican el hurto, para establecer si este fue consumado o no. Es decir, la tesis que sostiene aquí la Corte, en el sentido de que toda acción de sustracción acompañada de violencia (o de cualquiera de las causales que califican el hurto) tiene por este solo hecho la calidad de hurto consumado, no aparece expuesta con la suficiente amplitud para echar por tierra lo que al comienzo de las consideraciones, el alto tribunal había delimitado como “apoderarse”.

En efecto, ¿cómo, luego de sentar que el verbo apoderarse exige que el actor llegue a tener la posibilidad de disponer de la cosa, se dice que en los casos en que se presenten las circunstancias calificativas del hurto, la simple remoción, acompañada de la ilícita intención, basta para consumarlo?

Estamos de acuerdo en que las circunstancias que califican el hurto son de tal “entidad, efecto y valor” que hacen que dos acciones calificadas con el mismo *nomen juris*, sean diferentes en cuanto a la gravedad que representan para la víctima y la sociedad en general, si concurre en una de ellas alguna de las circunstancias descritas en el art. 350 del Código Penal. Pero, dogmáticamente hablando, ¿con base en qué se dice que a la vez convierten en hurto consumado lo que sin ellas podría ser mera tentativa?

Se podría pensar que la Corte considera el delito de hurto como uno de aquellos que los autores llaman “delitos de resultado cortado” o que se consuman sin que el agente alcance el fin propuesto, y esto es cierto si se tiene en cuenta que el art. 349 del C. P., al dolo genérico le agrega un fin ultratípico, cual es el ánimo de aprovechamiento. Pero es necesario recalcar que el fin ultratípico es este y no el apoderamiento; este tiene que tener existencia real, no se puede quedar en mera intencionalidad, como ya creemos haberlo demostrado.

Nosotros seguimos sosteniendo que “apoderarse” y “ánimo de aprovechamiento”, no son conceptos equivalentes, pues quien se apodera de algo puede tener o no “ánimo de aprovechamiento para sí o para un tercero”. La Corporación en cambio no parece aceptar esta tesis. Pero, ¿no será precisamente por esa asimilación sostenida por ella que sus consideraciones llegan a postular las circunstancias calificativas del hurto también como circunstancias que convierten una posible tentativa en hurto consumado?

Por último, creemos que el alto tribunal no utilizó adecuadamente la palabra *apoderamiento* en el penúltimo párrafo de sus consideraciones, pues en ese contexto tal palabra parece estar indicando mas bien la idea de “sustracción”. Si así no fuera, y el sentido de “apoderamiento” fuera el mismo que expresó al comienzo de sus consideraciones, no habría por qué plantearse la posibilidad de la tentativa en esos casos, ni mucho menos si se actuó en alguna de las circunstancias del art. 350 del C. P., pues si hubo apoderamiento, sumada la intención del ilícito provecho, la acción de hurto está definitivamente consumada.

Pero si lo anterior es cierto, habrá que concluir que la Corte se suscribe a la teoría de la *amotio* o simple remoción, pues estaría diciendo que si la recuperación del objeto no concomita con la sustracción, despojo o remoción, el delito estaría

<sup>27</sup> Cfr. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIII, núm. 153, págs. 735 y ss.



consumado. Lo que implica que el verbo rector del art. 349 del C. P. está siendo modificado por uno de los anteriores conceptos.

#### 7. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Por todo lo hasta aquí expuesto, no podemos más que estar de acuerdo con las consideraciones que con respecto a los hechos expuestos al inicio de este ensayo, planteara el Honorable Tribunal Superior de Medellín, en la providencia que hoy publicamos.

Con meridiana claridad esta corporación expone la tesis según la cual, frente al problema de establecer si en los hechos de que se trata se configuró hurto consumado o mera tentativa, la solución se encuentra atendiendo no solo al verbo "sustraer", que hace más referencia a la situación de la víctima, sino al verbo "apoderarse", que es el contemplado en el art. 350 del C. P. y que hace que el fallador centre su atención más en los efectos que la acción reporta para el sujeto activo del delito que para la víctima, pues, como quedó sentado, "apoderarse es más que sustraer". no se ha apoderado de nada quien no ha logrado una posesión tranquila —posibilidad de disponer—, así sea momentáneamente.

No obstante queremos hacer notar que el Tribunal, en sus consideraciones, deja traslucir cierta intromisión de la tesis de la *ablatio*. Y aunque es evidente también que acude a ella solo para reforzar sus conclusiones en el sentido de reconocer la tentativa, consideramos que no era necesario hacer tal remisión, sino más bien depurar al máximo lo que aquí expusimos con el nombre de "teoría de la disponibilidad".

No sobra indicar que el reconocimiento de la tentativa en casos similares al examinado ya se venía sosteniendo por esta corporación, aun en la vigencia del anterior Código Penal. Así, por ejemplo, en sentencia de 11 de junio de 1975, dijo: "La calificación del delito investigado corresponde a la de robo en grado de tentativa. El acusado en todo momento actuó dentro de la órbita de vigilancia del dueño, ya que no se le perdió de vista un instante. Por lo demás se trata de un apoderamiento con violencia, pues se aplicó fuerza para aprovechar la sorpresa de la víctima, quien no pudo defenderse a tiempo del atentado. Huelga decir que por circunstancias independientes de la voluntad del delincuente este no consumó el robo: apenas sí realizó actos ejecutivos durante el camino delictual"<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Los hechos que entonces fueron objeto de examen por el tribunal, según se lee en la mencionada providencia, que contó con la ponencia de la Dra. BERTHA ZAPATA CASAS, fueron los siguientes:

"El joven de diez y seis años cumplidos AVC, el 19 de diciembre de 1974, madrugó a apostarse en derredor de la caseta de la empresa de vehículos «Tax San Pedro», frente al cementerio San Pedro de esta ciudad, en donde suele por la mañana el médico propietario SVR recolectar sumas de dinero entregadas por los conductores por concepto de trabajo con los carros de su flota. Como entre las siete y ocho de la mañana de la mencionada fecha, después de concluida aquella labor, cuando el empresario intentó mirar el motor de un taxi fue sorprendido con el intempestivo apoderamiento del fajo de billetes envuelto en hojas de periódico que tenía en las manos en dicho momento. En la vía seguida por el fugitivo había un carro en marcha lenta, cuyo conductor, al escuchar los gritos del

A pesar de la poca amplitud de las anteriores consideraciones, es notorio que el Tribunal en esa ocasión estableció que el apoderamiento exige más que la mera sustracción.

En el momento actual, y luego de que la Corte Suprema de Justicia emitiera el pronunciamiento que comentamos en el capítulo anterior, la aceptación de la tentativa en los tipos de casos que hemos venido comentando es tal vez más escasa. Por eso es importante rescatar esta providencia del Tribunal Superior de Medellín, y correlativamente la "teoría de la disponibilidad", pues no solo parecen las posiciones más conformes a las exigencias del derecho vigente, sino que también, por su exactitud, permiten solucionar las más dudosas hipótesis que se puedan formular, evitando, y esto también es necesario resaltarlo, que se tenga que acudir a cualquiera de las tradicionales teorías sobre el momento consumativo del hurto.

doctor SVR de «pará hijuetantas» (fls. 17), creyéndose aludido, lo hizo de un solo golpe y con tal vehemencia que, sin imaginárselo, tumbó al ladrón y este soltó el paquete, pero reanudó la fuga y fue alcanzado a la cuadra siguiente y puesto a disposición de la Inspección de Permanencia ...".

Estos hechos fueron calificados como *tentativa de robo*, dando lugar a una jurisprudencia reiterada por los diversos despachos judiciales del Departamento de Antioquia, los cuales destacaban, transcribiéndola, que "El acusado en todo momento actuó dentro de la órbita de vigilancia del dueño, ya que no se le perdió de vista un instante".