TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 18
(Sesión del 5 de febrero de 2024)

Radicado:	*05266-60-00203-2022-00602*
Procesado:	*Edward Alexander Murcia*
Delito:	*Tentativa de Hurto Agravado*
Asunto:	*Representante de la víctima recurre absolución*
Decisión:	*Revoca y Condena*
M. Ponente:	*José Ignacio Sánchez Calle*

Medellín, 7 de febrero de 2024
(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró la representante de la víctima, contra la sentencia del 9 de junio de 2023 por la cual el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia, absolvió a Edward Alexander Murcia del delito de Tentativa de Hurto Agravado por el que fue acusado.

2. HECHOS

Tuvieron ocurrencia el 11 de junio de 2022, a eso de las 9:10 horas, en el establecimiento de comercio HOMECENTER de la Carrera 49 # 32B Sur-24, barrio El Portal del municipio de Envigado, cuando Edward Alexander Murcia, pretendió salir de allí con una mercancía que no había cancelado, consistente en 12 set de Brocas HSS de 9/64 pulgadas de 10 unidades marca DEWALT y 7 set de Brocas HSS de 1/8 pulgadas de la misma marca, valorados en $509.100, siendo sorprendido por el supervisor de seguridad del almacén,

señor Fredy Graciano Rodríguez, quien al observar que pretendía salir por la talanquera de entrada le indicó que usara la destinada para egresar y ahí se activó la alarma de los productos, encontrado algunos en los bolsillos de los pantalones y luego los demás dentro de la ropa interior.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Las audiencias.

3.1.1. El 11 de junio de 2022, ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, la Fiscalía General de la Nación le imputó a Edward Alexander Murcia la comisión del delito de Tentativa de Hurto Agravado. Como el ciudadano no aceptó los cargos, el Fiscal delegado presentó el escrito que contiene la acusación que por reparto correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia.

3.1.2. El 20 de septiembre de 2022, se formuló acusación en contra del procesado como autor del delito de Hurto Agravado Tentado, conforme a los artículos 239 inciso 2° -cuantía inferior a 4 SMLMV-, 241 numeral 11 -establecimiento público-, y 27 del Código Penal.

3.1.3. El 4 de noviembre de 2022 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

3.1.4. Los días 1° de febrero y 31 de marzo de 2023 se desarrolló la audiencia de juicio oral que culminó con un sentido absolutorio del fallo.

3.2. Sentencia impugnada.

El Juez de primera instancia absolvió a Edward Alexander Murcia para lo cual hizo alusión a varios conceptos del derecho penal tales como la conducta típica del hurto, el dispositivo amplificador de la tentativa, así como a la tentativa inidónea o delito imposible y, luego de realizar un resumen de los dichos de los dos testigos de la Fiscalía como única prueba practicada en el juicio oral,

consideró que en este asunto resulta plenamente válido afirmar que se encontraron probados aspectos como: i) Que Edward Alexander Murcia, el 11 de junio de 2022, aproximadamente a las 9:00 de la mañana llevaba en su bolsillo y partes íntimas 19 paquetes de brocas propiedad de HOMECENTER; ii) Que al pretender salir por las palanqueras de ingreso del almacén, donde además se encontraba el supervisor de seguridad realizando su labor, se orientó para que saliera por las palanqueras de salida; iii) Que en toda la puerta del almacén existen antenas de seguridad electrónicas y, al pasar por allí, las mismas se activaron, por lo que se da el requerimiento y ante la detección y entrega de elementos y no pago se realiza aprehensión; y iv) Que en la oficina de conciliación del establecimiento de comercio, al pasarle nuevamente el Garrett, se detectan otros elementos, brocas, en sus partes íntimas, donde se le propone el pago total de la mercancía para poder dejarlo ir pero al no contar con dinero para pagar la mercancía recuperada, deciden judicializarlo.

Refirió el *a quo* que teniendo en cuenta los tres elementos de la tentativa, a saber, que el agente inicia la ejecución de una conducta punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, pero por circunstancias ajenas a su voluntad no logra su realización; se concluye que en este caso el acusado no hubiera podido apoderase de los elementos que le fueron hallados en su poder, si se tiene en cuenta que el segundo elemento no se da, esto es la idoneidad de los actos, lo cual se desprende de la valoración de actos ejecutivos de forma *ex ante*, los cuales se contraen en ingresar a un establecimiento que cuenta con diferentes mecanismos de seguridad, esto es un hecho notorio, verbigracia, seguridad privada que controla el ingreso y salida del almacén en todo momento, seguridad humana en el interior del establecimiento de comercio, monitoreo a través de circuito cerrado de televisión, antenas electrónicos.

Se tiene entonces que Edward Alexander Murcia se ubica en el lugar donde se encuentran exhibidas las brocas (acto preparatorio), ello se infiere por la mercancía hallada, ocultando parte de la mercancía en su bolsillo y otra en sus partes íntimas o genitales (lo que puede colegirse como un acto ejecutivo), se dispone salir por el ingreso principal, donde se encontraba ubicado personal de seguridad y, además, antenas de seguridad (acto ejecutivo), pretendiendo

salir por la talanquera palanquera de ingreso, hecho que no es posible y, al salir por la puerta de salida las antenas se activan.

De lo anterior dedujo el *a quo* que, los actos realizados se tornaban inidóneos desde antes que interviniera el tercero, y la mercancía, atendiendo a las circunstancias de tiempo modo y lugar, no estuvo en riesgo de ser apropiada por el acusado, el establecimiento de comercio contaba con eficientes y abundantes sistemas de seguridad, que para la primera instancia otorgaban un control absoluto en el establecimiento, en el interior, en la salida y en el ingreso. Reprocha que la Fiscalía no haya profundizado en el interrogatorio a efectos de establecer la idoneidad de los actos, a fin de determinar y probar de manera suficiente el riesgo del bien jurídico protegido.

Concluye la primera instancia que no se requieren mayores elucubraciones para afirmar que ese 11 de junio de 2022, Edward Alexander Murcia, no estuvo inmerso en la descripción típica del punible de Hurto Agravado en modalidad tentada, ya que la tienda HOMECENTER en su calidad de presunta víctima, no fue despojado en ningún momento de la mercancía atrás referida, pues estos bienes jamás salieron de la órbita de protección de su seguridad. En resumen, al darse por probado que “la víctima” como persona jurídica no fue despojada de bienes con contenido pecuniario, la conducta desplegada por el acusado se tornó atípica.

3.3. Del recurso.

Inconforme con la absolución la Representante de HOMECENTER interpuso el recurso de alzada aduciendo que la sustentación y motivación del Juez de primera instancia en cuanto al testimonio dado por Fredy Eliecer Graciano Rodríguez, encargado de seguridad del establecimiento y el cual se tuvo como fundamento para absolver a Edward Alexander, se tuvo en cuenta lo afirmado por él respecto a que “*… no quería como salir de la tienda, se iba salir por donde no podía salir, al devolverlo llevaba una actitud sospechosa, y llevaba un abultamiento en el bolsillo, se le halló unas herramientas…*”

De conformidad a lo anterior, resalta el censor que el testigo dentro de su narración indica que el acusado es devuelto de la palanquera de la entrada de la tienda, sin embargo, la misma se encuentra alineada con la palanquera de la salida, pero en ningún momento el testigo manifestó en su relato que se había percatado de que Edward Alexander llevaba mercancía de la tienda, pues esto se evidenció al momento en que éste intenta cruzar las antenas de seguridad, las cuales se activan; esto de conformidad a lo siguiente: "*…Que en toda la puerta del almacén existen antenas de seguridad electrónicas, y al pasar por allí, las mismas se activaron, por lo que se da el requerimiento y ante la detección y entrega de elementos y no pago se realiza aprehensión…*"

