El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA / DIFERENCIAS CON EL ABUSO DE CONFIANZA / RECUENTO JURISPRUDENCIAL / VALORACIÓN PROBATORIA / MODIFICACIÓN DEL FALLO APELADO EN CUANTO AL DELITO POR EL QUE SE CONDENA.**

… las diferencias habidas entre el delito de hurto agravado por la confianza y el reato de abuso de confianza, básicamente serían las siguientes: a) En el delito de abuso de confianza la apropiación del bien tiene lugar pese a que este en un principio se encontraba dentro de la esfera de custodia y cuidado de su propietario o poseedor. Mientras que en el delito de hurto agravado se presenta un acto de apoderamiento que implica que el bien nunca estuvo dentro del ámbito de protección de su propietario; b) En el delito de hurto agravado la cosa robada no sale de manera voluntaria de la esfera de dominio de su propietario quien en contra de su voluntad es desposeído por el sujeto agente de cualquier derecho que detente sobre ella. Mientras que en el delito de abuso de confianza el objeto material del delito llega a manos del sujeto agente como consecuencia del consentimiento libre y voluntario que ha expresado su propietario o poseedor; c) En el delito de abuso de confianza existe una relación jurídica entre el sujeto agente y el objeto material del delito, el cual llega a sus manos como consecuencia de un título jurídico precario o fiduciario, en virtud del cual reconoce el dominio que sobre el bien ejerce otro individuo. Mientras que en el delito de hurto agravado no existe ningún vinculo jurídico entre el objeto material del delito y el sujeto activo, porque la cosa llega a su poder como consecuencia de una relación de confianza generada por nexos de amistad, laborales, etc.. que implican que en momento alguno el sujeto agente reconozca el dominio que sobre el bien sustraído pudieron ejercer otras personas.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, en consonancia con lo que se demostró en el proceso, considera la Sala que le asiste la razón al apelante respecto a que el Juzgado de primer se equivocó en la calificación jurídica dada los hechos por los que fue llamada a juicio la procesada LMFP, ya que los mismos no se adecuan típicamente en el delito abuso de confianza sino en el reato de hurto agravado por la confianza. (…)

… para la Sala no existe duda alguna que la conducta punible enrostrada a la procesada LMFP no se adecuaba típicamente en el delito de abuso de confianza sino en el reato de hurto agravado por la confianza, por cuanto, se reitera, los dineros desfalcados por la acriminada: a) En momento alguno salieron de la esfera de custodia y cuidado de sus propietarios; b) Llegaron a manos de la acusada no como consecuencia de un título jurídico precario, sino por obra y gracia de la relación laboral de confianza que Ella tenía con sus patrones.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobada mediante acta 1089 del 2 de diciembre de 2019. H: 2:00 p.m.

Pereira, tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:13 a.m.

Procesado: LMFP

Delito: Hurto agravado por la confianza

Rad. # 66001 60 00 036 2010 01259 03

Asunto: Apelación interpuesta por el apoderado de víctimas contra de fallo que declaró la responsabilidad de la Procesada por incurrir en la comisión del delito de abuso de confianza

Temas: Diferencias entre los delitos de abuso de confianza y hurto calificado por la confianza

Procedencia: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira

Decisión: Modifica fallo confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el apoderado de las víctimas en contra de la sentencia proferida por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad el día 25 de octubre hogaño, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de la procesada **LMFP**, por incurrir en la comisión del delito de abuso de confianza.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con los medios de conocimiento allegados al proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación (FGN), como premisas fácticas de los hechos jurídicamente relevantes se extrae lo siguiente:

* La Sra. LMFP laboró en la Estación de Servicios de Pereira Ltda, ubicada en la avenida 30 de agosto de esta localidad, desde el 1º de enero de 1984 hasta el mes de septiembre de 2.009, en el cargo de Secretaria de Gerencia, y dentro de sus funciones, por ser una empleada de confianza, estaban las de recibir el dinero que los empleados de las estaciones de tanqueo recogían en sus turnos, así como el manejo de los dineros habidos en la caja de la sociedad con la finalidad de pagar la nómina, facturas, liquidaciones y hacer consignaciones bancarias.
* Como consecuencia de una auditoria que el 18 de septiembre de 2.009 efectuó la contadora de la sociedad, SANDRA MARÍA BOTERO TABARES, a la caja de la sociedad, se dieron cuenta que hacía falta una suma de dinero equivalente a $186.264.357.oo, correspondientes a esa vigencia. De igual manera al ahondar aún más en esas auditorias, descubrieron otro faltante de $348.264.357.oo.
* Al ser indagada la Sra. LMFP por dicho *“descuadre”*, adujo que una parte de los dineros faltantes, $348.000.000.oo, correspondían a un préstamo personal que le había efectuado el antiguo propietario de la estación de servicios, JOSÉ JESÚS CALLE TRIANA *(Q.E.P.D.),* mientras que el resto de esos dineros, o sea la suma de $186.264.357.oo, Ella periódicamente, de manera subrepticia, los había sustraído sin que hubiera autorización alguna de sus patrones para proceder en tal sentido.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Luego que la Fiscalía adelantó las pesquisas del caso, en la que se pudo establecer que el monto de la suma defraudada equivalía a $186.264.357, en las calendas del 1º de junio de 2015 acudió al Juzgado 7º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en donde le imputó cargos a la señora LMFP como autora de la conducta punible de hurto agravado por la confianza, artículos 239, 241, # 2º, y 267, # 1º, del C.P. los cuales no fueron aceptados por la investigada. La Fiscalía no solicitó medida de aseguramiento.
2. El 23 de diciembre de 2.015 el Ente Acusador radicó escrito de acusación, correspondiéndole por reparto al Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual, luego de muchos aplazamientos, el día 12 de junio de 2.017 se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación en la que la Fiscalía le enrostró cargos a la procesada LMFP por incurrir en la presunta comisión del delito de hurto agravado por la confianza, con circunstancias de agravación por la cuantía, y adicionó la acusación al establecer que se estaba en presencia de un delito continuado.
3. La audiencia preparatoria, después de muchos aplazamientos, se inició el 17 de mayo de 2.018 y prosiguió el 26 de noviembre de 2.018, y como quiera que el Juzgado de primer nivel no accedió a unas pruebas pedidas tanto por la Fiscalía como por la Defensa, tal negativa suscitó que las partes interpusieran sendos recursos de alzadas que fueron desatados por esta Colegiatura mediante auto interlocutorio del 31 de enero de 2019 en el que se decidió confirmar la decisión recurrida.
4. La audiencia de juicio oral se celebró los días 3, 4 y 29 de abril de 2019; el 22 y el 26 de agosto de 2019, una vez terminada la etapa probatoria y luego de haberse efectuado los alegatos de conclusión, el Juzgado de conocimiento, en lugar de anunciar el sentido del fallo, procedió a declarar la nulidad de todo lo actuado, desde la audiencia de formulación de la imputación, debido a que en sentir del *A quo* la Fiscalía se equivocó en la adecuación típica porque imputó cargos en contra de la Sra. LMFP como autora de la conducta punible de hurto agravado por la confianza, cuando de la actuación se desprendía que el comportamiento enrostrado a la Procesada se adecuaba al delito de abuso de confianza.
5. En contra esa decisión se alzaron de manera oportuna tanto la Fiscalía como el Representante de la Víctima. Siendo desatados ese par de recursos por esta Corporación mediante auto del 30 de septiembre de los corrientes, en el que se revocó la providencia opugnada.
6. Por auto del 17 de octubre de los corrientes, el Juzgado de primer nivel acató lo resuelto y decidido por el *Ad quem*, y decidió convocar a las partes a una vista pública a celebrarse el 25 de octubre de los corrientes, en la que además de anunciarse el sentido del fallo, de llevarse a cabo la audiencia de individualización de penas, se profirió la correspondiente sentencia mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de la acusada LMFP por incurrir en la comisión del delito de abuso de confianza.
7. En contra de la aludida sentencia, se alzó el apoderado de las víctimas, quien de manera oportuna sustentó el recurso de apelación por él interpuesto.

**LA SENTENCIA CONFUTADA:**

Se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad el día 25 de octubre hogaño, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de la procesada LMFP, por incurrir en la comisión del delito de abuso de confianza.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado a la encausada LMFP, la susodicha fue condenada a purgar una pena de 42 meses y 26 días de prisión, cuya ejecución fue suspendida porque se le reconoció el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y el pago de una multa equivalente a 95,73 *s.m.m.l.v.*

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para declarar la responsabilidad criminal de la acusada, inicialmente se fundamentaron en aducir que no existía duda alguna que de las pruebas habidas en el proceso estaba plenamente demostrado que la procesada LMFP se había apropiado indebidamente de la suma de dinero de $186.264.357 como consecuencia del desempeño de las funciones laborales que ejerció en la Estación de Servicios de Pereira Ltda.

De igual manera, el Juzgado *A quo* expuso, como lo dijo en el anuncio del sentido del fallo, que la conducta endilgada en contra de la encausada no se adecuaba típicamente en el delito de hurto calificado sino en el reato de abuso de confianza, porque las pruebas allegadas al proceso demostraban que la Procesada, como consecuencia de un contrato de preposición, tenía bajo su administración los dineros sustraídos en la estación de servicios, los cuales manejaba con absoluta y plena autonomía financiera, para de que esa forma pudiera efectuar consignaciones bancarias así como el pago de facturas, de liquidaciones y de la nómina.

Tal situación, le hizo concluir al Juzgado de primer nivel que la conducta enrostrada a la acusada se adecuaba en el delito de abuso de confianza, porque Ella, como consecuencia de una relación jurídica podía administrar con absoluta autonomía los dineros que tenía a su cargo, estos se encontraban dentro de su esfera de custodia o cuidado.

**LA ALZADA:**

La tesis de la discrepancia propuesta por el apelante tiene que ver con la calificación jurídica dada los hechos por los cuales la F.G.N. acusó a la procesada LMFP, los cuales en opinión del apelante no se adecuan en el delito de abuso de confianza sino en el reato de hurto calificado, por lo siguiente:

* Pese a ser cierto que la Procesada era una empleada de confianza, y que como consecuencia de tal relación manejaba con cierta autonomía unas sumas de dinero, de igual manera se debió tener en cuenta que los dineros que Ella manejaba no llegaron a su manos como consecuencia de un título traslaticio de dominio, lo que implicaba que Ella no podía disponer de esos dineros para su beneficio personal por cuanto el manejo de los mismos estaba relacionado con los fines de la empresa.
* Los dineros se encontraban en el interior de una caja fuerte de la cual la Procesada sabia la clave como consecuencia de la relación de confianza que tenía con la empresa, lo que le permitió que pudiera apropiarse de ellos de manera arbitraria.
* El Juzgado de primer nivel vanamente hizo supremos esfuerzos para poder diferencia una conducta de la otra, tanto es así que como factor de diferenciación de manera indistinta utilizó la expresión *“sustraer”*, la que acorde con el diccionario de la Real Academia Española de la lengua (RAE), entre sus acepciones se encuentra la de *“hurtar o robar”.*

De igual manera el apelante expresó su inconformidad con el monto de las penas impuestas a la Procesada, las que en su opinión distan mucho de ser ejemplares por cuanto debieron haber sido mayores si el Juzgado de primer nivel hubiese atendido las peticiones que deprecó en la audiencia de individualización de penas respecto a que en el momento de dosificar las penas se debía partir del segundo cuarto de punibilidad porque en contra de la Procesada existían una serie de circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los # 6º y 7º del artículo 58 C.P. porque la acusada, además de valerse de una serie de maniobras dilatorias que entorpecieron el normal devenir del proceso, perpetró el delito como consecuencia de la confianza que le depositaron las víctimas.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

De lo dicho por los recurrentes y por el no apelante, le corresponde a la Sala resolver como problema jurídico los siguientes:

¿Los hechos jurídicamente relevantes enrostrados a la procesada LMFP se adecuan típicamente en el delito de abuso de confianza o en el reato de hurto agravado por la confianza?

¿Se equivocó el Juzgado de primer al momento de tasar las penas impuestas a la procesada LMFP, las cuales no debieron de haber sido tan benévolas sino de mayor drasticidad?

**- Solución:**

Partiendo de la base consistente en que la controversia formulada por el recurrente en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado *A quo* radicó en expresar su inconformidad con la calificación jurídica dada a los hechos por los cuales se declaró la responsabilidad penal de la acusada LMFP, por cuanto el apelante es de la opinión que la conducta enrostrada a la Procesada se adecuaba típicamente en el delito de hurto continuado agravado por la cuantía, tipificado en los artículos 31, parágrafo único; 239; 241, #2º, y 267, #2º C.P. Mientras que el Juzgado de primer nivel adujo que tales hechos se adecuaban es en delito abuso de confianza continuado agravado por la cuantía, tipificado en los artículos 31, parágrafo único; 249, y 267, #2º C.P.

Ante tal situación, a fin de determinar a quién le asiste la razón en la presente controversia, como punto de partida la Sala tendrá como hechos que están plenamente demostrados en el proceso los siguientes:

* Como bien se desprende de lo declarado por varios testigos y de lo consignado en las pruebas documentales allegadas a la actuación, se tiene que la procesada LMFP laboró con la sociedad *Estación de servicios de Pereira Ltda*, en el cargo de secretaria de gerencia, durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 1.984 hasta el mes de septiembre de 2.009.
* Acorde con las pruebas allegadas al proceso, se tiene que entre las principales funciones que desempeñaba la Sra. LMFP en su calidad de secretaria de gerencia, se encontraba el manejo de los dineros recaudados por la venta de combustible y lubricantes con la finalidad de: pagar las facturas a los proveedores; el pago de la nómina de los empleados de la sociedad; realizar consignaciones bancarias, etc…
* Como consecuencia de unas inconsistencias surgidas entre los dineros habidos en los bancos y aquellos recaudados en la caja por la venta de combustibles, en el mes de septiembre del 2.009 el contador público ORLANDO RESTREPO VÁSQUEZ procedió a llevar a cabo un arqueo en la caja del establecimiento de comercio, lo que le permitió descubrir la existencia de un desfalco de unos 580 millones de pesos. Pero es de anotar que el monto del detrimento patrimonial, según experticias efectuadas por la perito del C.T.I. MARÍA EUGENIA FLÓREZ CORREA, fue tasado en la suma de $186.264.357,00.
* Al descubrirse el desfalco, la Sra. LMFP adujo que una parte de esos dineros había sido producto de un préstamo de $348.264.357.oo que le había efectuado el antiguo propietario de la estación de servicios JOSÉ JESÚS CALLE TRIANA (Q.E.P.D.), sobre lo que exhibió una letra de cambio que Ella le libró al difunto JOSÉ JESÚS CALLE. Igualmente admitió que el resto, o sea la suma de $186.264.357.oo, Ella se los había apropiado de manera indebida.

De lo antes expuesto se tiene que en el proceso no existe duda alguna que sobre la plena acreditación de la ocurrencia de la conducta punible relacionada con el desfalco que por la suma de $186.264.357,00 perpetró la acusada LMFP cuando se desempeñó en el cargo de secretaria de gerencia de la sociedad Estación de servicios de Pereira Ltda. Por lo que el tópico que nos quedaría por esclarecer es si el comportamiento endilgado a la encausada se subsume típicamente en el delito de hurto agravado, como lo reclama el recurrente, o en el reato de abuso de confianza, como se consignó en el fallo opugnado.

Frente a lo anterior, para determinar las diferencias habidas entre los delitos de marras, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“El hurto es un tipo penal de resultado material y de lesión. A su turno, el sujeto pasivo se identifica con personas (naturales o jurídicas) y la conducta de apoderamiento expresa la antijuridicidad requerida por la norma, cuya finalidad se cristaliza con la obtención de provecho, utilidad o beneficio para sí o un tercero, en tanto, el elemento normativo trae consigo el concepto de ajenidad del bien objeto de la transgresión.

La circunstancia de agravación punitiva se concreta en la confianza encomendada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa al sujeto activo, quien a pesar de ello, se aprovecha de tal situación, con el inmediato fin de apoderarse dolosamente del bien confiado.

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 traslaticio 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.

En el hurto el bien mueble jamás se recibe por algún título que le otorgue la protección o cuidado del mismo; sin embargo, por la confianza depositada en él, existe una relación o vínculo fáctico de disposición. En el abuso de confianza siempre concurre el agente de la conducta antijurídica con un título no traslativo de dominio, como el de tenedor de la cosa mueble ajena y, desde luego, si se la apropia, en esas circunstancias, consuma el punible indicado.

Como lo señaló el Tribunal de Cali, en el abuso de confianza se agravia el derecho del tradente, quien busca afanosamente que el objeto le sea restituido de manos del tenedor precario, a quien le confió la vigilancia del mismo; en el hurto agravado por la confianza, se ataca el poder de disponibilidad que la víctima tiene sobre el bien….”[[1]](#footnote-1).

De lo hasta ahora dicho, se puede colegir que las diferencias habidas entre el delito de hurto agravado por la confianza y el reato de abuso de confianza, básicamente serían las siguientes: a) En el delito de abuso de confianza la apropiación del bien tiene lugar pese a que este en un principio se encontraba dentro de la esfera de custodia y cuidado de su propietario o poseedor. Mientras que en el delito de hurto agravado se presenta un acto de apoderamiento que implica que el bien nunca estuvo dentro del ámbito de protección de su propietario; b) En el delito de hurto agravado la cosa robada no sale de manera voluntaria de la esfera de dominio de su propietario quien en contra de su voluntad es desposeído por el sujeto agente de cualquier derecho que detente sobre ella. Mientras que en el delito de abuso de confianza el objeto material del delito llega a manos del sujeto agente como consecuencia del consentimiento libre y voluntario que ha expresado su propietario o poseedor; c) En el delito de abuso de confianza existe una relación jurídica entre el sujeto agente y el objeto material del delito, el cual llega a sus manos como consecuencia de un título jurídico precario o fiduciario, en virtud del cual reconoce el dominio que sobre el bien ejerce otro individuo. Mientras que en el delito de hurto agravado no existe ningún vinculo jurídico entre el objeto material del delito y el sujeto activo, porque la cosa llega a su poder como consecuencia de una relación de confianza generada por nexos de amistad, laborales, etc.. que implican que en momento alguno el sujeto agente reconozca el dominio que sobre el bien sustraído pudieron ejercer otras personas.

Lo dicho por tanto por la Corte como por esta Colegiatura para diferenciar los delitos de marras bien puede ser sintetizado en el siguiente cuadro sinóptico[[2]](#footnote-2):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Similitudes** (las similitudes son entre el abuso de confianza y el hurto en general). | **Diferencias** | |
| 1. Bien jurídico tutelado: patrimonio económico.   2. Objeto material: cosa mueble ajena.  3. Elemento subjetivo especial: búsqueda de provecho para sí o tercero.   4. Tipos penales de lesión y de resultado. | **Hurto agravado por la confianza** | **Abuso de confianza** |
| Verbo rector: apoderarse | Verbo rector: apropiarse |
| No hay ningún título que implique el cuidado o protección de la cosa, por lo que el sujeto agente no tiene poder jurídico sobre el objeto material. El bien puede tenerlo, materialmente, el sujeto agente, pero se halla en la órbita del titular. | El objeto material ha entrado en la órbita del sujeto agente por un título no traslaticio de dominio, otorgándole al sujeto agente un poder precario sobre la cosa, reconocido por el ordenamiento. |
| Hay una relación de confianza de carácter personal entre el sujeto agente y el propietario. | Hay un nexo jurídico entre el propietario y el sujeto agente que los relaciona con el bien. |
| Se ataca el poder de disponibilidad que tiene la víctima sobre el objeto material. | Se agravia el derecho del tradente, quien busca que la cosa le sea restituida por el tenedor precario, quien recibió la misión de la custodia o vigilancia del bien. |

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, en consonancia con lo que se demostró en el proceso, considera la Sala que le asiste la razón al apelante respecto a que el Juzgado de primer se equivocó en la calificación jurídica dada los hechos por los que fue llamada a juicio la procesada LMFP, ya que los mismos no se adecuan típicamente en el delito abuso de confianza sino en el reato de hurto agravado por la confianza.

Para poder llegar a la anterior conclusión, se hace necesario tener en cuenta lo siguiente:

* Pese a que no se puede desconocer que la Procesada, como consecuencia del ejercicio de su cargo de secretaria de gerencia, manejaba con cierta autonomía unas considerables sumas de dinero de la sociedad defraudada en su patrimonio, con las cuales efectuaba las consignaciones bancarias; el pago de facturas a los proveedores y los pagos de la nómina a los demás trabajadores de la sociedad, etc…, ello no quiere decir que podía disponer de manera libre y arbitrariamente de esos emolumentos, porque si nos atenemos a lo atestado por los Sres. MARGARITA HERNÁNDEZ GÓMEZ; MARÍA ISABEL CALLE HENAO y ORLANDO RESTREPO VÁSQUEZ, se desprende que la finalidad por la cual se le otorgaron a la Procesada esas amplias facultades no era otra diferente que para poder satisfacer el normal desarrollo de las actividades comerciales ejercidas por la Estación de Servicios de Pereira Ltda.

De igual manera, de dichas pruebas se desprende que la Sra. LMFP era una persona de la total y absoluta confianza de sus patrones, tanto es así que después del fallecimiento del Sr. JOSÉ JESÚS CALLE TRIANA siguió laborando en la estación de servicios.

Luego, si el manejo de los dineros por parte de la Procesada era algo que hacia parte de sus funciones laborales, el cual tenía como propósito el desarrollo del objeto social de la persona jurídica con la que trabajaba, tal situación nos estaría indicando que dichos dineros no llegaban a sus manos como resultado de una relación jurídica cuya fuente radicaba en un título no traslaticio de dominio, sino como consecuencia de la relación de confianza generada por los vínculos laborales que tenía con sus patrones.

* De lo declarado por los Sres. MARÍA ISABEL CALLE HENAO y ORLANDO RESTREPO VÁSQUEZ, se tiene que el manejo que la Sra. LMFP le deba a los dineros de la sociedad tenía como finalidad el cumplimiento de su objeto social, por lo que se puede inferir que en momento alguno la sociedad defraudada patrimonialmente de manera voluntaria se desprendió de los derechos de dominio que detentaba sobre los dineros manejados por la Procesada.
* De un análisis en conjunto de las atestaciones de los Sres. MARÍA ISABEL CALLE HENAO y ORLANDO RESTREPO VÁSQUEZ, se desprende que la Procesada para poder ejercer sus funciones laborales tenía acceso al sitio en donde se encontraban depositados los dineros recaudados como consecuencia de la venta de gasolina y de lubricantes, el cual consistía en una caja fuerte de la que sabía la clave o el número de la combinación.

Tal situación, nos estaría indicando que los dineros sustraídos arbitrariamente por la Procesada, pese a tenerlos a su disposición, de igual manera los mismos se encontraban dentro de la esfera de custodia y cuidado de su propietario, quien los tenía depositados en una caja fuerte, la que se encontraba en las dependencias del establecimiento de comercio en el que laboraba la encausada.

En suma, acorde con lo antes expuesto, para la Sala no existe duda alguna que la conducta punible enrostrada a la procesada LMFP no se adecuaba típicamente en el delito de abuso de confianza sino en el reato de hurto agravado por la confianza, por cuanto, se reitera, los dineros desfalcados por la acriminada: a) En momento alguno salieron de la esfera de custodia y cuidado de sus propietarios; b) Llegaron a manos de la acusada no como consecuencia de un título jurídico precario, sino por obra y gracia de la relación laboral de confianza que Ella tenía con sus patrones.

Siendo así las cosas, la Sala modificará el fallo opugnado en el sentido de establecer que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra de la procesada LMFP no lo es por incurrir en la comisión del delito abuso de confianza continuado agravado por la cuantía, tipificado en los artículos 31, parágrafo único; 249, y 267, #2º C.P. sino por incurrir en la comisión del delito de hurto continuado agravado por la cuantía, tipificado en los artículos 31, parágrafo único; 239; 241, #2º, y 267, #2º C.P.

Como consecuencia de la modificación de la sentencia confutada en lo que tiene que ver con el delito por el cual se declaró el compromiso penal endilgado a la procesada LMFP, ello implica que se deban tasar nuevamente las penas impuestas a la encausada acorde con esa nueva realidad jurídica, para lo cual tendrá en cuenta los siguientes criterios:

* El delito de hurto continuado agravado por la cuantía, tipificado en los artículos 31, parágrafo único; 239; 241, #2º, y 267, #2º C.P. es sancionado con una pena de 85,33 a 378 meses de prisión.
* Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que en contra de la Procesada no le fueron endilgados agravantes genéricos y ante la ausencia de antecedentes penales, acorde con lo establecido en el inciso 1º del artículo 61 C.P. la Sala acudiría al cuarto mínimo de punibilidad, el cual oscila entre 85,33 hasta <158,5 meses de prisión.
* Para individualizar la pena, acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la Sala no partirá de la pena mínima como consecuencia del mayor juicio de reproche que amerita el comportamiento criminal de la Procesada y de la defraudación de las expectativas que se esperaban de Ella como consecuencia de la relación de confianza que sus patrones le otorgaron, porque estamos en presencia de una persona que laboró por más de dos décadas con la sociedad defraudada, quien sacó ventaja de esa condición para así poder apropiarse de manera subrepticia y continuada de unos dineros que Ella manejaba. Ante tal situación, a la pena mínima de 85,33 meses de prisión se le incrementara 18,29 meses más, equivalente al 25% del ámbito punitivo de movilidad[[3]](#footnote-3), para de esa forma arrojar una pena efectiva a imponer de 103,62 meses de prisión, que equivaldrían a 8 años, 7 meses y 17 días.
* Como quiera que la Colegiatura al momento de dosificar las penas decidió partir del primer cuarto de punibilidad, ello podría dar pie para que se diga que no atendimos las súplicas del apelante, quien clamó para que en la etapa de dosificación punitiva se acudiera al 2º cuarto de punibilidad porque en contra de la Procesada existían las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los # 6º y 7º del artículo 58 C.P.

Y es cierto que no hemos atendido las demandas del apelante, las que son improcedentes por lo siguiente: a) Tales circunstancias de mayor punibilidad en momento alguno fueron consignadas en la acusación, lo que implica que de acceder a los reclamos del apelante se vulneraria el principio de la congruencia; b) De aplicar la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el # 7º del artículo 58 C.P. tal como pretende el recurrente, ello conllevaría a una vulneración del principio de la prohibición de la doble valoración, por cuanto dicha circunstancia de mayor punibilidad a la vez se encuentra consignada en la circunstancia especifica de agravación punitiva del delito de hurto consagrada en el #2º del artículo 241 C.P.

* En lo que atañe con las penas accesorias, acorde con lo reglado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. a la declarada penalmente responsables se les impondrá la pena de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término similar al de la pena de prisión, o sea de a 8 años, 7 meses y 17 días.

Teniendo en cuenta que el monto de la pena de prisión impuesta a la Procesada LMFP excede los 4 años, es obvio que no se satisfacen con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 63 C.P. para que pueda hacerse acreedora del disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Pero, pese a lo anterior, la Sala no puede desconocer que la Procesada puede hacerse merecedora de la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, acorde con lo establecido en el artículo 38B C.P.[[4]](#footnote-4) si tenemos en cuenta que con lo consignado en el # 1º de la norma de marras, se exige como requisito para la procedencia de la aludida pena sustitutiva que *«la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima sea de 8 años de prisión o menos»*; y si a ello le aunamos que: a) El delito por el cual se declaró el compromiso penal de la acusada es sancionado con una pena mínima de 85,33 meses de prisión que equivaldrían a 7 años, 1 mes y 10 días de prisión; b) El reato de hurto agravado no se encuentra consignado dentro del listado de delitos del artículo 68A C.P. para los que están prohibidos la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria; c) En la actuación existen elementos de juicio que demuestran el arraigo de la declarada penalmente responsable.

Lo antes expuesto nos hace colegir que en el presente asunto es factible sustituir por prisión domiciliaria la pena de prisión impuesta a la Procesada LMFP, la que será acompañada con un mecanismos de vigilancia electrónica, como lo ordena el artículo 38D C.P.

De igual manera, para que la encausada pueda disfrutar de la aludida pena sustitutiva, dentro del término de 5 días, contados a partir del proferimiento del presente fallo de 2ª instancia, deberá constituir una caución prendaria equivalente al 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv)[[5]](#footnote-5) y la suscripción de un acta en la que se comprometa a cumplir con cada una las obligaciones consagradas en el numeral 4º del artículo 38B C.P.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad el día 25 de octubre hogaño, en el sentido de establecer que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra de la procesada **LMFP** no lo es por incurrir en la comisión del delito abuso de confianza sino por incurrir en la comisión del delito de hurto agravado continuado y agravado por la cuantía, tipificado en los artículos 31, parágrafo único; 239; 241, #2º, y 267, #2º C.P.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior se **REDOSIFICARAN** las penas impuestas a la procesada LMFP, quien purgara una pena de 8 años, 7 meses y 17 días de prisión, y una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término similar al de la pena de prisión.

**TERCERO:** **NO CONCEDERLE** a la Procesada LMFP el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**CUARTO: SUBSTITUIR** por prisión domiciliaria la pena de prisión impuesta a la Procesada LMFP, quien ademas de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, dentro del término de 5 días, contados a partir del proferimiento del presente fallo de 2ª instancia, deberá constituir una caución prendaria equivalente a tres (3) *smmlv* y la suscripción de un acta en la que se comprometa a cumplir con cada una las obligaciones consagradas en el # 4º del artículo 38B C.P.

**QUINTO:** Por Secretaría se libraran los oficios del caso, a fin de enterar a las autoridades pertinentes, en especial al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), de lo resuelto y decidido mediante el presente asunto el fallo de 2ª instancia.

**SEXTO: DECLARAR** que contra de la presente sentencia de 2ª instancia procede el recurso de casacion, el cual deberá ser interpuesto dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 24 de febrero de 2.011. Rad. # 33097. M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ. [↑](#footnote-ref-1)
2. Según consulta efectuada a la página web [www.legis.com.co](http://www.legis.com.co) en la aplicación *Legis Xperta* el 25 de noviembre de los corrientes a las 14:32 horas. [↑](#footnote-ref-2)
3. El cual corresponde a 73,17. [↑](#footnote-ref-3)
4. Norma que no estaba vigente para la fecha de los hechos pero que se debe aplicar al presente asunto como consecuencia del principio de favorabilidad. [↑](#footnote-ref-4)
5. El monto de la caución prendaria corresponde al valor del salario mínimo para el año 2.019. [↑](#footnote-ref-5)