

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Magistrado ponente

SP714-2024

Radicación n.º 59426

(Acta n.º 064)

Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve la impugnación especial promovida por el defensor de René Agustín Gutiérrez Rodríguez contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 8 de octubre de 2020, en virtud de la cual, por primera vez en segunda instancia, se condenó al nombrado -también a José de Jesús Machado López, quien no recurrió- por el delito de abuso de confianza.

HECHOS

Luis Alejandro Albarracín Rangel y su esposa Elizabeth Forero Orrego requirieron, en el año 2014, guardar diversos elementos utilizados para el desarrollo del objeto social¹, de operador logístico, de la empresa Banca de Proyectos S.A.S., de la cual eran representante legal y gerente general, respectivamente. Con tal propósito, René Agustín Gutiérrez Rodríguez, amigo y vecino de la pareja, les ofreció la bodega de su amigo José Nicolas Machado Hernández.

Fue así como Albarracín Rangel, con la ayuda de Gutiérrez Rodríguez, llevó dicho mobiliario, avaluado en \$74.045.356, al sitio referido, ubicado en la calle 4 # 21 o 20A-35, urbanización El Progreso de Bogotá, en donde los recibió Machado Hernández. Con este último se pactó que, por razón de esa guarda, la pareja cancelaría la suma de \$425.000 mensuales, monto que pagaron, inicialmente, a Gutiérrez Rodríguez, en efectivo, pero luego a Machado Hernández, por transferencia, en tanto empezó a generar las respectivas cuentas de cobro, proceder éste que solo adoptó hasta mayo de 2015.

Ante tal situación y por la necesidad de disponer del mobiliario, los depositantes solicitaron, a mediados de esa anualidad, su devolución a Machado Hernández, quien respondió con evasivas, aduciendo que el almacenamiento era de su padre, José de Jesús Machado López, y este impedía el ingreso. Por ese motivo, acudieron ante Gutiérrez Rodríguez, que les dio tranquilidad sobre la existencia de los bienes, así como de su perfecto estado. No obstante, Albarracín Rangel se desplazó hasta la bodega, donde advirtió que los enseres ya no se encontraban allí y que habían sido vendidos por José de Jesús Machado López.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La Fiscalía General de la Nación, observando las previsiones del procedimiento abreviado, corrió traslado del escrito de acusación a René Agustín Gutiérrez Rodríguez y José de Jesús Machado López, el 23 de octubre de 2017, en donde les comunicó que les atribuía el delito de estafa, en calidad de coautores, cargo que no aceptaron².

2. Dicho organismo procedió en iguales términos, pero bajo un radicado distinto, frente a José Nicolas Machado Hernández, el 27 de abril de 2018, que tampoco admitió el cargo³.

3. El Juzgado 35 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, en audiencia del 23 de julio de 2019, declaró la conexidad de las dos actuaciones⁴ y, el 9 de octubre de ese año, llevó a cabo la audiencia concentrada, fecha en la que (i) la defensa reclamó la preclusión con apoyo en la causal primera del artículo 332 del Código de Procedimiento

Penal, petición que fue negada, y (ii) la representante de la Fiscalía varió la calificación jurídica inicial por la de abuso de confianza, punible descrito en el precepto 249 del Código Penal⁵.

En dicha sesión, el funcionario judicial negó a la Fiscalía la incorporación del disco compacto contentivo de la conversación entre Luis Alejandro Albarracín Rangel y Daniel Vargas, sin embargo, esa determinación, apelada por el apoderado de víctimas, fue revocada por el Juzgado 23 Penal del Circuito, que, en proveído del 10 de diciembre de 2019, dispuso su ingreso⁶.

4. El juicio oral se desarrolló en sesiones del 10 de marzo de 2020⁷, cuando se agotó la etapa probatoria; 30 de junio siguiente⁸, día en el que se presentaron los alegatos de conclusión, y 18 de agosto posterior⁹, data en la que se anunció sentido de fallo y se dictó el mismo.

5. El a quo absolvió a René Agustín Gutiérrez Rodríguez y José de Jesús Machado López del cargo endilgado y condenó a José Nicolas Machado Hernández por el punible de abuso de confianza. En consecuencia, le impuso a este las penas principales de 16 meses de prisión y 13.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.), así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la primera; a la vez que le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena¹⁰.

6. La delegada de la Fiscalía, el apoderado de víctimas y la defensa de José Nicolas Machado Hernández apelaron la decisión.

7. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 8 de octubre de 2020, confirmó la determinación de primer grado en cuanto condenó a Machado Hernández, pero la revocó en lo demás para, en su lugar, condenar también a René Agustín Gutiérrez Rodríguez y José de Jesús Machado López, en calidad de coautores del delito de abuso de confianza, a las

penas de 16 meses de prisión, multa de 13.33 s.m.l.m.v., y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico periodo a la privativa de la libertad. Les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena¹¹.

8. Contra el aludido proveído solamente el defensor, en representación de los intereses de René Agustín Gutiérrez Rodríguez¹², promovió y sustentó, en tiempo, impugnación especial¹³.

