



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

SP3608-2021
Radicación n.° 59422
(Aprobado acta n.° 206)

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor contractual de **JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ** contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada el 8 de julio de 2020, que confirmó la emitida por el Juzgado 28 Penal del Circuito de conocimiento de la ciudad y condenó al acusado por el delito de abuso de confianza.

HECHOS

Los falladores dieron por probado que el 15 de enero de 2012 ADRIANA FRANCO FRANCO, por razón de la amistad que

tenía con **JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ**, le entregó a éste, en consignación y por valor de \$40.000.000, su camioneta de servicio público, de placas WEK-072, para que la vendiera, lo que tuvo lugar en el establecimiento comercial INVERLLANOS, localizado en la capital del país.

A finales de ese mes -no hay día exacto-, **GRAJALES MARTÍNEZ** vendió el aludido rodante a CARLOS HELI CASTILLO CASTILLO, quien, en contraprestación, le proporcionó el automotor de placas WTN-865, avaluado en \$27.000.000, \$10.000.000 en efectivo y una letra de cambio por \$3.210.000, quedando un saldo de \$4.000.000, que sería cancelado al legalizar los papeles de rigor.

De tal negocio solo se enteró ADRIANA FRANCO FRANCO en el mes de mayo de esa anualidad -no hay día exacto-, cuando CARLOS HELI CASTILLO CASTILLO la contactó para materializar el traspaso. Fue entonces cuando aquélla requirió a **GRAJALES MARTÍNEZ** el cumplimiento de lo pactado y éste, en varios abonos, le desembolsó \$11.250.000.

Pasados casi dos años, en abril de 2014 -no hay día exacto-, **GRAJALES MARTÍNEZ** le manifestó que estaba en malas condiciones económicas, pero, en garantía de que cancelaría el dinero restante, le dio el automotor Chevrolet Optra de placas BOQ-610, el cual ADRIANA tuvo que devolver a su propietaria el 8 de febrero de 2017, por conducto de la Fiscalía General de la Nación, al enterarse que estaba involucrado en un proceso penal por estafa.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Ante el Juzgado 42 Penal Municipal con función de control de garantías de la capital del país, el 31 de julio de 2017, se llevó a cabo audiencia preliminar en la que la Fiscalía formuló imputación a **JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ** por el delito de estafa agravada, según los artículos 246 y 247 -numeral 4- del Código Penal¹.

2. La acusación se radicó el 27 de octubre siguiente² y su conocimiento correspondió al Juzgado 28 Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá, despacho que presidió su verbalización el 31 de agosto de 2018³.

3. La audiencia preparatoria se surtió el 6 de noviembre posterior⁴ y el juicio oral, luego de fracasados intentos -por inasistencia de la Fiscalía- se instaló el 30 de julio de 2019⁵ y continuó el 5, 12 y 19 de mayo de 2020⁶, último día en el que se emitió sentido de fallo condenatorio por el reato de abuso de confianza y se corrieron los traslados del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

4. La sentencia se dictó el 29 de mayo de 2020 y en ella la Juez, acorde con lo anunciado, condenó al acusado, como autor del punible indicado, a 16 meses de prisión y multa equivalente a 13.33 salarios mínimos legales mensuales

¹ Página 184 de la CARPETA 1 INST, según registros digitales enviados a la Corte.

² Páginas 178 a 183 *Id.*

³ Página 143 *Id.*

⁴ Páginas 138 a 141 *Id.*

⁵ Página 122 *Id.*

⁶ Páginas 102 a 104, 77 a 79 y 74 *Id.*

vigentes (s.m.l.m.v.), así como a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la sanción principal. Le concedió la prisión domiciliaria⁷.

5. Los representantes de la víctima⁸ y de la defensa apelaron la decisión.

6. El Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, en proveído del 8 de julio ulterior, la adicionó en el numeral tercero, para señalar que, con el fin de acceder a la prisión domiciliaria, el procesado ha de suscribir acta de compromiso en la que se obligue a cumplir con los deberes previstos en el artículo 38B -numeral 4- del Código Penal, lo que garantizará mediante caución equivalente a tres s.m.l.m.v. Confirmó en lo demás⁹.

6. El defensor interpuso y sustentó recurso de casación.

7. La Sala, por auto del 11 de junio de 2021, admitió la demanda y dispuso correr los traslados conforme al Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020 -en razón de la emergencia sanitaria decretada en el territorio nacional a causa del COVID-19-.

LA DEMANDA

El jurista relaciona los sujetos procesales, los hechos y la actuación surtida y expresa que su pretensión es que se

⁷ Folios 37 a 55 *Id.*

⁸ Por razón de la concesión de la prisión domiciliaria.

⁹ Carpeta *Sentencia*.

restablezca el debido proceso violentado a su cliente por la condena emitida. Postula dos cargos así:

Primero – causal segunda

Los juzgadores cometieron un error *in procedendo*, al emitir sentencia pese a que había acaecido la caducidad de la querrela. Olvidaron que para asegurar el debido proceso es indispensable constatar que se formuló querrela y se cumplió con la conciliación, así como analizar si operó el fenómeno jurídico «*de la prescripción, la caducidad*».

Después de referirse a los principios de legalidad y tipicidad (invoca los artículos 228 y 29 de la Constitución; 6 y 24 de la Ley 906 de 2004 y 10 de la Ley 599 de 2000) y de citar apartes de la decisión impugnada, manifiesta que el *ad quem* violentó la garantía del debido proceso porque no le dio al requisito de procedibilidad los efectos procesales que tiene (se remite a la sentencia de la Corte con radicado 15833 del 13 de junio de 2001).

Solicita a la Sala casar el fallo de segunda instancia y en su lugar proferir otro en el que se declare que operó la caducidad, así como la extinción de la acción penal, según el canon 77 de la Ley 906 de 2004.