Advierte la representación de la víctima que el guarda de seguridad al momento de devolver al procesado de la entrada (palanquera o torniquete) para que saliera de la tienda por la puerta debida se trata de un protocolo que se le hace a cualquier persona que por error vaya a salir por el lado contrario al establecido por la tienda. Ahora bien, en la práctica probatoria se debe realizar una valoración completa de los testimonios rendidos, pues el guarda de seguridad Graciano Rodríguez, si bien genera nimias contradicciones, este aclaró que el procesado sí salió de la esfera de dominio de HOMECENTER pues se encontraba en la puerta de salida, es decir, "*Salida Principal*", afirmando que se activaron las antenas de seguridad[1].

Arguyó la censora que el Juez no realizó una valoración completa del testimonio rendido por el guarda de seguridad toda vez que en este narra detalladamente los hechos y manifiesta cómo claramente el acusado sale de la esfera de dominio de la compañía, pretendiendo salir por una puerta no autorizada, siendo requerido por él quien desconocía que llevaba mercancía en su poder, a efectos de que saliera por el lugar correcto.

Es claro que el delito no fue consumado pues, por situaciones ajenas a la voluntad del procesado, gracias a la oportuna reacción del guarda declarante quien se percató de la conducta cometida por Edward Alexander Murcia, y es así como en el testimonio el señor Graciano Rodríguez aclara que el individuo ya había salido de la tienda. Es evidente que el fallador si bien indicó que

[1] Esto se puede validar en la grabación del minuto 35:10 al 37:55 de la audiencia de juicio oral del 1 de febrero de 2023.

realizaría una valoración conjunta de los medios de prueba aportados al juicio, lo que se avizora es que las pruebas practicadas dieron cuenta de manera clara y con la directa generación de un conocimiento más allá de toda duda razonable, de la responsabilidad que Murcia tenía sobre el injusto que le fue atribuido. Esta determinación se realiza en atención a que en debida forma se acreditó por parte del Ente Acusador, la configuración de elementos esenciales de la estructura del delito, como son la culpabilidad y antijuridicidad, además de la tipicidad, en procura de un pronunciamiento en sentido condenatorio por parte del Despacho.

Tras un análisis de los medios de prueba aportados se evidencia como el acusado, con claro conocimiento e intención de afectación al patrimonio económico, se apropió a su favor de productos, con plena convicción y claro conocimiento de que estos no le pertenecían. Se demostró con las pruebas presentadas, como pretendía evadir los sistemas de seguridad; de ninguna manera se afirma que Murcia no salió de la tienda con la mercancía, sino por el contrario que sí lo hizo. Solicita en consecuencia se revoque la absolución proferida en primera instancia en favor del acusado y, en su lugar se declare su responsabilidad penal por el hecho que le fue atribuido.

3.3.1. La Defensa como sujeto procesal no recurrente.

Considera el abogado defensor que la sentencia de primera instancia sí analizó el testimonio de Fredy Eliecer Graciano Rodríguez, y fue precisamente la fuente que sistemáticamente dio cuenta del contexto de las circunstancias de tiempo, modo, lugar y persona; refiriendo que, para el 11 de junio de 2022, a eso de las 9:10 horas, como guarda de seguridad en el establecimiento comercial HOMECENTER, aprehendió al acusado porque observó un abultamiento en el bolsillo, que estaba dispuesto a salir del almacén, pero por los torniquetes de entrada y no de salida y que al acercase a las talanqueras de salida, se activaron la antenas de seguridad.

Esas talanqueras permiten el ingreso al almacén, más no la salida, por ello es que el procesado no salió del establecimiento. Además, informó el testigo, que esta persona fue llevada a un lugar, dentro del establecimiento, que se

denomina “sala de conciliación” lo cual indica que el objeto a hurtar no salió de la espera de dominio de quien la custodia, por ello no se puede acreditar responsabilidad penal, en los presupuestos objetivos y subjetivos, del tipo penal; pues es importante analizar en casos de hurto, que el bien se sustraiga de su dueño o responsable de custodia y se desprenda de la esfera de custodia o cuidado del mismo.

Itera la Defensa que no hay duda de que las antenas de seguridad del almacén HOMECENTER están dentro del establecimiento lo cual demuestra que la decisión fue acertada, al darle la valoración justa a dicho testimonio; solicita confirmar la sentencia absolutoria al considerar que no hay prueba suasoria que permita acreditar responsabilidad penal del procesado.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004[2].

4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si la acción desplegada por el procesado era idónea para atentar contra el patrimonio económico del establecimiento comercial donde fue aprehendido.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

4.3.1. Partiremos por advertir que la secuencia fáctica de esta causa no está en discusión, pues en este caso lo que corresponde a esta Sala es establecer si la acción desplegada por el agente era idónea o no para afectar el patrimonio

[2] Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:
De los recursos de **apelación** contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de l**as sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.** (Negrillas de la Sala de Decisión)

económico del establecimiento comercial HOMECENTER, es decir, si se verifica la concurrencia de un delito imposible o no.

En relación con la tentativa inidónea o el delito imposible, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha clarificado[3]:

> *"(…) La mayoría de autores colombianos coinciden en señalar que en la forma en que se redactó la disposición que contempla la tentativa no cabe el delito imposible,* ***porque la no consumación del hecho se debe "a inidoneidad de la conducta para alcanzar el fin propuesto o a inexistencia de su objeto material o jurídico****[4]**, supuestos que no encuadran en la descripción típica de una determinada conducta y que por tanto son causales de atipicidad.*
>
> *"(…)*
>
> ***Ahora bien, como el delito imposible puede darse por inidoneidad de los medios –acción- que resultan ineficaces para causar el resultado** o porque falta algún elemento del tipo objetivo –esencialmente el objeto material-, conforme a la descripción legal de la tentativa ninguna situación problemática se presenta en ambos casos, dado que la idoneidad de los actos y la existencia de todos los elementos requeridos por el tipo penal son los presupuestos esenciales para su estructuración, si se mira que el dispositivo amplificador se vincula con una determinada conducta típica."*

Luego, la misma corporación sentenció[5]:

> *"(…) Así, entonces, la teoría el delito imposible o tentativa imposible –traída a colación y alegada por el defensor-, como también la ha denominado la doctrina y el derecho comparado, no tiene cabida en este caso, pues esta figura se caracteriza por la presencia de un* ***comportamiento del sujeto activo que no tiene la capacidad suficiente para lograr la consumación del tipo penal por falta de idoneidad de los medios desplegados** o por ausencia del objeto material del delito[6]. Entonces, la falta de idoneidad se predica frente al medio empleado para agotar el tipo penal y no por el resultado final del acto concusionario, diferencia que no hace el defensor, de ahí que refiera a la eventual imposibilidad de cometer el delito cuando lo que supuestamente se solicita es «imposible» de cumplir." (*Negrillas de la Sala)

De las citas jurisprudenciales se infiere como factores determinantes en la configuración del delito imposible: *i)* la inidoneidad del acto; y *ii)* la ausencia del objeto material del delito.

---

[3] Radicado 22164 del 5 de febrero de 2007, MP. Alfredo Gómez Quintero.
[4] Reyes Echandía, Alfonso, Derecho Penal, Parte General, 11º edición, Temis, pág. 126.
[5] CSJ, SP 14623 del 27 de octubre de 2017, Radicado 34282, MP. Fernando Alberto Castro Caballero.
[6] Se citan ejemplos como quien dispara contra un cadáver con el objeto de dar muerte; o quien trata de envenenar con sustancias que no tienen tal potencialidad.

4.3.2. En el *sub examine* el *a quo* consideró que el hecho de que el acusado intentara en principio salir del establecimiento por el torniquete de entrada –mismo que impide la movilidad de adentro de HOMECENTER hacia afuera-, tras lo cual sin malicia alguna fue considerado por el guarda de seguridad Fredy Eliecer Graciano Rodríguez como que este individuo no quería salir de la tienda, pues incluso ni siquiera tenía en sus manos productos del almacén, pero que ante el señalamiento que éste le hizo de que la salida era por otra puerta, el procesado tomó una actitud nerviosa mientras se dirigía a la de salida, pues era claro que al pasar por esta se activarían las alarmas, como en efecto ocurrió, tornaba imposible cualquier maniobra destinada al apoderamiento de los artículos que allí se venden.

Considera esta Sala que la anterior conclusión no es correcta pues, aunque muchos establecimientos abiertos al público cuentan con eficientes sistemas de seguridad y sus dependientes son instruidos para confrontar episodios o situaciones de riesgo, la dinámica propia en estos almacenes de grandes superficies, donde ingresan miles de personas a diario, compradores y no compradores, y los productos están expuestos al alcance de la mano de los visitantes, no es posible un control absoluto de éstos.

Prueba de lo anterior es lo que expuesto por el testigo de cargo cuando aseveró que tras haber sido sorprendido y llevado a la “sala de conciliación” a efectos de proponerle el pago de los productos hallados en su bolsillo, esto es, 12 set de Brocas HSS de 9/64 pulgadas de 10 unidades marca DEWALT, con el fin de dar por terminado el impase, Edward Alexander Murcia pidió disculpas, afirmó que había sido un error, que estaba pasando por una situación difícil y que no contaba con dinero para el pago, luego de esto le pasaron el Garrett que se activó en la zona íntima del sujeto quien al verse nuevamente sorprendido procedió a sacar “*de sus partes íntimas*” otros 7 set de Brocas HSS de 1/8 pulgadas marca DEWALT. Siendo claro que, de haberse conciliado el pago del primer hallazgo Murcia, probablemente, hubiese logrado apropiarse del otro set de brocas que llevaba en su interior.

Es claro que en muchas ocasiones las puertas de alarma no funcionan adecuadamente, bien sea porque se activan sin razón o porque, al contrario,

no se encuentran activadas, pero además es razonable colegir que dada la gran cantidad de personas que a diario visitan estos establecimientos, y particularmente HOMECENTER que suelen ser lugares enormes, con una gran cantidad de productos, no es posible para los pocos empleados encargados de la seguridad, realizar una revisión exhaustiva de todas y cada una de las personas que entran y salen del lugar.

Se afirma por la primera instancia que esto es un hecho notorio, verbigracia, la seguridad privada que controla el ingreso y salida del almacén en todo momento, aunado a la seguridad humana en el interior del establecimiento de comercio, el monitoreo a través de circuito cerrado de televisión, las antenas electrónicas y que el establecimiento de comercio contaba con eficientes y abundantes sistemas de seguridad, que para el *a quo* otorgaban un control absoluto en el establecimiento, en el interior, en la salida y en el ingreso. Consideramos que ello no es cierto y, por el contrario, es una especulación; tan equivocada es su percepción que, de hecho, en ningún momento se observó por ningún circuito cerrado de TV que el implicado guardara objetos en sus partes íntimas y, la presencia del funcionario de HOMECENTER fue apenas coincidente con su salida por un lugar no autorizado, y no porque hubiese sido alertado por la gran vigilancia del local comercial.

No se logró el hurto por una mera coincidencia, y no por razones de sofisticada seguridad como lo afirma el *a quo*. Así que el sistema de seguridad no es eficiente ni es abundante, ni hay control absoluto, pues de ser así, en el mismo acto en que el individuo guarda lo objetos en sus partes íntimas, se le hubiese dado captura, pero no fue así.

Resulta importante en este punto advertir que no puede darse por sentado –como puede colegirse de la decisión que ahora se revisa- que, en virtud a que estos grandes comercios, como cuentan con métodos para proteger su seguridad tales como los vigilantes, alarmas y cámaras, entonces cualquier persona con intenciones ilícitas de pretender apoderarse de productos que allí se ofrecen, sin pagar, está cometiendo un delito imposible. Considera esta Sala que ello sería un argumento falaz y desacertado, pues una consideración en tal sentido legitima a las personas a que delincan dentro de estos sitios

dado que, según dicha teoría, serían estos establecimientos los únicos en el deber y la obligación de protegerse a sí mismos; lo cual nos llevaría al absurdo de considerar entonces que cualquier tentativa de hurto a los establecimientos de comercio debería ser calificada como un delito imposible.

Luego entonces, consideramos que el hecho de que, por causas posteriores y ajenas a la voluntad del agente, éste no obtuviera provecho de su actuación, no significa que el establecimiento de comercio sea un lugar infranqueable o que los medios desplegados para perpetrar el hurto sean siempre inidóneos. Las condiciones de la tienda, el reducido número de dependientes y el artificio del que se valió el agente para extraer de allí los sets de brocas, impiden hablar de una tentativa inidónea o delito imposible como también se conoce a esta categoría jurídica.

La concurrencia del delito imposible debe verificarse desde la perspectiva cierta e irrefutable de que ningún acto del agente será suficiente para lesionar el bien jurídicamente tutelado, más no desde la dificultad, mayor o menor que el agente deba sortear en la ejecución del acto. Es por ello que no se descarta, *a priori*, la lesión al patrimonio económico en almacenes de grandes superficies pues, a pesar de los modernos sistemas de seguridad implementados y el mayor número de empleados destinados al cuidado de los bienes, esas medidas no son infalibles en términos absolutos. Siempre queda un margen de maniobrabilidad, un punto de quiebre para que el agente agote la acción de apoderamiento de cosa ajena.

Por estas razones, no se dan los presupuestos facticos para predicar que la acción del agente fue inidónea para atentar contra el patrimonio económico de HOMECENTER pues, de haberse dado un descuido o cualquier otra eventualidad que hiciese que el agente de seguridad Graciano Rodríguez, por unos segundos voltee su mirada a otro lugar, el acusado hubiese logrado su cometido ilícito, en consecuencia, consideramos errada la tesis del Juez de primera instancia.

4.3.3. Siendo claro además que no se consumó la lesión al patrimonio económico del establecimiento de comercio siendo prueba de ello el hecho

cierto de que el individuo fue abordado de inmediato una vez se encendieron las alarmas de seguridad. Al respecto la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de vieja data tiene decantado[7]:

> ***"****Los artículos 349 y 239 de los Códigos Penales de 1980 y 2000, respectivamente,* ***exigen para la configuración*** *de la conducta punible de hurto* ***el apoderamiento*** *de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro.*
>
> *Eso significa que* ***el momento consumativo del delito****, como lo ha señalado la Corte en distintos pronunciamientos y ahora lo reitera, se* ***produce cuando el sujeto activo de la conducta extrae el bien de la esfera de custodia de su dueño, poseedor o tenedor****, con la intención de lucro pues de acuerdo con la norma no se requiere la materialización o logro de la utilidad o ganancia"*

En este caso se probó que el agente no logró salir del establecimiento de comercio con los elementos de los que pretendía apoderarse pues al momento de ejecutar esta acción se activó la alarma de seguridad, siendo abordado de inmediato por el testigo de cargos, empleado de la tienda, siendo claro que el objeto material del ilícito no salió de la esfera de protección y cuidado de su titular. La acción positiva y externa del empleado, tras la actitud sospechosa del agente, estuvo precedida de la confrontación inmediata a este una vez se activó la alarma y tras la apreciación de que, si bien no llevaba ningún elemento en sus manos, sí se observaba un abultamiento extraño en uno de sus bolsillos.

En los términos de la jurisprudencia citada y del tenor del artículo 239 del Código Penal[8], el hurto se perfecciona cuando el titular de la cosa mueble pierde toda posibilidad de cuidado y custodia sobre el objeto; sin embargo en este caso, incluso para todas las partes quedó acreditado que el elemento no logró salir por completo de HOMECENTER, una parte porque la alarma de la puerta de salida dio aviso y la otra porque en la "sala de conciliación" el Garrett también le informó al empleado del establecimiento que Edward Alexander Murcia aún tenía en su poder elementos del almacén, siendo estas las circunstancias por las cuales el agente no consumó el hecho.

---

[7] Entre otros, *auto* – Colisión 7.461, abril 20 de 1992, M.P., Jorge Enrique Valencia Martínez; *Sent* – Casación 10644, mayo 6 de 1999, M.P., Carlos Augusto Gálvez Argote; *Sent.* – Casación 15612, octubre 31 de 2002, M.P., Carlos Augusto Gálvez Argote; *Auto* - Colisión 22.490, junio 30 de 2004, M.P., Marina Pulido De Barón.

[8] Artículo 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 dos (2) a seis (6) años.

4.3.4. En virtud de lo anterior, para esta Sala la conducta del acusado con respecto al delito de Hurto Agravado cometido bajo el dispositivo amplificador del tipo de la Tentativa fue típicamente antijurídica, al adecuarse al supuesto de hecho integrante del tipo penal previsto en los artículos 239 inciso 2°, 241 numeral 11 y 27 del Código Penal y concurrir la antijuridicidad material, además, de la formal. Siendo dable concluir que se puso en peligro el bien jurídico del Patrimonio Económico de HOMECENTER como persona jurídica.

Ahora, respecto de la culpabilidad, se tiene que de los medios de prueba allegados a la actuación puede colegirse que Edward Alexander Murcia conocía la ilegitimidad de su actuación y, no obstante, se decidió por la misma, siéndole exigible asumir una conducta distinta, respetuosa de los bienes jurídicos tutelados, imponiéndose para él un juicio de reproche jurídico-penal, tornando imperioso revocar la absolución proferida en primera instancia y concretado el mismo en la pena que finalmente le impondrá esta Sala.

4.3.5. En virtud a lo anterior, resulta preciso realizar el ejercicio de la dosificación de la pena a imponer, conforme al delito por el que ha sido declarado penalmente responsable, haciendo claridad, que en esta instancia no se lleva cabo la audiencia de individualización de pena establecida en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en atención a los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[9] al señalar que en el caso de condena en sede de la segunda instancia su realización es un acto inadmisible que riñe con la estructura del proceso penal establecido en la Ley 906 de 2004, pues está establecida únicamente para la primera instancia.

Así pues, tenemos que el Hurto del inciso 2° del artículo 239 establece una pena que va de 32 a 48 meses de prisión, misma que Agravada conforme al numeral 11 del 241 queda de 48 a 84 meses de prisión. La que una vez se le aplica lo señalado en el artículo 27, arroja una pena definitiva de 24 a 63 meses de prisión. Es así como, para hallar el ámbito de movilidad punitivo y establecer el valor del cuarto en el que se ha de imponer la sanción, se obtiene la

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Sentencia SP1003 del 23 de marzo de 2022, Radicado 50320; y Sentencia del 14 de agosto de 2012, Radicado 38467; entre otras.

diferencia entre los extremos punitivos anunciados y el resultado se divide por cuatro, así:

Para la pena de prisión: 63 – 24 = 39 / 4 = 9,75.

De manera entonces que el primer cuarto, para la pena de prisión oscila entre 24 a 33,75; el segundo cuarto entre 33,75 a 43,5 meses; el tercer cuarto entre 43,5 meses a 53,25 meses; y el último cuarto entre 53,25 a 63 meses.

Teniendo en cuenta que no se dedujeron en el acto de imputación circunstancias genéricas de atenuación ni de agravación punitiva, esta Sala de Decisión necesariamente habrá de moverse dentro del primer cuarto (24 a 33,75 meses de prisión), para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad que la conducta comporta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ha de cumplir ésta en el caso concreto (inciso 3° del artículo 61 del Código Penal).

Así pues, considera la Sala que en este caso tal y como lo manifestó la Fiscalía en sus alegatos de cierre, se trata de una persona que es proclive a la comisión de este delito pues cuenta con varias sentencias condenatorias en su contra por esta misma conducta punible cometida bajo el mismo *modus operandi*, siendo claro entonces que los fines de la pena deben prevalecer en este caso en el que a todas luces surge evidente que el agente necesita un tratamiento penitenciario, proporcional y razonable, estimando que a efectos de imponerse una pena justa, de acuerdo a las circunstancias y antecedentes del procesado, resulta apropiado apartarnos del mínimo del primer cuarto y, en su lugar imponerle una pena de 33 meses de prisión, la cual consideramos suficiente como sanción para el condenado. Por el mismo tiempo se le impondrá la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.3.6. Ahora bien, respecto a la concesión de subrogados y beneficios, habremos de indicar que el inciso primero del artículo 68A del Código Penal establece:

> "***Artículo 68A – Exclusión de los beneficios y subrogados penales.*** *No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la*

> *prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores*" (Subrayas de la Sala)

Por su parte, el parágrafo 2° de la misma norma señala:

> *"**PARÁGRAFO 2o.** – Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena"*

Así pues tenemos que, dentro del expediente obra tres sentencias condenatorias proferidas y ejecutoriadas todas en el año 2018 por Hurtos Calificados y Agravados cometidos de forma similar al que aquí se juzga y, de hecho, dentro de esas sentencias se anota que para esas fechas contaba además con otras sentencias condenatorias y múltiples anotaciones por el mismo delito, cometido en similares circunstancias a las aquí expuestas. Es decir, es una conducta recurrente en el procesado que torna inviable la concesión del sustituto, pues es claro que ha sido condenado por Hurtos dolosos realizados dentro de los 5 años anteriores a la comisión de este; iteramos pues que se advierte necesario el tratamiento penitenciario en este caso pues es claro que suspenderle la ejecución de la pena a Edward Alexander Murcia y permitir su libertad de locomoción, representa además un peligro para el patrimonio económico de cualquier establecimiento de comercio.

Aunado a lo anterior, y en atención a lo establecido en el parágrafo 2° de la norma citada, es claro que los antecedentes personales de Edward Alexander Murcia permiten afirmar que los fines de la pena, concretamente los de prevención especial y reinserción social, no se han cumplido respecto de las tantas condenas que se han impuesto en su contra, lo cual lleva a esta Sala a determinar el no otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni de la prisión domiciliaria pues tampoco se cuenta con elementos que permitan establecer antecedentes de todo orden del penado. En consecuencia, se ordenará la expedición inmediata de la correspondiente orden de captura a efectos de que Edward Alexander Murcia cumpla la pena aquí impuesta en el establecimiento que para el efecto le asigne el INPEC.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

PRIMERO: REVOCA la sentencia del 9 de junio de 2023 por la cual el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia, absolvió a Edward Alexander Murcia por el delito de Tentativa de Hurto Agravado por el que fue acusado.

SEGUNDO: CONDENA a Edward Alexander Murcia como autor penalmente responsable del delito de Hurto Agravado Tentado, a la pena principal privativa de la libertad de treinta y tres (33) meses de prisión, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

TERCERO: Líbrese de manera inmediata la correspondiente orden de captura.

CUARTO: Esta providencia se notifica en estrados y contra ella proceden los recursos de impugnación especial[10] para la Defensa y/o el procesado, y de casación para las demás parte e intervinientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

-Con aclaración del voto-

NELSON SARAY BOTERO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

[10] En los términos del Acto Legislativo 01 de 2018 y la providencia AP1263-2019.

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **232e12785595ca9cbcde6b436e0b355080a4234801098591bdbd34e49cb41310**
Documento generado en 05/02/2024 10:53:07 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica