



## 1.- PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

### 1.1. M.P. BOLAÑOS PALACIOS FERNÁNDO LEÓN- Rad. 110016000023200908236 01 (10-11-09) HURTO EN SUPERMECADOS Y ALMACENES – Antijuridicidad material – La falta de idoneidad de los actos dirigidos al hurto, aunada a los mecanismos de vigilancia y control de los establecimientos de comercio, impiden que pueda configurarse una lesión, perjuicio o puesta en peligro del bien jurídico tutelado

2. Esta Sala comparte plenamente la motivación de la sentencia impugnada, en cuanto afirma que la conducta de OLGA PATRICIA PUERTA RAMOS, dirigida inequívocamente a hurtar, fue inidónea desde el comienzo y, por lo tanto, no tuvo aptitud para iniciar la ejecución del delito que se propuso cometer.

La impropiedad de los movimientos realizados por la implicada conllevó a que los vigilantes del supermercado CARULLA la vieran cuando ella tomó los tarros de ENSURE del mostrador y los guardó en su bolso.

En adelante, el control sobre ella y sus acciones fue ininterrumpido, de modo que el patrimonio de la mencionada empresa, representado en el valor de la mercancía ocultada por OLGA PATRICIA, nunca estuvo en riesgo real, sino bajo la custodia permanente de sus sistemas de seguridad.

Tal situación factual fue conocida al comenzar la actuación procesal, especialmente en la audiencia de imputación, por lo cual la atribución de *hurto agravado en el grado de tentativa* no podía formalizarse, ni era factible continuar hacia la imposición de la medida de aseguramiento.

(...)

7. Con relación a la *antijuridicidad material*, cuya verificación omitió la Fiscalía, en el presente asunto se hacen estas anotaciones:

7.1 El sólo desvalor de conducta (*tomar dos tarros de ENSURE y ocultarlos en el bolso*) no comprueba también la lesión o puesta en peligro de los derechos patrimoniales, esto es, la economía, el dinero, del supermercado donde se vendía ese producto.

7.2. Recientes lineamientos jurisprudenciales reafirman una vez más que el sólo desvalor de acción no es punible, dado que si en cada caso específico no se constata efectivamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, la *antijuridicidad material* no se concreta y, por ende, la conducta no será punible.

Así lo expresó la Sala mayoritaria de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 13 de mayo de 2009 (*radicación 31362, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca*):

7.3 No se discute que OLGA PATRICIA PUERTA RAMOS fue descubierta cuando guardaba dos envases de ENSURE en su bolso; y de ahí en adelante vigilada, hasta que salió del almacén sin pagar su importe.

En esas específicas condiciones, debido a que la autora fue sorprendida desde un principio en su irregular actuación y a

partir de ese instante quedó bajo el control de los sistemas de seguridad del supermercado, inclusive hasta la recuperación de la mercancía, es claro que el patrimonio de CARULLA no fue lesionado ni estuvo en riesgo efectivo. De ahí que no sea válido suponer ni presumir la *antijuridicidad material*.

(...)

7.5 El delito de *hurto*, tipificado en los artículos 239 y siguientes del Código Penal, es de resultado y no de peligro. Ello implica que si alguien intenta apoderarse de cosa mueble ajena, desplegando acciones sin aptitud para tener éxito en su cometido, de modo que no alcanza a significar una lesión, perjuicio o puesta en peligro del patrimonio del presunto afectado, no habrá, entonces, desvalor de resultado, lo que equivale a afirmar que en esas condiciones no se concretó la *antijuridicidad material* y no hubo delito, ni siquiera en el grado de tentativa.

7.6 El artículo 27 (*tentativa*) del Código Penal (*Ley 599 de 2000*) exige, para predicar ese amplificador del tipo, varios elementos que deben concurrir al mismo tiempo: i) iniciar la ejecución de una conducta punible; ii) a través de actos idóneos, no de cualquier manera ni de forma ineptas; iii) que esos actos idóneos sean inequívocamente dirigidos a su consumación; y iv) que la consumación no se produzca por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Mientras tal situación con todas esas características no se demuestre no habrá tentativa; como en el presente asunto, donde los movimientos de OLGA PATRICIA y su acompañante fueron tan torpes y evidentes que, se pusieron en evidencia ante los sistemas de seguridad de CARULLA.

La falta de idoneidad de los actos destinados al *hurto* significó que la mercancía siempre estuviera bajo el control y la vigilancia de los empleados del supermercado; y, por ende, para OLGA PATRICIA no fue posible generar un perjuicio material o al menos comportar un riesgo efectivo contra el patrimonio de esa empresa.

En consecuencia, ante un panorama fáctico probatorio así constituido, la responsabilidad penal no puede predicarse como tentativa y menos como delito consumado; a menos que se decida prescindir del *desvalor de resultado* y retornar al sistema moral de la responsabilidad objetiva. (*Castigar sólo porque la conducta nos parece inconveniente según nuestra moral social; pero sin constatar la causación de un daño, o de un riesgo inminente*).

Relatoría/consulta/2009Acusatorio/Autos

### 1.2. M. P. BOLAÑOS PALACIOS FERNÁNDO LEÓN - Rad. 110016000028200900090-02 (27-11-09) PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD - Nulidad por extralimitación del juez en el ejercicio de las facultades oficiosas para interrogar y conainterrogar en el juicio, consagradas en el artículo 397 de la ley 906/04.

Revisados los registros de audio, se encuentra fundada la queja del defensor, porque en realidad se observa una conducción desbordada por parte del Juez Doce Penal del Circuito de Conocimiento, quien pluralidad de veces intervino para interrogar a los testigos más allá de lo permitido por los principios acusatorio, adversarial y de imparcialidad.

Ciertamente, la manera como dicho funcionario orientó el debate sugiere parcialidad hacia la causa de la Fiscalía, pues dirigió muchos interrogantes a los testigos no para que respondieran concretamente las preguntas de las partes, ni para aclarar o complementar el sentido de alguna de ellas, sino –como lo admitió el mismo funcionario– para despejar las dudas que iban quedando con cada prueba, con lo cual



dio al traste con el artículo 29 de la Constitución Política, que estatuye el debido proceso y con él, la presunción de inocencia; puesto que si las pruebas como fueron presentadas por la Fiscalía y la Defensa no eran suficientes para corroborar la teoría del caso de uno u otro, no correspondía al Juez mejorar el contenido probatorio para confirmar alguna de aquellas posturas –la de la Fiscalía en este caso- sino definir el asunto a través del principio *in dubio pro reo*, como lo exige el artículo 7º de la Ley 906 de 2004.

(...)

1.4 Como se observa, los interrogatorios a que el Juez sometió a los testigos, y con énfasis en los coprocesados, que son los dos más relevantes, no fueron excepcionales, aclaratorios ni complementarios, sino que tuvieron como finalidad real acomodar el caudal probatorio hasta que satisficiera el querer del funcionario judicial.

Y aún cuando en desarrollo del juicio oral el defensor intervino en plurales ocasiones para interpelar al Juez, tratando de que no continuara su singular manera de amoldar el debate, no lo consiguió, porque, como exclamó el abogado en sus argumentos de la apelación, es difícil para un interviniente oponerse a las preguntas que haga el Juez, porque en condiciones normales el abogado no puede “objectar” al Juez, dado que sus determinaciones tienen sello de autoridad.

1.5 Con todo, la manera como el funcionario judicial procedió en el presente asunto es tan insólita, que en su afán de “despejar las dudas”, el Juez avanzó hasta la formulación de una pregunta palmariamente indebida, al punto que el abogado se atrevió a lanzar la voz “objeción señor Juez”; y el mismo director del proceso le respondió que tenía razón y le aceptaba la objeción.

Es evidente, entonces, que el *A-quo* abandonó su rol funcional y se tornó en un adversario más, por manera que, en el juicio contra VÁSQUEZ CIRO, su defensor se vio obligado a controlar las preguntas no sólo de la Fiscalía y el Ministerio Público, sino también del Juez, con innegable ruptura de los principios de imparcialidad y acusatorio.

Frente a un modo de proceder así, el defensor queda limitado y menguado en el ejercicio de sus derechos, ya que no puede más que dejar constancias, pues es insólito que tenga que objetar preguntas que hace el Juez y más aún lo es, que el mismo funcionario decida si admite la objeción.

(...)

1.8 En muchas oportunidades el interrogatorio que hizo el *A-quo* no tuvo como finalidad aclarar respuestas confusas, pues si así hubiere sido, tenía que formular las mismas preguntas que los adversarios para que la respuesta girara sobre idéntico tema; y no otras, desligadas de aquellas y surgidas en su entera imaginación e interés.

De igual manera, se descarta la viabilidad del desempeño del Juez de conocimiento, so pretexto del “*cabal conocimiento del caso*”, como lo reiteró tantas veces, dado que en términos normativos ese “*caso*” es el que le presentan las partes, completamente circunstanciado desde la perspectivas fáctica y jurídica; y no el mismo “*caso*” mejorado en su respaldo probatorio, ni otro distinto.

1.9 En síntesis, en la revisión detallada de lo acontecido quedó demostrado que el Juez no interrogó a los testigos en aplicación de sus facultades excepcionales, sino ejerciendo un poder inquisitivo abrogado por su propia cuenta, que ni la Carta ni la ley le confieren.

(...)

## 2. La nulidad a declarar

Por lo antes expuesto, al encontrar respaldo en la realidad procesal la queja del defensor, se invalidarán las actuaciones alcanzadas por el defecto.

Según viene de verse, las irregularidades ocurrieron en la práctica de las pruebas. Sin embargo, toda la audiencia del juicio oral (*artículo 366 de la Ley 906 de 2004*), debe repetirse desde la instalación, para que un Juez diferente, sin contaminación alguna con lo manifestado por las partes en la alegación inicial ni el contenido de las pruebas, rehaga las diligencias, con plena garantía del debido proceso y, especialmente, del principio de imparcialidad.

Relatoría/consulta/2009Acusatorio/Sentencias

## 2. PROVIDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### 2.1. [31277\(03-12-09\)](#) M. P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO – Configuración en la declaratoria de insubsistencia de un empleado judicial

Es claro que la arbitrariedad y la injusticia en la conducta del procesado **Barrios Reyes** tuvieron realización plena. En efecto, contrariando consciente y voluntariamente las normas, emitió un acto administrativo de insubsistencia matizado de craso antojo discrecional, porque fue una respuesta vindicativa al empleado judicial (**Benítez Quinceno**) que osó ofrecer un testimonio al interior de un procedimiento disciplinario que en la perspectiva del encausado ciertamente le advenía perjudicial. El sentenciado acudió al instituto jurídico de la declaratoria de insubsistencia previsto en el numeral 9º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 -Estatuto de la Administración de Justicia- por simple capricho de poder de nominador; así lo señalan las pruebas recogidas en el proceso penal que por vía de apelación ahora se revisa por la **CORTE**.

(...)

El procesado **Barrios Reyes** estaba revestido de una facultad legal de poder declarar la insubsistencia del secretario del juzgado del que era su titular, pero abusó de ella al orientarla a una finalidad contraria a aquella para la cual le fueron conferidas, finalidad esta que el Tribunal concreta en la manifiesta intención del servidor judicial de causar daño a la administración de justicia con el injusto retiro del servicio del referido empleado.

**LA CORTE** no desentraña en sede penal el debate jurisprudencial de otras jurisdicciones alrededor de si frente a un empleado designado en provisionalidad en un cargo de carrera, puede el nominador retirarlo del servicio en uso de la facultad discrecional sin necesidad de motivar la decisión, o por el contrario para adoptar una determinación de esa jaez se requiere siempre la motivación expresa del acto administrativo de insubsistencia, porque en uno u otro caso lo que se requiere es que frente a cada situación fáctica haya asunción de razones para arribar por el nominador al ejercicio de la discrecionalidad al amparo de los principios de la administración de justicia de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional (Ley 270 de 1996, art. 1) apaleando en un todo al siquiera mínimo marco del debido proceso que debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CN., art. 29).

JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS  
Presidente

HERMENS DARIO LARA ACUÑA  
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA  
Relatora