Segundo – causal primera

El fallador recayó en un error *in judicando* por falta de aplicación de los preceptos 73 y 74 del estatuto adjetivo

penal. El juez colegiado, aunque reconoció los efectos procesales y sustanciales de la querrela, concluyó que su ausencia no trasgredía el debido proceso y que la defensa no podía invocar la caducidad porque el cambio de calificación jurídica había favorecido al acusado.

El dislate es ostensible, pues se dejó de considerar que, ante la ausencia de un requisito de procedibilidad, no se podía proferir sentencia condenatoria y el delito de abuso de confianza se encuentra incluido dentro de los que exigen querrela para iniciar la acción penal. Dicho equívoco le implicará a su prohijado una privación de la libertad que en el futuro lo definirían negativamente en el campo social y familiar.

Solicita a la Corte casar la providencia de segundo grado y, en su lugar, emitir otra en la que declare la caducidad de la querrela, la consiguiente imposibilidad de continuar con la acción penal y su correspondiente extinción.

SUSTENTACIÓN Y REFUTACIONES

1. El *defensor* reiteró lo expuesto en la demanda.

2. La *Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal* manifestó que se pronuncia frente a los cargos de modo conjunto, puesto que en ambos se alega la caducidad de la querrela. A su juicio, no tienen vocación de prosperidad por lo siguiente:

No hay duda que el acusado cometió el delito de abuso de confianza -cita jurisprudencia de la Sala-, toda vez que ADRIANA FRANCO FRANCO le entregó un vehículo, sin título traslativo de dominio, y él lo vendió sin cumplir con el pago del dinero respectivo. Dicho reato, según lo anotó el Tribunal, se consumó en abril de 2014, *«cuando la víctima se vio obligada a entregar a la Fiscalía el vehículo Chevrolet Optra, recibido en parte de pago del procesado»*, por cuanto el mismo se hallaba involucrado en un proceso penal por estafa. Ello porque en esa época se exteriorizó la apropiación y el despojo de la víctima.

No ocurrió la caducidad de la querrela debido a que el injusto de estafa, por el que se acusó, es investigable de oficio y la condena por el abuso de confianza obedeció al cambio de calificación jurídica efectuado por el *a quo*. Esa variación no puede ir en perjuicio de la ofendida, quien *«sería doblemente victimizada (del acusado que la estafó y del Estado a través de la Rama Judicial, pues habría que declarar la extinción de la acción penal por caducidad de la querrela)*, si se le exigiera presentarla por el nuevo reato, pues lo cierto es que formuló denuncia (se remite a la sentencia dictada por la Corte dentro del radicado 39929).

Pese a lo anterior, la representante del ministerio público solicitó a la Sala casar oficiosamente la sentencia porque no se verificó en esta ocasión la conciliación, requisito de procedibilidad, en los términos del artículo 522 de la Ley 906 de 2004, por lo que se trasgredió el debido proceso. En ese orden, es preciso declarar la nulidad desde la audiencia

de formulación de imputación y examinar la posible prescripción.

3. El *Fiscal Primero Delegado ante la Corte* expuso así los motivos por los cuales, en su parecer, los reproches son infundados:

Primer cargo. Como la estafa es un punible investigable de oficio, no tiene relevancia ahora examinar si se estaba o no ante una querrela en forma como medio para promover la actividad del Estado. Los juzgadores no violentaron el debido proceso al variar la calificación jurídica.

Aun de admitir en gracia de discusión que la adecuación típica inicial debió ser la de abuso de confianza, la exigencia de la querrela estaba superada, pues la víctima formuló denuncia (cita la providencia de la Corte dentro del radicado 29445 de 2008). De allí que se cumplió con ese requisito de procesabilidad.

Segundo cargo. Pese a que el delito por el que se acusó era perseguible de oficio, la mutación en el *nomen iuris* era viable y ello no lesiona el debido proceso, pues «sobre una misma base fáctica, delineada en el escrito de acusación», que colmaba la estructura de la estafa agravada, la judicatura derivó el abuso de confianza.

Tal proceder no violentó los artículos 73 y 74 del estatuto adjetivo penal porque es irrelevante auscultar ahora lo relacionado con el baremo temporal, toda vez que se

asumió, desde el instante de la denuncia, que se había perpetrado una estafa agravada.

No obstante, el delegado fiscal consideró que hay que casar oficiosamente la sentencia, debido a que observa una causal de nulidad que impone retrotraer la actuación hasta el acto de formulación de imputación. Ello porque la Fiscalía no elaboró correctamente los hechos jurídicamente relevantes, en tanto carecen de claridad, precisión y determinación y no revelaron cuál fue el artificio o engaño empleado por el procesado.

Aunque podría pensarse que, dada la mutación jurídica, no hubo violación del debido proceso ni de la garantía de defensa, lo cierto es que ello no solventa la deficiencia del ente acusador, pues la omisión versó sobre aspectos fácticos trascendentales. En el delito de abuso de confianza es indispensable conocer cuándo ocurre el momento de la apropiación en virtud de las peculiaridades del título no traslativo de dominio, que suele coincidir con la terminación del negocio jurídico que lo constituye y, en este caso, la Fiscalía no hizo tal descripción.

Bajo ese orden, reclamó que se declare la nulidad en los términos descritos.

4. El *apoderado de víctima*¹⁰, en un lacónico escrito, afirmó que se opone a la pretensión del actor y pidió a la Sala que confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

El asunto puesto a conocimiento de la Sala

1. El demandante no expresó desacuerdo alguno frente a la efectiva comisión del delito de abuso de confianza por parte de su prohijado, en cuanto, en los dos cargos formulados, alegó, al unísono, que operó la caducidad de la querrela y que, por ende, ha debido declararse la extinción de la acción penal.

