El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 14 de noviembre de 2017

Proceso:                 Penal - Confirma sentencia absolutoria

Radicación Nro. : 66400 60 00 064 2010 00887 01

Procesado: CAGG

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: HURTO CALIFICADO.** [S]e generan dudas de suficiente entidad que no permiten tener certeza de que el señor CAGG hubiera dirigido su voluntad a apoderarse de los zapatos usados que exhibía don José Alejandro, y lo que se infiere es que posiblemente la ligereza en que incurrió el acusado al tomar las dos zapatillas para probárselas sin permiso de su propietario, pudo haber hecho pensar al señor Castaño que CAGG las iba a hurtar, lo que originó su reacción, con las consecuencias ya conocidas. Además la FGN no desvirtuó las manifestaciones que hizo el señor Grisales en ejercicio de su defensa material, quien expuso que día anterior al suceso investigado, su hijo le había regalado un par de tenis, blancos marca “Nike”, los cuales llevaba puestos cuando arribó al local del señor Castaño Gómez con el único fin de cambiarlos ya que le quedaban pequeños, y cuando inició el proceso de medirse un par de zapatos color café, se quitó uno de esas zapatillas y se midió otra del par que había elegido y que ese fue el momento en el que se presentó el mal entendido con el señor José Alejandro Castaño Gómez, situación que explica por qué llegó al comando de la policía con un zapato blanco en la mano y otro en su pie, tal y como lo señaló el procesado y el señor Armando González quien adujo en el juicio que cuando capturaron al sujeto que seguían y lo pusieron a disposición de la policía éste llevaba en su mano una cosa blanca, pero no supo de qué se trataba, fuera de que en el presente asunto brilla por su ausencia un acta, una constancia o un informe mediante el cual se pueda corroborar si el investigado portaba la tula o cobija donde iban los zapatos que presuntamente hurtó ese día. En consecuencia, de la prueba de cargos no se deduce con el grado de certeza que exige el artículo 381 del CPP, ni la existencia de la conducta de hurto calificado que se atribuyó al procesado, ni su responsabilidad como autor del hurto calificado por el que fue acusado, pues la prueba testimonial y documental practicada en el juicio no demuestra con ese grado de convicción, que el día de los hechos el señor CAGG hubiera llegado al local del señor José Alejando Castaño con el ánimo de apoderarse de unos zapatos que no eran de su propiedad y que para ello hubiera incluso ejercido violencia posterior sobre el presunto afectado.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nro. 1227

Hora: 2:05 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66400 60 00 064 2010 00887 01 |
| Procesado | CAGG  |
| Delito | Hurto calificado  |
| Juzgado de conocimiento  | Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia  |
| Asunto  | Desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia |

1. ASUNTO

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia, en la que se absolvió al señor CAGG por el delito de hurto calificado.

2. ANTECEDENTES

2.1 De conformidad con lo plasmado en el escrito de acusación, el supuesto fáctico es el siguiente:

“*El día 14 de noviembre del presente año, funcionarios de la Sijin de este municipio recibieron la noticia de parte del señor ARMANDO GONZÁLEZ, quien presenció cuando un habitante de la calle, quien respondió al nombre de CAGG ANTONIO GRISALES, golpeó con una piedra en la cara al señor JOSÉ ALEJANDRO CASTAÑO GÓMEZ, quien es una persona de avanzada edad, que luego de golpear el retenido al comerciante, le hurtó al señor ALEJANDRO un par de zapatos que tenía para la venta. Los hechos ocurrieron en la fecha anotada en la hora de las 11:10 a.m., en el sector del mechero de esta localidad*.”

2.2 Las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento se llevaron a cabo el 15 de noviembre de 2010 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira. En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor CAGG por el delito de hurto calificado (art. 239 inc 2º (sic) y 240 inc 2º del CP. El procesado no aceptó la imputación (folio 1 y 2).

2.3 El Jugado Promiscuo Municipal de La Virginia asumió el conocimiento de la presente causa (folio 9). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 3 de febrero de 2011 (folio 19 a 21). La audiencia preparatoria tuvo lugar el 22 de febrero de 2011 (folio 23 a 25). El juicio oral se celebró en sesiones del 10 de marzo de 2011 (folio 62 a 64) y 17 de marzo de 2011 (folio 65 a 66). La sentencia fue proferida el 24 de marzo de 2011 (folio 68 a 73).