LAS SENTENCIAS PROFERIDAS

Primera instancia

Para el a quo, se logró demostrar que Luis Alejandro Albarracín Rangel, mediante un título no traslativo de dominio, esto es, un contrato verbal, entregó a José Nicolas Machado Hernández la guarda de unos bienes muebles de propiedad de la firma Banca de Proyectos S.A.S., de la cual era socio y gerente general. Por esa custodia estipuló una mensualidad de \$425.000., con el compromiso de que se le devolverían cuando los requiriera para un nuevo proyecto, lo que no ocurrió.

Señaló el juzgador que no se pudo determinar con certeza la responsabilidad penal de los demás inculcados. Ello porque, a pesar de que José de Jesús Machado López era el propietario de la bodega y vendió algunos de los aludidos elementos, no tuvo conocimiento del contrato que hizo su hijo José Nicolas y no intervino en el mismo. De otra parte, si bien René Agustín Gutiérrez Rodríguez fue quien acercó a Luis Alejandro Albarracín Rangel y a José Nicolas Machado Hernández y permitió la entrega del mobiliario, lo cierto es que tampoco celebró el negocio jurídico, tan solo fue «el vínculo que creó una falsa idea de confianza para la guarda y custodia de los bienes por parte de Nicolás»¹⁴. Adicionalmente, los dos inculcados no recibieron los enseres.

Segunda instancia

El Tribunal, además de recabar en que se probó tanto la materialidad de la conducta punible de abuso de confianza como la responsabilidad penal de José Nicolas Machado Hernández, señaló que René Agustín Gutiérrez Rodríguez y José de Jesús Machado López también deben responder penalmente como coautores por lo siguiente:

El negocio se celebró con José Nicolas Machado Hernández y, aunque los bienes se le entregaron a él, es evidente que René Agustín Gutiérrez Rodríguez participó activamente para que las víctimas los dejaran en la bodega y constantemente les dio seguridad de que los mismos estaban en dicho lugar, todo con el claro propósito de mantenerlos engañados y evitar que se percataran de su desaparecimiento. De manera que tenía dominio sobre los elementos y sobre su entrega.

En ese entramado también participó José de Jesús Machado López, quien tenía acceso a la bodega y ejercía un claro poder sobre lo que allí se depositaba, tanto así que, con la anuencia de su hijo, José Nicolás, y de René Agustín Gutiérrez Rodríguez, extrajo los elementos, como la planta eléctrica, y se apropió de ellos.

De manera que existió un acuerdo entre los tres acusados para lograr que la pareja ofendida se desprendiera de los bienes y los dejaran en la bodega, con miras a su posterior apropiación, a través de la enajenación, tal como, además, se dio cuenta en la grabación de la conversación sostenida entre Daniel Vargas y Luis Alejandro Albarracín Rangel.

Concluyó que la división de funciones, con aporte trascendental, se refleja en que José Nicolas Machado Hernández recibió el mobiliario a título de mera tenencia y lo dejó en la bodega que controlaba su padre José de Jesús Machado López; René Agustín Gutiérrez Rodríguez se encargó de intermediar entre las víctimas, quienes confiaron en que les sería regresado, tanto que les dio tranquilidad de su existencia frente al actuar de Machado Hernández y, finalmente, José de Jesús Machado López se encargó de sacar los bienes del lugar para venderlos.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

Los cuatro puntos de inconformidad del recurrente se pueden resumir así:

Primero. El Tribunal no decidió, «como en derecho correspondía», la nulidad que planteó en el recurso de apelación, donde, tras invocar el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, alegó que el proceso no podía proseguir debido a que operó una causal de extinción de la acción penal. Además, el sentenciador negó la petición de caducidad bajo un argumento erróneo, pues no es posible tomar, como fecha de la apropiación, la de la presentación de la última cuenta de cobro, en la medida que ello va en contravía de lo expuesto por la Sala de Casación Penal en los radicados 37465 de 2013 y 53654 de 2018 (no explica).

Segundo. Se materializa otra causal de extinción de la acción penal, ya que el delito de abuso de confianza tiene una pena máxima de 72 meses y la prescripción, conforme al artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, se interrumpe, sin que pueda ser inferior a tres años. Bajo esa regla, los 36 meses ya pasaron, pues el traslado del escrito de acusación tuvo lugar el 23 de octubre de 2017 y el fallo condenatorio data del «28-10-2020».

Cuarto. El ad quem tuvo en cuenta la conversación entre Daniel Vargas y Luis Alejandro Albarracín Rangel, sin embargo, ella es ilegal, puesto que no se estaba cometiendo un delito y el primero no era el victimario. Adicionalmente, Daniel Vargas desmintió ese diálogo en juicio e indicó no poseer información sobre los supuestos bienes; al paso que no se demostró que la planta eléctrica, que él vio sacar de la bodega, hubiese sido dejada en depósito.

Es inviable endilgar una coautoría impropia, pues su representado no recibió el mobiliario y se le dio valor a una entrevista (no la identifica), que constituye prueba de referencia.

Solicita que se declare la extinción de la acción penal por caducidad de la querella o, en su

defecto, por prescripción y, subsidiariamente, se revoque el fallo condenatorio para dictar, en su lugar, uno en el que se absuelva a René Agustín Gutiérrez Rodríguez.

NO RECURRENTES

En la carpeta cuaderno de segunda instancia, del expediente digital, no figura que se presentaran intervenciones.

CONSIDERACIONES

Competencia

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235 de la [Constitución Política](#) y las reglas provisionales fijadas por la Sala en la sentencia CSJ AP1263-2019, rad. 54215, esta Corporación es competente para resolver la impugnación especial promovida por el defensor de René Agustín Gutiérrez Rodríguez, por dirigirse a cuestionar la primera condena emitida en segunda instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Marco de la decisión. El asunto a resolver

2. Teniendo como base las inconformidades expuestas por el recurrente y acatando el principio de limitación que rige este tipo de actuaciones, la Corte debe resolver, en primer lugar, si se configuró alguna causal de extinción de la acción penal, ya sea por caducidad de la querella o por prescripción; y, en segundo término, de ser despejados negativamente los interrogantes anteriores, habrá de examinar si existe prueba que acredite tanto la materialidad del delito de abuso de confianza, como la responsabilidad penal de René Agustín Gutiérrez Rodríguez.

3. Para tales efectos, recordará su jurisprudencia relacionada con la conducta punible por la cual se procedió y el momento de su consumación.

El delito de abuso de confianza

4. El artículo 249 del Código Penal tipifica así el abuso de confianza:

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.

5. La Sala ha mantenido una postura tranquila en torno a los elementos y estructura de dicha conducta punible. Así lo recordó en la sentencia CSJ SP419-2023, rad. 55143:

De antaño, esta Corte ha sostenido que la consumación del delito de abuso de confianza opera, como delito de ejecución instantánea, cuando el sujeto agente, a quien le ha sido confiada o entregada la cosa mueble ajena mediante un título precario, exterioriza el primer acto de apropiación o incorporación del objeto a su patrimonio¹⁵.

En cuanto al contenido de 'título no traslativo de dominio' como ingrediente normativo de que trata el tipo penal, se ha acudido a la definición prevista en el artículo 775 del Código Civil sobre la mera tenencia, como tipo penal en blanco, siendo esta la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre de este, es decir, reconociendo el dominio ajeno, como sucede para el acreedor prendario, secuestre, usufructuario, usuario y quien tiene derecho de habitación, siendo estos algunos ejemplos que trae la norma en

comento. En en decisión SP, 7 jul. 2021, rad. 58627 la Sala reiteró que también respecto del mandatario se predica el título no traslativo de dominio:

La circunstancia de que el artículo 775 del Código Civil al enunciar titulares de mera tenencia, no cite lo concerniente con el mandato o el depósito, no significa ni mucho menos que no se trate de un título de mera tenencia, ya que son ejemplos didácticos dentro de la redacción propia del Código Civil y no enunciaciones taxativas.

Debe pues quedar muy claro que tanto el mandatario comercial, civil, como el factor, actúan como meros tenedores de la cosa. (CSJ SP, 19 jul. 1988, rad. 1643. Gaceta Judicial Tomo CXXIII, número 2432, páginas 61 a 64).

(...) la tenencia fiduciaria o recepción de la cosa por un acto de confianza o título no traslativo de propiedad, más allá de la configuración de un componente de tipicidad del abuso de confianza, lógicamente constituye más intensamente un presupuesto de la misma. La entrega del objeto por parte del dueño al tenedor, por ser voluntaria y estar mediada por un acto de confianza lícitamente acordado entre las partes, no puede tener aún trazas de infracción punible, (...).

(...) la ilicitud asoma en el momento en que se hace una manifestación de conducta posterior a dicha tenencia fiduciaria, que consiste en no devolver la cosa confiada y apropiarse consecuentemente. (...). (CSJ AP, 18 feb. 1998, rad. 13982. Gaceta Judicial Tomo CCLIV, número 2493, páginas 378 a 380).

El abuso de confianza participa en términos generales de la misma clasificación normativa; sin embargo, el agente conserva su calidad típica dentro de un plus nominal de naturaleza civil como el ser administrador o depositario del bien; en tanto, siempre será indispensable que se confíe la mera tenencia de la cosa mueble ajena apropiada, con la cual se consuma el injusto en estudio; luego, el elemento normativo se identifica con el título no traslativo de dominio, el cual expresa que el depositario, por ejemplo, siempre interviene sobre el bien,

sin ánimo de señor y dueño, por cuanto, no se realiza la transmisión de derechos a ningún título jurídico. (CSJ SP, 24 feb. 2011, rad. 33097).

En síntesis, la infracción penal estriba en que el tenedor precario -este es, a quien ha sido confiada la cosa mueble por un título no traslativo de dominio- se apropia de esta, es decir, transforma su posición jurídica respecto del bien recibido para desconocer la propiedad ajena, defraudando la confianza de la víctima, lo que puede hacer mediante cualquier acto de disposición o alteración del derecho de dominio del bien, en provecho propio o de un tercero con la respectiva lesión al patrimonio económico del real dueño.

6. Concretamente, sobre el momento de su consumación, en la sentencia CSJ SP, 11 sep. 2013, rad 37465, puntualizó:

La Sala, no sólo de vieja data, sino de manera pacífica y constante, ha entendido que el delito de abuso de confianza es de aquellos conocidos como 'de ejecución instantánea'. Ello significa que la realización del comportamiento descrito en el tipo ("[e]l 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") se agota en un solo momento: aquél en el cual por vez primera se exterioriza la apropiación.

Así lo ha explicado la Corte en reciente providencia:

"En relación con el momento consumativo de la conducta definida como abuso de confianza, asimismo la jurisprudencia ha dejado sentado que se trata de un delito de comisión instantánea, en cuanto se consuma cuando el sujeto agente se apropia, en provecho propio o de un tercero, de la cosa mueble ajena, cuya custodia o tenencia se le ha confiado o entregado a título no traslativo de dominio"¹⁶.

Dicha postura se remota incluso a providencias como la de 27 de noviembre de 1980, en la cual la Sala señaló:

“Es cierto que la jurisprudencia sostuvo en alguna época que el conocimiento de procesos por el delito de abuso de confianza correspondía al juez del lugar donde se entregaba la cosa a título no traslativo de dominio, o bien del sitio donde ésta debía restituirse o debía rendirse cuentas. Entre uno y otro extremo vacilaba la Corte.

Sin embargo, esos criterios fueron desechados frente a esta verdad jurídica indiscutible: el delito de abuso de confianza es un punible de comisión instantánea. Luego, se consuma en el momento mismo en que el agente efectúa un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella a su patrimonio con ánimo de señor o dueño, esto es, con *animus rei sibi habendi* o, como otros expresan, cuando procede *uti domine*”¹⁷.

7. En ese orden, la conducta se agota en el instante en el que, por vez primera, el sujeto agente se apropia, en provecho propio o de un tercero, de la cosa mueble ajena, cuya custodia o tenencia se le ha confiado o entregado a título no traslativo de dominio.

La caducidad de la querella

8. El precepto 70 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, prescribe que la querella es una condición de procesabilidad de la acción penal, esto es, constituye un requisito indispensable para la existencia de un proceso de tal naturaleza. De igual manera, el artículo 332 *eiusdem* señala que una de las causales de preclusión es la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, lo que tiene lugar cuando ha operado la caducidad de la querella, en cuanto ella se erige legalmente (canon 77 *ibidem*) como uno de los motivos de extinción de la acción penal.

9. El abuso de confianza está incluido dentro del listado de delitos que requieren petición de parte (artículo 74 *eiusdem*), motivo por el cual el juez está obligado a examinar si la misma se promovió dentro del término legal. El precepto 73 del estatuto procesal penal señala al respecto:

La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.

10. Pues bien, el recurrente cuestiona al Tribunal porque no se pronunció en debida forma sobre este tema, pese a que lo planteó en la alzada propuesta frente a fallo de primera instancia.

11. La Corte evidencia que ninguna razón le asiste en su crítica, pues, revisada con detenimiento la sentencia censurada, se constata que, en el acápite 6.4.4. de las consideraciones, el juez plural se ocupó, in extenso, sobre el asunto, para determinar que, en esta ocasión, la querella se promovió dentro del término legal de seis meses. Fue así como concluyó que como no se evidenció «el primer cuestionamiento de la defensa de Machado Hernández sobre una aparente caducidad»¹⁸, había lugar a «entrar al estudio de la materialidad y responsabilidad penal de la conducta endilgada»¹⁹.

12. Para la Sala, el razonamiento del fallador frente a esa problemática no riñe con su jurisprudencia, concretamente las providencias traídas a colación por el impugnante. Es más, el ad quem resolvió el punto apoyado en varias decisiones de la Corte sobre el tema, entre ellas el auto CSJ AP, 18 sep. 2018, rad. 53564 y, a su amparo, entendió que el delito se consuma en el momento en el que el infractor ejecuta un acto externo de disposición del bien con el fin de incorporarlo a su patrimonio. En seguida, al descender al caso concreto, advirtió que no existe fecha cierta en la que las víctimas se percataran de que los bienes no se encontraban en la bodega o en la que los mismos fueron enajenados por los depositarios, sin embargo, consideró que, con las pruebas practicadas era viable sostener que la consumación tuvo lugar en junio de 2015, cuando se patentizó el primer acto de disposición patrimonial. Así lo explicó:

6.4.4.3. En el caso concreto, se insiste, no fue aclarada la fecha cierta o aproximada del momento en el cual las víctimas se percataron que los bienes no se encontraban en el inmueble en el cual había sido dejado en custodia o en la que la persona que los tenía los enajenó, lo que ciertamente dificulta a primera vista establecer el momento de la apropiación; sin embargo, al tener en cuenta que hasta el mes de mayo de 2015, según lo afirmó Luis Albarracín, se efectuaron pagos en razón de la custodia de los elementos a nombre del procesado José Nicolás Machado por las cuentas de cobro que él pasaba, ello permite inferir, a lo sumo formalmente, que ésta persona para ese momento, aun reconocía la propiedad del mobiliario en cabeza de los depositarios, más aún, porque hasta ese momento, no se probó un acto externo de disposición por parte del acusado Machado Hernández.

A partir de junio de 2015, no hay evidencia que continuaran efectuando pagos por los depositantes en razón que no se siguieron pasando cuentas de cobro, carga que correspondía a José Nicolás, situación que sumada a la aseveración de Luis Albarracín del requerimiento de la entrega de los elementos y su negativa bajo excusas tanto por Nicolás Machado como por René Gutiérrez, permite comprender una intención notable de no devolver los bienes y de suyo el interés de quedarse con los mismos, por lo cual es junio de 2015 el momento a partir del cual se habría producido la apropiación del mobiliario.²⁰

13. La Corte no avizora desacierto en esa reflexión, puesto que, en verdad, la prueba no arroja una fecha exacta en la que los acusados ejecutaron un acto externo de disposición de los bienes entregados a título no traslativo de dominio -la Fiscalía, en el interrogatorio, no ahondó en esos aspectos, que son determinantes en estos casos-. Sin embargo, es posible inferir que hasta mayo de 2015 los acusados reconocían que los elementos dejados en la bodega, administrada por José Nicolás Machado Hernández y José Jesús Machado López, eran de propiedad de Luis Alejandro Albarracín Rangel y Elizabeth Forero Orrego y que fue en el mes de junio de ese año cuando ejercieron actos de apropiación sobre los mismos.

14. En efecto, al juicio acudieron Elizabeth Forero Orrego, Luis Alejandro Albarracín Rangel y Daniel Vargas. La primera contó que los pagos mensuales que la firma Banca de Proyectos S.A.S. hizo, por razón de la custodia de los elementos, se extendieron únicamente hasta mayo del 2015²¹, pues José Nicolás Machado Hernández, a partir de esa fecha, no volvió a generar las cuentas de cobro y, por ende, no continuaron haciéndose las consignaciones. Ello lo corroboró su esposo Albarracín Rangel, quien refirió, además, que, «a mediados de 2015»²², empezó a insistir para que les devolvieran el mobiliario, ante lo cual José Nicolás Machado Hernández respondía con evasivas, pero René Agustín Gutiérrez Rodríguez los tranquilizaba asegurándole que: «todo estaba en orden y que simplemente se trataba de esperar de que (sic) los señores Machado, hablo de Nicolas Machado y su papá José Machado resolvieran unos temas familiares de separación, que estaban de viaje²³». El testigo relató que, con posterioridad, en el mismo año -no concretó el mes-, se acercó al lugar del almacenamiento, donde lo atendió Daniel Vargas, y se percató que sus bienes ya no se encontraban, pues habían sido vendidos.

15. Daniel Vargas, por su parte, quien adujo tener arrendado unos metros de la bodega en comento, confirmó que, en el 2015 -no recuerda el mes- vio sacar elementos de allí²⁴.

16. Así las cosas, si, como aparece reflejado en el expediente, la denuncia se presentó el 27 de noviembre de 2015, es claro que los seis meses, contados desde junio, no alcanzaron a superarse.

17. En ese orden de ideas, no operó la caducidad de la querella.

La prescripción de la acción penal

18. La prescripción de la acción penal es una institución de orden público en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva por el agotamiento del término señalado en la ley para actuar. Su connotación es doble, para el procesado se erige en garantía constitucional de que su situación jurídica no va a quedar en la indefinición y, para el Estado, se traduce

en una sanción por la inactividad de sus agentes.

19. De acuerdo con el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley para cada delito, término que, como lo dispone el precepto 292 de la Ley 906 de 2004, se interrumpe con la formulación de la imputación y a partir de allí corre de nuevo, pero en la mitad del anterior, sin que pueda ser inferior a tres años. Por su parte, el parágrafo del canon 536 de la Ley 906 de 2004, incorporado por el precepto 13 de la Ley 1826 de 2017, por medio de la cual se estableció el procedimiento penal especial abreviado, reseña que: [e]l traslado del escrito de acusación interrumpe la prescripción de la acción penal. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años».

20. Adicionalmente, el canon 189 del estatuto procesal penal fija así otro momento, esta vez de suspensión, del término prescriptivo, el de la emisión del fallo de segunda instancia: «[p]roferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años». Cabe anotar que la fecha a considerar, para efectos de entender la norma transcrita, es la del día en que el Tribunal adopta la providencia, no la de su lectura. Así lo ha venido sosteniendo de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SP, 14 ago. 2012, rad. 38467; CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 38798; CSJ AP1519-2015, rad. 45407; CSJ SP16334-2016, rad. 48477 y CSJ AP727-2019, rad. 54282) y lo convalidó la Corte Constitucional en sentencia C-294/2022.

21. Siendo así, como el delito de abuso de confianza tiene prevista una pena de prisión máxima de 72 meses, el término de prescripción a contabilizar entre la imputación y la sentencia de segunda instancia es de 36 meses. De allí que, si el traslado del escrito de acusación, respecto de René Agustín Gutiérrez Rodríguez, tuvo lugar el 23 de octubre de

2017 y el Tribunal adoptó la sentencia el 8 de octubre de 2020, es evidente que no alcanzaron a transcurrir tres años.

22. Por consiguiente, no operó la prescripción de la acción penal.

La materialización del delito y la responsabilidad penal de René Agustín Gutiérrez Rodríguez

23. Para el impugnante, no se configuran todos los elementos del punible de abuso de confianza, habida cuenta que no se aportó el contrato en virtud del cual las víctimas entregaron en depósito unos bienes, no se probó la existencia de estos, pues, en su criterio, el listado que obra en el plenario es insuficiente para tal fin, y no se acreditó la participación, a título de coautor, de José Nicolas Machado Hernández, ya que no recibió los elementos.

24. La Corte debe empezar por decir que el sistema procesal penal colombiano está gobernado por el principio de libertad probatoria (artículo 373 de la Ley 906 de 2004), en el cual todos los medios de convicción válidamente practicados e incorporados al juicio son idóneos para demostrar la materialización del ilícito y la responsabilidad del acusado.

25. Adicionalmente, recuerda que, según las previsiones del Código Civil, el depósito es un contrato en el que «una de las partes entrega a la otra una cosa corporal o mueble para que la guarde, y la restituya en especie, a voluntad del depositante» (artículo 2240); el contrato puede ser consensual, caso en el cual se perfecciona con el solo consentimiento de las partes (precepto 1500) y «[c]uando según las reglas generales deba otorgarse este contrato [el de depósito] por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada o al hecho de la restitución» (canon 2242).

26. De igual manera, conviene rememorar que, en los términos del artículo 775 ibidem, el depósito es un título de mera tenencia o no traslativo de dominio, en tanto el depositario no

es dueño de la cosa que le ha sido entregada, sino que tiene su tenencia en lugar o a nombre de aquél, esto es, reconoce el dominio ajeno.

27. Ahora bien, en este caso sucede que, con los tres testimonios de cargo, se probó la existencia de los bienes de propiedad de Luis Alejandro Albarracín Rangel y Elizabeth Forero Orrego, la entrega que de los mismos hicieron, a título no traslativo de dominio, a José Nicolas Machado Hernández, y su posterior apoderamiento por parte de los inculcados. De igual modo, se acreditó la participación, a título de coautor impropio, de René Agustín Gutiérrez Rodríguez.

28. En efecto, Luis Alejandro Albarracín Rangel y Elizabeth Forero Orrego relataron ser socios de la empresa Banca de Proyectos S.A.S., dedicada a la prestación de servicios para la realización de eventos y operación logística, y que, como en el 2014, finalizó un proceso electoral tenían diversos elementos que debían guardar. Fue entonces cuando René Agustín Gutiérrez Rodríguez, su vecino, quien desde el año anterior se había acercado a ellos y se ganó su confianza, le dijo al primero que podían depositarlos en la bodega de unos amigos²⁵.

29. Gutiérrez Rodríguez fue quien -destacó Albarracín Rangel-, no solo llamó al dueño de la bodega para tal propósito, sino que se ofreció a buscarles el transporte para el traslado respectivo, se encargó de coordinar la entrega, lo acompañó a llevar y descargar el mobiliario en la bodega²⁶, le presentó a José Nicolás Machado Hernández²⁷ e, incluso, inicialmente recibió en efectivo el dinero acordado por la custodia, esto es, \$425.000 al mes.

30. Los deponentes revelaron que dichos enseres eran plantas eléctricas, aires acondicionados, mesas, sillas, extensiones y cafeteras. Concretamente, sobre sus características y cantidades, Albarracín Rangel precisó que se plasmaron en el documento denominado “inventario”, elaborado previamente y que se «presentó y validó luego en las

conversaciones que se tiene con ellos [se refiere a José Nicolas Machado Hernández y René Agustín Gutiérrez Rodríguez]»²⁸. En lo que respecta con su materialidad y efectiva entrega, el testigo indicó que los nombrados «lo recibieron y lo verificaron en sitio»²⁹; también explicó que la no devolución de los elementos nunca se fundó en su inexistencia, sino en cuestiones «legales que tienen que ver con una supuesta separación del dueño de la bodega, que ya el señor Nicolas Machado no es el dueño, sino que es el papá, en fin, pero nunca, jamás, hay una manifestación de no haber recibido los implementos»³⁰.

31. En el anotado inventario, que se incorporó legalmente al debate oral, aparece que el valor del menaje era de \$74.045.37631.

32. Albarracín Rangel y Forero Orrego insistieron en que el monto pactado por la guarda se pagó, en un principio, en efectivo a Gutiérrez Rodríguez³², y, con posterioridad, por transferencia a Machado Hernández, quien comenzó a generar las cuentas de cobro, no obstante, destacaron que solo las pasó hasta el mes de mayo de 2015³³.

33. Albarracín Rangel contó que, a mediados de ese año³⁴, contactó a Machado Hernández para obtener la devolución de los elementos, sin embargo, solo recibió evasivas de su parte, por lo que acudió a Gutiérrez Rodríguez, quien les dio tranquilidad sobre sus implementos diciendo que «todo estaba en orden y que simplemente se trataba de esperar de que (sic) los señores Machado, hablo de Nicolas Machado y su papá José Machado resolvieran unos temas familiares de separación, que estaban de viaje³⁵».

34. El testigo manifestó también que, a raíz de ello, se dirigió a la bodega y constató que los bienes habían desaparecido; al paso que reveló que Daniel Vargas, quien lo atendió en el sitio, le comentó que aquellos fueron vendidos por José de Jesús Machado López.

35. El nombrado Daniel Vargas declaró en la vista pública que en el año 2015 José de Jesús Machado Hernández le arrendó «unos metros en la bodega»³⁶, la cual es bien grande, y que allí había otra bodeguita más pequeña, con varios «productos»³⁷, que no detalló. Indicó

que un día, no recuerda el mes, llegó al almacenamiento y a eso de las 10 a.m. «don José tenía una camioneta azul de platón, de cabina sencilla y estaba cargada, no me di cuenta de qué estaba cargada, pero sí un señor le estaba ayudando a cargar una planta»³⁸, luego la taparon.

36. Lo anterior no deja duda en torno a (i) la existencia de los bienes de propiedad de las víctimas, valuados en \$74.045.376; (ii) la entrega que de ellos hicieron a José Nicolás Machado Hernández en la bodega dirigida por él y su padre José de Jesús Machado López, bajo un título no traslativo de dominio, y (iii) su apoderamiento por parte de los inculcados.

37. Ahora, las pruebas también revelan que, a pesar de que René Agustín Gutiérrez Rodríguez no recibió los mencionados elementos en custodia, sí participó activamente del acuerdo o plan común ideado por los inculcados. Su función consistió en buscar a las víctimas, ponerlas en contacto con José Nicolás Machado Hernández, convencerlas de que dejaran el mobiliario en la bodega que aquél y su padre, José de Jesús Machado López, manejaban, recibir parte del dinero pactado como contraprestación por la guarda del mismo y mantenerlas engañadas respecto a que el mobiliario se encontraba en el lugar y les sería devuelto al instante en el que lo requirieran, todo con el fin de lograr su apropiación.

38. Es claro, entonces, que, como bien lo entendió el Tribunal, se dan los elementos de la coautoría impropia, pues hubo un acuerdo o plan común, con división de funciones y el aporte en la fase ejecutiva del ilícito fue trascendente.

39. Sobre el tema, la Sala, en CSJ SP2981-2018, rad. 50394, recordó:

Ha dicho la Corte que la figura de la coautoría comporta el desarrollo de un plan previamente definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el diseño común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta

individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado³⁹.

Respecto del concurso de personas en la comisión delictiva se ha precisado que existen diferencias entre la coautoría material propia y la impropia. La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”; se puede deducir, ha dicho la Sala⁴⁰, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito.

La Corte ha precisado que en dicha modalidad de intervención criminal rige el principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito⁴¹.

40. El impugnante asegura que las víctimas mintieron, sin embargo, además de que no exhibió argumento alguno para sustentar tal aserto, la Sala no lo evidencia. Ambos ofrecieron un relato fluido, claro, coincidente y puntual en torno a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que sucedieron los acontecimientos. Detallaron, sin dudar, aspectos relacionados con la existencia de los elementos de propiedad de su empresa; la amistad que tenían con René Agustín Gutiérrez Rodríguez; la participación de este en la entrega de los enseres y en el contrato celebrado con José Nicolás Machado Hernández; la forma en la que se realizó el pago de las mensualidades pactadas por la guarda del mobiliario; las evasivas que recibieron para su no devolución y la manera en que se enteraron de su apoderamiento por parte de los acusados, sin que se evidencie mendacidad

o interés protervo en sus narraciones.

41. Ahora bien, el recurrente reprocha al Tribunal porque valoró (i) la grabación de la conversación sostenida entre Luis Alejandro Albarracín Rangel y Daniel Vargas, pese a ser ilegal, y (ii) una entrevista, que no identificó, por ser prueba de referencia.

42. Frente a lo primero, hay que empezar por decir que esa prueba en sí misma no es ilegal, puesto que fue descubierta por la Fiscalía, decretada judicialmente e incorporada al juicio por quien la grabó directamente, esto es Luis Alejandro Albarracín Rangel.

43. Vale la pena recordar que la jurisprudencia de la Sala tiene depurado que, quien se considere víctima de una conducta punible, puede utilizar, como medio de convicción, la grabación en la que participe. Así, en CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41790, sostuvo:

constituyen elementos esenciales para establecer en qué casos una grabación elaborada por un particular, sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal: i) si se realiza directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) si capta el momento del accionar criminoso y, iii) si tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible, presupuestos que deben concurrir simultáneamente.

44. No obstante lo expresado, para la Corte lo allí exteriorizado por Daniel Vargas no puede ser valorado por la judicatura, en cuanto él rindió testimonio en la vista pública y allí negó haber hablado con Albarracín Rangel en el 2015. La Fiscalía, para poder introducir esas manifestaciones anteriores, tenía la posibilidad de confrontar al testigo y, cumpliendo con los rigorismos establecidos por la jurisprudencia (CSJ SP606-2017, rad. 44950; CSJ SP2667-2019, rad. 49509 y CSJ SP934-2020, rad. 52045, entre otras), pedir que se escuchara su contenido y solicitar luego su incorporación como testimonio adjunto. De igual manera, como ese elemento se había descubierto oportunamente e incorporado al debate oral con Albarracín Rangel, tenía la opción de impugnarle credibilidad. Nada de lo anterior hizo la delegada de ese ente.

45. De cualquier manera, aun sustrayendo ese segmento del acervo probatorio, la sentencia se mantiene, no solo porque la información allí suministrada por el señor Vargas no constituyó el sustento de la condena, sino porque el apoderamiento de los elementos se acreditó, tanto con lo atestiguado por Luis Alejandro Albarracín Rangel y Elizabeth Forero Orrego, como con lo atestado en juicio por el propio Daniel Vargas, quien -se reitera- aseveró que, en el año 2015, estando en la bodega, vio la camioneta de José de Jesús Machado López cargada y observó cuando subieron a ella una planta eléctrica -implemento que fue uno de los tantos dejados por las víctimas en custodia-.

46. En relación con la segunda crítica, la Corporación debe resaltar que el impugnante no identificó la entrevista censurada, pero, de entender que se refirió a la rendida por el mismo Daniel Vargas el 16 de diciembre de 2016, hay que aclarar que, si bien la delegada fiscal se la puso de presente durante el interrogatorio y el testigo, además, de reconocer su firma, hizo algunas acotaciones frente a datos allí suministrados, lo cierto es que el Tribunal no hizo mención a su contenido.

47. Así las cosas, la Corte confirmará la sentencia de segunda instancia, puesto que, de un lado, no encontró que se configurara alguna causal de extinción de la acción penal y, de otro, las pruebas acreditan la materialidad del delito de abuso de confianza y la responsabilidad penal de René Agustín Gutiérrez Rodríguez.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia dictada el 8 de octubre de 2020 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en los aspectos que fueron objeto de impugnación.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Presidente

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA

1 Aires portátiles, aires acondicionados, cafeteras, mesas, plantas eléctricas, sillas y UPS.

2 Folios 12 a 25 de la carpeta remitida (el expediente arribó a la Corte de manera digital, pero debido a dificultades para la lectura del cuaderno de primera instancia, se solicitó el físico del mismo). Allí se dejó constancia de que se agotó la conciliación, pues se citó a audiencia el 8 de marzo de 2016 y no acudieron todos los querellados.

3 Así aparece en el informe secretarial del Centro de Servicios del 13 de agosto de 2019 (folio 91 de la carpeta).

4 No obra copia del registro respectivo, pero así se desprende, tanto de lo expuesto de viva voz por el Juez en audiencia del 6 de agosto de 2019, cuyo disco compacto sí aparece en la carpeta, como del contenido del oficio CONV-AP-O 0558, emanado del Centro de Servicios SPA, obrante a folio 92 de la carpeta.

5 Acta en folios 99 a 102 de la carpeta.

6 Folios 106 a 110 Id.

7 Acta en folios 151 y 152 Id.

8 Acta en folios 171 y 172 Id.

9 Acta en folio 188 Id.

10 Folios 173 a 187 Id.

11 Páginas 1 a 29 del expediente digital, carpeta «EXPEDIENTE REMITIDO_Segunda instancia».

12 El mismo abogado representó a los tres acusados.

13 Páginas 46 a 50 Id.

14 Página 11 del fallo de primera instancia.

15 [cita inserta en el texto transcrito] CSJ SP, 3 feb. 2010, rad. 31238; CSJ SP, 11 sep. 2013, rad. 37465; CSJ SP, 21 oct. 2013, rad. 38433; CSJ AP, 25 abr. 2018, rad. 51333; CSJ SP, 18 ago. 2021, rad. 59422.

16 [cita inserta en el texto transcrito] Sentencia de 11 de septiembre de 2013, radicación 37465. En aquella oportunidad, la Corte casó para declarar que la acción penal no podía iniciarse por haber operado la caducidad de la querella, tras considerar que era la fecha de la comisión de la conducta punible (esto es, cuando el delito se realizó y agotó de manera instantánea) la que daba inicio al término legal respectivo. En el mismo sentido, cf. sentencias de 20 de octubre de 2010, radicación 32920; y 3 de febrero de 2010, radicación 31238. Igualmente, autos de 18 de febrero de 1998, radicación 13982; 16 de diciembre de 2002, radicación 20269, entre muchos otros.

18 Página 20 del fallo de segunda instancia.

19 Id.

20 Página 19 Id.

21 Minuto 02:38:04 del registro de audio contentivo de la audiencia del juicio del 10 de marzo de 2020

22 Minuto 01:05:30 Id

23 Minuto 47:02 Id.

24 Minuto 02:18:49 Id.

25 Minuto 34:06 del registro de audio contentivo de la audiencia del juicio del 10 de marzo de 2020.

26 Minuto 02:07:27 Id.

27 Minuto 57:19 Id.

- 28 Minuto 01:53:33 Id.
- 29 Minuto 01:53:53 Id.
- 30 Minuto 01:54:24 Id.
- 31 Minuto 49:09 del registro del disco compacto contentivo de la sesión del juicio
del 10 de marzo de 2020.
- 32 Minuto 57:40 Id.
- 33 Así lo puntualizó Elizabeth Forero Orrego en el minuto 02:38:04 Id.
- 34 Minuto 01:05:48 Id.
- 35 Minuto 47:02 Id.
- 36 Minuto 02:15:10 Id.
- 37 Minuto 02:18:00 Id.
- 38 Minuto 02:18:49 Id.
- 39 [cita inserta en el texto transcrito] Cfr, CSJ SP, 27 may. 2004. Rad. 19697 y CSJ
SP, 30 may. 2002. Rad. 12384.
- 40 [cita inserta en el texto transcrito] Cfr. CSJ, SP, 22 de enero de 2014. Rad.
38725.
- 41 [cita inserta en el texto transcrito] Cfr. CSJ SP, 2 jul. 2008. Rad. 23438.