2. Para los delegados de la Procuraduría y la Fiscalía, los reproches no deben prosperar, esencialmente, porque el injusto de estafa agravada, por el cual se acusó, es investigable de oficio y la condena por el abuso de confianza obedeció al cambio de calificación jurídica efectuado por el *a quo*.

No obstante, ambos piden casar oficiosamente el fallo impugnado, en razón a que, de un lado -Procuradora-, no se cumplió con el requisito de conciliación y, de otro -Fiscal-, el ente acusador no hizo una relación clara de los hechos jurídicamente relevantes.

¹⁰ ADRIANA FRANCO FRANCO se constituyó como víctima.

3. La Corporación se ocupará, inicialmente, de examinar las censuras propuestas por la defensa y, una vez agotado ello, hará algunas acotaciones en torno a lo aducido por los funcionarios antedichos.

Como los reproches del demandante descansan en similares argumentos y apuntan a análoga solución, se abordará su estudio de manera conjunta.

4. Para resolver, la Sala recordará su jurisprudencia en torno a: *(i)* el delito de abuso de confianza; *(ii)* la facultad que tiene el juzgador de variar la calificación jurídica, y *(iii)* la obligación que, por virtud de ello, surge de verificar todos los aspectos relacionados con los requisitos de procesabilidad y procedibilidad de la acción frente al injusto por el cual se emite condena, así como lo concerniente a la prescripción.

Previamente, hará una síntesis de los fundamentos esgrimidos por el Tribunal para dar respuesta a la alzada promovida por la bancada defensiva, en donde discutió, también, la caducidad de la querella.

Las consideraciones del fallo impugnado en torno al tema que se debate

5. Para el juez colegiado, a partir de la denuncia presentada por la víctima, la Fiscalía desplegó su actividad y enmarcó los hechos en el delito de estafa agravada; la ausencia de querella, en sí misma, no constituye una trasgresión del debido proceso, toda vez que la ofendida

manifestó de manera inequívoca su intención de que el Estado investigara unos hechos con connotación penal.

Señaló que la discusión planteada por el apelante no está llamada a prosperar porque el ente acusador atribuyó a **GRAJALES MARTÍNEZ** el delito de estafa agravada, que es oficioso, de allí que *«el juez de instancia no estaba llamado a determinar el fenómeno de la caducidad que reclama la defensa porque el mismo no requiere que la querrela se interponga en un término determinado»*¹¹.

Destacó, además, que la variación en la adecuación típica se dio en el fallo, lo que *«sin duda resulta favorable a los intereses del acusado, por lo que la discusión que ahora propone respecto de una nulidad fue convalidada»*¹², dado que se respetaron las garantías y los derechos del implicado, quien tuvo la oportunidad de discutir la inicial calificación jurídica.

6. La magistratura trajo, como jurisprudencia de apoyo, el auto de esta Sala de Casación emitido el 12 de mayo de 2007, dentro del radicado 27016, para luego acotar:

*Situación que sin duda, es la que aquí se presenta, pue no puede la defensa ante el cambio de adecuación típica, que fue favorable a los intereses de su representado, invocar la caducidad de la acción, porque para el momento en que se promueve el proceso en contra de su representado la conducta fue adecuada al delito de estafa agravada y tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, como se indicó en párrafos anteriores, razón suficiente para negar su pretensión.*¹³

¹¹ Página 13 del fallo de segunda instancia.

¹² *Id.*

¹³ Página 14 *Id.*

El tipo penal de abuso de confianza y su consumación

7. El artículo 249 del Código Penal describe así el delito de 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.

Tal como lo dispone el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, dicho reato requiere de querrela, como condición de procesabilidad de la acción penal, y, por virtud del precepto 522 del estatuto adjetivo penal, exige agotar conciliación, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción.

8. Esta Corporación, de manera reposada, ha sostenido que el injusto es de ejecución instantánea, lo que se traduce en que la realización del comportamiento descrito en el tipo penal -la apropiación en provecho del sujeto activo o de un tercero-, se agota en un solo momento: «*aquél en el cual por vez primera se exterioriza la apropiación*» (cfr. CSJ SP, 21 oct. 2013, rad. 38433).

En la sentencia CSJ SP, 3 feb. 2010, rad. 31238, reiterada, entre otras, en CSJ SP, 11 sep. 2013, rad. 37465, afirmó:

...se trata de un punible de comisión instantánea, cuya consumación ocurre 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 domine¹⁴.

Tal criterio ha sido reiterado en varias ocasiones, como ocurrió con los autos del 18 de febrero de 1998¹⁵ y del 16 de diciembre de 2002¹⁶. En ese último se señaló lo siguiente:

“El delito de abuso de confianza, por ser de comisión instantánea, se consuma en el momento en que el infractor ejecuta un acto externo de disposición del bien con el ánimo de incorporarlo a su patrimonio”.

En el caso objeto de examen, el acto externo de disposición ocurrió cuando el profesional del derecho acusado incorporó a sus cuentas personales los títulos valores girados por la empresa demandada, sin ningún ánimo de restituir dichos dineros a los beneficiarios de la indemnización (...).

Igualmente, en el fallo CSJ SP, 21 oct. 2013, rad. 38433, recabó:

El motivo por el cual la Corte catalogó a la conducta punible de abuso de confianza como un delito de ejecución instantánea no obedeció al capricho o la arbitrariedad, sino al imposible jurídico de establecer, desde un punto de vista objetivo, una acción contraria a derecho en los actos previos a cuando se manifiesta el de apropiación.

En otras palabras, constituiría un absurdo calificar de inicio de la conducta punible aquellas acciones o comportamientos que, objetivamente hablando, no entrañan ilicitud, pues de ninguna

¹⁴ [cita inserta en texto transcrito] Auto del 27 de noviembre de 1980. M. P. Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO.

¹⁵ [cita inserta en texto transcrito] Radicación 13982.

¹⁶ [cita inserta en texto transcrito] Radicación 20269.

manera contradicen los actos propios del contrato de mandato o representación, que presuponen pero no describen el delito de abuso de confianza, e incluso son indispensables para el cumplimiento del negocio jurídico.

(...)

En términos de imputación objetiva, los actos anteriores a la apropiación en el abuso de confianza no constituyen riesgos jurídicamente desaprobados o no permitidos para efectos de la protección del bien jurídico del patrimonio económico, en la medida en que correspondan al cumplimiento del contrato de mandato o representación, es decir, a una conducta aceptada y regulada por el orden jurídico. Por lo tanto, no son parte de la realización del tipo ni tampoco corresponden al inicio de la conducta punible.

9. De lo anterior emerge claro que el delito en comento se consuma en el momento en el que el agente ejecuta *el primer* acto de disposición del bien o lo incorpora en su patrimonio, con ánimo de señor y dueño y que ese instante es determinante para la contabilización, tanto del término de caducidad de la querrela, como del de la prescripción de la acción penal.

La variación de la calificación jurídica por parte del juez y la consiguiente obligación de examinar los requisitos de procesabilidad -querrela- y procedibilidad de la acción penal derivada del nuevo delito

10. El principio de congruencia constituye un límite al Estado a la hora de definir el proceso penal, e implica que solo se puede condenar a una persona por los cargos que en forma clara y específica se le hayan formulado en la acusación. Si bien no exige perfecta armonía entre la acusación y la sentencia, sí implica que ésta guarde una adecuada relación de conformidad con aquella en sus tres componentes básicos: *personal* –correspondencia entre los sujetos

acusados y los que versa la sentencia-, *fáctico* –identidad de los hechos de la acusación y los que sirven de sustento al fallo- y *jurídico* –consonancia en la regulación jurídica de uno y otro acto- (Cfr. CSJ SP, 4 abr. 2001, rad. 10868).

El propósito de tal coherencia es justamente garantizar el derecho de defensa y la unidad lógico–jurídica del proceso.

Solo es absoluta la congruencia personal y fáctica, en tanto que la jurídica es relativa, puesto que el juez puede absolver o condenar de manera atenuada o por una conducta distinta a la imputada, siempre que no agrave la situación del encartado y respete el núcleo central de la imputación

11. En realidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido sólida en torno a que el juez puede apartarse del *nomen iuris* establecido por la Fiscalía, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado y, como consecuencia, proferir una condena por un tipo penal diferente, siempre y cuando no se vulneren derechos de las partes e intervinientes, se respete el núcleo fáctico de la acusación y la modificación resulte favorable a los intereses del procesado (cfr. CSJ SP352-2021, rad. 52857; CSJ SP4088-2020, rad. 55745; CSJ SP368-2020, rad. 51094; CSJ SP 3580-2018, rad. 46227 y CSJ SP17352-2016, rad. 45589, entre muchas otras).

12. También ha sostenido que esa mutación en la calificación impacta en la contabilización de la prescripción (cfr. CSJ SP4867-2020, rad. 57248; CSJ SP4318-2019, rad.

54261; CSJ SP1538-2019, rad. 49687 y CSJ SP, 5 mar. 1996, rad. 8336, entre otras) y en la comprobación de los requisitos de procesabilidad y procedibilidad de la acción penal, tarea que corresponde cumplir al juez.

De allí que, si se acusó por un delito perseguible de oficio, pero se condena -por razón de la variación judicial- por uno querellable, corresponde al juzgador verificar las aludidas formalidades, en concreto, las previstas en los artículos 71, 73 y 522 del Código de Procedimiento Penal de 2004 (*cfr.* CSJ AP1528-2021, rad. 55252; CSJ SP1283-2019, rad. 49560 y CSJ SP7343-2017, rad. 47046). Ello por cuanto la querrela es una condición de procesabilidad de la acción penal (artículo 70 del estatuto adjetivo).

Así, en reciente ocasión (CSJ SP197-2021, rad. 55371), donde la procesada fue acusada por cohecho propio, pero el Tribunal transformó la calificación y la condenó por asesoramiento y otras actuaciones ilegales, la Corte subrayó:

No obstante, frente al panorama creado por la correcta tipificación de la conducta, la Sala encuentra que no se satisficieron dentro del trámite adelantado los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por el delito de asesoramiento ilegal, esto es, la presentación de una querrela y el agotamiento de una diligencia de conciliación, de acuerdo con los artículos 70 y 522 de la Ley 906 de 2004.

La querrela ha sido entendida de atañe por la Corte¹⁷ como una acción que el Estado otorga al sujeto pasivo de ciertos delitos, clasificados por el legislador como de bajo impacto social o de poca lesividad a los bienes jurídicos, y a quienes tengan legitimidad para ejercerla en nombre de aquél.

¹⁷ [cita inserta en texto transcrito] CSJ, SP, 23 sep. 2008, rad. 39446.

Según el artículo 71 de la Ley 906 de 2004, como regla general la querella únicamente puede ser presentada por la víctima de la conducta punible, bajo las siguientes reglas:

- (i) Si es persona natural y capaz: debe formularla directamente o, a través de apoderado con facultad especial para ello.*
- (ii) Si es persona natural e incapaz: debe presentarla su representante legal.*
- (iii) Si es persona jurídica: también debe obrar por intermedio de quien ejerza su representación legal.*
- (iv) Si la persona natural falleció: les corresponde a sus herederos.*

Así mismo, la disposición en cita señala que el Defensor de Familia, el Agente del Ministerio Público y los perjudicados directos están autorizados a instaurar la querella “cuando la víctima estuviere imposibilitada para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe de la conducta punible”. A su vez, indica que el Procurador General de la Nación podrá formularla cuando se afecte el interés público o colectivo.

De esta forma, la querella se ejerce cuando “el perjudicado (o quienes se encuentran legalmente autorizados para representarlo) acuden a las autoridades competentes para poner en conocimiento la conducta por cuyo medio resultó lesionado o puesto en peligro el bien jurídico del cual es titular, caso en el cual el Estado asume las correspondientes labores de investigación, acusación y juzgamiento, pues tal ha sido la voluntad del querellante”.¹⁸

La identificación de la querella como requisito de procedibilidad de la acción penal significa que el Estado solo podrá dar inicio y desarrollar una actuación penal respecto de ciertas conductas punibles taxativamente establecidos en la ley, cuando cuente con la expresa manifestación y aquiescencia del perjudicado o del facultado para ello, al punto que, éste tiene la posibilidad de disponer de la acción penal mediante el desistimiento de la querella (artículo 76 de la Ley 906 de 2004).

Además, no basta con la manifestación de tal voluntad, sino que la misma debe ser exteriorizada en el término perentorio que establece la ley (artículo 73 del Código de Procedimiento Penal).

De ahí, surge la caducidad de la querella, que es el decaimiento de la facultad de poder intentarlo, por vencimiento del término legalmente previsto para hacerlo, el cual ha sido fijado por el legislador en seis (6) meses contados a partir de la ocurrencia del delito, o desde la fecha en que desaparecieron las

¹⁸ [cita inserta en texto transcrito] CS, AP, 23 may. 2007, rad. 26831.

circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que le impidieron enterarse de la comisión de la conducta punible, sin que entre la fecha de la realización de la conducta y la presentación de la querrela haya transcurrido más de un (1) año¹⁹.

Entonces, para que el aparato judicial pueda ponerse en marcha en estos casos, es necesario que medie queja, y que la misma sea presentada por la persona legitimada para hacerlo, dentro del término legalmente establecido, pues de lo contrario, ese hecho (caducidad de la querrela) se erige en causal de extinción de la acción penal²⁰.

13. Bien vale la pena recordar, frente a la querrela, que:

...se trata de una de las excepciones al principio de oficiosidad, que obliga al Estado a perseguir y sancionar todo comportamiento que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos tutelados por el legislador mediante la conminación de una pena, pues se considera que en tales casos el legislador supone que corresponde a conductas de bajo impacto social o de poca lesividad a los bienes jurídicos, en cuyos eventos otorga prevalencia a la voluntad de la víctima frente al interés general de que se investigue todo comportamiento social y jurídicamente reprochable y punible.

De esta suerte, cuando la ley exige querrela como condición de procesabilidad penal en relación con determinados comportamientos definidos como delito, no significa cosa distinta que el aparato de investigación y juzgamiento del Estado no puede ponerse en movimiento con la finalidad de investigar las circunstancias en que tuvieron realización los acontecimientos delictivos y sancionar a sus responsables, si previamente no ha mediado la expresa y oportuna e inequívoca manifestación de voluntad de la víctima, su representante legal, sus herederos; o excepcionalmente el defensor de familia, el agente del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o los perjudicados directos; es decir, aquellas personas legitimadas por la ley para poner el hecho en conocimiento de la jurisdicción, con las formalidades, términos, oportunidades y motivos establecidos por los artículos 29, 32, 34 y 35 de la Ley 600 de 2000. (CSJ SP, 11 sep. 2013, rad. 37465)

¹⁹ [cita inserta en texto transcrito] CSJ, AP-3639-2019, 27 ago. 2019, rad. 54994.

²⁰ [cita inserta en texto transcrito] ARTICULO 77. “**Extinción.** La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, **caducidad de la querrela**, desistimiento, y en los demás casos contemplados en la ley”.

De igual manera, en lo que respecta con su condición de procesabilidad, la jurisprudencia ha señalado que no es un aspecto que se restrinja al campo meramente instrumental, sino que trasciende sus efectos al ámbito de lo sustancial. Así lo recordó en CSJ SP, 30 nov. 2006, rad. 24608:

Para la Sala innegable es que tal condición de procesabilidad comporta los dos efectos: "Si se le mira como presupuesto para que el Estado pueda adelantar la acción penal, o como requisito previo a la adopción de una determinación, desde luego que las disposiciones que regulan la institución en comento tienen alcance de mera sustanciación y ritualidad para el juicio.

"Un ejemplo de los efectos procesales de la querrela, viene dado en los motivos que la ley previó para disponer la terminación de la acción penal.

"La querrela legítima habilita la iniciación, adelantamiento y terminación de la investigación penal. Su ausencia está legalmente prevista como motivo de terminación de la actuación cumplida, impidiendo al funcionario resolver de fondo el asunto sometido a su consideración. Así por ejemplo, los artículos 327 y 36 del C.P.P. (artículos 34 y 352 del decreto 050 de 1987) ordenan dictar resolución inhibitoria, preclusión de la acción penal o cesación de procedimiento, cuando se establezca que la acción no podía iniciarse o proseguirse. Más aún, no es posible proferir sentencia, si está ausente el presupuesto de procesabilidad de la querrela", (*Sentencias de junio 13 de 2.001 y abril 24 de 2.003, radicaciones Nos. 15.833 y 15.820, respectivamente*).

Y si de sustanciales se trata "cuando el efecto de un acto procesal incide en la decisión final que se ha de adoptar en un proceso penal, por ejemplo, impidiendo al funcionario judicial la declaración de responsabilidad de una persona y la consiguiente imposición de la sanción, en relación con un hecho determinado, contribuyendo de paso a mantener incólume el buen nombre (ingrediente de la dignidad humana), dado que no genera antecedente penal, o porque habilita la ejecución de otros actos procesales que producen tales consecuencias, debe admitirse, que estas superan el ámbito procesal, se trasladan con naturaleza sustancial al asunto objeto del proceso penal. Estos efectos son precisamente los que se generan en el caso de los delitos querrelables en relación con el desistimiento, la conciliación o la indemnización integral.

En ese orden -dijo también la Corte en los reseñados antecedentes- "los efectos procesales de la querella, se deben resolver conforme al artículo 40 de la ley 153 de 1887, principio de aplicación inmediata de la norma ritual, en caso de una nueva legislación. Igualmente, a los trámites agotados se les aplica el principio de preclusión, según el cual, el proceso se desarrolla a través de una sucesión ordenada y continua de actos procesales que deben ejecutarse en un plazo predeterminado para ellos. Por consiguiente, al expirar el término o agotarse la actuación, queda clausurada la oportunidad procesal y habilitado el estadio subsiguiente, en pos de la culminación del trámite a que haya lugar. De esta manera se confiere seguridad, precisión al procedimiento y firmeza a las decisiones judiciales, cuyos efectos deben ser respetados en el proceso en que se profieran, en la medida en que se respeten los derechos y las garantías fundamentales de los intervinientes".

La Corte ha enfatizado que la caducidad de la querella se traduce en «*un freno legislativo a la procesabilidad del indiciado*». (cfr. CSJ AP, 17 de abr. 2013, rad. 40623)

Es que, una de las causales de preclusión, previstas en el precepto 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004, es la relativa a 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 -la caducidad- se erige legalmente (artículo 77 *ibidem*) como uno de los motivos de extinción de la acción penal.

14. De lo expuesto en precedencia se puede concluir que: (i) el juez puede variar la calificación jurídica hecha por la Fiscalía con independencia de si se trata de un delito investigable de oficio o querellable y (ii) ese cambio obliga al funcionario a examinar, frente a la nueva conducta punible, el requisito de la querella, como condición de procesabilidad de la acción penal.

El caso concreto

15. La Sala anticipa que le asiste razón al demandante en punto de que operó la caducidad de la querrela, lo que conduce a declarar la preclusión, conforme a lo establecido en el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el precepto 77 *ibidem*, dada la imposibilidad de continuar la acción penal, por caducidad de la querrela. Obsérvese:

16. La Juez de conocimiento varió, con acierto, la calificación jurídica contenida en la acusación²¹ y, sin desconocer el marco fáctico de la imputación, condenó a **JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ**, no por el delito de estafa agravada, atribuido por la Fiscalía, sino por el de abuso de confianza.

No obstante, olvidó que este último reato requería -hoy también- la promoción de una querrela para que se inicie la acción penal -artículo 74 de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones de la Ley 1453 de 2011 y la Ley 1542 de 2012- y, por ende, soslayó la obligación de constatar tanto su existencia, como el cumplimiento del término de caducidad en su presentación. El Tribunal, por su parte, aunque con éxito reconoció que la denuncia formulada por la víctima se podría equiparar a la querrela, desdeñó el tema de la

²¹ Era tan evidente que se estaba ante un abuso de confianza, que la propia ofendida, en el juicio, mencionó estar allí por haber sido víctima de ese delito (*cfr.* Sesión del 5 de mayo de 2020).

caducidad, apoyado en jurisprudencia que no resulta aplicable en el *sub examine*.

17. En efecto, para negar la petición de caducidad de la querrela, hecha por la defensa en la alzada, el *ad quem* trajo como soporte el auto de la Sala CSJ AP, 12 may. 2007, rad. 27016, aduciendo que la situación fáctica era semejante. Sin embargo, una detenida mirada al texto de la aludida providencia pone en evidencia que no es así.

En dicho proveído -CSJ AP, 12 may. 2007, rad. 27016 la Corte resolvió un recurso de reposición propuesto contra un inadmisorio de demanda de revisión y, el entonces recurrente, reclamó aplicación favorable de la Ley 600 de 2000, frente a los términos que regulaban la caducidad de la acción en el Decreto 2700 de 1991. Concibió el memorialista que

...si bien para el momento de incoarse la querrela en el asunto debatido, su caducidad era de un (1) año -lapso dentro del cual fue aducida-, dado que la Ley 600 de 2.000 redujo dicho término a seis (6) meses, éste debía regir los hechos ya consolidados, desde el punto de vista de la legitimidad y oportunidad para su invocación, cuando en criterio de la Corte una tal aplicación no era viable, ni aún, desde luego, bajo una pretendida retroactividad con argumentos de favorabilidad.

Esta Corporación, después de recordar que la querrela es «una condición o presupuesto de procesabilidad», refirió que la norma vigente para el momento de los hechos era la contenida en el Decreto 2700 de 1991, que contemplaba un lapso de un (1) año para su presentación, y no podía ahora

pretenderse la aplicación del término de seis (6) meses previstos en la Ley 600 de 2000, en tanto

...esta aducción de favorabilidad con efectos retroactivos emerge inaceptable -pues que no se trata de efectos consolidados en el tiempo a partir de su ejercicio-, sino que el momento mismo en que se adujo lo fue dentro del término procesalmente exigido para el efecto, en forma tal que una vez que el aparato jurisdiccional ha sido puesto en marcha no es en virtud de las nuevas disposiciones que dicho lapso debe contabilizarse.

Fue entonces cuando aquilató el párrafo copiado por el Tribunal:

Bien se clarificó que cuando la ley señala como condición de procesabilidad la querrela en relación con algunas conductas punibles -entre ellas la de aprovechamiento de error ajeno, objeto de pronunciamiento en este caso- y que la misma sea promovida dentro de un lapso determinado, este término no puede a posteriori y en virtud de una nueva normativa ser sustituido para reputar retroactivamente una extemporaneidad o caducidad concurrente, como que los supuestos que la hacen viable sólo deben ser apreciados en el momento en que la querrela se promueve.

18. Lo anterior revela que la tesis contenida en el precedente en comentario no se ajusta a la facticidad de este caso y, por ende, es inaplicable, pues aquí no se está ante un tránsito legislativo en el lapso de promoción de la querrela, sino de un cambio en la calificación jurídica por parte del juez, en donde el nuevo delito, incluso para la fecha de los hechos, era querellable, tal cual lo establecía el ordenamiento vigente para la época (artículo 74 de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones de la Ley 1453 de 2011 y la Ley 1542 de 2012).

De allí que el Tribunal erró al traer esa jurisprudencia como soporte de su razonamiento e ignoró la existente en

punto de la imperiosa necesidad de inspeccionar lo relacionado con la caducidad de la querrella.

19. Pues bien, esta Corporación, después de revisar con detenimiento los registros de audio y video contentivos de las distintas audiencias, en concreto la del juicio oral -remitidos a la Corte de manera virtual- se pudo corroborar que la víctima del delito, ADRIANA FRANCO FRANCO, fue quien directamente presentó la denuncia, la que, en estos casos, se asimila a la querrella (*cf.* CSJ AP1528-2021, rad. 55252 entre otros).

Por ende, se comprueba el requisito de legitimidad, consagrado en el canon 71 de la Ley 906 de 2004.

20. Ahora, para determinar si operó o no la caducidad de la querrella, acorde con lo previsto en el artículo 73 del estatuto adjetivo penal -el casacionista no profundizó-, resulta necesario examinar dos tópicos: la época de presentación de la noticia criminal y la data de consumación del delito.

20.1. El Tribunal -tampoco lo hizo la Fiscalía- no precisó el día puntual de la formulación de la denuncia. Sin embargo, la revisión de los audios arroja que, aunque no hay constancia sobre la fecha exacta, sí se sabe que fue en el año 2015.

Así, en el formato de consulta de noticia criminal, aportado por la delegada fiscal con la solicitud de audiencia

preliminar de imputación²², obra el número del «Caso de Noticia», donde figura ese año y ADRIANA FRANCO FRANCO ratificó en la vista pública que fue en esa anualidad²³.

En cuanto al mes, solo se tiene la certeza que no fue antes de abril y tampoco en los primigenios días de mayo porque ADRIANA FRANCO FRANCO atestiguó que formuló denuncia luego de que finalizaran las llamadas que le hiciera el acusado para que no lo delatara, lo que acaeció -dijo en juicio-, más o menos, en «abril-mayo de 2015»²⁴, y se descarta que fuese después del 23 de mayo, en cuanto esa es la data de la primera estipulación -la relacionada con que, para ese día, el vehículo WEK072 figuraba a nombre de ADRIANA-.

Así las cosas, bien puede afirmarse que la denuncia se formuló en **mayo de 2015, antes del 23.**

20.2. En cuanto a la fecha de consumación del injusto penal, el juez de segunda instancia consideró que tuvo lugar cuando la víctima «se vio compelida a entregar a la fiscalía el vehículo Optra recibido del procesado», tiempo que, distinto a lo indicado por la Procuradora Delegada, no fue abril de 2014, pues este momento corresponde a aquél en el que el inculcado se lo dejó como garantía, sino el 8 de febrero de 2017, tal cual lo refirió la ofendida en su testimonio.

²² Página 223 y 224 de la CARPETA 1 INST.

²³ Récord 1:04:33 del registro de la sesión del juicio del 5 de mayo de 2020.

²⁴ Récord 1:05:43 del registro de la sesión del juicio del 5 de mayo de 2020.

Con todo, la Corte no comparte la apreciación de la judicatura por lo siguiente:

Del acontecer fáctico probado en juicio se deriva que: el 15 de enero de 2012, ADRIANA FRANCO FRANCO entregó a **JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ** su vehículo en consignación; el 20 de enero de 2012, aproximadamente -no se suministró fecha exacta-, el implicado vendió ese rodante a CARLOS HELÍ CASTILLO CASTILLO, último que afirmó que, en ese momento, le dio al procesado la camioneta de su propiedad como parte de pago y \$13.000.000²⁵; de ese negocio solo se enteró ADRIANA FRANCO FRANCO hasta mayo de 2012, no por conducto del inculcado, sino cuando fue contactada por CARLOS HELÍ CASTILLO CASTILLO para realizar los trámites del traspaso²⁶; con ocasión del reclamo que, entonces, le hizo ADRIANA al acusado, éste decidió hacerle algunos abonos, al parecer el último en julio de 2012 -no hay fechas exactas, porque los recibos aportados a la vista pública son incomprensibles-; y, en abril de 2014 el implicado le entregó a ADRIANA un automóvil Optra, como garantía de que le cumpliría con el saldo, el cual, por conducto de la Fiscalía, fue devuelto por la víctima a su dueña el 8 de febrero de 2017²⁷, tras percatarse que estaba involucrado en una estafa.

De lo anterior emerge que el primer acto de apropiación por parte del inculcado, que es el determinante para efectos de la consumación, fue, justamente, cuando aquél

²⁵ Adujo que le entregó al acusado \$13.000.000 y su camioneta (récordeos 20:49, 23:25 y 24:30 del registro de la sesión del juicio del 5 de mayo de 2020).

²⁶ Récordeo 49:52 del registro de la sesión del juicio del 5 de mayo de 2020.

²⁷ ADRIANA FRANCO FRANCO fue insistente en esa fecha durante el interrogatorio.

vendió a un tercero el automotor a CARLOS HELÍ CASTILLO CASTILLO, época en la que recibió dinero y un vehículo como parte de pago, esto es, **el 20 de enero de 2012**.

Dicho acto no puede entenderse como una mera actuación de ejecución de lo encomendado por la víctima, sino como un verdadero ánimo de apropiación, toda vez que ningún aviso dio a ADRIANA FRANCO FRANCO sobre dicho negocio y menos sobre la recepción del dinero y del rodante.

Por manera que, si la denuncia se presentó en el mes de mayo de 2015, es evidente que ello se hizo fuera del término de caducidad.

Pensar en el 8 de febrero de 2017 -como lo dio a entender el *ad quem*-, día en el que la denunciante entregó el vehículo Optra a la Fiscalía, es desacertado, en la medida en que ello implicaría asumir que el delito es de ejecución permanente, que no es así, como lo ha entendido la jurisprudencia. Adicionalmente, es una conclusión irrazonable, dado el año -2015- en el que se promovió la denuncia, pues sería, incluso, posterior a ella.

Aun de concebir, en gracia de discusión, que el reato se consumó en mayo de 2012, época en la que ADRIANA FRANCO FRANCO se enteró de la venta del automotor de su propiedad, es ostensible la extemporaneidad de la denuncia.

21. Así las cosas, el Tribunal interpretó inadecuadamente el artículo 73 del Código de Procedimiento

Penal, lo que lo llevó a dejar de aplicar el 77 *ibidem* y, de contera, el numeral 1° del precepto 332 *ejusdem*.

22. Como cuestión final, la Corte debe señalar, en primer lugar, que de los registros emerge que tampoco se agotó el requisito de conciliación, no obstante, esa omisión ninguna trascendencia tiene ante la comprobación de la caducidad de la querella.

En segundo término, que, es cierto, el delegado de la Fiscalía General de la Nación incurrió en serios yerros al momento de relacionar los hechos jurídicamente relevantes, en tanto se remitió, simplemente, al contenido de la denuncia, sin siquiera precisar su fecha, ni hacer un relato pormenorizado del acontecer fáctico.

Sin embargo, ello no impidió que la defensa entendiera las razones del llamamiento a juicio, toda vez que el jurista que la regentaba, desde la enunciación de la teoría del caso, tuvo clara la situación, tanto así que comenzó manifestando que se estaba ante un caso en el que la víctima entregó el vehículo por razón de la amistad que existía entre su esposo y el inculcado²⁸, lo que se compagina con la conducta punible por la que finalmente se emitió sentencia.

23. Por consiguiente, la Sala casará el fallo recurrido y declarará la preclusión de la investigación, por extinción de

²⁸ Sesión del juicio del 30 de julio de 2019.

la acción penal, conforme lo establecido en los artículos 77 y 332 -numeral 1- de la Ley 906 de 2004.

Como en el diligenciamiento no aparece que **JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ** estuviese privado de la libertad, por razón de este proceso, se dispondrá que el Juez de primera instancia cancele las anotaciones y registros existentes en su contra y/o los bienes de su propiedad por razón de esta actuación.

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

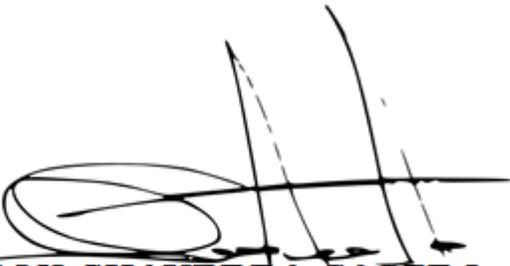
Primero. CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a **JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ** por el delito de abuso de confianza.

Segundo. Decretar la preclusión por razón de la extinción de la acción penal derivada del delito de abuso de confianza.

Tercero. El Juez de primera instancia cancelará las anotaciones y registros existentes en contra de **JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ** y/o los bienes de su propiedad por razón de esta actuación.

Cuarto. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERSON CHAVERRA CASTRO



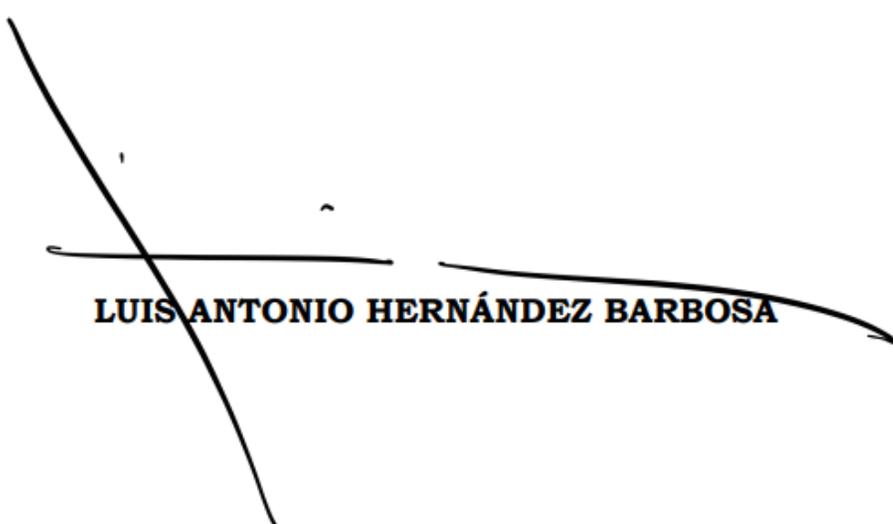
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Sala Casación 021

CUI 11001600005020151168701

Casación 59422

JUAN CARLOS GRAJALES MARTÍNEZ



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal 2021