2.4 La delegada de a FGN apeló la decisión de primer nivel (folio 77 a 81).

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se trata de CAGG, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 10.196.285 de La Virginia, nació el 27 de abril de 1960 en Pueblo Rico, Risaralda, es hijo de Ramón Antonio y Ana Odilia, de ocupación payaso y recreacionista.

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

* Dentro de las presentes diligencias se le atribuyó el delito de hurto calificado al señor CAGG, quien presuntamente se apoderó de un par de zapatos ejerciendo violencia sobre la víctima señor José Alejandro Castaño Gómez.
* En el asunto de la referencia no se cumplen los requisitos del artículo 9 del CP, por lo que resultaba viable el proferimiento de una sentencia absolutoria.
* Hizo referencia al principio de necesidad de prueba que se deduce de los artículos 372 y 381 del CPP, en relación a la demostración de los hechos y circunstancias materia del juicio y la sobre la certeza sobre la responsabilidad acusado como autor o partícipe de una conducta punible.
* De las pruebas practicadas se desprende que los patrulleros Jhon Rotavista Ramírez y Jorge Ramírez, fueron quienes el día 14 de noviembre de 2010 recibieron en la Estación de Policía de La Virginia, al señor CAGG quien había sido capturado por parte de los ciudadanos Armando González y Jesús Antonio Díaz, a quienes se les recibió entrevista, porque aparentemente se había hurtado un par de zapatos, situación que fue plasmada en el respectivo informe ejecutivo. Tanto las entrevistas como el formato ejecutivo fueron allegados al juicio oral.
* Del testimonio del señor Armando González se deduce que él y otras personas fueron quienes llevaron al procesado al comando de la Policía, pese a que no había presenciado el momento en el que el acusado presuntamente había cometido el hecho, explicando que había reaccionado ante el llamado de auxilio de las personas. También expuso que el señor Grisales llevaba un objeto blanco en las manos pero que no sabía de qué se trataba.
* Por su parte el señor Alejandro Castaño Gómez quien figura como víctima dentro de la presente causa narró que el día de los sucesos el acusado llegó a su local comercial arrastrando una cobija y escogió algunos zapatos y los envolvió, por lo que le reclamó diciendo que si le iba a robar, y procedió a sacar su mano y le pegó, luego de lo cual el señor CAGG Antonio Grisales le pegó con una piedra en la cabeza. El testigo fue reiterativo en manifestar que el procesado le iba a hurtar los zapatos y que se dio cuenta de esa situación porque al empacar le faltaba parte del calzado.
* El señor CAGG dio a conocer que su hijo le había obsequiado unos zapatos pero que estos le quedaron grandes, por lo que quiso cambiarlos en el negocio de la víctima, al que llegó y se sentó y empezó a medirse una zapatillas. En ese momento el señor Castaño Gómez atendía a otras personas y cuando menos pensó sintió un golpe y al mirar se percató que el dueño de ese local se aproximaba hacia él con un machete de 20 pulgadas, y para defenderse le tiró una piedra lesionándolo en la cabeza, luego salió corriendo y fue capturado por dos personas quienes lo condujeron al comando de la Policía. También indicó que no llevaba chuspas, ni cobijas, ni nada por el estilo. Refirió que en su mano llevaba un solo zapato ya que el otro se lo estaba cambiando. Explicó que llegó al Comando con un zapato de color café y el otro blanco porque se los estaba midiendo; que llevaba un zapato puesto y el otro no.
* El patrullero Jhon Rotavista Ramírez plasmó en el informe ejecutivo, que el señor Amando González le informó que el día 14 de Noviembre a las 11:00 a.m. aproximadamente, época en la cual trabajaba como vendedor de Epigas, en el sector de la galería o “mechero”, observó que una persona de aspecto masculino y mal cuidado, con aspecto de habitante de la calle, que vestía una pantaloneta azul y una camisa negra, golpeó a un ciudadano, con una piedra en la cabeza y de inmediato salió corriendo, luego sin perderlo de vista salió detrás de él y a unas dos cuadras lo capturó llevándolo a la Estación de Policía. También indicó que el lesionado había sido llevado a un hospital.
* Se introdujo como prueba de referencia la entrevista del señor Jesús Antonio Díaz, la cual fue recibida por el patrullero Jorge Andrés Ramírez Parra, quien en su declaración adujo que el entrevistado se encontraba en el sector de “los mecheros”, y vio cuando un “loco” cogió sin autorización unos zapatos blancos que en señor José Alejandro. tenía en el suelo para venderlos, y procedió a meterlos en una tula y en ese momento. José Alejandro. le pidió a ese señor que se los pagara, pero éste se negó, motivo por el cual el don José sacó un machete que tenía en la carreta donde transporta las prendas de vestir que vende, y el “loco” se percató de esa situación se agachó, cogió una piedra del suelo y se la tiró. Observó cuando José Alejandro cayó al suelo y el “loco” salió corriendo, a quien capturaron y luego lo llevaron a la Estación de Policía.
* En el presente caso existe ausencia de pruebas sobre la materialidad de la infracción por la que fue acusado el procesado, ya que la FGN no logró demostrar los hechos que soportaban el escrito de acusación, pues en ese documento se indicó que el señor Armando González había presenciado el momento en el que “el habitante de la calle” le había hurtado a la víctima un par de zapatos, como se expuso, ya que del testimonio del señor González no se desprende esa situación.
* Tampoco quedó acreditado que el acusado portara una tula y mucho menos que estuviera empacando zapatos en ella, porque si bien el señor Jesús Antonio Díaz en su entrevista habló de ese elemento, ésta no le fue encontrada al capturado, y mucho menos la cobija a la que hizo referencia la presunta víctima, en la que supuestamente el acusado estaba empacando el calzado. Aunado a ello, de los testimonios de los señores Armando González y Jesús Antonio Díaz, no se desprende que al señor CAGG se le hubiera incautado una tula o algo similar donde llevara el par de zapatos, o que a los patrulleros de la policía se les hubiera hecho entrega elemento que pudiera demostrar que esos tenis habían sido hurtados, ya que la noticia que recibieron de las personas que entregaron al retenido consistía en que éste había lesionado a un señor y le había sustraído unos zapatos.
* Las pruebas allegadas no permiten concluir que el procesado hubiera sido el autor material del hecho por el que se le acusó, máxime cuando fue la propia víctima quien afirmó que le dio un golpe con su mano al señor CAGG porque creía que le iba a robar y luego señaló que se vino a enterar después que le faltaba un par de zapatos blancos. Sin embargo no se probó que el encartado los llevara consigo.
* Consideró que la versión del señor CAGG era creíble al afirmar que se encontraba midiéndose unos zapatos cuando recibió el golpe por parte de la víctima y se defendió tirándole una piedra, y que en ese momento el señor José Alejandro se abalanzó contra él con un machete, lo cual guarda relación con lo expuesto por el señor Jesús Antonio Díaz en su entrevista en el sentido de haber observado cuando un “loco” vio que José Alejandro sacó un machete, por lo cual se agachó y cogió una piedra y se la tiró; por ello, afirmó el acusado que actuó para defenderse y salió corriendo para luego ser capturado.
* En el caso de la referencia se presenta una ausencia de prueba de la existencia del cuerpo del delito o de la materialidad de la infracción, motivo por el cual fue absuelto el señor CAGG, al no poderse subsumir la conducta en el tipo de hurto, fuera de que las lesiones que le causó al señor Castaño no guardaban relación con el presunto apoderamiento de los zapatos en mención.

5. DEL RECURSO PROPUESTO

5.1 Delegada de la FGN (recurrente)

Solicitó que se revocara la decisión de primer nivel con base en los siguientes argumentos:

* El fallo recurrido vulnera el principio de la inescindibilidad de la prueba ya que en el mismo no se valoró de manera integral el testimonio del señor Jesús Antonio Díaz, tomando apartes de su entrevista en cuanto tiene que ver con su teoría absolutoria.
* La defensa no aportó evidencia diferente a la del testimonio del acusado, cuyo relato a su modo de ver, fue fantasioso.
* De la entrevista del señor Díaz se extracta que observó el momento en el que el acusado lesionó a la víctima y luego huyó con unos zapatos empacados, lo cual significa que la Fiscalía si probó el hurto consumado, no solo con el dicho de la víctima, sino con el contenido de esa entrevista que fue admitida como prueba de referencia.
* No existe duda en el sentido de que el señor CAGG ingresó al establecimiento de comercio de propiedad de la víctima, con el firme propósito de hurtar y fue sorprendido por el señor José Alejandro, quien trató de impedir el hurto, pero posteriormente fue golpeado en la cabeza por el acusado dejándolo inconsciente.
* Frente a la consumación del hurto se tienen las manifestaciones realizadas por el señor Jesús Antonio Díaz y la propia víctima, mientras que la coartada del acusado no tuvo ningún soporte, salvo que el que quiso darle el juez de primer nivel.
* La víctima narró de forma detallada la ocurrencia de los hechos y señaló como autor de los mismos al acusado, asegurando además que luego de que este lo lesionó, huyó con un par de sus zapatos que tenía en su negocio para la venta.
* Por su parte el señor Armando González narró que al señor José Alejandro Castaño le habían sido causadas unas lesiones que lo dejaron inconsciente, suceso del que se percató. Además escuchó voces de auxilio de la comunidad, ante lo cual reaccionó y ayudó a capturar al señor CAGG Antonio Grisales en compañía de otra persona de sexo masculino a quien no conocía.
* El señor Jorge Andrés Ramírez Parra, funcionario de la Sijin, expuso que a la Estación de Policía llegaron dos personas para poner a disposición al acusado, y que él había sido la persona que había recibido la entrevista de una de esas dos personas que era testigo directo de los acontecimientos.
* De la entrevista del señor Jesús Antonio Díaz, la cual fue introducida con el investigador que la recepcionó, se extracta que el señor Díaz aseguró haber observado cuando el acusado empacaba los zapatos de propiedad de la víctima, en una tula y que cuando el señor José Alejandro Castaño reaccionó para impedir el hurto, el acusado lo lesionó dejándolo inconsciente y huyendo con los zapatos.
* Las lesiones denunciadas por la victima fueron acreditadas a través de la estipulación realizada con la defensa y con ese dictamen médico, a través de los cuales se acreditó la violencia ejercida por el acusado hacia la víctima para poder huir con los zapatos.
* El acusado en su declaración se limitó a negar el hurto y a dejar ver unas meras lesiones obviamente porque la pena es mínima, en ejercicio de su derecho a no auto incriminarse. Por eso aceptó haber golpeado a la víctima, y trató de justificar su actuar en una posible legítima defensa, que jamás podrá considerarse porque no se arrimó prueba alguna de las presuntas lesiones que le haya causado la víctima, fuera de que el procesado tampoco formuló denuncia alguna en ese sentido.
* La defensa aportó elementos para desvirtuar en este juicio la responsabilidad del acusado, y simplemente se limitó a desmentir todos los hechos sin ningún soporte probatorio.
* La FGN cumplió con la carga de probar más allá de toda duda la autoría del ilícito en cabeza del señor CAGG.

6. CONSIDERACIONES LEGALES

6.1 Competencia:

Según los artículos 30 y 34 del CPP la Sala es competente para conocer y decidir sobre la decisión impugnada.

6.2 Problema jurídico:

El punto sometido a consideración de la Corporación se reduce a determinar si es viable revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar condenar al acusado, de acuerdo con los argumentos expuestos por la delegada de la FGN en la sustentación del recurso.

En consecuencia, el trasfondo de la impugnación consiste en determinar si con las pruebas aducidas al juicio oral se logró adquirir el conocimiento en grado de certeza, sobre la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado frente al delito de hurto calificado por el que fue acusado.

6.3 CONSIDERACION INICIAL

6.3.1 Según el escrito de acusación, el delito que se imputa al señor CAGG se encuentra descrito en el tipo penal consagrado en los artículos 239 y 240 inciso 2º del CP, que disponen:

“*ARTICULO 239. HURTO. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.*

*La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes*.”.

*“ARTÍCULO 240. HURTO CALIFICADO. La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere:*

*(…)*

*La pena será de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años cuando se cometiere con violencia sobre las personas.*

*(…)”*

6.3.2 En este caso se debe tener en cuenta que no resulta aplicable el factor de reducción punitiva previsto en el artículo 268 del C.P. en atención a lo que se puede inferir sobre el valor del objeto material del bien presuntamente hurtado, ya que la FGN comprobó que el acusado presentaba una sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Único Promiscuo de Quincha el 20 de enero de 2009 por violación del artículo 376 del C.P., según lo mencionado en la audiencia preliminar que se celebró el 15 de noviembre de 2010 [[1]](#footnote-1) .

Aunado a ello, se debe recordar que en transcurso del juicio oral, la FGN y la defensa del encartado le informaron al juez de conocimiento que las partes estipulaban lo referente a los antecedentes penales que le figuraban al señor CAGG, dando por cierta esa circunstancia.

6.3.3 Con el fin de establecer si la sentencia absolutoria de primer nivel se ajustó a los parámetros legales, se debe hacer referencia a la prueba practicada en el juicio oral. Al respecto se tiene lo siguiente:

6.3.4 De acuerdo a la versión del señor José Alejandro Castaño Gómez, quien dijo desempeñar entre otros oficios el de reciclador: i) el acusado, quien portaba una cobija llegó a su puesto de compraventa de ropa, zapatos usados y otras prendas y empezó a meter zapatos en la frazada; ii) al ver esto reaccionó y le propino un golpe; ii) en ese momento esa persona lo golpeó con una piedra en su cabeza y quedó sin sentido; iii) el incriminado le hurtó unos zapatos blancos que no fueron recuperados: iv) no identificó testigos de lo sucedido; y v) el señor CAGG fue detenido por las mismas personas que luego lo condujeron al hospital.

6.3.5 En ausencia de otros testigos presenciales del suceso, con el agente Jorge Andrés Ramírez Parra, se introdujo como prueba de referencia la entrevista rendida por el señor Jesús Díaz, el 14 de noviembre de 2010,[[2]](#footnote-2) en la cual se menciona inicialmente que el señor José Alejandro Castaño había sido lesionado por un “*habitante de la calle”,* quien le lanzó una piedra. El señor Díaz manifestó en lo esencial lo siguiente: i) Ese día cuando se encontraba en el sector de “los mecheros”, comprando un pantalón, vio que “un loco” cogió sin permiso unos zapatos blancos que tenía el señor José Alejandro en el suelo para venderlos y los echó a una tula; ii) en ese momento Don José le dijo a esa persona que le pagara los botines: iii) *“ el loco”* le contestó que él no le iba a pagar nada y que hiciera lo que quisiera; iv) en ese momento el señor José sacó un machete; *“el loco”* lo lesionó con una piedra y huyó del lugar; y v) unas personas que estaban por ese sector aprehendieron al orate y lo llevaron para la estación de policía.”

6.3.6 El señor Armando González declaró sobre lo relativo a su participación en la captura del señor Grisales, así: i) no presenció lo sucedido con el señor José Alejandro en lo relativo al incidente de los botines; ii) el día de los hechos estaba armando una carpa en inmediaciones de la galería de La Virginia; iii) escuchó que unas personas gritaban que había un anciano herido al cual pudo observar; iv) salió en persecución de una persona que era señalada por la gente; v) con la ayuda de un señor que no identificó, lo retuvieron y lo condujeron a la estación policiva.

6.3.7 Lo concerniente a la conducción del señor Grisales a la prefectura fue corroborado con el testimonio de los agentes Jhon Wilmer Rotavista Ramírez y Andrés Ramírez Parra, quienes manifestaron que se trataba de la persona que se encontraba en la sala de audiencias, la cual había sido retenida por Armando González y Jesús Díaz, porque había hurtado unos zapatos y había lesionado a un señor.

6.3.8 Frente a estas evidencias de incriminación se cuenta con las manifestaciones efectuadas por el señor CAGG Antonio Grisales en la vista pública, cuyo testimonio se puede sintetizar así: i) para la fecha de los hechos residía en la Virginia, en la calle 2° # 9- 42 barrio “San Antonio”; ii) su oficio era el de recreacionista en fiestas escolares como payaso y artesano; iii) era bachiller con un curso en el Sena; iv) el día de los hechos se encontraba en la casa de su madre y se había presentado una inundación; v) el día anterior a la fecha de los hechos, un hijo suyo le había regalado unos tenis; vi) las zapatillas le quedaron estrechas; vii) su hijo le manifestó que no podía devolverlas y le sugirió que las cambiara donde uno de los buhoneros de La Virginia ; viii) fue al puesto del señor José (quien era un poco sordo) y le dijo que si le cambiaba los zapatos que le había dado su hijo porque le quedaban ajustados por otros más amplios y le ofreció encimarle algo; ix) en ese instante llegaron unas personas al mismo puesto que fueron atendidas por su propietario; x) se sentó en una banca y cogió un par de zapatos para medírselos; xi) luego sintió un “traquetazo” en la cara, don José sacó un machete y al ver que lo iba a agredir con esa arma le lanzó una pedrada a la cabeza y salió corriendo; xii) no se apoderó de ningún bien y es falso que llevara consigo una cobija o una estopa en ese momento; xiii) escapó del sitio para protegerse de la reacción del citado señor y porque creyó que lo había lesionado gravemente; ivx) luego fue retenido por dos personas que lo llevaron al Comando de Policía ; xv) no le decomisaron ninguna bolsa o costal; xvi) en ese momento solo llevaba puesto unos de los tenis blancos que le dio su hijo y el otro zapato lo llevaba en la mano; xvii) nunca tuvo la intención de cometer un hurto en perjuicio del señor José Alejandro, simplemente se estaba midiendo el calzado para ver si les servía y hacer un trueque por sus tenis que le quedaron angostos.

6.4 Como se observa en el caso *sub examen* se presentan dos versiones encontradas sobre un tema cardinal que tiene que ver con los componentes del artículo 239 del C.P., en lo relativo al acto de apoderamiento de un bien mueble ajeno y el ingrediente subjetivo de la conducta descrita en esa norma, que viene a ser el ánimo de provecho que determina la realización de ese comportamiento punible contra el patrimonio económico particular.

6.4.1 Se afirma lo anterior porque según lo expuesto por el señor José Alejandro Castaño y lo consignado en la entrevista que rindió el señor Jesús Antonio Díaz que fue admitida como prueba de referencia, el señor CAGG Antonio Grisales fue al puesto de venta de ropa y zapatos usados que tenía don José y se apoderó de varios zapatos, que envolvió en una cobija según el propietario del “mechero”, o en una “tula” según el testigo Díaz, afirmando el señor Castaño que se le habían desaparecido unos tenis blancos, lo que determinaba la comisión de un delito de hurto consumado, al tiempo que el acusado expuso en la vista pública que fue agredido por el propietario del puesto cuando se estaba midiendo unos botines para ver si le proponía un cambio a don José por unos tenis blancos que le había regalado su hijo y que le quedaban apretados, lo cual excluye cualquier *animus* de obtención de provecho económico que es consustancial al tipo de hurto.

6.4.2 En ese sentido la Sala debe manifestar que no encuentra claras algunas circunstancias que rodearon los hechos, ya que el testigo de referencia al rendir su entrevista describió al acusado como *“un loco”,* que era *“habitante de la calle”,* situación que aparece desvirtuada i) por el acta de la audiencia preliminar donde no se hizo ninguna manifestación sobre el presunto estado de inimputabilidad del señor Grisales, hasta el punto que renunció al derecho a guardar silencio en esa audiencia[[3]](#footnote-3); ii) porque según el informe ejecutivo que dio cuenta de la captura del señor CAGG, este residía en el barrio San Antonio de La Virginia, lo que indica que no se trataba de un vagabundo o una persona en estado de marginalidad que careciera de techo; y iii) porque ni el señor Alejandro González, quien intervino en la aprehensión del acusado, ni los agentes que lo recibieron, manifestaron que el señor Grisales fuera un habitante de la calle o que diera muestras de insanidad mental, e incluso el PT Rotavista expuso en su declaración que se habían adelantado labores investigativas sobre el arraigo del señor Grisales.

6.4.3 Se hace referencia a esa situación porque no resulta normal que una persona que poseía residencia fija, arraigo familiar y además se encontraba en buen uso de sus facultades mentales, se hubiera apoderado de unos zapatos usados, por lo cual puede resultar plausible la explicación que entregó el procesado en el juicio de la cual se puede inferir que se estaba midiendo unos zapatos que tenía don José en su puesto callejero y que seguramente el señor Castaño, por su condición de mercader de prendas usadas, pudo haber pensado que CAGG trataba de hurtarle por lo cual le propinó un “guamazo” en la cara y luego trató de agredirlo con un machete, y en consecuencia el procesado le lanzó una piedra y lo lesionó, luego de lo cual huyó del lugar ,

6.4.4 En apoyo de esta consideración hay que manifestar que al examinar el informe ejecutivo firmado por los PT. Rotavista Ramírez y Ramírez Parra se advierte que no se hizo referencia a la incautación de ningún elemento en poder del procesado, como la cobija que refirió el propietario del “mechero”, o la “tula” que refirió el señor Diaz, que presuntamente estaba usando el acusado para empacar los botines, ni se manifestó que el señor CAGG portara esos elementos al momento de su aprehensión.[[4]](#footnote-4)

6.4.5 Además al examinar las manifestaciones realizadas por el señor José Alejandro Castaño Gómez esta Colegiatura considera que existen una serie de inconsistencias que generan dudas razonables a favor del acusado, ello en consideración a lo siguiente; i) el presunto afectado afirmó que procesado llegó a su negocio callejero donde vendía ropa y zapatos y empezó a escoger el calzado y a envolverlo en una cobija, por lo cual reaccionó y le propinó un golpe, pero omitió relatar en el juicio que seguidamente esgrimió un machete contra el señor CAGG, como lo dijeron Jesús Díaz en su entrevista y el propio acusado lo que hizo que el señor Grisales le lanzara la piedra a don José para protegerse y luego huyera del sitio; ii) la narración del señor CAGG resulta más consistente al exponer que se acercó al negocio del señor José Alejandro Castaño Gómez con el fin de cambiar un par de zapatos que le había regalado su hijo ya que estos le quedaban pequeños, y que cuando se estaba midiendo un zapato sintió un golpe, situación que fue corroborada por el señor Castaño Gómez quien aseguró que había sacado la mano y le había propinado un golpe al acusado porque tenía la convicción de que le iba a robar; y iii) la presunta víctima dijo que luego de que le propinó el golpe al acusado por creer que este le iba a hurtar se fue a atender a una persona que iba a comprar una pantaloneta y a descoser unos costales, situación que no guarda coherencia, pues resulta obvio que si el señor Castaño Gómez hubiera tenido la seguridad de que CAGG estaban atentando contra su patrimonio, lo normal era que hubiera tratado de impedir ese hecho y no hubiera optado por desatenderse de esa situación, máxime si tenía un machete a su disposición.

6.4.6 En consecuencia se generan dudas de suficiente entidad que no permiten tener certeza de que el señor CAGG hubiera dirigido su voluntad a apoderarse de los zapatos usados que exhibía don José Alejandro, y lo que se infiere es que posiblemente la ligereza en que incurrió el acusado al tomar las dos zapatillas para probárselas sin permiso de su propietario, pudo haber hecho pensar al señor Castaño que CAGG las iba a hurtar, lo que originó su reacción, con las consecuencias ya conocidas.

6.4.7 Además la FGN no desvirtuó las manifestaciones que hizo el señor Grisales en ejercicio de su defensa material, quien expuso que día anterior al suceso investigado, su hijo le había regalado un par de tenis, blancos marca “Nike”, los cuales llevaba puestos cuando arribó al local del señor Castaño Gómez con el único fin de cambiarlos ya que le quedaban pequeños, y cuando inició el proceso de medirse un par de zapatos color café, se quitó uno de esas zapatillas y se midió otra del par que había elegido y que ese fue el momento en el que se presentó el mal entendido con el señor José Alejandro Castaño Gómez, situación que explica por qué llegó al comando de la policía con un zapato blanco en la mano y otro en su pie, tal y como lo señaló el procesado y el señor Armando González quien adujo en el juicio que cuando capturaron al sujeto que seguían y lo pusieron a disposición de la policía éste llevaba en su mano una cosa blanca, pero no supo de qué se trataba, fuera de que en el presente asunto brilla por su ausencia un acta, una constancia o un informe mediante el cual se pueda corroborar si el investigado portaba la tula o cobija donde iban los zapatos que presuntamente hurtó ese día.

6.5 En consecuencia, de la prueba de cargos no se deduce con el grado de certeza que exige el artículo 381 del CPP, ni la existencia de la conducta de hurto calificado que se atribuyó al procesado, ni su responsabilidad como autor del hurto calificado por el que fue acusado, pues la prueba testimonial y documental practicada en el juicio no demuestra con ese grado de convicción, que el día de los hechos el señor CAGG hubiera llegado al local del señor José Alejando Castaño con el ánimo de apoderarse de unos zapatos que no eran de su propiedad y que para ello hubiera incluso ejercido violencia posterior sobre el presunto afectado.

6.6 Sobre la certeza para condenar la SP de la CSJ, mediante decisión del 16 de abril de 2015, radicado 43262, expuso lo siguiente:

*“En efecto, la convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional[[5]](#footnote-5) y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.*

*Impera rememorar que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal, pues sería contrario a la justicia como valor fundante de las sociedades democráticas que la finalidad del proceso fuera la mentira, la falacia o el sofisma, aserto que es corroborado con el texto de las últimas legislaciones procesales colombianas sobre el tema:*

*(…)*

*Como viene de verse, es incuestionable que la certeza sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, que a la postre comporta la noción de verdad racional dentro del diligenciamiento punitivo, no es característica exclusiva del sistema procesal penal acusatorio.*

*En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.*

 *Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.*

*Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del incriminando, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”* (Subrayado fuera de texto)

6.7 Al respecto se debe recordar que el delito de hurto abarca no solo el verbo rector que es el apoderamiento de un bien mueble ajeno (componente descriptivo), sino el ingrediente especial subjetivo necesario para su comisión, como lo es, el *animus lucrandi* o la finalidad o propósito doloso de obtener un provecho o utilidad patrimonial propio o favor de un tercero, como se ha dicho en la doctrina pertinente así:

*“El ánimo de lucro es la intención de obtener cualquier tipo de ventaja o beneficio patrimonial. No se requiere que el sujeto activo obtenga el provecho anhelado para que se entienda consumado el delito.”[[6]](#footnote-6)*

Frente al tema en particular la SP de la CSJ ha expuesto lo siguiente:

*“Ahora bien, de la configuración típica del delito de hurto establecida en el artículo 240 del Código Penal hace parte el ingrediente subjetivo “propósito de obtener provecho”, cuya intención orienta al que se apodera de la cosa mueble ajena.*

*Conforme con su descripción típica, el hurto se consuma cuando el autor o partícipe logran sacar de la esfera de dominio de la víctima la cosa mueble ajena para incorporarla a la suya; el rompimiento de esa relación estructura el atentado patrimonial. Si quien se apodera del bien, lo vende y obtiene el provecho aludido por el tipo penal, obtiene el propósito perseguido con la conducta furtiva.”[[7]](#footnote-7)*

6.8 Finalmente se debe establecer que el análisis realizado dentro del caso sub judice, releva de la Sala de hacer una consideración sobre la triada de la conducta punible de acuerdo al artículo 9 del CP, ya que de haberse demostrado los extremos del artículo 381 del CPP, había lugar a aplicar el principio de antijuridicidad material o de lesividad que en este caso no se cumpliría en atención al ínfimo valor que tendrían unos bienes de segunda mano que muy posiblemente habían sido adquiridos por la presunta víctima en labores de reciclaje, lo que implicaba que se trataba de *res nullius* por lo cual de aun haberse presentado el hurto el afectado no habría sufrido ningún desmedro en su patrimonio económico, frente a lo cual cabe citar lo referido por la SP de la CSJ en sentencia del 8 de agosto de 2005, radicado 18609, en la cual se dijo lo siguiente:

*“Del concepto así expresado, 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, entendiendo 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 accesoria, 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 relievancia, 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.*

*Sobre estas bases, es bien claro que ante la insignificancia de la agresión, ante la levedad suma del resultado, es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela.”*(Subrayado fuera de texto).

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del TS de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de marzo de 2011 proferida por el Juzgado promiscuo Municipal de La Virginia, mediante la cual se absolvió al señor CAGG del delito de hurto calificado.

SEGUNDO: La presente decisión queda notificada en estrados y contra la misma procede el recurso de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folios 42 a 43 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 35 a 36 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 42 y 43 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 31 y 32 [↑](#footnote-ref-4)
5. En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999. [↑](#footnote-ref-5)
6. Derecho Penal Especial. José Guillermo Forero. Universidad Externado de Colombia. Pág. 783-784. [↑](#footnote-ref-6)
7. Radicado 46782 del 2 de noviembre de 2016 [↑](#footnote-ref-7)