



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP015-2019

Radicación 53880

(Aprobado en acta 15)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER y ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, contra la sentencia de 29 de mayo de 2018 mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó con modificaciones la emitida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial que los condenó, conjuntamente con ANTONIO ROMERO GARCÍA, JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ, JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA y GABRIEL ATENCIO OLEA, como determinadores del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER, ANTONIO ROMERO GARCÍA, JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ, JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA y GABRIEL ATENCIO OLEA, a través de su apoderada ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA lograron que mediante resoluciones del 20 de mayo y 12 de junio de 1998 el Fondo Pasivo les reconociera las siguientes sumas a través de Bonos de Deuda Pública (TES), en cumplimiento de las conciliaciones celebradas el 23 y 24 de abril del mismo año con las cuales se daba terminación a los procesos ordinarios laborales en los que demandaban prebendas a las cuales no tenían derecho por carecer de sustento fáctico o jurídico o que la empresa no les adeudaba:

EXTRABAJADOR	VALOR RECONOCIDO
JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA	\$522.489.540,00
JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER	\$511.100.000,00
ANTONIO ROMERO GARCÍA	\$418.800.000,00
JUAN MANUEL MIRANDA	\$379.600.000,00
GABRIEL ATENCIO OLEA	\$313.700.000,00

Por los anteriores hechos la Fiscalía General de la Nación adelantó la respectiva investigación penal y escuchó en indagatoria a ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER, ANTONIO ROMERO GARCÍA, JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ

y GABRIEL ATENCIO OLEA, en tanto que declaró persona ausente a JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA.

Clausurado el ciclo instructivo, el 12 de septiembre de 2007 profirió resolución de acusación en contra de PAREJO HAMBURGUER, ROMERO GARCIA, ATENCIO OLEA, GÓMEZ DE MEJÍA, BONETT AMAYA y MIRANDA HERNÁNDEZ como determinadores del delito de peculado por apropiación, los tres últimos procesados en concurso homogéneo y sucesivo.

En firme la calificación el 28 de agosto de 2009 ante su confirmación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá, la fase del juicio la adelantó inicialmente el Juzgado Treinta Penal del Circuito de la misma ciudad, luego el Cuarenta y Nueve y finalmente el Dieciséis de esa categoría y localidad.

En desarrollo de la vista pública a instancia de la Fiscalía se varió la calificación jurídica para incluir la circunstancia de mayor punibilidad, contemplada en el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal, fundada en la coparticipación criminal.

Y mediante sentencia de 23 de junio de 2017 fueron condenados los enjuiciados como determinadores de delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, marginando la aludida circunstancia de mayor punibilidad, así:

JAVIER ALFONSO PAREJO, a las penas de setenta y siete (77) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como multa de \$511.100.000,00

GABRIEL ATENCIO OLEA setenta y seis (76) meses de prisión y de inhabilitación ciudadana, más multa de \$313.700.000,00

ANTONIO ROMERO GARCÍA, setenta y cinco (75) meses de prisión y de inhabilitación ciudadana, con la pena pecuniaria de \$418.800.000,00

Y en concurso homogéneo del mismo ilícito:

ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, a las penas de ochenta y ocho (88) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, multa de \$418.800.000,00 y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la abogacía por cuatro (4) meses y veinticinco (25) días.

JOSE TRINIDAD BONETT AMAYA, ochenta y ocho (88) meses y quince (15) días de prisión y de inhabilitación ciudadana, así como multa de \$522.489.540,67.

JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ, setenta y siete (77) meses veintiún (21) días de prisión y de

inhabilitación ciudadana, con la pena pecuniaria de \$386.716.358,02.

A todos les fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena y sólo a GÓMEZ DE MEJÍA, MIRANDA HERNÁNDEZ y ROMERO GARCÍA se les otorgó la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación elevado por los apoderados de los procesados el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 29 de mayo de 2018, confirmó la condena, modificando únicamente la pena impuesta a JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ al fijarla en setenta y cuatro (74) meses de prisión y de inhabilitación ciudadana, así como multa de \$379.600.000,00 al *“declarar la prescripción de la acción penal y civil (...) únicamente en lo que alude a las resoluciones 204 de 29 de enero de 1996 y 252 del 19 de marzo de 1998”* —sic—.

Los defensores de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA y JAVIER PAREJO HAMBURGUER interpusieron recurso de casación y allegaron las respectivas demandas, las cuales por auto de 3 de octubre de 2018 fueron declaradas formalmente ajustadas a derecho.

El 4 de diciembre siguiente se allegó el correspondiente concepto del Ministerio Público.

LAS DEMANDAS

1- En nombre de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA

Primer cargo: Nulidad

Pregona la falta de congruencia de la sentencia con la resolución de acusación, porque para el concurso de delitos de peculado por apropiación fue incluida la causal de agravación por la cuantía, la cual no había sido objeto de acusación, máxime que en la atapa de juicio se acudió al procedimiento de la variación de la calificación jurídica provisional únicamente para adicionar una circunstancia de mayor punibilidad.

El defensor pone de presente que los cargos formulados inicialmente a su asistida en la indagatoria fueron los de peculado por apropiación, los cuales no sufrieron modificación en la diligencia de ampliación de injurada y así se le llamó a responder en juicio, sin que en tal acusación se hubiera hecho mención a la aludida causal agravante.

Destaca que el juez de primer grado en una difusa argumentación se apartó de la circunstancia de mayor punibilidad incluida en el trámite previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 y pese a reconocer que *“en las providencias de primera y segunda instancia del ente acusador no se observa el discernimiento pertinente a la cuantificación del monto en lo*

tocante a una eventual agravante por la cuantía” aplicó la el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal.

Y el Tribunal para confirmar la condena admitió que si bien en la calificación sumarial no se había enrostrado de manera directa y expresa lo relativo al valor de lo apropiado, ello no impedía que se hiciera en la sentencia.

La trascendencia del yerro la ubica en que al haber incluido la circunstancia que no fue endilgada, se le cercenó a su representada la posibilidad de controvertir ese aspecto en el juicio, vulnerando de contera el debido proceso y el derecho de defensa.

Por lo tanto, solicita casar el fallo y al redosificar la pena estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción de las acciones penal y civil.

2. Demanda en nombre de JAVIER PAREJO HAMBURGUER

Primer cargo: Violación directa de la ley sustancial

Denuncia la aplicación indebida del inciso segundo del artículo 30 y el artículo 397 del Código Penal, al haber tenido a su asistido como determinador del delito de peculado por apropiación agravado.

Para el recurrente, no se estableció el rol que desempeñó su representado, porque si bien otorgó poder

para reclamar emolumentos dejados de pagar, no aparece alguna autorización al abogado para que cobrara los ya cancelados, además, los conocimientos de derecho laboral no le eran atribuibles a los pensionados, quienes no sabían si las pretensiones eran legales o no.

Por lo tanto, solicita casar la sentencia a fin de absolver al procesado.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Postula un error de hecho por no haber analizado la indagatoria de su asistido, lo que conllevó la aplicación indebida del artículo 30 del Código Penal con la exclusión evidente del numeral 2° del artículo 7° del mismo ordenamiento y 232 del Código de Procedimiento Penal.

Señala que en los fallos se citaron los diferentes pagos por concepto de salarios y prestaciones pero no se demostró cuál fue la actividad de PAREJO HAMBURGUER como determinador del delito, desdeñando incluso el tenor literal de los poderes otorgados en los cuales se puede extraer que el propósito del mandato conferido era obtener la diferencia de salario y no el pago de rubros ya satisfechos.

En este sentido, asegura que en una indebida valoración probatoria las actuaciones profesionales de la abogada le fueron atribuidas a su asistido a título de dolo y

pide por ello que sea beneficiado con una sentencia absolutoria

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Para la Delegada del Ministerio Público no se debe casar el fallo por razón de los cargos formulados por los demandantes

1.- En cuanto al cargo presentado en nombre de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, sostiene que no hay falta de congruencia de la sentencia con la resolución de acusación, porque las imputaciones fáctica y jurídica en lo sustancial guardan correspondencia.

Que al incluir en el fallo la causal de agravación para el delito de peculado por apropiación por razón de la cuantía *“no obró modificación tipológica alguna del comportamiento sancionado, respecto de aquel que fuera materia del llamamiento a juicio. Resalta objetivamente que lo acusado fue un delito de peculado en los términos del artículo 397 del régimen sustancial penal y lo sancionado correspondió precisamente a ello.”*

Que si bien en la acusación no se señaló que procedía la aludida circunstancia agravante, no se puede desconocer que el llamamiento a juicio *“fue en la modalidad de concurso homogéneo y sucesivo y se le endilgaba una responsabilidad penal respecto de todos y cada uno de esos comportamientos y que estos, aunado a su valor individual, conglobaban tal cuantía general”*.

2. En relación con la demanda presentada en nombre de JAVIER PAREJO HAMBURGUER estima que el primer cargo, por violación directa de la ley sustancial, no tiene vocación de éxito, toda vez que se demostró la calidad de determinador de aquél al haber otorgado poder a la abogada para obtener la reliquidación de prestaciones que la empresa ya le había cancelado, careciendo por lo mismo de justa causa, además, él era pleno conocedor de los diversos factores salariales aplicados a su inicial liquidación prestacional.

Asegura que probatoriamente se acreditó el actuar ilegítimo de los ex trabajadores ante las diversas solicitudes hechas al Fondo Pasivo Social de Puertos de Colombia con el propósito de obtener de manera irregular la reliquidación de salarios, prestaciones sociales y cesantías definitivas que supuestamente se les adeudaba, configurándose la calidad de determinadores cuando otorgaron poderes para ser representados judicialmente a fin de lograr el detrimento patrimonial estatal.

En cuanto al segundo cargo casacional, sostiene que carece de asidero fáctico y legal, ya que la imputación se basó en que por la condición de ex trabajador de Puertos de Colombia el enjuiciado pretendía reconocimientos laborales inviábiles, logrando así esquilmar las finanzas de la Nación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De manera preliminar se analizará la validez del trámite judicial que denuncia el defensor de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA acerca de la vulneración del principio de congruencia por incluir en el fallo la circunstancia agravante por la cuantía para el delito de peculado por apropiación la cual no había sido considerada en la calificación sumarial.

La Corte ha recalcado que bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000, que rigió el presente asunto, la resolución de acusación se constituye en pieza fundamental del juicio, pues de los requisitos previstos en los numerales 1° y 3° del artículo 398 del citado ordenamiento, tal acto debe abarcar tanto la atribución fáctica y jurídica, lo cual impone detallar la conducta con todas sus circunstancias a fin de que de esa manera se refleje en la sentencia.

Esa calificación se constituye en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre el cual se debe soportar el juicio y el fallo. Al mismo tiempo, es una garantía para el inculcado ya que no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir, conservándose así la unidad lógica y jurídica del proceso.

Esa es la razón por la cual al juez le está vedado introducir hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas,

adicionar agravantes, mutar la especie delictiva cuando con tales acciones hace más gravosa la situación al sujeto pasivo de la acción judicial penal.

El mismo estatuto adjetivo en el artículo 404 permite mediante un procedimiento especial, a iniciativa del funcionario acusador o por petición o insinuación del juzgador, variar la imputación jurídica, más no la fáctica, esto es, ajustar la adecuación típica, pero siempre preservando las garantías del procesado a fin de que cuente con la oportunidad para controvertirla.

La Corporación ha señalado que se deben respetar los aspectos fáctico y jurídico, que no es asunto diferente a que medie identidad entre los hechos investigados objeto de la calificación y la adecuación jurídica que de los mismos se ha hecho en tal proveído con los que se abordan ya en la sentencia, sin desconocer su núcleo esencial, porque de lo contrario se vulneran las garantías fundamentales del procesado.

Así ha recalcado que se debe respetar el principio de congruencia o consonancia de la sentencia con la resolución de acusación, lo cual no sólo atiende al delito enrostrado, sino también a sus circunstancias calificantes, atenuantes o agravantes, las cuales para que puedan ser consideradas en la sentencia es menester que previamente le hayan sido imputadas tanto fáctica como jurídicamente en la resolución de acusación, ya que *“es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que su*

atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer». (CSJ SP, 18 dic 2013 rad. 41734. En el mismo sentido CSJ SP 5 dic 2016, rad. 41622).

En este caso, en la resolución de acusación de 12 de septiembre de 2007 la Fiscalía al calificar jurídica y provisionalmente los hechos señaló:

Los delitos por los que se procede, se encuentran tipificados en el Código Penal, Ley 599 de 2000, Libro Segundo, Título XV, Delitos contra la Administración Pública, Capítulo Primero artículo 397 del peculado por apropiación.

Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ya en la parte resolutive convocó a juicio a los procesados como determinadores del delito de peculado por apropiación, solo a tres de ellos, GÓMEZ DE MEJÍA, BONETT AMAYA y MIRANDA HERNÁNDEZ en concurso homogéneo y sucesivo, aspectos estos que no fueron modificados por el superior al conocer del recurso de apelación.

En desarrollo de la vista pública el Delegado de la Fiscalía acudió a la variación de la calificación jurídica para introducir únicamente la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 10° del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, basada en la coparticipación criminal.

Y en sus alegaciones el mismo sujeto procesal, luego de hacer el recuento de los hechos y del material probatorio solicitó la emisión de condena sin identificar el delito ni menos aun la circunstancia agravante, al defender la resolución de acusación porque en ese providencia *“ampliamente se dedujeron todas las pruebas y el valor que se les asignaba a cada una de ellas en lo referente tanto al aspecto objetivo como al subjetivo y son las mismas que hoy la Fiscalía reclama se les asigne el valor que les corresponde por estar en consonancia con todo el haz probatorio obrante en el cartulario y por ser demostrativas de que los acusados actuaron en connivencia para atentar y/o defraudar el erario público hecho que por manera alguna se ha logrado desvirtuar o generar duda al respecto. En consecuencia solicita la Fiscalía se dicte fallo condenatorio en contra de los acusados por reunirse los requisitos procesales así exigidos.”*

El juzgador de primer grado al momento de emitir sentencia se apartó de la circunstancia de mayor punibilidad incluida en la fase de juzgamiento al estimar que no resultaba aplicable para el momento en que ocurrieron los hechos, porque si los pagos productos de las conciliaciones se dieron en el año 1998, no resultaba jurídicamente viable acudir al numeral 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, ordenamiento que entró a regir el 24 de julio de 2001, ni tampoco era posible por analogía acudir a la contemplada en el artículo 66, numeral 7° del anterior ordenamiento sustantivo Decreto-Ley 100 de 1980, por su reducido y limitado alcance al aplicarse sólo cuando se obrara *“en complicidad con otro”*.

Además, concluyó que de los elementos probatorios obrantes no se desprendía que los enjuiciados *“operaron en asocio delictivo con terceras personas a las que les sea atribuible la calidad de cómplice, o que ésta les sea endilgable a los procesados”*.

Tras señalar que por favorabilidad resultaba aplicable el artículo 397 del Código Penal de 2000 toda vez que pese a mantener la misma cuantificación punitiva del artículo 19 de la Ley 190 de 1995, mediana el beneficio para los procesados que la pena pecuniaria no podía superar el monto de 50.000 salarios mínimos legales mensuales, destacó que en la resolución de acusación no se había hecho alguna mención a la causal de agravación de la cuantía, pero como el valor de lo apropiado superaba los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se debía acudir al inciso 2° del citado artículo 397 que fijaba la pena

de seis (6) a veintidós años y medio (22.5) de prisión. Así se pronunció el *a quo*:

“En las providencias de primera y segunda instancia del ente acusador no se observa el discernimiento pertinente a la cuantificación del monto en lo tocante a un eventual agravante por la cuantía, toda vez que en el acápite de hechos expresó el monto de \$2.383.400.00 el cual corresponde únicamente a las conciliaciones N° 22 y 23, no obstante, en la parte motiva de las providencias discriminó las sumas, y aunque en la presente actuación la Fiscalía calificadora no hizo expresa en la parte resolutive de la acusación al agravante por la cuantía, no menos cierto resulta que en el cuerpo del pliego de cargos refirió los montos de 522.489.540,67 por lo cancelado con la conciliación N° 22 y otros expedientes adelantados respecto de JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA, sin embargo se advierte que dicho monto dista de la realidad toda vez que corresponde a \$539.795.522,66 por cuanto no tuvieron en cuenta el valor cancelado en la Resolución N° 67 sino solamente lo señalado en la conciliación N° 28; y \$1.964.700.000 en lo tocante a la acta de conciliación N° 23 sin advertir que el monto indicado en la resolución dispuso el pago de la mentada acta de conciliación fue por la suma de \$1.964.600.000 de acuerdo a los valores señalados en el cuadro previamente plasmado, sin tomar las sumas devengadas por JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ diferentes a la obtenida en la conciliación, de lo anterior se desprende que efectivamente el llamamiento a juicio contiene las proposiciones fácticas y jurídicas relativas a la imputación completa sobre la que se edifica la agravante por la cuantía”.

Con esa línea de pensamiento, sopesó que la defraudación estatal ocurrió en 1998 cuando el salario mínimo equivalía a \$203.826.00 y que al corresponder los

200 smlmv a \$40.765.200,00, tal cifra había sido superada con las sumas concedidas a cada uno de los procesados, razón por la cual se debía aplicar la aludida circunstancia de agravación.

El defensor de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA puso de presente en el recurso de apelación el error del juzgador al incluir una causal no contemplada en la resolución de acusación, y el Tribunal luego de evidenciar que efectivamente en el calificadorio no había sido considerada expresamente, estimó que era viable en la sentencia incluirla porque los valores desfalcados a la Nación por los ex trabajadores superaban ampliamente el monto de los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues *“si bien dicha agravante no se consignó en el capítulo resolutivo de la acusación, tal situación per se, de ningún modo comporta su exclusión del cargo en comento, cuando el instructor no solo lo estructuró de forma clara e inequívoca en sus consideraciones a través de la precisas narración de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sino que procedió también a su educación típica en la norma respectiva, como se deduce de la transcripción literal en el acápite pertinente del inciso 2° de artículo 397 del Código Penal”*.

Este recuento permite advertir que el juzgador plural pasó por alto que conforme con los requisitos del artículo 398 de la Ley 600 de 2000 no solo se debe ubicar el tipo básico o especial sino que de manera expresa y no tácita se deben precisar todas las circunstancias que de alguna forma puedan alterar los límites punitivos sea que atenúen o agraven la sanción, por eso coligió que *“no se requiere de la ejecución de complejos cálculos matemáticos para concluir sin ninguna*

dificultad que la esquilmación al erario atribuida a ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJIA, JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER, GABRIEL ATENCIO OLEA, JUAN MANEUL MIRANADA y otros –José Trinidad Bonett Amaya y Antonio Romero García—, excedió para la época de los hechos (1998) el tope señalado en el estatuto represor (200 smlmv) como agravante de la sanción, luego imperioso resultaba al sentenciador de primer nivel irrogar la aflicción contemplada para el comportamiento juzgado (inciso 2° del artículo 397 C.P) sin que esto constituya una mutación de la calificación jurídica al término del procesado”.

Con un entendimiento equivocado el Tribunal consideró que al estar descritas las circunstancias modales, temporales y espaciales de las conductas y obrar la transcripción completa del tipo penal, no tenía alguna trascendencia el que no se hubiera especificado en la calificación jurídica provisional la concurrencia de la causal de agravación basada en el valor de lo apropiado.

Y si bien se señaló en el fallo que los procesados sabían desde las indagatorias los pagos obtenidos y por eso estaban en posibilidad de planear la estrategia defensiva, deviene claro que a pesar de haber señalado en la resolución de acusación la imputación fáctica respecto de los pagos de \$522.489.540,00 a JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA; \$511.100.000,00 a JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER; \$418.800.000,00 a ANTONIO ROMERO GARCÍA; \$379.600.000,00 a JUAN MANUEL MIRANDA y \$313.700.000,00 GABRIEL ATENCIO OLEA, pagos obtenidos a través de su apoderada ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, en manera alguna se indicó que cada

uno de esos montos superaba la suma de 200 s.m.l.m.v., para la época en que ocurrieron los hechos, tampoco se precisó que por ese motivo procedía la causal de agravación punitiva del inciso 2° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000 para agravar la pena del tipo penal básico del peculado por apropiación, sin que de la simple transcripción normativa pueda decirse que el querer del ente acusador fue imputarla.

El supuesto normativo respecto del valor de lo apropiado no fue incluido en la variación que de la calificación jurídica se hizo en la etapa de juicio, lo que corrobora la falta de congruencia jurídica denunciada, pues su introducción postrera lesionó el debido proceso y el derecho de defensa de GÓMEZ DE MEJÍA, porque se le privó de conocerla oportunamente a fin de controvertirla.

Aunque la Delegada del Ministerio Público en su concepto estima que se preservó el principio de congruencia y no hubo modificación tipológica alguna, para la Sala al no haber contemplado la resolución de acusación de manera inequívoca la imputación jurídica, le estaba vedado al juzgador adicionar una circunstancia que agravaba el comportamiento, por ello, atendiendo el pedimento del demandante, se deberá casar la sentencia impugnada a fin de marginarla, lo que originará declarar que el delito por el cual se condena a la procesada como determinadora es el de peculado por apropiación, contemplado en el inciso 1° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

Lo anterior apareja como consecuencia que al sufrir el monto de la pena una importante reducción, ello incide en el término de prescripción de la acción penal.

Los rangos punitivos del ilícito de peculado por apropiación del inciso 1° del artículo 397 del Código Penal van de seis (6) a quince (15) años de prisión, ello significa que la acción penal derivada de tal ilícito prescribe en este último término, es decir, quince (15) años.

El fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, según lo normado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, opera durante la etapa instructiva si transcurre un término igual al máximo de la sanción privativa de la libertad establecida en la ley, pero en ningún caso en un lapso inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20) años.

De la misma manera, conforme con el artículo 86 del mismo ordenamiento, el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y comienza a contarse nuevamente por un tiempo igual a la mitad del establecido para la etapa de instrucción, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10), con las salvedades de ley que ha precisado la jurisprudencia.

Al habersele atribuido a ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA la calidad de determinadora, como el inciso primero del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 establece que

el instigador incurre en la pena prevista para la infracción, será el lapso de quince (15) años el que deba tenerse en cuenta para los cómputos, sin que sea menester incrementar la pena según el inciso 5° del artículo 83 del Código Penal, porque la procesada sólo fungió como abogada litigante representando a los ex trabajadores de la empresa de Puertos, y no requería las especiales calidades exigidas para el autor tratándose de los delitos de sujeto activo calificado.

Así las cosas, el término de prescripción de la acción penal en la fase del juicio corresponde a siete (7) años y seis (6) meses, y como la resolución de acusación de 12 de septiembre de 2007 adquirió firmeza el 28 de agosto de 2009, se establece que dicho lapso feneció el **28 de febrero de 2017**, antes de que se emitiera fallo de primer grado.

En consecuencia, la Sala declarará la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal derivada del delito de peculado por apropiación en favor de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, decisión que conforme con el artículo 229 de la Ley 600 de 200 se hará extensiva al otro procesado recurrente JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER, como a los no recurrentes ANTONIO ROMERO GARCÍA, JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ, JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA y GABRIEL ATENCIO OLEA.

A su turno, como la acción civil fue ejercida al interior del proceso, también se declarará prescrita tal acción al

tenor del artículo 98 del Código Penal de la Ley 599 de 2000.

El juez de primera instancia procederá a la cancelación de los compromisos adquiridos por los procesados en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como levantará las medidas cautelares que hayan sido impuestas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CASAR el fallo por razón del cargo formulado por el defensor de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, y extender sus efectos a los procesados JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER, ANTONIO ROMERO GARCÍA, JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ, JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA y GABRIEL ATENCIO OLEA en el sentido de marginar la circunstancia de agravación por razón de la cuantía del delito de peculado por apropiación contemplada en el inciso 2° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

SEGUNDO: PRECISAR que por razón de la exclusión de la aludida causal de agravación, prescribe la acción penal derivadas del delito de peculado por apropiación.

TERCERO: ORDENAR, en consecuencia, la cesación de procedimiento en favor de los enjuiciados ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, JAVIER ALFONSO PAREJO HAMBURGUER, ANTONIO ROMERO GARCÍA, JUAN MANUEL MIRANDA HERNÁNDEZ, JOSÉ TRINIDAD BONETT AMAYA y GABRIEL ATENCIO OLEA.

CUARTO: DECLARAR igualmente prescrita la acción civil que se adelantó dentro del proceso penal.

QUINTO: PRECISAR que corresponde al juez de primera instancia la cancelación de los compromisos adquiridos por los procesados en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, y levantar las medidas cautelares que hayan sido impuestas.

Contra esta providencia no procede recurso alguno

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria