



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado ponente

SP044-2018

Radicación N° 50105.

Aprobado acta No. 25.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018).

V I S T O S

La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de **Neftalí Ardila Canizales**, contra el fallo de segundo grado proferido el 24 de noviembre de 2016, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual confirmó, con modificaciones, la sentencia emitida por el Juzgado 16 Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó a las penas de ochenta (80) meses de

prisión, multa por un valor de (\$113.847.041), y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, luego de hallarlo determinador responsable del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía.

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

En la sentencia de segunda instancia se enuncian como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

«...el prenombrado, ex trabajador de Puertos de Colombia – Oficina Principal Bogotá, el 13 de julio de 1998 llevó a cabo diligencia de conciliación No. 069 con Josefina Casas Ramírez, apoderada de Foncolpuertos, en la que se acordó, no obstante la empresa liquidó correctamente sus prestaciones y mesada pensional, el pago de \$113.847.041 por “todos aquellos conceptos salariales y/o prestacionales que no se tuvieron en cuenta al finiquitar su relación laboral”.

La entidad dispuso el desembolso de dicha suma a través de resolución No. 2647 del día 31 siguiente, certificado de disponibilidad No. 1289 de 8 de julio y nota débito S/N del 6 de agosto de la misma anualidad».

2. Procesales

Con fundamento en la denuncia¹ instaurada por el Coordinador General del Grupo Interno de Trabajo, Gestión

¹ A folios 1 a 6, cuaderno 1.

Pasivo Social de Puertos de Colombia, el 29 de octubre de 2008 la Fiscalía decretó la apertura de la investigación previa.²

Mediante resolución del 13 de abril de 2009, se admitió³ la demanda de parte civil presentada por el Ministerio de la Protección Social.

Luego, el 19 de septiembre de 2013⁴ se ordenó la apertura de la instrucción, disponiendo vincular mediante indagatoria a **Neftalí Ardila Canizales**, la cual se llevó a cabo el 20 de noviembre de 2013⁵, y en curso de la misma se le imputó el delito de Peculado por apropiación. El 20 de noviembre de 2013 se decretó el cierre de la investigación⁶ y mediante resolución del 24 de febrero de 2014 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación⁷ en contra del procesado, en calidad de determinador del delito de Peculado por apropiación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995.

Una vez ejecutoriado el llamamiento a juicio, por reparto, el conocimiento de la etapa del juzgamiento le correspondió al Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, que celebró la

² A folios 35 y 36, Ib.

³ A folios 16 y 17, cuaderno de Parte Civil.

⁴ A folios 126 a 129, cuaderno 1.

⁵ A folios 152 a 158, Ib.

⁶ A folio 159, Ib.

⁷ A folios 192 a 231, Ib.

audiencia preparatoria el 23 de mayo de 2014⁸. Luego, el 25 de julio de 2014 inició la audiencia pública de juzgamiento⁹, y, después de varias sesiones finalizó el 3 de octubre de esa anualidad¹⁰.

El 31 de octubre de 2014, el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, decidió¹¹ condenar al procesado como determinador responsable de Peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 s.m.l.m.v. (inciso 3° del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995), imponiéndole como pena principal ochenta (80) meses de prisión, multa en cuantía equivalente a ochocientos treinta y siete punto ochocientos veinticinco (837.825) s.m.l.m.v., y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, concediéndole la sustitución de la pena de prisión intramural por la prisión domiciliaria.

El 24 de noviembre de 2016¹², la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató el recurso de apelación interpuesto por el defensor, modificando el numeral primero de la sentencia impugnada, en el sentido de imponer al procesado multa por un valor de ciento trece millones, ochocientos cuarenta y siete mil cuarenta y un

⁸ A folios 30 a 35, cuaderno 2.

⁹ A folios 88 a 98, ibídem.

¹⁰ A folios 156 a 158, ibídem.

¹¹ A folios 199 a 240, Ib.

¹² A folios 13 a 38, cuaderno del Tribunal.

pesos (\$113.847.041), y confirmó en todo lo demás el fallo confutado; sentencia de segundo grado contra la cual la asistencia técnica del citado procesado interpuso y sustentó oportunamente recurso de casación¹³.

Esta Sala, mediante decisión CSJ AP5398-2017, rad. 50105, inadmitió los cargos segundo y tercero de la demanda, al tiempo que admitió el primero.

LA DEMANDA

Cargo No. 1

Al amparo de la causal 2^a del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el censor denuncia que a **Neftalí Ardila Canizales** se le condenó por el delito de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 s.m.l.m.v, aun cuando en la resolución de acusación no se le imputó tal circunstancia de agravación punitiva.

Así, luego de transcribir apartes de la decisión proferida por esta Corporación CSJ SP, 25 de mayo de 2011, rad. 36152, asegura que si bien en el pliego acusatorio se hizo énfasis en que la cuantía del peculado era la suma de \$113.847.041, lo cierto es que al momento de adecuar la conducta, la representante de la Fiscalía indicó que encuadraba en la descripción típica del artículo 133 del

¹³ A folios 50 a 65, Ib.

Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, «en cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales, Artículo 133, sancionado con pena de seis (6) a quince (15) años», sin indicar, en modo alguno, que la pena se aumentaba a la mitad porque la cuantía superaba el monto descrito en el inciso 3° de la norma en cita.

Para el recurrente, tal yerro resulta del todo trascendente pues «la sentencia condenatoria desbordó el marco de la imputación jurídica y quebrantó el principio de legalidad del delito y de la pena, en tanto edificó en contra del procesado una responsabilidad penal mayor a la que le correspondía, que tuvo incidencia directa en el monto de la pena impuesta, con la inclusión de una circunstancia específica de agravación punitiva en clara afectación del principio de congruencia que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia condenatoria¹⁴».

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, excluir la circunstancia de agravación punitiva y redosificar la pena atendiendo los límites punitivos para la infracción básica.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, asegura que en resolución de acusación de 24 de febrero de 2014, la Fiscalía Séptima Delegada de la Unidad Nacional Anticorrupción acusó a **Nefalí Ardila Canizales**

¹⁴ A folios 75, cuaderno del tribunal.

como determinador del delito de «peculado por apropiación, en cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes», descrito en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, sancionado con pena de seis (6) a quince (15) años de prisión, y, pese a que en varios apartes de la resolución se indicó el cuantioso monto de lo apropiado, «en ninguna de esas glosas se precisó que ello constituía un agravante punitivo por la cuantía, al corresponder ésta a un monto superior a los doscientos salarios mínimos aplicables al caso¹⁵».

Sin embargo, el *a-quo* condenó al procesado por el delito de peculado por apropiación, incluyendo la circunstancia de agravación punitiva consistente en que el monto de lo apropiado superaba 200 s.m.l.m.v., la cual «no estaba debidamente expresada y motivada en la resolución de acusación por parte de la Fiscalía, lo cual redundó significativamente en la dosificación de la pena en perjuicio del condenado¹⁶», lo que se constituye en una vulneración del principio de congruencia.

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, eliminar la circunstancia de agravación punitiva, y redosificar la pena.

CONSIDERACIONES

¹⁵ A folio 48, cuaderno de la Corte.

¹⁶ A folio 53, cuaderno de la Corte.

De conformidad con el cargo planteado por el recurrente, la Sala abordará, en primer lugar, las consecuencias procesales de la falta de imputación de una circunstancia específica de agravación, y, luego, realizará el examen del caso.

(i) Las circunstancias específicas de agravación en la resolución de acusación

El numeral 3° del artículo 398 de la Ley 600 de 2000 prevé que la resolución de acusación debe contener, además, «*La calificación jurídica provisional*», exigencia que se cumple con la determinación no solo del tipo básico o especial que se imputa, sino de las circunstancias genéricas y/o específicas de agravación. Obviamente, la concreción de los hechos que fundan la adecuación típica es otro presupuesto insoslayable, tal y como lo dispone el numeral 1° de la precitada disposición normativa.

Entonces, la omisión de una imputación jurídica y fáctica completa, vulnera el debido proceso de este acto que da inicio y define el objeto del juicio, pero también puede menoscabar el derecho a la defensa porque impide conocer en su exacta dimensión los cargos y los hechos respecto de los cuales habrá de ejercerse. De esa manera, la sentencia no podrá condenar por un delito o por una circunstancia de agravación cuya imputación se haya omitido en su aspecto

fáctico o jurídico, so pena de infringir, a más de los anteriores derechos, el principio de congruencia.

Al respecto, ha sido abundante el desarrollo jurisprudencial en torno al principio de congruencia, concretamente, respecto de las circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva. El criterio de la Corte es el que sigue:

«El principio de congruencia entre la sentencia y resolución de acusación se expresa en la necesaria consonancia que debe existir entre estos dos actos procesales en los aspectos fáctico, jurídico y personal. Es decir, que debe haber identidad entre los hechos investigados objeto de la calificación, la trascendencia jurídica que se le ha dado en la acusación y a aquéllos que son objeto de pronunciamiento en la sentencia, sin que se desconozca su núcleo esencial, sin que puedan ser modificados ni desbordados, so pena de que se vulneren las garantías fundamentales de los procesados y de los demás intervinientes en el proceso penal.

Temática sobre la cual, la Sala tiene definido que independientemente del acto en que esté contenida la acusación, es decir, que esté representada en el trámite ordinario del proceso con la resolución calificatoria o que corresponda a la formulación de cargos para sentencia anticipada o haya sido adicionada o modificada a través de la variación de la calificación provisional en la etapa de juzgamiento, o incluso, en el sistema acusatorio esté representada por el allanamiento a la imputación, en un acuerdo o en el escrito de acusación, la sentencia que se profiera como conclusión del trámite debe guardar congruencia con la imputación fáctica y jurídica formulada, ya que ésta constituye el marco conceptual, fáctico y jurídico que condensa la pretensión punitiva del Estado, y de igual manera, define para el procesado el ámbito de ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, limitando de esta manera los aspectos que serán objeto del debate en el juicio y de decisión por parte del juez.

3. Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte ha definido que el procesado solo puede ser juzgado por las conductas definidas fáctica y jurídicamente en la resolución de acusación e incluso, ha reafirmado que para que las circunstancias específicas y genéricas de agravación punitiva puedan ser consideradas en la sentencia es necesario que previamente le hayan sido imputadas al inculpado tanto fáctica como jurídicamente en la acusación.

Solo de esta manera podrá cumplirse con la garantía al debido proceso y a un juicio público, expresadas mediante el conocimiento previo e inequívoco que tenga el procesado de los cargos que se formulan en su contra tanto por su contenido fáctico como jurídico. En consecuencia, la certeza sobre su contenido permitirá que correlativamente el acusado ejerza el derecho de defensa y a su vez, que el juez tenga definido el marco fáctico y jurídico dentro del cual podrá emitir el fallo que corresponda» (CSJ SP, rad, 28 jul 2006, rad. 25648)

En decisión más reciente, en el mismo sentido esta Sala manifestó:

«De cara a la anterior constatación resulta oportuno reiterar la doctrina de esta Corporación según la cual el principio o garantía de congruencia entre sentencia y acusación, constituye base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos se erige en marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución.

(...)

En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en 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 conclusión, la inclusión de una causal de agravación punitiva por parte de los falladores, que no fue enrostrada fáctica y/o jurídicamente al procesado en la resolución de acusación o en la variación que de ella se hiciera una vez finalizado el debate probatorio en la etapa de juzgamiento, atenta contra las garantías del procesado, entre ellas, el derecho de conocer de manera previa el aspecto fáctico y jurídico de lo que se le acusa.

(ii) Examen del caso

Sostiene el demandante que a **Nefthalí Ardila Canizales** se le condenó por un delito de *peculado por apropiación agravado*, sin que en la resolución de acusación se le haya imputado jurídicamente la circunstancia específica descrita en el inciso 3° del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, reproducida en el inciso 2° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, esto es, «Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salario mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad». Por ello, considera, debe entenderse que el

cargo formulado es el de *peculado por apropiación* simple y dictar un fallo de sustitución con base en esta calificación.

A efectos de verificar si se consolida la queja propuesta, es preciso señalar cuál fue la imputación jurídica endilgada en la resolución de acusación:

«CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL

El delito por el cual procede, encuentra adecuación típica en el Código Penal de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, Libro Segundo, Título III. Delitos contra la Administración Pública, Peculado por Apropiación, en cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales, Artículo 133, sancionado con pena de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años, del decreto Ley 100 de 1980, aplicable para la época de ocurrencia de los hechos; en condición de Determinador, al tenor de lo previsto en el artículo 29 del Código Penal en concordancia con el artículo 22 *ibidem*. Con circunstancias de mayor punibilidad por obrar en coparticipación criminal conforme al artículo 58 Nral. 10 de la Obra Penal.

ARTICULO 133. PECULADO POR APROPIACION. 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 e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2).

ARTÍCULO 58. Circunstancia de mayor punibilidad. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 1...2...3...4...5...6...7...8...9...10. Obrar en coparticipación criminal¹⁷».

Finalmente, en la parte resolutive se indicó lo siguiente:

«RESUELVE.

PRIMERO: PROFERIR RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN en contra de NEFTALÍ ARDILA CANIZALES, de condiciones civiles y personales anotadas, como presunto responsable del delito de Peculado por Apropiación a título de dolo en calidad de determinador, en el sentido de haber concurrido en su realización sin tener las calidades exigidas en el tipo penal, y conforme a las razones anotadas en la parte motiva de este proveído...¹⁸».

En la fase de juzgamiento, concluida la práctica de pruebas, y sin que los sujetos procesales ni el juez advirtieran la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, se presentaron los alegatos de conclusión, oportunidad en la que la delegada de la Fiscalía General de la Nación solicitó se emitiera sentencia condenatoria en contra de **Nefthalí Ardila Canizales** por «El delito de **PECULADO POR APROPIACIÓN** definido en el Art. 133, modificado por la Ley 190 de 1995 artículo 19, penalizado con pena de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de

¹⁷ A folios 194 y 195, cuaderno No. 1.

¹⁸ A folio 230, cuaderno No. 1.

seis (6) a quince (15) años, contemplado en el Decreto Ley 100 de 1980, aplicable para la época de los hechos, sí existió en la suma de dinero equivalente a \$113.847.041.00, siendo de esta forma vulnerado el bien jurídico tutelado ya que se logró finalmente la apropiación definitiva de estos dineros por parte del mencionado ex trabajador, concurriendo la voluntad del aquí implicado, quien en todo caso llevó a cabo todas las acciones que suponían la ejecución del delito».

El análisis de las piezas procesales hecho en precedencia, revela, que si bien en la imputación fáctica se indicó que el acta de conciliación No. 69 de 13 de julio de 1998, celebrada en la Inspección Dieciséis de Trabajo Regional Cundinamarca entre el procesado y la apoderada del Foncolpuertos, lo fue por un valor de \$113.847.041.00; no se especificó que dicho monto superaba la suma de 200 s.m.l.m.v., para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos; ni mucho menos se indicó que dicha circunstancia, se constituía en una causal específica de agravación del tipo penal de peculado por apropiación, contenida en el inciso 3° del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de ley 190 de 1995, que reza: «Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salario mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)».

No obstante lo anterior, en la sentencia de primera instancia de 31 de octubre de 2014, el *a-quo* condenó a **Nefthalí Ardila Canizales** como determinador responsable

del delito de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 s.m.l.m.v., luego de considerar lo siguiente:

«El cargo objeto de juzgamiento formulado por la Fiscalía contra NEFTALÍ ARDILA CANIZALES, corresponde a la supuesta comisión del delito de peculado por apropiación por la suma de \$113.847.041.00, equivalente a 558.55 SMLMV para el año 1998, esto es, agravado por la cuantía, en el grado de determinador, derivado del pago aprobado por la resolución No. 2647 de 31 de julio de 1998, con la cual se dispuso reconocer y cancelar el Acta de conciliación No. 069 del 13 de julio de 1998, que refleja el acuerdo celebrado en la inspección 16 del Trabajo y Seguridad Social Regional de Bogotá, mediante la cual, se cancelan diferencias de mesadas atrasadas, salarios moratorios e indexación, entre otros conceptos, a favor del ex trabajador».

Impugnada la anterior decisión, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de noviembre de 2016 confirmó la condena por el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía superior a 200 s.m.l.m.v., manifestando lo siguiente: «La conducta por la cual se condenó a ARDILA CANIZALES fue la de peculado por apropiación de \$113.847.041.00, cifra que superó ampliamente los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para 1998¹⁹, se suerte que se adecuaba al inciso 2º del artículo 397 de la Ley 599 de 2000 aplicable por favorabilidad.^{20,21}

Conforme a lo anterior, en el caso sometido a consideración de la Corte, se lesionó el principio de congruencia, pues no existe identidad jurídica entre la

¹⁹ “El salario mínimo legal mensual vigente para el año 1998 era de \$172.005”.

²⁰ “El artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980 modificado por la Ley 190 de 1995 vigente para la época de los hechos, consagraba la misma sanción de prisión, la codificación posterior limitó la multa a 50.000 SMLMV”.

²¹ A folios 34 y 35, cuaderno del Tribunal.

sentencia y la acusación, toda vez que se le atribuyó al procesado una circunstancia específica de agravación punitiva no deducida en el pliego acusatorio, lo que vulnera el derecho de defensa del sindicado, porque se le impidió conocer la base jurídica de la causal agravante por la que se produjo la condena.

En efecto, a partir de la indagatoria²² los actos de defensa estuvieron dirigidos a demostrar que **Nefthalí Ardila Canizalez** no había incurrido en el delito de peculado por apropiación, sin la causal de agravación por la que se produjo la condena.

En consecuencia, la Corte casará parcialmente la sentencia impugnada, con el propósito de declarar que el delito por el cual se condena al acusado es el de peculado por apropiación, contemplado en el inciso 1° del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995 - Código Penal vigente para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos-, sin la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso 3° de la norma en cita, en calidad de determinador.

(iii) De la prescripción de la acción penal

Advierte la Sala que, con la supresión de la causal de agravación específica del delito de peculado por apropiación,

²² A folios 152 a 158, cuaderno No. 1.

referida a que el monto de lo apropiado supera 200 s.m.l.m.v., la pena sufre una importante reducción, razón por la cual resulta oportuno verificar la vigencia de la acción penal.

De vieja data tiene dicho la Sala, que la calificación jurídica del delito definida en la sentencia irradia efectos sustanciales para todos los efectos legales, no sólo para la pena, sino inclusive respecto de los cómputos de la prescripción de la acción penal, en referencia a cualquiera de las fases del proceso, postura que ha sido pacífica y reiterada.²³

En la decisión CSJ SP, 4 de mayo de 2006, rad. 24894, la Sala indicó que si, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala, la calificación impartida en la resolución acusatoria, no obstante su naturaleza provisional, adquiere la categoría de ley del proceso en cuanto que es a partir de su proferimiento cuando el procesado obtiene la certeza acerca del cargo o cargos de los cuales debe defenderse en desarrollo del debate en el juicio -derecho fundamental que el Estado está en la obligación de garantizar-, tal actividad defensiva sólo se materializa con la declaración judicial pertinente contenida en la sentencia dictada en las instancias.

²³CSJ SP, 5 de marzo de 1996, rad. 8336; CSJ. SP 23 may. 2012, rad. 35256, y AP3836-2015, 8JUL. 2015, rad. 46273; CSJ AP, 15 de septiembre de 2010, rad. 34524; CSJ AP, 9 de agosto de 2011, rad. 37082; CSJ, SP17062-2015, rad. 47135, entre otras.

De ahí que es la imputación penal hecha en los fallos de instancia con carácter definitivo, incluyendo la de reemplazo proferida por la Corte en virtud de la prosperidad del recurso de casación, la que permite establecer el término prescriptivo de la acción penal. (CSJ SP981-2017, rad. 46327; CSJ SP2902-2016, rad. 46801; CSJ AP3826-2015, rad. 46115).

Sobre esto último, esta Corporación en sentencia CSJ SP17356-2016, rad. 47891, luego de verificar que se había transgredido el principio de congruencia, toda vez que el procesado fue condenado por circunstancias de agravación punitiva por las cuales no se había producido acusación, casó la sentencia impugnada y ajusto el fallo suprimiendo dichas agravantes, y, a efectos de verificar la vigencia de la acción penal, indicó que «la calificación jurídica que define el monto a tener en cuenta para efectos de la prescripción de la acción penal, **debe ser aquella declarada en la sentencia que en este momento emite la Corte, la cual es por los delitos de homicidio (artículo 103 del Código Penal) y concierto para delinquir (primer inciso del artículo 340 ibí²⁴)**»

Así, la Corte analizó el fenómeno prescriptivo frente a ambas conductas punibles, sin las circunstancias de agravación punitiva respectivas, y encontró que el fallo emitido por el delito de concierto para delinquir resultaba violatorio del debido proceso, pues se profirió cuando el Estado había perdido su potestad sancionadora, por lo que se

²⁴La Corte se refería a la Ley 599 de 2000.

dispuso: «**CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO**, el fallo de segunda instancia, decretando su nulidad únicamente en lo relativo al delito de concierto para delinquir y, en consecuencia, cesar procedimiento por prescripción de la acción penal relativa a dicha conducta».

Como se anticipó en el acápite segundo de la presente sentencia de casación, el delito por el cual se condena al acusado **Nefthalí Ardila Canizales**, es el de peculado por apropiación, contemplado en el inciso 1° del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995 - Código Penal vigente para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos-, sin la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso 3° de la norma en cita, en calidad de determinador; en consecuencia, es esta la imputación penal definitiva que debe atenderse para efectos de establecer el término prescriptivo de la acción penal.

Ahora bien, como quiera que el procesado ha sido condenado en calidad de determinador, a efectos de examinar el acaecimiento o no del fenómeno de la prescripción, se deberá atender el ámbito punitivo previsto en la norma que viene de citarse, que establece que dicha conducta contempla una pena de seis (6) a quince **(15) años** de prisión, por lo que la acción penal para el determinador, prescribe en quince años, de conformidad con las normas arriba citadas. Más aun cuando así lo establece el inciso

primero del artículo 30 de la Ley 599 de 2000: *«Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción».*

Cabe anotar que para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo, no se aumentará la pena de conformidad con lo establecido en el inciso 5° del artículo 83 del Código Penal, pues el determinador y el cómplice, no requieren las especiales calidades exigidas en la legislación para el autor, en los delitos de sujeto activo calificado, como en este caso. (Ver al respecto, CSJ AP3528-2017, rad. 49991; CSJ AP1510-2017, rad. 48381; CSJ SP14005-2014, rad. 37074).

Con base en lo anterior, como los hechos ocurrieron el 6 de agosto de 1998 – fecha en la que se efectuó el pago de la resolución No. 2647 de 31 de julio de 1998, por medio de la cual se ordenó pagar el acta de conciliación No. 069 de 13 de julio de 1998, por un valor de \$113.847.041.00²⁵-, la Fiscalía contaba con 15 años a partir de esa data, para proferir la resolución de acusación debidamente ejecutoriada, lo cual sólo ocurrió el 6 de marzo de 2014, momento en que la acción penal se encontraba prescrita, fenómeno que aconteció el 6 de agosto de 2013.

En esa medida, la Sala declarará la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal derivada del delito de peculado por apropiación en favor de **Nefthalí Ardila Canizales**.

²⁵ A folio 137, cuaderno No. 1.

Con relación a la acción civil derivada de la conducta punible, habida cuenta que la misma fue ejercida al interior de este proceso, también se declarará su extinción por haber operado el fenómeno de la prescripción, 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 el inculcado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como levantar 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,

R E S U E L V E

Primero: CASAR PARCIALMENTE por el primer cargo propuesto en la demanda, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el entendido de declarar que **Neftalí Ardila Canizales** es responsable del delito de peculado por apropiación, contemplado en el

inciso 1° del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.

Segundo: DECLARAR PRESCRITAS las acciones penal y civil derivadas del delito de peculado por apropiación por el cual se condena a **Ardila Canizales**, según las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Tercero: Ordenar, en consecuencia, la cesación de procedimiento en favor del enjuiciado **Neftalí Ardila Canizales**.

Cuarto: PRECISAR que corresponde al juez de primera instancia proceder a la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado 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.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

Bogotá D.C., febrero 1° de 2018.

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicado 50105.

Decisión mayoritaria. Acta 25 de 31 de enero de 2018.

Magistrado Aclara Voto: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

La Sala ha declarado, en el primer numeral de la parte resolutive de la sentencia, que al procesado no le es exigible en el caso concreto por el delito de peculado el incremento punitivo por la cuantía de 200 S.M.L.M.V. y como consecuencia de ello, en el numeral segundo, declaró la prescripción de la acción penal del ex trabajador de Foncolpuertos Neftalí Ardila Canizales, sin incluir en el conteo el incremento del artículo 82 del Código Penal para el partícipe.

El motivo de la aclaración de mi voto, estando de acuerdo con la decisión, es que estimo necesario precisar dogmáticamente por qué comparto la prescripción, para que no quede el mensaje equivocado que en todos los casos necesariamente a los partícipes no se les puede incrementar el término de prescripción de la acción penal (artículo 83 del C.P., inciso 5° en la Ley 599 de 2000 y el inciso 6° del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011).

La prescripción, para su ocurrencia, cuando se vale de un elemento del tipo punitivo para determinar su ocurrencia como fenómeno extintivo de la acción penal acude a la pena máxima prevista, el código sustantivo penal de 2000 o cualquier otro estatuto siempre ha señalado que “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley”. Cuando la sanción no es privativa de la libertad fija un término, a saber “en ningún caso será inferior a cinco (5) años”.

El legislador tasa perentoriamente el término de prescripción por razón de la conducta expresada en el verbo rector, como acontece con el inciso 2 del artículo 1° de la Ley 1426 ídem. En otras ocasiones a la susodicha consideración le suma la edad del sujeto pasivo condicionando el término de extinción a su conteo a partir de la mayoría de edad de la víctima.

La ley ha tenido en cuenta circunstancias personales (como la de servidor público) que deben concurrir en el autor (inmediato, mediato, autor por actuar por otro, coautoría propia o impropia) bien sea que se le declare responsable por dominio de la acción, posición de garante o incumplimiento de un deber objetivo de cuidado. En estos asuntos la Sala Penal de la Corte ha sostenido que el incremento solamente es para el autor en quien concurra la condición de servidor público y no para los partícipes, aludiendo a la redacción original del artículo 82 del D.L.

100 de 1980 (Declarado exequible por la Corte Constitucional en las sentencias C-087-97, C345-95 y C-128-96, cuyo tenor es el siguiente:

El término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere **cometido** en el país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos. (negrilla fuera de texto).

Esa interpretación de la Sala de entonces, que es la que se aplica en este proceso, la comparto porque los hechos ocurrieron cuando el procesado no ostentaba la condición de trabajador de Foncolpuertos (extrabajador pensionado), no era servidor público sino un particular y estaba vigente el texto transcrito del D.L. 100 de 1980.

Lo que quiero significar es que el suscrito no reclamó el incremento del término prescriptivo del partícipe porque no era servidor público cuando cometió la conducta punible.

Hoy por hoy no puede quedar duda que a los autores o partícipes de una conducta punible, que intervengan por razón o con ocasión de sus funciones, si tienen investidura de servidor público, siempre deberá hacerse el incremento, así sean condenados como autores, determinadores, cómplice o interviene, no cuando carezcan de esa calidad en el servicio o labor.

Recuérdese, que en virtud de los principios adoptados para determinar la autoría y participación en los artículos 29 y 30 del C.P., en los tipos de la parte especial y las doctrinas del dominio del hecho, la posición de garante o el deber objetivo de cuidado, la condición de servidor público no es suficiente para ser autor en tipos penales en los que otros elementos exigen especiales condiciones, como por ejemplo, en el peculado por apropiación no es suficiente la calidad de servidor público, sino también tener la disponibilidad del objeto material sobre el que recae la conducta, por lo que si no se tiene esa disponibilidad, la atribución no puede ser a título de autor sino de partícipe y por ende con incremento del término de prescripción de la acción.

Las anteriores afirmaciones se hacen con base en el contenido de los siguientes textos legales:

Artículo 83 del C.P. de 2000: “Al **servidor público** que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o **partícipe** en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte” (negrilla fuera de texto).

Inciso 6 del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011. “Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas **realice** una conducta punible o **partícipe**

en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. (...)”

A partir de la vigencia del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 el incremento del término prescriptivo se aplica a los que ostenten la condición de servidor público al momento de la consumación del delito, bien sea que obren como autores o partícipes, cualquiera sea la modalidad de estas categorías en las que se actúe.

Cordialmente,

EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
Magistrado