



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

SP15015-2017

Radicación: 46751

Aprobado Acta N. 311

Bogotá, D. C., septiembre veinte (20) de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Emite la Corte fallo de casación luego de admitida la demanda presentada por la defensa de WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta de fecha 29 de noviembre de 2014, modificatoria de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad que lo condenó anticipadamente por los delitos de peculado por apropiación y fraude procesal.

HECHOS

De acuerdo con lo consignado en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada se extrae que el abogado WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA, en representación de su

señora madre, Estebana Correa, el 21 de marzo de 2007 presentó demanda ejecutiva contra el Instituto de Seguros Sociales-Seccional Magdalena, con base en unas facturas de compra de medicamentos por valor de \$22.175.608; el asunto correspondió por reparto al Juzgado Segundo Civil Municipal de Ciénega. En el trámite del proceso ejecutivo el 27 de marzo siguiente, se libró mandamiento de pago por ese valor en contra de la mencionada entidad.

Luego, por solicitud del demandante, dicho juzgado en auto de 13 de abril de 2007 admitió otras facturas para que se acumularan al mandamiento de pago inicial.

Previamente a lo anterior, el día 9 de abril de 2007, el abogado WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA sustituyó el poder a su colega Orlando Rafael Bolaño Robles, quien el 8 de mayo de ese año desistió de la demanda, solicitando su devolución. Ese mismo día la abogada del ISS presentó escrito de excepciones oponiéndose a la ejecución ante la falsedad e inconsistencias del título valor.

El 23 de mayo de 2007, OÑATE CORREA vuelve a presentar demanda ejecutiva en representación de sus padres Estebana Correa Mieles y Jaime Oñate, igualmente a cargo del Instituto de Seguros Sociales, a partir de varias facturas de compra de medicamentos; es así que el 28 de mayo siguiente, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ciénega libró mandamiento de pago. Para la primera por \$23.691.300 y respecto del segundo, lo fue por \$28.476.400.

Esa misma autoridad, en auto de 31 de mayo posterior, dispuso la acumulación de las pretensiones de Jaime José Oñate Cuello y Estebana Correa Mieles, quienes quedaron representados por el abogado Orlando Rafael Bolaño Robles.

El proceso continuó con la elaboración de la liquidación de los créditos por el abogado demandante que frente a uno fue de \$50.652.008 y el otro de, \$52.167.700, liquidación de la cual se ordenó correr traslado al ISS en auto de 30 de julio de 2012. El 12 de octubre de 2007, reasumió el poder el abogado WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA, quien desiste de las pretensiones y solicitó el desgloce de la actuación.

La autoridad administrativa –Instituto de Seguro Social- en respuesta a las pretensiones de la primera de las demandas, informó que las facturas con las que se inició el cobro ejecutivo, carecían de los soportes necesarios para su reconocimiento, además que algunas de ellas fueron alteradas en su valor.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Por los hechos antes narrados, la Fiscalía General de la Nación decretó la apertura de investigación y ordenó la vinculación de WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA a través de indagatoria que se surtió el 30 de enero de 2014.

El 14 de marzo siguiente se le resolvió situación jurídica, absteniéndose la Fiscalía de imponer medida de aseguramiento, al tiempo que decretó la extinción de la acción por prescripción respecto del delito de falsedad en

documento privado.

2. Con posterioridad el procesado solicitó la realización de audiencia de formulación y aceptación de cargos, dado su interés de acogerse a sentencia anticipada, diligencia que se llevó a cabo el **7 de mayo de 2014**, en la que se le formularon los cargos de coautor del delito de fraude procesal e interviniente en el punible de peculado por apropiación previsto en el inciso 1° del artículo 397 del Código Penal, en la modalidad de tentativa de acuerdo con la circunstancia descrita en el inciso 2° del artículo 27 del mismo estatuto. Como circunstancias genéricas modificatorias de la punibilidad por el delito de peculado se le atribuyeron las previstas en los numerales 1 y 10 del artículo 58 de la norma penal sustancial.

3. Como consecuencia de la aceptación de cargos, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, el 8 de agosto de 2014, emitió sentencia condenatoria en contra de WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA, declarándolo responsable de los delitos de peculado por apropiación en la modalidad de tentativa y en calidad de interviniente, en concurso con la conducta de fraude procesal a título de coautor, imponiéndole las penas de 33 meses de prisión, multa de veinte millones de pesos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 33 meses.

La ejecución de la pena de prisión le fue condicionalmente suspendida por reunirse los requisitos fijados en el artículo 63 del Código Penal.

4. El fallo de primer grado fue impugnado por el delegado fiscal, el apoderado de la parte civil y la defensa, motivo por el que el Tribunal Superior de Santa Marta conoció del asunto en apelación y mediante decisión de 28 de noviembre pasado, modificó la sentencia condenando al acusado por los mismos delitos descritos en el fallo del *a quo*, pero imponiéndole la pena de 43.2 meses de prisión. Además le revocó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le negó la prisión domiciliaria, razón por la cual dispuso que se librara orden de captura en contra de WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA.

5. La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por el defensor del enjuiciado, cuya demanda fue admitida en auto de 17 de septiembre de 2015.

6. El proceso regresó a la Corte con concepto del Ministerio Público, el 11 de agosto de 2017.

EL LIBELO

El profesional que representa los intereses del acusado, postula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, así:

1. NULIDAD

Al amparo de la causal tercera de casación sostiene que el proceso adolece de nulidad por violación del debido proceso, cuya cobertura se remonta a la realización del acto

de formulación y aceptación de cargos hasta la emisión, inclusive, de la sentencia de segunda instancia.

Estima que los hechos que sirvieron de soporte para la formulación y aceptación de cargos son diferentes a aquellos consignados en la resolución de situación jurídica, siendo los primeros los que fundamentaron la sentencia, sin que los jueces de instancia advirtieran irregularidad alguna, la cual estaban en el deber de corregir aun cuando se tratara de la aceptación de los hechos y responsabilidad por parte del acusado.

Hace consistir el error en la cuantía del delito de peculado, la cual fue enmarcada dentro del inciso primero del artículo 397 del Código Penal, cuando en realidad correspondía a la del inciso tercero, toda vez que del cobro ejecutivo presentado a nombre de Estebana Correa Mieles, varias de las facturas aportadas se encontraban enmendadas, motivo por el que no podía concluirse que su valor conjunto fuera el de \$22.175.608.

Resalta que de acuerdo con dictamen pericial se estableció que en el proceso ejecutivo promovido por Estebana Correa Mieles, el valor requerido era de \$22.504.908, mientras que en el presentado por Jaime Oñate Cuello éste era de \$ 28.474.900, prueba que fue desconocida por la Fiscalía en el momento en el que formuló cargos para sentencia anticipada, pues allí se planteó que respecto del primer proceso el monto pretendido era de \$50.652.008, y respecto del segundo, lo reclamado fue \$52.167.700.

Afirma que teniendo en cuenta que cada una de las facturas que se pretendía cobrar no superaba el valor de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la punibilidad que debió aplicarse en relación con el delito de peculado por apropiación es la indicada en el inciso tercero del artículo 397 del Código Penal, tomando como criterio para determinar la cuantía del delito, la apropiación más alta, esto es, el valor de la factura mayor.

Añade que el delito de peculado por apropiación en la modalidad endilgada, envuelve un delito masa cuya punibilidad es la descrita en el parágrafo del artículo 31 del Código Penal. Además, precisa que la circunstancia genérica de mayor punibilidad de haber obrado en coparticipación criminal se predica únicamente de esta infracción, tal y como quedó consignado en el acta para sentencia anticipada, no obstante, expresa que fue tomada en cuenta para establecer los límites punitivos del tipo base.

Por tanto, solicita que se rehaga el trámite desde la audiencia de formulación y aceptación de cargos con el fin de que se corrijan los yerros puestos de presente.

2. CARGO SUBSIDIARIO – VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

Aduciendo la causal primera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, denuncia la violación directa de la norma sustancial por interpretación errónea del artículo 31 del Código Penal, así como la aplicación indebida de los numerales 1° y 10° del artículo 58 de la misma normatividad.

Concreta el error en la tasación de la pena específicamente en la elección del límite mínimo para el delito base que fue el de fraude procesal, que se fijó en 66 meses al ubicar el rango de punibilidad dentro de los cuartos medios por concurrir circunstancias genéricas de menor y mayor punibilidad, ignorándose que las mismas solo fueron atribuidas para el delito de peculado por apropiación, como expresamente quedó consignado en el acta de aceptación de cargos.

Finalmente, señala que el Tribunal al redosificar la pena, se equivocó en la escogencia del delito más grave.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Frente al primer cargo sostiene que no fueron los fallos de instancia los que determinaron el cómputo aritmético de las facturas para establecer la cuantía del peculado, sino el propio interregno criminal, en tanto que todas ellas, en forma conjunta, fueron presentadas por el procesado a través de dos procesos ejecutivos, en cada uno de los cuales el demandante hizo la sumatoria de los valores.

En esa medida, aclara el Ministerio Público, el concurso de los delitos de peculado no deviene de la multiplicidad de facturas con pretensión de ser tenidas como títulos ejecutivos, sino del hecho de los dos procesos ejecutivos que se instauraron para obtener el pago total del valor de la sumatoria de las facturas.

Precisa que no es cierto que se haya concluido en la sentencia que la cuantía del peculado era de \$102.819.708, pues quedó clarificado que se trataba del concurso de dos punibles de peculado en la modalidad de tentativa cada uno por valor de \$50.652.008 y \$52.167.100, montos correspondientes a las liquidaciones de los créditos presentadas por la parte demandante.

Resalta que a pesar de este recuento fáctico, en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, aunque no se indica a qué inciso del artículo 397 del Código Penal se ajusta la pena por el delito enrostrado en razón de su cuantía, sí se señala que la sanción a imponer es la de 6 a 15 años de prisión que es la contemplada en el inciso primero.

La delegada de la Procuraduría le otorga la razón al recurrente en torno a la selección de los extremos mínimo y máximo para el delito de peculado por apropiación, ya que el fallador optó por la pena de 6 a 22 años de prisión, la cual es la que prevé el inciso segundo de la norma en cuestión.

Sin embargo, tal desatino, agrega, fue corregido por el fallador de segundo grado al redosificar la sanción de acuerdo con el inciso primero que establece una sanción de 6 a 15 años de privación de la libertad, concluyendo en forma acertada que es el delito de fraude procesal el que contempla la pena más grave.

Por tanto, solicita que el primer cargo sea desestimado.

2. Al abordar el segundo reparo, sostiene que las causales genéricas de agravación previstas en los numerales 1 y 10 del artículo 58 del Código Penal, se predicán para la conducta de peculado y no para la de fraude procesal que fue el tipo base seleccionado para la determinación de los extremos de la sanción por ser el delito con la pena más grave.

Sin embargo, sostiene que el cargo así propuesto no está llamado a prosperar, puesto que ello no comporta alteración en el sentido de la decisión o violación de una norma sustancial, *«sino solo alteración en el cálculo de la pena imponible a un concurso delictual de naturaleza heterogénea de cuyos delitos uno ostenta la calidad de agravado»*.

En un acápite final solicita que el fallo se case oficiosamente por haber incurrido el sentenciador en dos errores al dosificar la sanción.

El primero, porque es un desatino que se hubieran aplicado circunstancias genéricas de agravación para el tipo de fraude procesal, cuando en el acto de formulación de cargos quedó establecido con claridad que las mismas se reputaban del delito de peculado.

El segundo, por cuanto se agravó la sanción a partir de una circunstancia no incluida en la formulación de cargos, la cual fundamentó un incremento de 4 meses relativa a *«corresponder los delitos materia allí de justiprecio en su sanción al desarrollo criminal de una organización delictiva bien estructurada, de alcance departamental con*

presencia delictual en diversos asuntos, involucrando a miembros de variadas entidades y estamentos públicos quienes actuaban de manera sistemática».

Así las cosas, la pretensión de la agente del Ministerio Público es que la Corte redosifique la sanción de acuerdo con los términos de aceptación de responsabilidad del acusado.

CONSIDERACIONES

1. La censura por nulidad se sustenta en el desconocimiento de la imputación fáctica contenida en la formulación de cargos, deducida con ocasión de la sentencia anticipada, al estimar el recurrente que los hechos por los que el acusado aceptó su responsabilidad fueron disímiles a los de la condena.

Se señala lo anterior, puesto que aunque relaciona la incongruencia con la resolución de situación jurídica y la formulación de cargos para sentencia anticipada, al desarrollar su queja sostiene que ésta última fue desconocida en las decisiones posteriores, es decir en la sentencia, cuando sostiene:

*Existe causal de nulitaci3n procesal conforme al numeral 3 del art3culo 207 al configurarse irregularidades de tipo sustancial que afectan el debido proceso y garant3as fundamentales del procesado, **a partir de la confecci3n del acta de sentencia anticipada y las decisiones de los operadores judiciales que con posterioridad emitieron los correspondientes fallos.***

En ese orden, lo que realmente plantea el censor es una disonancia entre la acusación, es decir la formulación de cargos para sentencia anticipada que se asimila a la convocatoria a juicio y la condena en lo que respecta al sustento fáctico de la misma, concretamente la cuantía del peculado, motivo por el que será en estos términos que se resolverá la censura.

Adicionalmente, porque la congruencia se predica de la acusación y la sentencia, más no de la resolución de situación jurídica y la acusación como en un momento dado, sin desarrollar tal enunciado, lo indica en su escrito el demandante, habida cuenta que ningún ejercicio de confrontación realiza entre los hechos de la citada resolución de situación jurídica y aquellos atribuidos en la formulación de cargos para sentencia anticipada, ya que el reparo apunta a hacer ver a la Corte que en un aspecto circunstancial de los delitos de peculado (cuantía), la sentencia no es acorde con los cargos aceptados por OÑATE CORREA.

No obstante, reiterando la Sala que la congruencia se predica de la acusación y la sentencia, de todas formas no se observa que en la situación jurídica se hubiera dicho que la cuantía de los dos delitos de peculado, resulte disímil a la consignada en la formulación de cargos para sentencia anticipada.

En la primera decisión se dijo que un peculado equivale a \$28.476.400 y el otro a \$22.175.608, sumas que luego acrecieron a \$50.652.008 y \$52.167.700, respectivamente,

cuando luego del mandamiento ejecutivo, el demandante presentó liquidación del crédito. Por su parte en la actuación previa al fallo anticipado se atribuyeron dos delitos de peculado por apropiación en las mismas cuantías, razón por la cual el recuento fáctico contenido en la resolución de situación jurídica y el atribuido en la formulación de cargos para sentencia anticipada coinciden en un todo.

Ahora, por lo ya dicho, teniendo en cuenta que el cargo de nulidad por trasgresión del principio de congruencia, en realidad se funda en la disonancia entre la formulación de cargos para sentencia anticipada y el fallo, más no entre aquella y la resolución de situación jurídica como inicialmente se postula en el libelo, procede la Corte a resolver el reparo bajo tal entendimiento.

Sobre el principio de congruencia huelga recordar que éste se refiere a la identidad fáctica, jurídica y personal que debe existir entre la acusación y la sentencia, de modo que de quebrarse dicha relación se configura una trasgresión al debido proceso con incidencia en el derecho de defensa que en algunos casos sólo es subsanable por vía de la nulidad.

Así lo ha definido la Corporación:

“... En la sistemática de la Ley 600 de 2000, en cuyo imperio se adelantó el proceso, la Sala ha reiterado que la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación de cargos, en los aspectos personal, fáctico y jurídico. En el primero, debe haber identidad entre los sujetos acusados y los indicados en el fallo; en el segundo, identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos de la sentencia; y, en el tercero, correspondencia

entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en el fallo... La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor”.¹

Se dice que hay identidad fáctica cuando los hechos de la acusación que soportan la tipicidad del delito describen con claridad y precisión las circunstancias tanto objetivas como subjetivas de modo, tiempo y lugar, las cuales son reproducidas en el fallo, e identidad jurídica cuando el delito por el cual se acusa es el mismo por el que se condena.

La Corte se ha encargado de reiterar los elementos necesarios para reputar la congruencia entre la acusación y la sentencia:

Se observa que para que exista congruencia entre el acto de acusación o su similar, según sea el caso, deben concurrir tres elementos entre dicho acto y la sentencia emitida por el juez correspondiente, los cuales se determinan de la siguiente forma:

- *Identidad de sujetos, también conocido como congruencia personal; esto es, que la misma o mismas personas que son objeto de acusación, sean a las que se refiere la sentencia.*
- *Identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, también denominado congruencia fáctica; lo que se traduce en que por los mismos hechos por los cuales se efectuó el acto de acusación, sea emitido el fallo.*
- *Correspondencia de la calificación jurídica; es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena, salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando*

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Única Instancia del 23 de febrero de 2010, Radicado No. 32.805, contra el ex senador Álvaro García Romero. Criterio que ya había sido analizado por la Corporación en el Auto del 30 de junio de 2004, Radicado No. 20.965 y reiterado en el Auto del 20 de febrero de 2008, Radicado No. 28.954. También fue expuesto en iguales términos dentro de la Sentencia de Casación del 4 de abril de 2001, Radicado No. 10.868.

dicha calificación jurídica varía, siempre que no se agrave la situación del procesado. (CSJ SP, 25 May 2011, Rad. 32792)

El aspecto sobre el que se funda la alteración de los hechos que denuncia el recurrente, se concreta en la cuantía de las conductas que se calificaron como dos peculados por apropiación que se le atribuyeron al procesado OÑATE CORREA, pero lo que se advierte es que la queja no se soporta en que lo fáctico hubiera sido alterado por el fallador, sino en el criterio de la defensa, quien considera que la tipicidad de esos comportamientos corresponde a la prevista en el inciso tercero del artículo 397 del Código Penal, ya que, agrega, el rasero a tener en cuenta es el monto de la factura más alta, y no la suma de todas las facturas cuyo pago se pretendía con los procesos ejecutivos que promovió el acusado.

El planteamiento del censor se encuentra indebidamente postulado puesto que en realidad no busca acreditar la trasgresión del principio de congruencia por desconocimiento del aspecto fáctico, sino que ataca la apreciación de los hechos para la tipificación del delito de peculado de acuerdo con la cuantía, de tal forma que dicha adecuación se ajuste a su forma particular de apreciarlos, en orden a que se califiquen de la manera más conveniente para su representado.

Pese a este error de postulación, la Corte resolverá de fondo el reparo, por cuanto los errores de adecuada

fundamentación de los que adolezca el libelo de casación se entienden superados con la admisión de la demanda.

Por lo anterior, seguidamente se aborda el estudio de la adecuación típica del delito de peculado por razón de la cuantía.

En ese orden, es equivocado afirmar que el cobro irregular de las sumas de dinero a favor de cada uno de los demandantes se realizó a través de varias conductas de peculado, toda vez que la demanda incoada en representación de Estebana Correa buscaba el pago de la suma de \$22.175.608 y fue por ese monto que se libró mandamiento de pago. Por su parte, la acción ejecutiva presentada a nombre de Jaime Oñate Cuello aspiraba a la cancelación de \$28.476.400, valor por el que también se libró mandamiento de pago.

Por ende aquí no se trataría de una conducta continuada de peculado por apropiación, sino de un comportamiento ejecutado en un solo momento y a través de una única acción, sin que por el hecho de que el título ejecutivo se componga de varios títulos valores, el monto de cada uno, individualmente considerado, se convierta en el criterio para establecer el monto de lo que el acusado pretendió apropiarse.

En esa medida, sería incorrecto dar al proceder de OÑATE CORREA la connotación de un delito continuado, pues este supone el despliegue de varios actos ejecutivos parciales y seriados de carácter homogéneo, de la misma naturaleza

típica con los que se persigue la misma finalidad, pues lo que hizo el acusado fue realizar una sola acción y en un solo momento para apropiarse de \$22.175.608, por un lado y, por otro, de \$28.474.900, sumas que luego acrecieron cuando la parte demandante presentó la liquidación de los créditos en los respectivos procesos ejecutivos.

Tampoco podría acogerse el criterio del demandante acerca de que la conducta enrostrada al procesado sería un delito masa, habida cuenta que tal modalidad delictiva implica la realización de una o varias acciones dirigidas a afectar el patrimonio económico de un colectivo de personas con un vínculo jurídico entre sí, cuya cuantía se congloba en un solo monto lo que impondría un incremento de pena de la tercera parte.

Cabe anotar que la conducta del enjuiciado calificada como peculado carece de las anteriores características, pues no afectaron el patrimonio de varias personas, sino el de una entidad pública como lo era el Instituto de Seguros Sociales. Además, pretender que se adecuen a esta especie delictiva – delito masa-, incluso conllevaría a una situación más gravosa para el procesado, ya que habría que adicionar en una sola cuantía las sumas de dinero que se pretendían cobrar a través de los dos procesos ejecutivos, tipificando la conducta en un delito de peculado por apropiación y aumentando la sanción en la tercera parte, proporción que habría de aplicarse a los extremos mínimo y máximo de la sanción.

Lo que emerge diáfano es que se cometieron dos comportamientos atentatorios contra el patrimonio público

en la modalidad de tentativa, cada uno con su propia cuantía, los cuales concursan de manera real, tal cual se imputó en la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada y que fueron aceptados en esos estrictos términos por parte de WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA.

En efecto, en dicha diligencia se dejó consignado que los hechos se remontaban a la comisión de dos delitos tentados de peculado por apropiación, uno por valor de \$50.652.008 y, otro por \$52.167.700, valores que resultaron de la liquidación de los créditos sobre las sumas originales de \$22.175.608 y \$28.476.400, aludidas en las demandas ejecutivas respectivas y por las que se obtuvo el mandamiento de pago.

Esta realidad fáctica fue ajustada al tipo penal de peculado por apropiación en cuantía superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la descripción típica del inciso primero del artículo 397 del Código Penal, al indicar el acusador que la pena correspondía a la de 6 a 15 años de prisión, términos en los que WALTER ENRIQUE OÑATE aceptó su responsabilidad en calidad de “interviniente”.

Ahora bien, en la sentencia de segunda instancia ninguna alteración se advierte en desmedro del procesado en lo que respecta al límite fáctico y jurídico de la acusación, ya que el fallador al momento de establecer la sanción imponible para el delito contra la administración pública, seleccionó el

inciso primero en armonía con lo atribuido a OÑATE CORREA en la formulación de cargos para sentencia anticipada.

Si bien es cierto, en el fallo de primera instancia el juez tipificó esa conducta dentro del inciso segundo del artículo 397 del estatuto represor al asumir que la cuantía del peculado superaba los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tal desatino fue corregido por el Tribunal al concluir que los peculados atribuidos no superaban dicho monto y que la pena a imponer era la indicada en el inciso primero de la norma en cita.

Así las cosas, el cargo de nulidad carece de soporte, ya que no se verifica una variación entre los cargos aceptados y aquellos por los que se condenó a WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA.

Es decir, el recurrente no acreditó la presunta situación que afecta de manera grave e insubsanable el debido proceso de su representado, motivo por el que el cargo de nulidad se desestima.

2. Ahora bien, en lo que atañe al segundo cargo de **violación directa** de la norma sustancial, este se funda en la incorrecta interpretación del artículo 31 del Código Penal, en la medida en que se aplicaron circunstancias genéricas de agravación punitiva al tipo base, que fueron derivadas por el acusador únicamente para la conducta calificada como peculado por apropiación.

Al verificar la tasación de la pena realizada por el Tribunal se tiene que seleccionó el punible de fraude procesal como el delito más grave, cuyo extremos punitivos delimitó entre 48 y 96 meses de prisión; a su turno fijó los cuartos de movilidad así: el primero de 48 a 60 meses; los medios de 60 a 84 meses y el último de 84 a 96 meses de prisión.

Enseguida se ubicó dentro de los cuartos medios «*como quiera que el acta de formulación de imputación para sentencia anticipada le fueron imputados a Oñate Correa las circunstancias de mayor punibilidad de que tratan los numerales 1 y 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000*» y finalmente seleccionó el primero de ellos que oscila entre 60 a 72 meses de prisión para luego de analizar las circunstancias indicadas en el artículo 61 del Código Penal, imponer como sanción para esta conducta la de 64 meses de prisión.

Por su parte, en el acta contentiva de la audiencia de formulación de cargos, al momento de delimitar la adecuación jurídica de los hechos se dijo:

«Por los anteriores hechos el Despacho le imputa los delitos de fraude procesal, en concurso homogéneo y sucesivo, en calidad de coautor (Art. 287) [entiéndase 453 del Estatuto Punitivo], que sanciona al que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. En concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de peculado por apropiación

(Art. 397), en modalidad de tentativa en concurso homogéneo y sucesivo que sanciona al servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que se éste tenga parte o 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, con la pena de 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. En calidad de interviniente (Artículo 30 del C.P). En la modalidad de tentativa (artículo 27 C.P) que señala en su inciso 2° que «cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras del máximo de la señalada para la consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla», en la medida que por parte del sindicato se presentó voluntariamente el retiro de las demandas. Y las circunstancias de mayor punibilidad descritas en el artículo 58 C.P: Numeral 1 que señala el «Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad, ya que el Instituto de Seguros Sociales del Magdalena es una entidad del orden nacional, cuyo objeto social es la prestación de los servicios de salud y seguridad social, por ende destinados a satisfacer necesidades básicas de la colectividad, en este caso la salud. Y el numeral 10: obrar en coparticipación criminal, como quiera que estos procesos ejecutivos fueron adelantados por el señor Oñate Correa junto con el abogado Bolaño Robles. **Estas circunstancias genéricas recaen sobre la conducta punible imputada de peculado por apropiación**». (Resaltado fuera del texto original)

Por tanto, asiste razón al demandante cuando sostiene que el Tribunal aplicó en forma incorrecta la norma que

regula las reglas del concurso de conductas delictivas, al no tener en cuenta que la delimitación de la pena para el tipo más grave (fraude procesal) no puede incluir las circunstancias genéricas de mayor punibilidad que se predicán de los tipos concursantes.

Contrario a lo expuesto por la delegada del Ministerio Público, en manera alguna el recurrente está discutiendo las circunstancias particulares del caso y que sustentan las agravantes; simplemente está poniendo de presente un error en la dosificación de la pena, el cual, estima la Sala, resulta relevante puesto que ajustar la sanción a su legalidad supone una pena privativa de la libertad menos rigurosa, ya que la misma habrá de fijarse dentro del primer cuarto punitivo y no en los medios.

Así las cosas, el cargo de violación directa de la ley sustancial está llamado a prosperar, razón por la que la Corte casará parcialmente el fallo, emitiendo la sentencia de reemplazo.

Previamente a redosificar la sanción, debe aclararse que en apego al principio de legalidad de las penas, la sanción para el delito de fraude procesal es la de 6 a 12 años de prisión de acuerdo con la modificación insertada por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004 al artículo 453 del estatuto represor, norma aquella cuya vigencia se remonta al 7 de julio de 2004, según disposición expresa del artículo 15 de la Ley 890 que indica que los artículos 7° a 13 de la citada ley, comienzan a regir a partir de su expedición.

Corolario lo anterior y considerando que los hechos de este asunto fueron cometidos en el año 2007, es decir, en vigencia de la citada disposición, la pena del fraude procesal es la de 6 a 12 años de prisión, multa de 200 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

No obstante, la Corte no aplicará estos extremos punitivos, toda vez que en la formulación y aceptación de cargos quedó establecido que la sanción para este delito era la de 4 a 8 años de prisión, multa de 200 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años, por manera que variar la consecuencia punitiva respecto de uno de los delitos por los que el acusado aceptó su responsabilidad, llevaría al desconocimiento del debido proceso, no solo por la alteración que implicaría a las condiciones de la aceptación de cargos en un aspecto sustancial, sino porque se agravaría su situación, siendo único recurrente.

En ese orden, la pena con base en la cual la Corte readecuará la sanción será la consignada en la aceptación de cargos por la que optó el procesado.

Tasación de la pena para el delito de fraude procesal

Los cuartos de movilidad punitiva para el punible de fraude procesal previstos en el artículo 453 del Código Penal, sin la modificación de la Ley 890 de 2004 son los siguientes:

En cuanto a la prisión, el primero oscila entre 48 a 60 meses, los medios de 60 a 84 meses y el último de 84 a 96 meses de prisión.

La multa en el primer cuarto es de 200 a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los medios de 400 a 800 y el último de 800 a 1000.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas oscilará en el primer cuarto entre 60 a 69 meses, en los medios segundo de 69 a 87 meses y en el último cuarto, de 87 a 96 meses.

Ahora bien, considerando que solo concurre la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales, la sanción habrá de imponerse dentro del margen que establece el primer cuarto, esto es, 48 a 60 meses.

Aquí corresponde indicar que el fallador de segundo grado hizo un incremento de 4 meses sobre el monto del extremo mínimo, dado que *«la conducta cometida por Oñate Correa fue sumamente grave, por darse como consecuencia de la actividad de una organización criminal que de manera sistemática se apropió de dineros del Estado destinados al Sistema de Seguridad Social en salud, que contó con la connivencia de funcionarios de Instituto de Seguro Social, de jueces de la República y de abogados litigantes y que ocurrió en varios municipios del departamento del Magdalena. Esa*

organización para el presente caso, además generó un daño potencial de \$102.819.708 por los comportamientos tentados, con un dolo directo basado en el pleno conocimiento y querer de los hechos y de la vulneración del ordenamiento jurídico, en punto de dos bienes jurídicos por lo que se hace necesaria una pena significativa que corresponde a 64 meses de prisión».

Como bien lo advierte la representante de la sociedad, ese incremento se sustentó en circunstancias no incluidas en la formulación de cargos, puesto que al hacer la atribución de los hechos, nada se le indicó al acusado sobre la existencia de una organización criminal dedicada a defraudar el Instituto de Seguro Social, integrada por abogados litigantes, jueces y funcionarios de la entidad, por manera que ninguna consecuencia punitiva se puede derivar de un hecho que no fue imputado en la acusación, entiéndase, formulación y aceptación de cargos.

Así las cosas, la sanción por el fraude procesal debe ser la mínima de 48 meses, la cual se aumentará por el concurso con otro delito de fraude procesal en la proporción tenida en cuenta por el Tribunal que fue de 6.25%² que aplicada a los 48 meses, arroja 3 meses, el cual sumado a 48 meses, concluye con una sanción para esta conducta de 51 meses de prisión.

²Sobre los 64 meses de prisión impuestos por un delito de fraude procesal, se hizo un incremento de 4 meses por otro delito de igual naturaleza, es decir que esos 4 meses sobre los 64 arrojan un proporción de incremento por el concurso heterogéneo de 6.25%.

CASACIÓN OFICIOSA

Desistimiento de las demandas por parte del procesado

La Sala advierte un yerro en la calificación que se otorgó a la acción del acusado, cuando a través de maniobras fraudulentas intentó fallidamente apoderarse de recursos públicos destinados a la salud, por haber desistido de las demandas ejecutivas en las que ya había logrado que el juez librara mandamiento ejecutivo.

Lo anterior por cuanto la sanción para ese comportamiento se ajustó al delito de peculado por apropiación como interviniente y en la modalidad delictiva consignada en el inciso 2 del artículo 27 del Código Penal que a letra dice:

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos para impedirla.

El conato de peculado se calificó bajo la preceptiva del inciso segundo de la citada norma y no del primero, en razón a la decisión que adoptó OÑATE CORREA de retirar las demandas ejecutivas luego de que se libró mandamiento de pago pero antes de que lograra hacerse a los dineros públicos

que el juez había ordenado cancelar a favor de sus padres a quienes representaba en calidad de abogado.

Pero cabe preguntarse si el retiro de las demandas por parte del procesado, en realidad comporta un acto de desistimiento liberador de responsabilidad penal respecto del delito desistido, o si de todas formas subsiste una conducta tentada contra el patrimonio del Estado que debe sancionarse.

En principio y mirado sin mayor profundidad el acontecer fáctico la conclusión sería que el mentado comportamiento se ajusta a lo que en la dogmática penal se denomina tentativa desistida, la cual acontece cuando el agente a pesar de haber comenzado la ejecución del comportamiento o haberla completado mediante actos idóneos encaminados a la consumación, voluntariamente decide finalizar el proyecto criminal y de esa forma evitar la ejecución del delito.

En casos con esas características se predica una causal de exclusión de la pena, si se analiza bajo criterios de necesidad de la sanción o, de atipicidad objetiva si se mira desde el punto de vista de la dogmática del delito, pero de todas formas exonerativa de responsabilidad, ya que en últimas se opta por no castigar la conducta del sujeto, quien solo responde por el delito remanente en caso de que éste se configure, esto es, si parte de la conducta ya realizada al momento de producirse el desistimiento, constituye en sí misma un delito de naturaleza autónoma, la sanción lo será por ese comportamiento.

La llamada tentativa desistida exige que contrario a las dos hipótesis que plantea el Código Penal como fundamento de la punición en las que se indica que la falta de consumación se da por circunstancias ajenas al agente ejecutor, en aquella modalidad es determinante que éste abandone definitivamente la idea criminosa sin la influencia de factores externos, es decir, su simple voluntad es la que impide el agotamiento de la conducta.

En esa medida, escapan de esta figura conductas tentadas en las que el abandono de la empresa delictiva no es definitivo, sino que se posterga, o situaciones en las que el desistimiento no es del todo voluntario, sino que es determinado por circunstancias externas, como por ejemplo la inminencia de ser descubierto, en fin toda una serie de posibilidades que corresponde establecer de acuerdo con la particularidad del caso. Lo importante es que objetivamente se advierta que el sujeto, encontrándose en total libertad de elegir si continua o no con su propósito delictivo, opta por abandonarlo.

La Jurisprudencia de la Corte, CSJ SP 1 jul 2009, rad. 21977, se ha ocupado del tema indicando que la tentativa desistida es aquella *«en la que el sujeto agente hace lo necesario para evitar la consumación del hecho, y la ausencia de cualquier resultado relevante es consecuencia de esa voluntad, la Sala ha señalado que tal comportamiento no es punible³ que es lo que ocurre en este caso, al contrario de lo que sucede cuando hay desistimiento, pero el resultado no se*

³ «Sentencia de 17 de julio de 2003, rad. 18768»

produce por circunstancias ajenas al agente, caso en el cual procede la rebaja prevista en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal»

En decisión que cita el anterior precedente, la Corte interpretó la modalidad de tentativa prevista en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal, la cual es punible pese a que el agente desista de continuar ejecutando el delito, pues de todas maneras la no producción del resultado no se atribuye al desistimiento, sino a circunstancias ajenas al querer del sujeto activo. Veamos:

De otro lado, el desistimiento no puede tener su fundamento en circunstancias exteriores, ajenas a la voluntad del actor; debe surgir de un motivo autónomo, independientemente de que sea éticamente valioso. Por lo mismo puede provenir del miedo ante el descubrimiento o del arrepentimiento por razones axiológicas, o incluso en motivos bajos como la decepción respecto del escaso valor de los objetos que pretendía hurtar.

Asimismo, no habrá desistimiento si está provocado por impedimentos independientes de la voluntad del autor y que paralizan su voluntad de decisión, por ejemplo, si el autor se ve descubierto y expuesto a la persecución penal.

Pero para efectos de la aplicación de la atenuante, debe considerarse además si la modalidad de desistimiento deja o no subsistente un delito remanente, porque en caso negativo lo correcto es predicar la impunidad en el actuar del agente, tal como sucede en la tentativa desistida tradicional, como lo imponen los principios de acto y culpabilidad. En cambio, si subsistiere delito remanente, la pena imponible en caso de desistimiento voluntario será la señalada en el referido inciso 2° del artículo 27 del nuevo Código Penal.

Por lo demás, queda a salvo la hipótesis donde la falta de consumación se produce no por factores ajenos a la voluntad del agente, sino exclusivamente por su propia injerencia, caso en el cual no se presentaría un fenómeno de tentativa propiamente dicha frente a la conducta punible perseguida, pues es requisito esencial del instituto la existencia de una causa extraña a la voluntad del agente que impida el resultado buscado. En este caso, el agente responderá penalmente por la conducta que se hubiese consumado antes del desistimiento.

El elemento de la voluntariedad del desistimiento, acogiendo un punto de vista psicológico, se condiciona a la autonomía del autor a que se haya motivado de manera completamente libre sin miramientos de las razones por las que renunció a la acción criminal, lo cual resulta problemático dada la imposibilidad de demostrar la voluntad humana.

Para solucionar este inconveniente han surgido teorías normativas que propenden por la valoración del hecho en sí mismo con miras a establecer si el sujeto tomó la decisión de desistir con el objeto de reorientar su conducta por el camino de la legalidad, estando aún en posibilidad de controlar la situación.

En el presente asunto, no concurren los requisitos que permiten considerar el delito que se calificó como peculado tentado en calidad de interviniente, como una tentativa desistida, habida cuenta que si bien es un hecho probado que el procesado retiró las demandas ejecutivas cuando ya se había librado mandamiento ejecutivo y la parte

demandante había radicado la liquidación de los créditos, esa acción no puede considerarse voluntaria y espontánea, carente de influencias externas que motivaran la dimisión de OÑATE CORREA y de esa forma reajustar su conducta a derecho, pues hizo todo a su alcance e incluso persistió en la apropiación indebida de dineros del Estado destinados a la salud.

Valga aclarar que el retiro de la primera demanda la hizo el abogado al que OÑATE CORREA sustituyó el poder, pero de acuerdo con el testimonio de ese profesional, Orlando Rafael Bolaños Robles, dicha actuación la hizo en cumplimiento de la instrucción que en tal sentido le hizo el procesado, que además era el hijo de ambos demandantes, quien luego de aceptado tal desistimiento, pasado alrededor de un mes volvió a presentar la demanda, esta vez a nombre de sus dos padres, utilizando para ello las mismas facturas fraudulentas para después desistir de la misma.

Esta circunstancia, la adulteración de los documentos que sustentaron el título ejecutivo, se encuentra probada, toda vez que la abogada representante del Instituto de Seguro Social como parte demandada en el primer proceso promovido por el acusado, Dra. Joselina Giraldo, el 8 de mayo de 2007, fue enterada formalmente por otra funcionaria de la entidad, acerca de que los documentos que sustentaron en su momento el título ejecutivo que dio paso al mandamiento de pago contra la entidad, carecían de los soportes indicados por la Resolución 2475 de 2004, además de verificarse que para las fechas indicadas en la facturas de servicios médicos que luego se aportaron con las demandas,

los pacientes reclamantes no recibieron ningún tipo de atención médica, además que de las 44 facturas presentadas, 21 de ellas habían sido adulteradas en su valor.

La abogada del ISS, conocedora de la irregular situación, transmitió esa información a la autoridad judicial al promover las excepciones, manifestado su oposición a las pretensiones del demandante, lo cual consignó en escrito de 10 de mayo de 2007, poniendo de presente la *«carencia de requisitos legales de las facturas y falta de mérito ejecutivo en los documentos utilizados como título por carencia de presupuestos de ley»*.

Las anteriores circunstancias impiden concluir que el procesado solo motivado por su simple voluntad, decidió abandonar el proyecto criminal y que su intención al dimitir fuera la de ajustar su conducta a derecho, pues al presentar la primera demanda a nombre de su progenitora, durante el trámite quedó en evidencia la falsedad de las facturas y su falta de requisitos legales para ser tenidas válidamente como títulos ejecutivos, lo que a no dudarlo conllevó al retiro de la demanda, aunque no directamente por Oñate Correa, sí por la instrucción que éste le dio al abogado al que sustituyó el poder.

Y resulta aún más evidente su intención de concretar la empresa delictiva, cuando volvió a presentar la demanda persiguiendo la misma pretensión y con base en las mismas facturas, pero igualmente, ahora sí directamente, decide retirarla una vez se iba a enterar a la contraparte de la liquidación del crédito, momento en el que quedaría en evidencia su intención criminosa que el Instituto de Seguro

Social ya había advertido al establecer que las sumas cobradas no estaban debidamente soportadas y que su monto había sido adulterado.

Es decir, la falta de agotamiento de la pretendida apropiación indebida, con independencia del abandono de la idea criminosa por parte de su ejecutor, de todas maneras se habría configurado ante la advertencia por parte de la autoridad administrativa acerca de la ilegitimidad de los títulos que fundaban el cobro ejecutivo, lo cual habría impedido que el proceso judicial continuara y culminara con el desprendimiento de los recursos públicos a favor de WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA, abogado demandante.

El anterior acontecer delictivo, evidencia que para el momento en el que el acusado abandona su empresa criminal, ya no tenía dominio de la situación por lo que difícilmente podría concretarse su intención de hacerse a unos recursos públicos de haber continuado con la ejecución de su conducta.

De acuerdo con lo expuesto la conclusión de la Sala es que el procesado se hace merecedor a la pena del delito por el que en apariencia desistió, al haber intentado, a través de medios idóneos, el apoderamiento de fondos del Estado pertenecientes al sector de la salud, habida cuenta que no se dan los elementos de la tentativa desistida.

Calificación jurídica del conato de apoderamiento de recursos públicos de acuerdo con la formulación de cargos para sentencia anticipada.

Las dos apropiaciones fallidas de fondos del Estado y que la Fiscalía calificó como peculados por apropiación en el grado de interviniente y en la modalidad tentada, comportan un yerro de adecuación jurídica.

En efecto la atribución de un delito a título de interviniente supone la existencia de un autor quien reúne las calidades especiales que exige el tipo penal, *verbi gratia*, el servidor público, que en forma mancomunada se asocia con otros autores o personas que no reúnen esas condiciones –interviniente o extraneus- para cometer el delito especial.

En el presente asunto, como quedó en evidencia, los hechos que soportan la aceptación de cargos, ningún referente contienen acerca de la connivencia para delinquir entre el acusado –interviniente- y algún servidor público autor de peculado, con el objeto de apropiarse de dineros del Instituto de Seguro Social.

Dicha circunstancia no fue mencionada en la indagatoria o en la decisión que resolvió la situación jurídica del acusado, tampoco en la formulación de cargos para sentencia anticipada. Es así que en la indagatoria OÑATE CORREA fue interrogado acerca de las razones por las que presentó demandas ejecutivas por \$22.504.908 y

\$28.474.900, cuando una funcionaria del Instituto de Seguro Social puso de presente que ese no era el verdadero valor de los recobros que se estaban reclamando judicialmente.

Ese mismo reparo se replicó en la resolución de situación jurídica en la que se indicó que el procesado en las demandas que presentó a nombre de sus padres, aportó facturas con sumas diferentes a las reales, al mismo tiempo carentes de los soportes exigidos por la ley para respaldar esos cobros, incluso sin que se hubiere presentado autorización médica previa, pues ni siquiera aparece su registro en las historias clínicas de los pacientes reclamantes.

En la formulación de cargos para sentencia anticipada ninguna modificación se hizo al hecho enrostrado a WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA, se reitera, haber presentado en el año 2007 dos demandas ejecutivas persiguiendo el pago de veintiocho y veintidós millones de pesos aproximadamente, valores que no eran los realmente consignados en las facturas, *«sin el respectivo soporte y sin que se hubiere presentado autorización de atención médica previa, ni hubieran sido registradas en las historias clínicas de los pacientes»*, aspectos que afloraron una vez el Instituto de Seguros Sociales concluyó la inviabilidad del reclamo al advertir irregularidades en los documentos que soportaron el título ejecutivo, lo cual fue comunicado al juez cuando en uno de los procesos la abogada del ISS presentó excepciones de mérito.

El soporte fáctico de la acusación se reprodujo sin modificación en la sentencia.

Estima la Sala que las circunstancias particulares del suceso enrostrado y aceptado por el procesado se ajustan al punible de estafa agravada en la modalidad tentada y en calidad de autor, conducta descrita en el artículo 246 del Código Penal en concordancia con el artículo 267 numeral 2, por recaer sobre bienes del Estado y artículo 27, inciso 2 del mismo precepto, al tratarse de un hecho tentado.

Todas las circunstancias que integran el citado tipo penal fueron debidamente atribuidas al acusado desde que fue llamado a rendir versión libre, quien las aceptó sin condicionamiento, al optar por sentencia anticipada puesto que fue conocedor de que el dinero que pretendía cobrar jurisdiccionalmente pertenecía al Estado y que los títulos que dieron lugar al mandamiento de pago eran fraudulentos, motivo por el cual no existe impedimento para que en sede de casación la condena se ajuste al principio de tipicidad estricta, endilgando un concurso de dos delitos de estafa agravada tentada en calidad de autor, en vez de dos conatos de peculado por apropiación y como interviniente, ya que frene a éste último comportamiento, las circunstancias que dan paso a esta forma accesoria de participación es un delito especial, no fueron atribuidas.

Como lo ha venido reiterando la jurisprudencia de la Sala, el juez puede ajustar la adecuación jurídica de la

conducta en la sentencia, siempre que se cumplan ciertos requisitos.

En decisión, CSJ SP, 25 may. 2015, rad. 44287, se hizo un recuento sobre tal postura y sus distintos desarrollos, que si bien se refirieren a casos adelantados por la ley 906, las reglas allí fijadas resultan comunes al principio de congruencia también contemplado como una garantía procesal en la Ley 600 de 2000, norma por la cual se rige este asunto.

En la mentada decisión se adoptaron las siguientes conclusiones:

«Necesario es señalar, en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto⁴, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia⁵:

‘...Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta a favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y

⁴ «...la jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado». Cfr. Sentencia del 27 de julio de 2007. radicación número 26468».

⁵ «Cfr. Sentencia del 7 de septiembre de 2011, radicación 35293».

cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes”
CSJ AP, 28 mar. 2012. Rad. 36621»⁶

En más reciente decisión, CSJ AP. 31 ago. 2016, rad. 47563, se ratificó tal postura:

*En ese orden, de acuerdo con la anterior cita, como la tesis imperante en la jurisprudencia de la Sala acoge el **principio de congruencia flexible**, en contraposición con el concepto estricto de la misma, **no constituye irregularidad alguna con capacidad de afectar las garantías de las partes, en particular aquellas que cobijan al acusado, que oficiosamente el juzgador degrade la conducta punible a favor de este último, siempre que, según quedó visto, respete el núcleo de la imputación fáctica**, puesto que en tal evento ninguna limitación al derecho de contradicción se materializa, habida cuenta que es frente a los hechos jurídicamente relevantes que el procesado ejerce su defensa en orden a controvertirlos, bien a través de la aducción y práctica de pruebas, ora mediante razonamientos jurídicos, o de ambos. (Resaltado fuera del texto original).*

Como se observa, el cambio a la calificación al delito tentado por el que el acusado aceptó su responsabilidad, además del fraude procesal consumado, no implica la trasgresión del debido proceso, ya que pese a que en últimas comporta una variación en la adecuación jurídica, ello no altera el marco fáctico de la acusación, habida cuenta que como quedó puesto de presente en páginas anteriores, desde

⁶ En el mismo sentido, la decisión en cita refiere el criterio reiterado en CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108; CSJ AP, 3 jul. 2013. Rad. 33790; CSJ AP, 28 mar. 2012. Rad. 3662.

que el acusado fue llamado a versión libre hasta que decidió aceptar su responsabilidad, siempre se le enrostró el mismo comportamiento y tal aspecto no fue modificado en los fallos de instancia.

Adicionalmente, la variación por la que opta la Corte resulta benéfica para WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA, habida cuenta que la sanción es menor para la estafa agravada en la modalidad de tentativa y en calidad de autor, que la del peculado por apropiación tentado y como interviniente, pues mientras para la primera conducta la pena oscila entre 10 meses 15 días y 96 meses de prisión, para la segunda, el rango punitivo fluctúa entre 18 a 90 meses de privación de la libertad según se explica a continuación.

Como viene de verse la modificación en punto de la calificación jurídica a la fallida apropiación de bienes del Estado para el sector de la salud, cumple con el estándar impuesto por la jurisprudencia de la Sala para proceder a dicha variación, en tanto se mantienen las circunstancias fácticas del suceso enrostrado desde los albores de la investigación y se trata de un cambio favorable porque representa una menor sanción como pasa a verse.

Tasación de la pena

La pena para el peculado por apropiación tentado de acuerdo con el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal supone una sanción de la tercera parte del mínimo y de las dos terceras partes del máximo cuando es el sujeto

activo quien desiste de agotar su conducta, pero de todas formas la no consumación del hecho obedece a circunstancias ajenas a su voluntad.

Lo anterior implica que la infracción de peculado por apropiación (art. 397 inciso 1º) en la modalidad de tentativa que contempla el inciso 2 del artículo 27 del C.P, es la de 24 a 108 meses, montos que al disminuirse en una cuarta parte para el interviniente, arrojan como rango punitivo de 18 y 90 meses de prisión.

Por su parte, la estafa, (art. 246 inciso 1º), contempla como pena la de 2 a 8 años de prisión y multa de 50 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes; tales montos se incrementan por razón de la circunstancia agravante del numeral 2 del artículo 267 del Código Penal, -cuando la conducta recae sobre bienes del Estado- lo que arroja como rangos punitivos los de 32 meses en el mínimo y 144 meses de prisión en el máximo.

Aquí corresponde precisar que la atribución de la mentada agravante no implica vulneración de la congruencia, puesto que ésta se atribuyó fáctica y jurídicamente pero no como una circunstancia de agravación punitiva, sino como elemento normativo del tipo penal de peculado por apropiación, comportamiento que por recaer sobre fondos públicos impone un mayor reproche y una sanción superior que la apropiación de bienes que no tienen esta naturaleza y así lo aceptó el acusado.

Los extremos punitivos de la estafa agravada se reducen de la tercera parte en el mínimo y a las dos terceras partes en el extremo superior al tratarse de un delito tentado en los términos descritos en el inciso 2 del artículo 27 del Código Penal, razón por la que la prisión para tal comportamiento es la de 10 meses 15 días en el mínimo y 96 meses en el máximo.

Frente a esta conducta la pena imponible tendría que calcularse dentro de los cuartos medios, puesto que concurre la circunstancia genérica de agravación punitiva indicada en el numeral 1 del artículo 58 del Código Penal, a saber, ejecutar la conducta sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad, distinta a la específica para los delitos contra el patrimonio económico cuando recaen sobre bienes del Estado (Art. 267 numeral 2).

Como causa genérica de menor punibilidad fue imputada la contemplada en el numeral 10 de la misma normativa, la cual por las razones que ya expuso la Corte, no se aplica, toda vez que no puede deducirse una coparticipación criminal en la conducta ejecutada por OÑATE CORREA.

Así las cosas, la sanción para la estafa se hallaría dentro de los cuartos medios, de donde el mínimo sería de 32 meses y el máximo, de 74 meses y 15 días de prisión.

Ahora, para establecer la proporción por el concurso heterogéneo de delitos, se respetará la pauta fijada en las instancias, para cuyo objeto es menester indagar en la tasación de la pena que para tales conductas se hizo en la sentencia y que en su momento se calificaron como peculado por apropiación.

Es así que frente al incremento por el concurso con dos delitos de peculado por apropiación, en la modalidad de tentativa y por la condición de interviniente, el fallador de segundo grado hizo un incremento de 4 meses sobre los 64 que le hubiera correspondido imponer de haber sido correcto fijar la sanción para el delito principal de fraude procesal dentro de los cuartos medios. Es decir que la medida de «*hasta otro tanto*» que tuvo en cuenta el Tribunal para el aumento del concurso heterogéneo, el cual fue de 4 meses, se hizo sobre el máximo posible a aumentar (64 meses), motivo por el que esos 4 meses, equivalen al 2.56%.

Ahora habiendo la Sala corregido la tasación de la pena para el tipo principal de fraude procesal, puesto que de acuerdo con lo ya explicado, lo acertado es calcular la sanción dentro del primer cuarto; a los 51 meses que corresponden por el delito base en concurso homogéneo, se le debe aplicar la proporción del 2.56% que es de 1.33 meses, monto que se adiciona a los 51 meses por el concurso con dos delitos de estafa agravada tentada a título de autor,

quedando una sanción privativa de la libertad definitiva de 52 meses y 10 días.

A su turno este quantum se reduce en un 40% por razón de la aceptación anticipada de responsabilidad por la que optó el procesado en la fase investigativa. De tal manera la pena de prisión a la que se hace merecedor WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA es la de 31 meses y 12 días.

De otro lado, precisa la Sala que las demás penas principales de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, no sufren modificación debido a que las impuestas en primera instancia y que no fueron modificadas por el Tribunal, resultan más benéficas para el procesado que aquellas indicadas por la ley para el tipo base de fraude procesal.

Véase como la pena de multa para esta conducta está fijada, en el mínimo, en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes que de acuerdo con el salario mínimo para el año 2007 (fecha de comisión del hecho), equivalen a \$86.740.000, frente al pago de \$20.000.000 que se impusieron al acusado como pena pecuniaria.

Frente a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se irrogó en el mismo término que la sanción principal definitiva fijada por el *ad quem* (43.2 meses), mientras que el tipo base contempla un mínimo de 60 meses.

Suspensión condicional de la ejecución de la pena

En cuanto al subrogado penal consagrado en el artículo 63 del Código Penal, cobra vigencia lo dispuesto en el fallo de primer grado, puesto que la razón por la que en segunda instancia se revocó su concesión, tuvo que ver con el factor objetivo, dado que la sanción impuesta superaba los 36 meses de prisión y en ese orden, ningún pronunciamiento hizo el Tribunal sobre el aspecto subjetivo, por lo que no fue una materia propuesta en la demanda de casación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE por el cargo segundo de la demanda promovida por la defensa de WALTER ENRIQUE OÑATE CORREA, la sentencia de 28 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta. En consecuencia, imponer como pena de prisión la de treinta y un (31) meses y 12 días de prisión.

SEGUNDO: CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO la sentencia demandada, en el sentido de declarar que la calificación que corresponde a las fallidas apropiaciones del

patrimonio del Instituto de Seguro Social, es la de estafa agravada en la modalidad de tentativa y en calidad de autor.

TERCERO: Cobra vigencia la decisión tomada por el juez de primera instancia en lo relativo a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En lo demás el fallo no sufre modificación.

Contra esta decisión, no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria