

PROCESO: 05212-60-00-201-2007-03237
DELITO: Abuso de confianza / hurto simple
CONDENADO: Jaime Alonso Valencia Velásquez
PROCEDENCIA: Juzgado 2º Penal Municipal de Bello
OBJETO: Apelación de sentencia absolutoria.
DECISIÓN: Revoca y precluye
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, primero (1º) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Aprobado por Acta Nro. 132

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto pasado por la Juez Segunda Penal Municipal de Bello a través de la cual absolvió a Jaime Alonso Valencia Velásquez de los cargos que en su contra pesaban, primero como autor del delito de abuso de confianza y a partir de los alegatos de conclusión del juicio oral como autor de hurto simple.

I. HECHOS

Fueron descritos por la *a quo* como sigue:

El 15 de noviembre de 2007, la víctima denuncia al hoy procesado, que es propietario de una pesebrera ubicada en el sector de Machado del municipio de Copacabana, Antioquia, en ocasión al acuerdo llegado por las partes en custodia de unas maquinarias de aserrío de propiedad de la

víctima, que después de un año transcurrido la víctima fue a reclamar y no las encontró.

II. ACTUACION PROCESAL

La Fiscalía solicitó ante el Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana la audiencia de formulación de imputación que se llevó a cabo el 5 de noviembre de 2013, escenario procesal en el cual informó su pretensión punitiva en contra de Jaime Alonso Valencia Velásquez a título de autor del punible de abuso de confianza de que trata el artículo 249 del C.P., pretensión que el imputado rechazó. Consecuencia de lo anterior, se enviaron las diligencias a la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Bello, ante la cual la fiscalía presentó el escrito de acusación de fecha 29 de noviembre de ese mismo año 2013, que le fue asignado al Juzgado 2º Penal Municipal de la misma ciudad, despacho ante quien se concretó ese requerimiento fiscal el 16 de julio de 2014.

Agotada la actividad probatoria del juicio oral y público, la Fiscalía solicitó condena por el delito de hurto simple, de conformidad con el artículo 239 del C.P. y el 12 de agosto pasado se emitió la sentencia absolutoria que la fiscalía recurre en apelación.

III. DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO

En una decisión carente de motivación, la *a quo* expuso que decidiría el fondo del asunto, luego de agotada la actividad probatoria del juicio oral y público; acto seguido plasmó la identificación del acusado; luego, realizó una muy breve reseña de los hechos, sin identificar por lo menos con sus nombres a las personas que los protagonizan, para después hacer una síntesis de la actuación procesal sin mayor detalle, precisando eso sí que la Fiscalía acusó por abuso de confianza pero en sus alegatos de conclusión deprecó la condena por hurto simple; acto seguido se refirió al rol del juez en el proceso penal y a los requisitos para dictar fallo condenatorio.

En capítulo aparte, que tituló juicio oral pruebas y su valoración, sintetizó las teorías del caso de las partes para luego enunciar los testigos que fueron escuchados en el juicio y alguna evidencia con ellos incorporada, todo ello sin ningún tipo de ejercicio de valoración probatoria. En un siguiente capítulo sintetizó los alegatos finales de las partes. Hasta aquí ninguna reflexión o valoración de orden probatorio ha ofrecido.

Bajo el título de consideraciones, reiteró la variación en la calificación jurídica de la conducta de abuso de confianza por hurto, calificando como plausible un tal proceder, aunque cuestionando la identidad en el núcleo fáctico de las dos conductas, aunque sin ninguna referencia al caso concreto y sin decidir de manera expresa si estaba de acuerdo o no con tal decisión. A renglón seguido transcribió el artículo 239 inciso segundo del C.P. y destacó sus elementos estructurales, señalándolos como objeto de prueba de la Fiscalía, sin ninguna referencia a la practicada en el juicio, luego de lo cual discurrió acerca de lo que se entiende como prueba en el sistema procesal penal vigente, para concluir de plano y sin ninguna consideración que la Fiscalía *“no allegó al juicio pruebas que demostraran estos componentes, por lo que al analizar los nimios medios de conocimiento aportados se hace necesario concluir que no se probó más allá de toda duda razonable la materialidad de la conducta delictiva y menos la responsabilidad penal”*.

Sin embargo, omitió mencionar las pruebas que allegó la Fiscalía, precisando su contenido y las razones para entender su no idoneidad frente a su deber de demostrar los elementos del tipo penal seleccionado, es decir, todo quedó en el anuncio de una conclusión sin absolutamente ninguna premisa que la sustente.

Inmediatamente después de ese anuncio, citó a un tratadista en materia probatoria en punto de la certeza, para insistir en que la Fiscalía *“no demostró el daño al bien jurídico”*, una vez más sin referencia a la prueba. Esta afirmación fue reiterada en las mismas precarias condiciones en otras dos o tres oportunidades.

Agregó que condenar con base en las pruebas analizadas, sin referirse a ellas, sería desconocer el *in dubio pro personae* y la presunción de inocencia. Después discurrió acerca de la carga de la prueba, del deber de establecer la verdad y la justicia, para lo cual definió el concepto de verdad y luego el de certeza racional y los efectos de no alcanzarlos en el proceso.

Finalizó diciendo que, de acuerdo con lo ventilado en la audiencia, la víctima celebró un negocio jurídico con el acusado que garantizaba la custodia de unas maquinarias de su propiedad a cambio de una retribución monetaria lo que en su opinión puede ser un hurto entre condueños.

Acto seguido pasó a decidir la absolución del acusado, sin siquiera mencionar de qué conducta lo absuelve.

IV. MOTIVOS DE DISENSO

El delegado de la Fiscalía manifestó en primer término que en el juicio quedó demostrado que el acusado le alquiló una parte del predio donde tenía una pesebrera a la señora Gloria Santos de Cortés a fin de que guardara allí una maquinaria con la que se ejecutaban labores de aserrío; ese hecho lo acreditaron los testimonios de la víctima, su hermano Luis Fernando Santos, el comisionista Omar de Jesús Ossa, el propio procesado, su compañera permanente María Victoria Gaviria, el administrador de la pesebrera Juan Esteban Zapata Rincón, el cuidador de los caballos que allí se tenían José Abelardo Bustamante Uribe. Esta situación la consideró además probada con el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes.

Sobre la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, de la venta de la maquinaria por parte del acusado, dijo que a pesar de que este refirió que fue a finales del 2006, argumentando que lo hizo porque tenía que salir del lugar, quedó demostrada la falsedad de esa excusa, pues quedó establecido que a partir de enero de 2007 el

canon de arrendamiento que cancelaba el acusado por el predio fue incrementado en \$300.000. Quedó demostrado según la Fiscalía que el negocio sobre la maquinaria se realizó en noviembre de 2007, con lo cual la acción no prescribió.

En relación con los elementos del tipo dijo que el propio acusado aceptó haber vendido la maquinaria que no le pertenecía, en razón a que la señora nunca apareció a pagarle los arrendamientos que le debía. Esta afirmación fue corroborada por el administrador de la pesebrera y empleado del acusado señor Juan Esteban Zapata, por su compañera María Victoria Gaviria, y los demás testigos que desfilaron por el juicio.

También consideró acreditada la condición dolosa de la conducta con la propia versión del acusado, pues siempre tuvo claro que la maquinaria no le pertenecía, conocimiento que no le impidió venderla. Agregó que el acusado acudió a un ejercicio arbitrario de sus propias razones para lesionar el patrimonio de la víctima. Entendió acreditada la idoneidad mental del acusado con los diversos contratos que suscribió.

Agregó que no puede hablarse de venta de cosa ajena porque el vendedor no podía perfeccionar la tradición, además la venta no tenía un objeto lícito, pues la cosa provenía de un delito de hurto.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.
2. Una primera consideración pertinente en el sub judice, hace relación a la falta absoluta de motivación de la decisión que se revisa que en otras circunstancias daría

lugar a la declaratoria de nulidad de lo actuado, de no ser porque la Sala advierte la estructuración de una causal de extinción de la acción penal que hace inocua aquella opción. No sobra aclarar que la Sala intentó verificar el anuncio del sentido del fallo con el fin de indagar por algún tipo de motivación de lo resuelto, empero no encontró registro alguno que tuviera esa actuación y del despacho *a quo* recibió como respuesta sobre el particular que no había quedado grabada la diligencia.

No obstante las anteriores irregularidades, que denotan un manejo inadecuado de la actuación, en el presente asunto se optará por la extinción de la acción, con fundamento en las razones que en este proveído se expondrán enseguida.

3. Como prolegómeno necesario de lo resuelto, debe la Sala pronunciarse sobre el proceder de la Fiscalía en relación con la variación que en sede de su alegación final introdujo a la calificación jurídica de la conducta, a fin de establecer si se ajustó a las pautas que claramente ha delimitado la Corte Suprema de Justicia en torno al punto. Más claro, debe la Sala entrar a determinar si una tal variación, en los precisos términos en que fue postulada, era jurídicamente plausible a la luz de la línea jurisprudencial que se ha venido trazando por la Corte Suprema de Justicia en torno al principio de congruencia entre acusación y sentencia.

Sobre el particular debe recordarse que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 la Corte, al pronunciarse sobre el tema, en principio optó por una concepción rígida de la congruencia o consonancia, al entender que el juez no podría fallar en ningún caso por conducta diferente de la contenida en la acusación; sin embargo, dicha concepción del instituto fue atemperándose progresivamente al percatarse de las dificultades que comportaba; fue así como después se consideró que la acusación era un acto complejo conformado por los términos del escrito que la contenía, su formulación en sede de audiencia y las alegaciones finales del juicio, para luego, con fundamento en ello, admitir que el juez podría variar la calificación contenida en la acusación siempre que así lo solicitara la Fiscalía, por un delito de la misma naturaleza y de menor entidad, respetando el núcleo fáctico de la acusación, es

decir, sin modificar los hechos. Pero la evolución jurisprudencial no paró allí, pues terminó admitiendo que la variación se produjera por el juez aún sin solicitud de la Fiscalía, respetando eso sí, las condiciones ya reseñadas.

La anterior es una apretada síntesis de la evolución jurisprudencial sobre el tema, que se observa más detallada en la siguiente cita, que por necesaria se introduce *in extenso*:

“...Sobre el alcance de la norma en comento- art- 448 del C. de P.P.- la Corte ha señalado que su quebranto se produce por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en la audiencia de formulación de la acusación¹.

El referido precepto, como de tiempo atrás lo ha dilucidado la Sala, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

Es necesario anotar, sin embargo, que desde la SP, 27 jul. 2007. Rad. 26468, la Corte viene admitiendo la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, es decir, condenar por un delito distinto al contemplado en ésta.

Sobre el particular, se precisó en la reseñada decisión que el fiscal bien puede “solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad-,

¹ Cfr. Sentencias del 6 de abril de 2006. Rad. 24668, del 28 de noviembre de 2007. Rad. 27518 y del 8 de octubre de 2008. Rad. 29338.

o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando - en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes” (subrayas fuera de texto) y sin que se haga más gravosa la situación del acusado.

No obstante, ya en SP, 16 mar. 2011. Rad. 32685, había puntualizado la Sala que los jueces pueden efectuar el cambio de la calificación jurídica sin ser necesario que medie solicitud expresa de la Fiscalía. Sobre el particular, textualmente señaló:

“Si bien en el precedente citado por el defensor de Nelson Enrique Galvis Rojas², la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado” (subrayas fuera de texto).

Así en CSJ AP, 28 mar. 2012. Rad. 36621, en la cual se citaron decisiones anteriores, la Corporación expresó:

“Necesario es señalar, en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de junio de 2009. Rad. 28649.

denominado principio de congruencia estricto³, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia⁴:

‘...Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta a favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes’ (subrayas fuera de texto).

Por su parte, en CSJ AP, 3 jul. 2013. Rad. 33790 se dijo:

“Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte ha tenido ocasión de reiterarlo...” (subrayas fuera de texto).

Más recientemente, en CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108, sostuvo la Corporación:

“... la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, rad. 32879” (subrayas fuera de texto).

³ “...la jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado”. Cfr. Sentencia del 27 de julio de 2007. radicación número 26468.

⁴ Cfr. Sentencia del 7 de septiembre de 2011, radicación 35293.

En AP, 24 sep. 2014. Rad. 44458 reiteró la Corte, que cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.

También se destacó en la providencia del 15 de agosto de 2013, la Sala ratificó su propósito de consolidar una línea jurisprudencial sólida que dejara atrás ese concepto rígido de congruencia estricta, el cual impedía al juez modificar al momento de dictar el fallo la denominación jurídica efectuada por la Fiscalía, para abrir paso a una postura que faculte la potestad oficiosa para degradar la conducta a favor del procesado, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten los derechos de los demás intervinientes.

Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo...”⁵

4. Vale la pena resaltar como, a lo largo de la evolución jurisprudencial reseñada en precedencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido insistente en pregonar la necesidad de que la variación resulte favorable al acusado y respete el núcleo fáctico de la acusación, condiciones que en el *sub lite*, sufrieron serio quebranto con el proceder de la Fiscalía. Veamos:

4.1 La Fiscalía en sus alegatos finales, de manera ligera e irreflexiva, afirmó que variaba la calificación de la conducta contenida en la acusación, de abuso de confianza a hurto simple, porque se trata de conductas del mismo género y se sancionan con la misma pena, ello, sin adicionar ninguna argumentación que soportara su tesis, simplemente adecuando la conducta del acusado al tipo de hurto.

⁵ CSJ SP, 25 May. 2015, Rad. 44287

Dejó de lado la Fiscalía que, contrario a su opinión, las conductas por él referidas están sancionadas de diferente manera en el Código Penal y que de ellas la sancionada con mayor severidad es el hurto. Basta otear el contenido de los tipos penales contenido en los artículos 239⁶ referido al hurto y 249⁷ al abuso de confianza, para evidenciar tan crasa equivocación, pues el primero de los comportamientos está sancionado con pena de prisión que oscila entre 32 y 108 meses, mientras el segundo se sanciona con pena de prisión que oscila entre 16 y 72 meses, realidad que hacía inviable la variación al obrar en contra de los intereses del acusado.

Queda clara una primera razón para entender improcedente la variación introducida por el acusador.

4.2 Ahora bien, en opinión de la Sala no podía alegremente acudir al inciso segundo del artículo 239 en cita, que se ocupa de un hurto de menor cuantía, a fin de buscar la procedencia de la variación, pues una tal maniobra desconoce el sustento fáctico de la acusación referido a la cuantía del apoderamiento, que de acuerdo con lo demostrado en el juicio superaba los 10 salarios mínimos legales mensuales, ello, en la medida en que el comisionista que intervino en la venta, Omar

⁶ **ARTICULO 239. HURTO.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> 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.

⁷ **ARTICULO 249. ABUSO DE CONFIANZA.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.

de Jesús Ossa, señaló que la maquinaria fue negociada por el acusado y el ciudadano Francisco Arbeláez en una suma aproximada a los \$12'000.000, que para la fecha de la negociación, año 2006, durante el cual el salario mínimo legal mensual equivalía a \$408.000, representaba mucho más de 10 salarios mínimos legales mensuales.

4.3 Pero lo anterior no es todo, en sentir de la Sala, la variación inmotivada a que acudió la Fiscalía, además comporta una alteración del núcleo fáctico de la acusación, pues desconoce el verbo rector de cada conducta. A fin de precisar este tópico vale la pena traer a colación la diferenciación que en punto de las conductas de hurto y abuso de confianza ha decantado desde siempre la Jurisprudencia:

La distinción, bastante problemática, entre el delito de abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza, puede afrontarse desde una triple perspectiva que involucre el bien jurídico, la ontología de la conducta y el sentido normativo de la misma.

Desde una visión político criminal de las normas penales se puede concluir, por el énfasis que hiciera el legislador en el principio de lesividad, que la lesión o el riesgo para el bien jurídico se constituye en la esencia del injusto y de allí la necesaria referencia a la categoría dogmática de la antijuridicidad como expresión de los desvalores de acción y de resultado (artículo 11 del código penal).

Desde ese margen se puede sostener, igualmente, que sólo las conductas seleccionadas por el legislador tienen la aptitud de vulnerar la relación social concreta y prejurídica que encarna el bien jurídico y que por la dinámica de los procesos de interacción puede afectarse de diversas maneras, como ocurre con bienes jurídicos como el de patrimonio económico, que puede lesionarse o ponerse en riesgo mediante la apropiación (abuso de confianza), el apoderamiento (hurto), la coacción (extorsión) el engaño (estafa), o conductas afines (defraudación) que implican respuestas punitivas diversas dependiendo de la gravedad, modalidad e intensidad del ataque.

Así se puede explicar, mediante una primera aproximación, la razón por la que, pese a su similitud y a proteger un mismo bien jurídico, los delitos de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza terminan distinguiéndose como expresiones de sentido que responden a diversas estructuras ontológicas y a una concreta modalidad de afectación, las cuales

el legislador extrae de la realidad y las sanciona de manera diversa, como corresponde a sus perfiles óntico y valorativo.

Por eso, nótese que la apropiación, como núcleo rector del tipo penal del abuso de confianza, contiene un juicio de valor que hace énfasis en la relación que surge entre la víctima y los bienes (la mera tradición), mientras que en el hurto, el apoderamiento, si bien también corresponde a una expresión jurídica, mira más a la ontología de la conducta, a una relación fáctica.

Si se quiere, en el abuso de confianza la apropiación tiene explicación en un marcado acento jurídico, pues ella surge como consecuencia de la entrega en confianza de un bien que se recibe a título no traslativo de dominio, mientras que el apoderamiento en el hurto dice relación con una situación con acento fáctico que el derecho valora como indeseable.

En éste sentido, la Corte ha expresado lo siguiente:

“en el primer caso su nomen iuris se debe a que la conducta abusiva del tenedor precario al no devolver al tradente la cosa, a quien la víctima se la ha entregado por un título no traslativo de dominio, defrauda su confianza, de ahí que en otras legislaciones como la francesa se le denomine a esta conducta ‘administración fraudulenta’, mientras que en el evento del hurto lo que se reprocha para agravar la pena es el haberse aprovechado de la confianza dada por el propietario, poseedor o tenedor de la cosa para que le sea más fácil al delinciente su ilegal apoderamiento.

“Por esto, al describir el legislador el delito de abuso de confianza exige que la cosa objeto de la posterior apropiación se haya confiado o entregado con anterioridad, sin que se exija necesariamente la existencia de un vínculo de confianza entre el derecho habiente y el receptor, entendido éste como la existencia de una comunicabilidad de circunstancias sociales, sino que la confianza nace del título mediante el cual se entrega la cosa, que al no transferir el dominio genera derechos que cree su propietario tener, contrario a lo que sucede con el agravante del hurto que, como se dijo, si exige esta clase de relaciones interpersonales porque es en razón de ellas que el hurtador logra el apoderamiento indebido de la cosa, o por lo menos le posibilita su consumación.”⁸⁹(subrayado fuera del texto original)

Salta a la vista que hay diferencias sustanciales desde el aspecto esencial de cada conducta que no pueden asimilarse de manera irreflexiva como lo hiciera el

⁸ C. S. de J., Sala de Casación Penal, casación del 17 de febrero de 1999, radicado 11093.

⁹ C. S. de J. Sentencia del 24 de enero de 2007, radicado 22.412

acusador. Para nada es lo mismo entregar y recibir un bien a título no traslativo de dominio y apropiarse de él, que apoderarse de uno que se tiene al alcance por razón de la confianza depositada en el agente. Ahora bien, si existe una diferencia clara entre abuso de confianza y hurto agravado por la confianza, esa distancia se amplía en tratándose del abuso de confianza y el hurto simple, que deja de lado el que se tenga el bien al alcance de la mano por una determinada relación de confianza.

5. Las anteriores razones, en sentir de la Sala, hacían improcedente la variación en la acusación a que acudió la Fiscalía en el presente asunto, primero, porque si bien trasladó la conducta de un tipo penal ubicado en el título de los delitos contra el patrimonio económico a otra del mismo título, esa variación resultaba a todas luces más perjudicial para el acusado, pues la nueva conducta, contrario a lo sostenido por el acusador, está sancionada con mayor severidad por la ley penal, es decir, no representaba un trato más benéfico para el acusado y, de otro lado, dicha variación desconocía el núcleo fáctico de la acusación, pues una y otra conducta poseen elementos estructurales, más concretamente verbos rectores, que no pueden conciliarse o identificarse.

Así las cosas, no queda opción distinta a la de entender que la acusación por abuso de confianza permaneció incólume.

6. En el anterior orden de ideas, debe la Sala, antes de cualquier consideración adicional, entrar a verificar si tal como lo deprecara la defensa en sus alegaciones finales, sin respuesta por parte de la *a quo*, la acción penal se hallaba prescrita incluso desde antes de formularse la imputación, pues en caso de ser así, no resultaría procedente decidir de fondo, pues de hacerlo se daría la oportunidad de que la parte inconforme acudiera a la casación sin tener derecho a hacerlo¹⁰.

¹⁰ “Por otra parte, cabe destacar que no obstante observarse que el procesado fue absuelto en las instancias del delito objeto de acusación, en el asunto de la especie no resulta aplicable el criterio de la Sala según el cual, la absolución ha de prevalecer sobre la prescripción, habida cuenta que, de un lado, tal decisión se encuentra cuestionada por la parte civil, quien a través del recurso extraordinario de casación aspira a que se case la sentencia impugnada y, en segundo lugar, se condene al mencionado como autor del ilícito de estafa; de otro, cuando los juzgadores profirieron los respectivos

7. A fin de solucionar el dilema propuesto, en primer término se considera necesario precisar que las partes están de acuerdo en la existencia del contrato de arrendamiento suscrito entre el acusado Jaime Valencia y la denunciante Gloria Santos de Cortés, cuyo objeto era una parte del lote que ocupaba el acusado, también como arrendatario, a fin de que la mujer ubicara allí una maquinaria de su propiedad y pudiera explotarla económicamente. En este sentido fueron contestes los declarantes de ambos extremos de la litis.

La diferencia entre las partes se radica en que la defensa afirma haber demostrado que su cliente dispuso de la maquinaria que se hallaba en su predio en diciembre de 2006, circunstancias en las cuales la acción estaría prescrita, mientras que el delegado de la Fiscalía señala haber demostrado que el acusado abandonó el predio en diciembre de 2007 con lo cual debe entenderse que solo hasta esa época se perfeccionó el reato que imputara en su contra.

8. Evaluadas las pruebas arrojadas al juicio, la Sala advierte que la petición de la defensa resulta procedente. Estas las razones:

8.1 La denunciante Gloria Santos de Cortés no fue para nada consistente en punto de las circunstancias y características del contrato suscrito con Jaime Valencia. Por el contrario, su declaración carece de coherencia interna y externa en torno al tema central. En efecto, esta ciudadana manifestó en el juicio que a mediados del 2007 entregó la maquinaria al acusado para que se la guardara, sin contraprestación alguna, mientras conseguía un local con energía trifásica, agregando que allí no estuvieron ni tres meses; sin embargo, en la denuncia dijo que la referida maquinaria llevaba más de un año depositada en el local del acusado y que le había pagado varios meses de arriendo por anticipado. Nótese que se trata de una inconsistencia sobre aspectos del todo trascendentes, como son la entrega de la maquinaria y la

fallos, carecían de competencia, por cuanto había operado el fenómeno jurídico de la prescripción, el cual se consolidó mucho antes de que adquiriera firmeza la resolución acusatoria". SP2902-2016, 46.801, del 9 de marzo de 2016.

fecha de la misma, referidos a elementos esenciales del tipo penal imputado. Esta sería contradicción pone de presente la falta de coherencia interna de la prueba.

Pero lo anterior no es todo, pues en punto de su falta de coherencia externa la situación no mejora, ni siquiera respecto de la prueba arrimada al juicio por el acusador. En efecto, la mujer, itera la Sala, dijo que entregó la maquinaria en junio o julio de 2007 y que ya para diciembre de ese año ya no estaba, contrario a lo afirmado por el acusado en el sentido de que dicha maquinaria duró en su predio más de dos años, hecho que se corrobora con el contrato suscrito entre las partes con fecha 10 de junio de 2003 y todos y cada uno de los testigos de la defensa. Ahora, sobre este mismo tópico, Omar de Jesús Ossa, testigo de la Fiscalía, comisionista y conecedor de la materia, que intermedió en la venta de la maquinaria, dijo que esta se hallaba arrumada, enmontada, a la intemperie, oxidada, condición que le permitió sugerir que llevaba más de dos años en el lugar, afirmación que realizó en razón a que toda la vida se ha dedicado a la actividad de aserrío.

Lo anterior, pone de presente que la mujer fue imprecisa en relación con la fecha del contrato, su objeto y duración.

8.2 Las deficiencias que se le pueden endilgar a la versión de la denunciante resultan extrañas o ajenas a las declaraciones aportadas por la defensa, todas ellas provenientes de personas que por una u otra razón tuvieron la oportunidad de enterarse de los pormenores de esa relación contractual, sin que se aprecie en sus manifestaciones interés en encubrir una conducta del acusado que pudiera calificarse de inadecuada desde cualquier punto de vista.

Así por ejemplo, concurrió al juicio Juan Esteban Zapata Rincón, quien dijo conocer al acusado desde el año 2000 o 2001, época en que este alquiló el predio donde puso a funcionar primero la pesebrera, luego una fonda y donde finalmente recibió la maquinaria cuya disposición desencadenó la actuación. La razón para conocerlo es que era vecino del referido predio, lo que le permitió acercarse al acusado y entablar

con él una relación de cercana amistad, que desencadenó el que lo acompañara en su diario vivir casi permanentemente; este ciudadano ratificó lo dicho del acusado, en el sentido de haber arrendado parte del predio a la denunciante en el año 2003, sin precisar la fecha exacta, añadiendo que la mujer le pagó solo un par de cánones de arrendamiento; que durante ese par de meses al lote llegaron 2 o 3 trabajadores por cuenta de la dama a realizar labores propias del aserrío, pero solo con la maquinaria pequeña, porque la grande la dejaron a la intemperie; también señaló que pasados varios meses el acusado buscó a la mujer a través de su hermano para que le pagara el arriendo; dijo que a principios de 2006 empezaron a visitar al acusado unos señores ofreciéndole dinero por la maquinaria, que para esa fecha ya estaba enmalezada e incluso algún motor había sido hurtado y que al final, como no hubo respuesta de la dueña de las máquinas y esta le debía muchos meses de arriendo, el acusado vendió las máquinas en diciembre de 2006. Dijo recordar la fecha porque el acusado les prometió un aguinaldo a él y al trabajador de la pesebrera con el dinero de la venta pero al final no les dio nada y también porque a finales del año 2006 empezó a trabajar y se alejó de Jaime y del lugar.

También concurrió al juicio Leonel Restrepo Montoya, quien dijo conocer al acusado desde el año 2004, cuando tomó en arriendo la fonda que este ciudadano adecuó en el lote de que a su vez era arrendatario; además mencionó a José Bustamante como quien estaba a cargo de la pesebrera por cuenta del acusado, así como a Juan Esteban de quien dijo mantenía con aquel; dijo que a su llegada se encontró con un lote sin linderos, en el cual estaban ubicadas unas máquinas viejas, que parecían chatarra, entre el rastrojo y pasto alto, agregó que el acusado trataba de ubicar a la dueña de la maquinaria porque incluso se habían robado algún motor; agregó que estuvo a cargo de la fonda entre el 2004 y el 2007 cuando se fue porque el acusado debió entregar el lote; sobre la fecha de retiro de la maquinaria del lugar señaló que se dio a finales del 2006.

Declaró también José Bustamante, quien dijo conocer al acusado de 20 años atrás, quien le ofreció trabajo manejando la pesebrera, actividad que inició el 14 de

febrero de 2002; dijo que el acusado le subarrendó a una señora para unas máquinas y luego a un señor para un bar; agregó que la mujer entró las máquinas en 2003, en compañía de una muchacha y 3 hombres; que trabajaron con ellas unos días, como dos meses largos haciendo cajones de madera y luego no volvieron; que la mujer pagó un par de meses de arriendo y no volvió; en una ocasión capturaron a un hombre que trató de robarse una de las máquinas. Señaló que dejó el lugar y la actividad en febrero de 2007 ante la inminente entrega del lote por parte de Jaime a los nuevos dueños.

Finalmente declaró en el juicio María Victoria Gaviria, compañera permanente del acusado quien dijo haber iniciado su relación con este hombre a mitad del año 2006, época en que conoció la pesebrera que este tenía en Copacabana y que estaba a cargo de José Bustamante; refirió la presencia de las máquinas con apariencia de chatarra en el lote, elementos que estuvieron en ese lugar hasta finales de 2006, entre el 10 y el 15 de diciembre, aspecto que recuerda porque para esa época tuvieron muchos gastos, incluido el costo de la universidad de una hija del acusado, que este pudo cubrir con ese dinero.

Hasta aquí las pruebas de la defensa, sin incluir la declaración del acusado. De ellas puede decirse que aparecen coherentes entre sí al describir las circunstancias que rodearon el contrato de arrendamiento suscrito entre el acusado y la denunciante, así como la fecha en que los elementos fueron retirados del lugar por cuenta de la venta que de ellos realizó el acusado. El único que no se pronunció sobre el tópico fue José Bustamante, omisión que se debe a que la defensa concentró su interrogatorio en otros aspectos. Además sus relatos se entrelazan coherentemente desde la perspectiva en que cada uno se ubica, dando cuenta los unos de la presencia y existencia de los otros, así como de las oportunidades que todos tuvieron de enterarse de lo que acontecía en torno al tópico que interesa. También resulta relevante y digno de destacar que ninguno de estos deponentes fue impugnado en su credibilidad por la defensa, al punto que varios de ellos ni siquiera fueron conainterrogados, circunstancia que aunada a su claridad y consistencia permite

otorgarles plena credibilidad y con ello concluir que la disposición de los bienes por parte del acusado se concretó en diciembre de 2006.

8.3 En relación con la afirmación de la Fiscalía en el sentido de haber demostrado que el acusado abandonó el predio en el año 2007, la Sala tiene por decir que le asiste razón, pero ello en manera alguno significa que ese hecho coincida con el de retiro de la maquinaria del lote. Se trata de hechos diferentes que pudieron estar relacionados entre sí, pero que no admiten la intelección que sobre el particular ofrece la Fiscalía. Es que debe recordarse que desde septiembre del año 2006 el acusado fue notificado de la terminación del contrato de arrendamiento del lote¹¹, circunstancia que hace coherentes las versiones de los testigos en el sentido de que a partir de ese momento este ciudadano buscó insistentemente a la arrendataria y denunciante a fin de que retirara las máquinas del predio y de paso le cancelara lo adeudado por concepto de cánones de arrendamiento atrasados; al no encontrarla y ante su inminente desalojo o en el mejor de los casos abandono del predio, decidió vender esos elementos para pagarse los cánones de arrendamiento que le eran adeudados, pues nada le garantizaba que las condiciones del nuevo contrato le resultaran convenientes.

9. Demostrado como quedó el anterior hecho, debe manifestarse que el presunto delito de abuso de confianza, en los términos en que lo imputó la Fiscalía, se consumó en diciembre de 2006, como lo alegó la defensa luego de finalizado el juicio, orden de ideas en el cual, si se considera que tal reato se sanciona con una pena máxima de 72 meses, guarismo equivalente al término de prescripción de la acción al tenor de lo ordenado en el artículo 83 del C.P., la acción penal prescribía en diciembre de 2012, orden de ideas en el cual, si la formulación de imputación se llevó a cabo el 5 de noviembre de 2013, ineludible resulta concluir que para ese momento la acción se hallaba prescrita.

Corolario de lo anterior obligatorio resulta la preclusión de la actuación.

¹¹ Folio 49

La Sala procederá de conformidad.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley, DECLARA LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN penal instaurada por la Fiscalía General de la Nación en contra de Jaime Alonso Valencia Velásquez, por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción, consecuencia de lo cual PRECLUYE LA ACTUACIÓN en su favor.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de reposición.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO