

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**ACTA DE APROBACIÓN N° 890
SEGUNDA INSTANCIA**

Acusado:	Miller Andrés Rodríguez Pastrana
Cédula de ciudadanía:	1.023.013.082 expedida en Bogotá, D.C.
Delito:	Hurto agravado en grado de tentativa
Víctima:	Almacén Éxito
Procedencia:	Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la Fiscalía contra el fallo absolutorio de fecha agosto 30 de 2021. SE CONFIRMA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- El 11 de enero de 2019 aproximadamente a las 18:00 horas, el señor **MILLER ANDRÉS RODRÍGUEZ PASTRANA** fue capturado por un auxiliar de seguridad del almacén Éxito ubicado en la carrera 10 No 10-71 de esta ciudad, al tratar de huir del establecimiento de comercio con seis latas de atún marca "Van Camp's", cada una por un valor de \$13.650.00, lo que sumaba en total \$81.900.00.

1.2.- En enero 12 de 2019 se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Pueblo Rico (Rda.) -en turno de disponibilidad de fin de semana en la ciudad de

Pereira- por medio de las cuales: (i) se declaró legal la captura del señor **MILLER RODRÍGUEZ**; y (ii) se le formuló imputación como autor del delito de hurto con circunstancias de agravación, al que aluden los artículos 239, inciso 2° y 241 numeral 11° del Código Penal, los cuales NO ACEPTÓ. La Fiscalía no solicitó medida de aseguramiento.

1.3.- Ante la no aceptación de cargos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (enero 18 de 2019), por medio del cual aclaró que la conducta era en grado de tentativa -artículo 27 C.P.-, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.), autoridad que llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (agosto 04 de 2020), preparatoria (septiembre 28 de 2020), y juicio oral (junio 15 de 2021 y agosto 25 de 2021), al término del cual se anunció un sentido de fallo de carácter absolutorio. En agosto 30 de 2021 se notificó a las partes e intervinientes la sentencia.

Los principales fundamentos de esa decisión se pueden sintetizar así:

La doctrina señala que las lesiones insignificantes al bien jurídico tutelado resultan atípicas, pues según el derecho penal debe existir relación de proporcionalidad entre la naturaleza del daño y la respuesta punitiva; por tanto, ante una lesión insignificante no resulta adecuado el principio de responsabilidad.

En el presente asunto, el bien jurídico tutelado -patrimonio económico de que trata el Título VII de la Ley 599/00- no se observa afectado por el resultado objetivo del acusado de haber intentado apoderarse de seis latas de atún. Su actuar no representa ningún daño para la sociedad ni para el titular del bien jurídico, porque dichos bienes no lograron salir de la esfera de custodia de su propietario.

Adicionalmente, no se demostró afectación alguna al patrimonio del almacén Éxito dado lo insignificante de lo apoderado, que en manera alguna lesionó los derechos económicos de la sociedad propietaria del almacén, y la acción como tal no alcanza un grado de desvalor que permita ser calificada de grave atentado que cause alarma social, máxime cuando existen diversos mecanismos alternos para solucionar este tipo de conflictos.

De ese modo, la conducta material de juzgamiento no puede ser objeto de ninguna sanción porque ella no satisface la exigencia mínima de lesividad que permita considerarla como delito.

1.4.- La delegada fiscal apeló la decisión y sustentó el recurso por escrito.

2.- DEBATE

2.1.- Fiscal -recurrente-

Pide se revoque la sentencia, y en su lugar se condene al señor **MILLER RODRÍGUEZ** por el delito que fue acusado, con fundamento en lo siguiente:

Es necesario definir que estamos ante una investigación de un delito tentado, y no por ello la conducta deja de ser típica, antijurídica y culpable como lo consideró la decisión de primera instancia, cuando señala que como los bienes no salieron de la esfera de custodia de su propietario el bien jurídico tutelado no resulta afectado. Aunque debe tenerse en cuenta que no hubo un daño, por cuanto el acusado fue descubierto por un auxiliar de seguridad en su intento de hurtar las cajas de atún.

Debe igualmente tenerse en cuenta que el legislador cuando agregó el numeral 4º al artículo 313 de la Ley 906/04, que crea una causal objetiva para que proceda la detención preventiva en conductas como la aquí investigada, se traduce simplemente en la necesidad de sancionar a quien prácticamente decide tomar como medio de subsistencia la ejecución de ese tipo de conductas. Por demás, se debe recordarse a la luz de las leyes 1142/07 y 1453/11, que uno de los motivos fundados de ese numeral, es la de proteger a los almacenes de cadena de los innumerables hurtos que se consideran de "poca monta", pero que, sumados en todos los puntos del país, llegan a constituir altas pérdidas para esos establecimientos.

En este asunto el señor **MILLER RODRÍGUEZ** registra 15 anotaciones en el SPOA de la Fiscalía, todas por delitos contra el patrimonio económico, de las que seis casos llegaron a la etapa de juicio oral, pero sin sentencias condenatorias. Por tanto, la judicatura le ha dado al acusado la oportunidad de enderezar su camino, pero él ha burlado esa confianza con las constantes reincidencias en la misma conducta en diferentes momentos y en detrimento del patrimonio ajeno.

Considerar que el delito en este asunto es bagatelar, conduce a una inseguridad jurídica y a una vulneración de los derechos de la víctima, máxime cuando se ha discutido en el escenario de la Ley 906/04 la

aplicación del principio de oportunidad en ese tipo de comportamientos, donde se le permita a la víctima participar.

2.2.- Las demás partes e intervinientes no se pronunciaron.

2.3.- Debidamente sustentado el recurso, la juzgadora lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, **SE CONSIDERA**

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 - modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

3.2.- Problema jurídico planteado

De conformidad con el principio de limitación que orienta los recursos, corresponde al Tribunal establecer si la decisión absolutoria proferida por la funcionaria de primer nivel se encuentra ajustada a derecho, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y al proferimiento de un fallo condenatorio como lo pide la parte recurrente.

3.3.- Solución a la controversia

No se vislumbra, ni ha sido tema objeto de controversia, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

De igual modo, se avizora de entrada que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la posibilidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia del punible atribuido, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

De la situación fáctica esgrimida se advierte que aproximadamente a las 18:00 horas de enero 11 de 2019, fue capturado el señor **RODRÍGUEZ PASTRANA** cuando pretendía salir del almacén Éxito ubicado en la carrera 10 No 10-71 de esta ciudad, con seis latas de atún.

En cuanto a los hechos, se tendrá en cuenta que los mismos efectivamente acaecieron en atención a las declaraciones que rindieron los señores **WEYMAR BERMÚDEZ HERRERA** -auxiliar de protección de recursos de almacén Éxito que impidió que el señor **MILLER RODRÍGUEZ** se retirara del establecimiento con esos elementos-, y **JHONATAN RAMÍREZ NOREÑA** -P.T. de la Policía Nacional que atendió el llamado del auxiliar de seguridad de almacén Éxito y rindió el informe de captura en flagrancia-.

Lo que es materia de debate, hace alusión a la responsabilidad del señor **MILLER RODRÍGUEZ**, puesto que para la Fiscalía -único apelante- la misma se acreditó en el juicio oral, como quiera que la consumación del hurto se vio frustrado ante la oportuna intervención del auxiliar de seguridad del establecimiento, y no estamos en presencia de un hurto bagatelar según lo consideró la funcionaria de primer nivel. Adicionalmente, esgrime que aunque se trata de un hurto de un producto de menor valor, este tipo de conductas que son reiterativas en los almacenes de grandes superficies, causa pérdidas económicas considerables en esos establecimientos. Para el caso, el procesado presenta varias anotaciones por similares conductas a la que ahora se juzga.

Desde ya dirá el Tribunal que comparte la decisión de la funcionaria a quo, por cuanto la prueba de cargo es insuficiente para arribar a una declaratoria de responsabilidad penal en cabeza del justiciable, con el grado de certidumbre que la ley requiere. Las razones que se tienen para poder llegar a esa conclusión, se resumen en lo siguiente:

Como se indicó previamente, la materialidad de la conducta quedó demostrada. Es así, en cuanto el señor **WEYMAR BERMÚDEZ HERRERA** -auxiliar de protección de recursos de almacén Éxito- narró con suficiencia cómo pretendió el señor **MILLER RODRÍGUEZ** sacar del establecimiento seis latas

de atún -cada una con un valor de \$13.650- las cuales llevaba dentro de su chaqueta. Productos que hacían parte del inventario del supermercado según verificación del mismo personal del almacén. Por su parte, el P.T. JHONATAN RAMÍREZ NOREÑA manifestó que el señor WEYMAR fue quien realizó el llamado a la Policía para que recibiera al capturado, y señaló al aquí acusado como la persona que intentó hurtarse del almacén las referidas latas de atún.

Asegura la delegada fiscal, que con dichos testimonios, más la prueba documental que ingresó a juicio -informe del auxiliar de seguridad del Éxito, informe de captura en flagrancia y fotografías de los elementos hurtados-, se probada igualmente la responsabilidad en cabeza del procesado.

Frente a la anterior afirmación de la representante del ente acusador, no existe duda que era el aquí comprometido quien llevaba en la parte interna de su chaqueta esos productos comestibles, pues así quedó demostrado en la vista pública. E igualmente le asiste razón a la parte recurrente, cuando señala que con ocasión a la intervención del auxiliar de seguridad se impidió que el delito de hurto se consumara, lo que dio lugar a que la conducta punible quedara en el grado de tentativa.

Lo antes dicho, nos indica que el primer elemento esencial del delito -tipicidad- por el cual fue acusado el señor **MILLER PASTRANA**, en efecto se cumple, toda vez que se apoderó de una mercancía perteneciente a un establecimiento de comercio abierto al público -artículos 329 inciso segundo y 241 numeral 11-.

Sin embargo, al pasar al análisis del segundo elemento del delito, se puede concluir que aunque la antijuridicidad formal se supera, no sucede lo mismo con la antijuridicidad material. Es así, en cuanto si bien la conducta que desplegó el acusado es contraria a la ley, no se vislumbra que efectivamente se haya vulnerado el bien jurídico del patrimonio económico del citado almacén.

De conformidad con la Constitución y la ley, a la sanción penal solo se puede llegar cuando mediante un comportamiento humano se ha producido una grave afectación a un bien jurídico, lo cual se traduce llanamente en la antijuridicidad material, que lleva aparejado el análisis del principio de lesividad. Al respecto, el artículo 11 C.P. señala: "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal".

Sobre la antijuridicidad material, la CSJ en sentencia 29183 de noviembre 18 de 2018, señaló:

“En torno a este tema se tiene establecido que la antijuridicidad, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal.

Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó:

Como ha enseñado la Sala¹, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).”²

De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala,

“se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiéndose por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal”.³

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, “es *inútil o innecesaria la*

¹ Sentencia febrero 18 de 2003. Rad. 016262

² Auto del 23 de agosto de 2006 Rad. 25745

³ Sentencia del 8 de agosto de 2005. Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006. Rad. 24612.

presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela".⁴

Significa ello, que para el derecho penal debe existir relación de proporcionalidad entre la naturaleza del año y la respuesta punitiva, y si la lesión causada es mínima, no resulta adecuado el principio de responsabilidad.

Así las cosas, la aplicación del principio de la no antijuridicidad material por insignificancia en el grado de lesividad al bien jurídico tutelado, nos ubica necesariamente en el denominado concepto de delito de bagatela o pequeño delito, el cual engloba no solo cierta clase de delitos -lesiones personales leves, hurtos simples, pequeñas estafas, entre otros-, sino también una serie de fenómenos como: (i) aquel que resulta intrascendente respecto de la clase o cantidad de lesión que recibe el bien jurídico penalmente protegido; y/o (ii) los delitos contra los que no existe un interés público en la persecución penal -Sentencia C-333/01-.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que en realidad la infracción cometida no causó un daño considerable al patrimonio económico de almacén Éxito, por dos razones esenciales: (i) se trata de seis latas de atún con un costo total de \$81.900.00; y (ii) los productos fueron recuperados en buen estado por el establecimiento de comercio.

Es cierto eso sí, como lo reseñó la delegada fiscal, que los innumerables hurtos que se presentan en las tiendas de grandes superficies en la modalidad en que fue descubierto el aquí acusado, pueden potencialmente generan pérdidas innumerables o cuantiosas a esos establecimientos. Pero para el caso particular, no existen elementos con los cuales se pueda determinar el perjuicio causado al supermercado con la conducta delictiva que se vio frustrada ante la oportuna intervención de uno de los agentes de seguridad.

No traduce lo anterior, que la interrupción de la ejecución del ilícito constituya en sí misma la inexistencia de la conducta punible, como cree la fiscal lo decidió la juez de primer nivel. Lo que sucede y quiso resaltar la funcionaria de primera sede, es que si los elementos objeto del hurto fueron recuperados en perfectas condiciones, como en efecto sucedió, es difícil sostener que el daño para el caso específico resultara trascendente. En otros

⁴ Sentencia citada del 08 de agosto de 2005.

términos, el producto pudo retornar de inmediato al inventario con el fin de ser comercializado.

Desde luego y es importante dejarlo en claro, tampoco se pretende sostener con ello que por el hecho de que el elemento hurtado es de menor valor, o que se trata de un almacén de grandes superficies, o que se desconoce el real daño al patrimonio económico del establecimiento, sean por sí mismas razones suficientes para absolver a quien se apoderó de un producto para beneficio propio, por cuanto ello involucra igualmente un análisis respecto de si la acción desplegada por el actor fue o no temeraria.

En este punto cabe recordar el concepto del denominado hurto famélico, conocido como la sustracción de productos de primera necesidad para evitar un mal propio o ajeno, *verbi gratia* la persona que por hambre se apoderada de alimentos, el que por desnudez como causa de la pobreza extrema se apropia de un abrigo, o el que por enfermedad y escasas de recursos económicos se hurta la medicina que requiere para su tratamiento médico.

Como se aprecia, en este asunto lo hurtado fueron seis latas de atún, es decir, un producto que indudablemente puede ser considerado como de primera necesidad. Y aunque no quedó probado que lo hurtado tenía por finalidad saciar el hambre, tampoco se demostró por la Fiscalía que existió una acción temeraria del acusado en querer apropiarse de esos elementos con un fin diferente a la supervivencia, o que la realización de la conducta por la cual fue capturado ya constituía su *modus vivendi*.

La delegada fiscal afirma en el recurso de apelación que el acusado registra 15 anotaciones en el SPOA por similares delitos al aquí juzgado. Pero ocurre que esa aseveración no se probó en el juicio oral. Queda claro por tanto, que si bien es cierto las anotaciones podrían tener un efecto desfavorable al momento de establecerse la personalidad del justiciable⁵, ello debió ventilarse en la audiencia de juzgamiento con el fin de que la defensa pudiera controvertirlo, y la falladora tuviera elementos con los cuales poder decidir de una forma equilibrada.

En cuanto al argumento de la fiscal en relación con la importancia de la causal objetiva del numeral 4º del artículo 313 C.P.P., dirá la judicatura que aunque la norma prevista por el legislador para determinar la procedencia

⁵ CSJ, radicación 25106 de julio 06 de 2006.

de la detención preventiva tiene como uno de los requisitos el que: "la persona haya sido capturada por conducta delictiva o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación", no puede considerarse como una norma para demostrar la responsabilidad del acusado, toda vez que dicha disposición se analiza desde el escenario de la medida de aseguramiento. Incluso, dentro de esa etapa preliminar se debe igualmente tener un mínimo de respaldo probatorio para que el juez pueda estimar demostrado el requisito, lo cual, se itera, brilla por su ausencia en este asunto.

Finalmente, la delegada del ente acusador asegura que si la ley consagra la aplicación del principio de oportunidad en delitos como el aquí juzgado, es precisamente para garantizar el derecho de las víctimas. Y ello es absolutamente cierto, máxime cuando se trata de una figura propia del procedimiento penal que le permite al ente acusador tomar determinaciones tan trascendentes como suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Pero no por esa razón el juez queda excluido en cada caso concreto de efectuar el análisis de los elementos constitutivos del punible, a efectos de determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad penal en cabeza del justiciable.

Bajo esas precisas consideraciones, la Sala considera que la decisión proferida por la funcionaria de primer nivel estuvo ajustada a derecho y amerita ser convalidada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de apelación proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de esta localidad a favor del acusado **MILLER ANDRÉS RODRÍGUEZ PASTRANA**.

De conformidad con lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de decisión, y por ende la presente determinación se le notificará por la Secretaría de esta Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes.⁶

⁶ Al respecto se pronunció la CSJ en decisión AP3042-2020, en la cual se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto No 806/2020.

Contra la anterior decisión procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

AUTORIZADO CONFORME

arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020
y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

Firmado Por:

Jorge Arturo Castaño Duque

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 2 Penal

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 1 Penal

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza

Magistrado

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **72bdef2f196e5fac8ff29a4deaa3b3de13175148277ea1ac7d1c4a5d2d919f76**

Documento generado en 11/11/2021 05:45:25 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>