



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

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado ponente

SP668-2018
Radicación N° 49570.
Acta 90.

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de **Julio Peñaloza Hoyos** contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 31 de agosto de 2016, que confirmó, en gran parte, la decisión de condenarlo, al igual que a Oscar Zambrano Guerrero, como determinadores del delito de peculado por apropiación agravado, adoptada por el Juzgado

16 Penal del Circuito de esa misma ciudad, el 31 de agosto de 2015.

HECHOS

El señor **Julio Peñaloza Hoyos** fue trabajador del Terminal Marítimo y Fluvial de Buenaventura, desde el 18 de febrero de 1974 hasta el 28 de agosto de 1991, fecha en la que se retiró con derecho a pensión, y ocupó el cargo de estibador de servicios marítimos.

Por su parte, Oscar Zambrano Guerrero, quien también se desempeñó en el mismo cargo, permaneció vinculado a dicha empresa desde el 13 de abril de 1972 hasta su retiro el 28 de julio de 1992.

A **Julio Peñaloza Hoyos**, se le acusó de que luego de su salida de la compañía, no obstante habersele liquidado y pagado en debida forma las acreencias laborales a que tenía derecho, adelantó proceso ordinario laboral fraudulento con el que logró la reliquidación de algunos de esos conceptos, al igual que el reconocimiento de sanción moratoria, mediante sentencia del 14 de octubre de 1993 proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura, en cuantía de \$65.619.976,76 pesos, pese a no tener derecho a ello.

Así mismo, en otro proceso que conoció el Juzgado 1º Laboral de esa misma ciudad, obtuvo fallo contrario a derecho

del 13 de noviembre de 1996, que dispuso el reajuste de sus cesantías definitivas y el pago de indemnización por mora, con base en lo cual la entidad demandada le efectuó el pago de \$44.300.000.

Respecto de Oscar Zambrano Guerrero, la fiscalía encontró que, fruto de dos acciones judiciales similares a las anteriores promovidas como extrabajador portuario, consiguió que el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buenaventura emitiera fallos a su favor el 24 de abril de 1995 y el 8 de mayo de 1997, en razón de los cuales obtuvo, de manera indebida, el desembolso de \$41.589.036,18 y \$57.600.000, tras la expedición del acto administrativo 2226 del 12 de junio de 1998.

Los anteriores proveídos fueron finalmente revocados por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, a través de sentencias del 14 de junio de 2001, 28 de junio, 30 de septiembre y 18 de julio de 2002, respectivamente, tras encontrar que las prebendas laborales reconocidas a ellos carecían de apoyo convencional y legal.

Las erogaciones así realizadas por la empresa demandada generaron pagos inapropiados en detrimento del patrimonio del

Estado y la consecuente afectación del bien jurídico de la administración pública.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La presente investigación se inició con motivo de la compulsa de copias ordenada por un Fiscal Delegado ante el Tribunal de Bogotá, en interlocutorio del 20 de marzo de 2007, por cuyo medio dictó medida de aseguramiento de detención preventiva a Harold Gamboa Velásquez, por peculado por apropiación en favor de terceros derivado de los pronunciamientos que emitió en su condición de Juez 1º Laboral del Circuito de Buenaventura, a favor, entre otros extrabajadores portuarios, de **Julio Peñaloza Hoyos** y Oscar Zambrano Guerrero, en los que reconoció prebendas sin soporte legal y convencional alguno.

2. Fue así que, el 21 de agosto de 2008¹, la fiscalía abrió investigación contra **Peñaloza Hoyos**. Posteriormente, mediante resolución del 22 de septiembre siguiente², se extendió la apertura a Oscar Zambrano Guerrero, Enrique Torres Torres, Rafael Reina Reina y Franklin Prado García.

3. Escuchados los antes mencionados en diligencias de indagatoria, llevadas a cabo los días 23 y 27 de octubre de 2008³; y una vez clausurada la investigación⁴, el 4 de junio

¹ A folio 249 C. O. I. No. 1.

² A folio 280 C. O. I. No. 1.

³ A folio 289 y ss C. O. I. No. 1.

de 2009 se calificó el mérito del sumario con resolución de preclusión⁵ a favor de los sindicatos, respecto del delito de peculado por apropiación simple.

4. Contra esa decisión el apoderado de la parte civil interpuso recurso de apelación, que fue resuelto mediante decisión del 30 de junio de 2010⁶, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, con la cual se revocó parcialmente la providencia impugnada, para en su lugar proferir resolución de acusación contra **Julio Peñaloza Hoyos** y Oscar Zambrano Guerrero, como presuntos responsables del tipo penal básico de peculado por apropiación, en calidad de determinadores.

5. Una vez dicha decisión cobró ejecutoria el 14 de octubre de 2010, el asunto pasó a la etapa de juicio y, por reparto, el conocimiento le correspondió, inicialmente, al Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá, que celebró audiencia preparatoria el 13 de diciembre de 2010⁷. Posteriormente, el proceso fue reasignado a sus homólogos 21, 50 y 49, siendo este último el que agotó la vista pública el 9 de julio de 2013⁸.

6. Más adelante, la actuación fue redistribuida al Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que el día

⁴ A folio 165 C. O. I. No. 2.

⁵ A folios 180 y ss, C. O. I. No. 2.

⁶ A folio 6, C. O. I. segunda instancia.

⁷ A folio 23 C. O. J. No. 1.

⁸ A folio 219 C. O. J. No. 3.

29 de abril de 2014⁹, declaró «la invalidez parcial» de la actuación a partir de la clausura de la etapa probatoria -de la causa- para que el ente acusador variara la calificación jurídica en los términos del artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

7. El 14 de julio siguiente¹⁰, se reanudó el acto público, sesión en la que, conforme a la sugerencia del juez, la fiscalía modificó la imputación para atribuirles el mismo delito pero en la modalidad de «agravado» por la cuantía al superar lo apropiado los 200 s.m.l.m.v.; y, en concurso homogéneo y sucesivo por la pluralidad de conductas realizadas.

8. Una vez se cumplió el resto del trámite previsto en la norma citada, el 18 de marzo de 2015 concluyó la audiencia pública; y el 31 de agosto próximo, el juzgado de conocimiento dictó fallo, en el que decidió condenar a los procesados¹¹.

8.1. A Julio Peñaloza Hoyos, a 74 meses de prisión, multa de 217.34 s.m.l.m.v. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la pena corporal, tras declararlo responsable del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en calidad de determinador.

⁹ A folio 3 C. O. J. No. 4.

¹⁰ A folio 21 ibídem.

¹¹ A Folios 121 y ss ibídem.

8.2. A Oscar Zambrano Guerrero, le impuso la pena de 83 meses de prisión, multa de 524.37 s.m.l.m.v. y la accesoria de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por el tiempo de la sanción principal, luego de encontrarlo determinante responsable del delito de peculado por apropiación agravado en concurso.

8.3. Así mismo, como reparación de los daños y perjuicios, les ordenó devolver a la Nación el valor de lo apropiado; les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena; en tanto que les otorgó la prisión domiciliaria.

9. El defensor de **Julio Peñaloza Hoyos**, interpuso recurso de apelación contra dicha decisión, el cual fue desatado por la Sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá 31 de agosto de 2016¹², mediante proveído que modificó el fallo impugnado, pero solo en relación al procesado no recurrente Oscar Zambrano Guerrero, para quien dispuso eliminarle la modalidad concursal atribuida, y, su lugar, declararlo responsable de *un único* peculado por apropiación agravado. En tal sentido, le redujo la pena de prisión a 76 meses y al mismo término la accesoria de interdicción de derechos impuesta¹³. En lo demás, la providencia cuestionada la mantuvo incólume.

¹² A folios 6 y ss C. O. J. segunda instancia.

¹³ El Tribunal consideró que en relación a este procesado el fallo de primera instancia había violado sus derechos fundamentales, y desconocido el principio de congruencia, toda vez que fue penado por un concurso de delitos no imputado en la resolución de acusación. Estimó que si bien la fiscalía, en la oportunidad que tuvo para variar la calificación jurídica, introdujo la modalidad concursal que finalmente fue tomada en cuenta por el juez para condenarlo, tal actuación derivó en incorrecta, porque dicha alteración implicaba la adición de delitos y

10. Frente a esa determinación, la asistencia técnica de **Peñaloza Hoyos** incoó y sustentó oportunamente recurso de casación cuyo libelo la Corte admitió.

LA DEMANDA

Tras identificar los sujetos procesales, la sentencia impugnada, los hechos juzgados y la actuación relevante, el actor alude a la causal 2ª del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, y asegura que la condena emitida contra su representado no se encuentra en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Así, una vez transcritos algunos apartes de decisiones emanadas de esta Corporación, que se refieren al alcance del principio de congruencia en materia penal, el demandante denuncia que tal prerrogativa fue desconocida en este caso, al haberse deducido en la sentencia que condenó **Peñaloza Hoyos** por el delito de peculado por apropiación, una agravante punitiva que no estuvo contemplada en el pliego de cargos.

Cataloga como de inapropiado el proceder del juzgado con el que, una vez culminada la vista pública, por iniciativa propia, resolvió anular lo actuado y retrotraer el diligenciamiento hasta antes de clausurarse dicha

hechos nuevos, lo cual le estaba vedado hacerlo, asumiendo que en el pliego de cargo solo le fue atribuido una única conducta de peculado por apropiación.

audiencia, para que, con base en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, la fiscalía variara la calificación jurídica de la acusación, en el sentido de añadir a la imputación la agravante contenida en el inciso segundo del artículo 397 del C. Penal.

Reprocha al ente investigador haber aprovechado la reapertura de ese espacio procesal para realizar la enmendadura solicitada por la judicatura, con olvido de que la oportunidad que tuvo para para ello había precluido luego de su intervención en la audiencia de juzgamiento.

Tales actos, a juicio del recurrente, desquiciaron la estructura del proceso y vulneraron el derecho de defensa del acusado, porque ni el juez ni la fiscalía tenían atribución para adelantar dicho procedimiento.

Es así que, partiendo del supuesto de que el mentado trámite fue errado y debe estimarse inexistente, aduce el libelista que la afectación de las garantías también se concretó con la inclusión, en la condena proferida contra **Peñaloza Hoyos** por el delito de peculado por apropiación, de aquélla agravante, puesto que tal circunstancia no hizo parte del inicial llamamiento a juicio.

Esa incongruencia *«constituye un asalto a la buena fe, es un golpe alevé, ni el condenado ni su defensor se imaginaron jamás la posibilidad de este gravamen punitivo y por lo mismo no*

hicieron nada, no podían hacer nada para defenderse de esa agravante que le significó que la pena se la impusieran como dice la sentencia y "No leve" sino "Muy grave", toda vez que del mínimo que era el correspondiente según los términos de la resolución de acusación, proferida por la Fiscalía Delegada ante la Sala Penal del Tribunal de Bogotá. Estipulado en una pena inferior, se pasó a una pena superior. Con esto contraviniendo claros preceptos fundamentales».

En consecuencia, solicita que se case la sentencia impugnada y, en su lugar, proferir la que deberá reemplazarle, en aras a restablecer las garantías fundamentales de **Julio Peñaloza Hoyos**.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público conceptuó que no le asiste razón al censor en su pretensión, por lo que solicitó no casar la sentencia de segunda instancia.

Así, después de hacer un recuento de los actos procesales relevantes, concluyó que no hubo afectación sustancial del debido proceso ni del derecho a la defensa del procesado, ya que la fiscalía estaba facultada para de variar la calificación jurídica en la audiencia pública y adicionar el agravante por la cuantía al delito endilgado, siempre y cuando respetara el núcleo básico de la imputación fáctica

contenida en la resolución de acusación, como de hecho ocurrió.

En ese sentido, estima la delegada, ninguna violación existió al principio de congruencia que imponga casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

1. Como la demanda presentada por el apoderado de **Julio Peñaloza Hoyos** fue declarada ajustada a derecho, la Sala resolverá de fondo el problema jurídico planteado en el escrito, en armonía con los fines de este mecanismo extraordinario, orientados a la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, a la reparación de los agravios inferidos a las partes y a unificar la jurisprudencia, tal como lo estipula el artículo 206 de la Ley 600 de 2000.

2. El demandante aduce que los derechos de defensa y debido proceso de su representado, fueron transgredidos con la declaratoria de nulidad del *a-quo* del 29 de abril de 2014, efectuada cuando ya había finalizado la audiencia pública de juzgamiento y el proceso se encontraba en espera de dictarse sentencia, con el fin de que la fiscalía variara la calificación jurídica de la acusación y añadiera, al delito imputado, la agravante contenida en el inciso

segundo del artículo 397 del C. Penal, siendo que para esos momentos la oportunidad para realizar dicha modificación había precluido, conforme lo normado por el artículo 404 del C. Procedimiento Penal.

2.1. Situación que replica negativamente en el principio de congruencia que rige en materia penal, porque **Julio Peñaloza Hoyos** finalmente resultó condenado por el ilícito de peculado por apropiación agravado por aquélla circunstancia, sin que ésta estuviera contemplada en el pliego de cargos que inicialmente lo convocó a juicio.

2.2. Y estima el actor que la trascendencia del yerro denunciado radica en que al procesado se le impuso una pena superior a la que se hubiese derivado de la acusación originaria, que se dedujo por la modalidad simple del peculado.

2.3. No obstante, desde ya encuentra la Sala que el cargo formulado por el censor no tiene vocación de prosperidad, pues parte de equívocos postulados, como la supuesta imposibilidad del juez de garantizar la legalidad del proceso mediante la declaratoria de nulidad por errada calificación jurídica de los hechos; la violación al principio de congruencia; y la presunta trascendencia de un error, que en ultimas, resulta inexistente.

2.4. La Corte, en otras oportunidades¹⁴, ha precisado que bajo el Decreto 2700 de 1991 la resolución de acusación se tornaba intangible y asumía la condición de referente necesario y único de la sentencia, sin que le fuese permitido al fiscal o al juez modificarla en la fase del juicio, cualquiera que fuera el motivo alegado, ni menos desbordarla al momento de dictar sentencia. Sin embargo, la codificación adjetiva de 2000 ya contempló la mutación de la calificación jurídica, como una posibilidad jurídica viable en determinadas situaciones.

2.5. En efecto, se ha dicho, que según las previsiones de la normatividad que rituó el asunto (Ley 600 de 2000), la resolución de acusación se constituye en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre el cual se soportará tanto el juicio como el fallo, garantía que irradia al derecho a la defensa, ya que el procesado no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir, conservando así la unidad lógica y jurídica del proceso. No obstante, el artículo 404 prevé que en la fase del juicio puede ajustarse la adecuación típica a iniciativa del funcionario acusador o por petición o insinuación del juzgador, siempre preservando las garantías del procesado a fin de que cuente con la oportunidad para controvertir la acusación, incorporar nuevos elementos de juicio o suspender el proceso para analizar esa nueva imputación.

¹⁴ CSJ SP 14 feb. 2002, rad. 18457; CSJ SP2649-2014, 5 mar. 2017, rad. 36337, entre otras.

2.6. El carácter «pétreo» de la resolución de acusación fue descartado por la Corte Constitucional¹⁵, cuando al conocer de la demanda contra el artículo 442 de la Ley 600 de 2000 -referido a los requisitos formales de resolución de acusación-, destacó la naturaleza provisional de la calificación jurídica, ante el deber de compaginar la garantía fundamental de la presunción de inocencia, con la obligación estatal de realizar la justicia.

Al respecto dijo el Tribunal Constitucional:

...el carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante sentencia definitiva. Si, por el contrario, la calificación fuera inmodificable, se mantendría lo dicho en la resolución de acusación, aunque en el curso del juicio se demostrara que ella, en su base misma, era deleznable, lo cual carece del más elemental sentido de justicia.

(...)

Basta sugerir, a título de ejemplo, lo que acontecería si -en el supuesto de una norma legal como la quiere la demandante-, calificado el hecho punible bajo un determinado tipo legal en la resolución de acusación y hallado en el curso del proceso que el sindicado no cometió ese delito, sino otro, plenamente probado, fuera imposible para el juez proferir el fallo de condena en cuanto le

¹⁵ CC C-491/96.

estuviera vedado modificar la calificación jurídica inicial. El delito, entonces, por mal calificado, quedaría impune, frustrándose el postulado constitucional que obliga al Estado a realizar un orden justo.

2.7. De igual forma, esa misma Colegiatura en sentencia C-620/01¹⁶, al confrontar el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 con el texto Superior, hizo énfasis en que la resolución de acusación no es definitiva, porque el proceso no se agota en la etapa de instrucción. De ahí que en la fase de juzgamiento el juez pueda modificarla en caso de que, luego del análisis probatorio, encuentre que la adecuación típica realizada por la fiscalía no se ajusta cabalmente a la conducta ejecutada por el procesado:

Es inadmisibile entender que la posibilidad de modificar la calificación jurídica vulnera el derecho de defensa, ya que sería absurdo sostener que su protección radica en la permanencia en el error o la omisión en que haya podido incurrir el fiscal al proferir dicha providencia. Adicionalmente, la provisionalidad de la calificación responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso, toda vez que protege la presunción de inocencia, la cual sólo se desvirtúa con la sentencia condenatoria.

De esta forma, la calificación inicial sobre el delito no puede ser invariable, ya que el objetivo de todo proceso, en especial los procesos penales, es esclarecer los hechos, los autores y partícipes con fundamento en el material probatorio recaudado, para administrar justicia con apoyo en la verdad y en la convicción razonada de quien resuelve. De ahí que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de

¹⁶ 13 de junio de 2001.

modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se inició el proceso.

La Corte no comparte entonces el criterio de la demandante y del Procurador, cuando afirman que al facultar al juez para declarar la nulidad de la resolución de acusación se estaría violando el ámbito de competencia del fiscal, pues de sostenerse que la decisión del fiscal debe quedar incólume, es decir, que sea inmodificable por el juez, se caería en el absurdo de avalar la permanencia en el error con la excusa de estar protegiendo los ámbitos de competencia del juez y del fiscal.

Por el contrario, esta Corporación encuentra perfectamente lógico y ajustado a derecho que el juez, como director del proceso, pueda corregir los errores que se cometan en el transcurso del mismo, de modo que se proteja el fin del proceso penal, esto es, el esclarecimiento de los hechos, la búsqueda de la verdad y la justicia material, así como los derechos fundamentales de quien está siendo procesado por la comisión de un hecho punible. Esto responde también al principio varias veces mencionado de la colaboración funcional, según el cual los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (art. 113 de la C.P).

2.8. Doctrina que conserva plena validez, no obstante la posterior declaratoria de inexequibilidad¹⁷, por vicios de trámite, del aparte de la norma en comentario que facultaba al juez para decretar la nulidad de la acusación cuando existiera disputa con la fiscalía respecto de la calificación jurídica que debía dársele a la conducta; y es compartida por la Corte Suprema de Justicia en decisiones como las que, entre otras, se relacionaran más adelante.

¹⁷ CC C-760 del 18 de julio de 2001.

2.9. En el caso *sub examine* encuentra la Sala que mediante auto del 29 de abril de 2014, el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, a quien por reasignación le fue remitido el expediente, resolvió decretar la nulidad parcial de lo actuado a partir «...del momento posterior a la clausura de la fase de pruebas, específicamente, desde cuando se concedió el uso de la palabra a la funcionaria delegada de la Fiscalía General de la Nación, para que alegara de conclusión en la vista pública».

2.10. Y en lo que guarda relación con el desacuerdo del casacionista, se advierte que dicha determinación fue adoptada tras verificarse que el funcionario instructor incurrió en el error de adecuar jurídicamente el comportamiento investigado en el delito de peculado dejando por fuera la agravante especial prevista en el inciso segundo del artículo 397 del C. Penal, para los casos en que el valor de lo apropiado supera el equivalente a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de los hechos. Estimó el *a-quo* que para ajustar la acusación a sus precisos marcos, era necesario reabrir el debate público y acudir al procedimiento del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, y no afectar, así, la congruencia que debe guardar la sentencia con aquella determinación, máxime que sí, de alguna forma, se le agravaría la situación al procesado.

2.11. Es evidente que tal actuación procuró enmendar el aspecto jurídico contenido en el pliego de cargos

respetando el debido proceso, ya que ciertamente los hechos por los cuales se acusaba se referían a pagos obtenidos por los extrabajadores portuarios, con ocasión de las demandas laborales promovidas por medio de su representante judicial, en cuantía que superaba el equivalente a la prevista en dicha norma penal.

2.12. Posteriormente, reanudada la vista pública desde el momento señalado por la judicatura, con apego al trámite previsto en el artículo 404 citado, se le concedió el uso de la palabra al delegado del ente acusador, quien aceptó la sugerencia de la primera instancia y decidió variar la calificación jurídica hecha inicialmente, para formularla por el punible de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en concurso homogéneo sucesivo. De dicha mutación se corrió traslado a los demás sujetos procesales, y conforme a su petición se suspendió la diligencia para el debido estudio de la nueva adecuación por parte de ellos.

2.13. La audiencia pública continuó sin que las partes interesadas solicitaran la práctica de pruebas, por lo que el despacho judicial cognoscente procedió a otorgarles el uso de la palabra para los alegatos conclusivos, agotado lo cual culminó la diligencia.

2.14. No halla, entonces, la Sala error alguno en esa actuación, pues bajo el esquema de la Ley 600 de 2000, la Corte ha precisado que los falladores tanto de primera como

de segunda instancia, y aún en casación, tienen que atender su oficio de jueces constitucionales y, por ello, si advierten un error en la calificación jurídica de la conducta, deben propender de la manera más adecuada por su corrección, incluso a través de la facultad invalidatoria, como ocurrió en el presente caso.

2.15. Así, en decisión CSJ SP 4 may. 2005, rad, 18687, bajo supuestos de hecho muy similares, la Sala consideró:

La Sala, sin embargo, acota que, la imputación hecha a (...) en la calificación del sumario, por homicidio simple, no corresponde a la estricta legalidad, puesto que, si por las pruebas recaudadas y valoradas, se consideró que la vinculación de la sindicada con el homicidio se derivaba del precio pagado o la promesa remuneratoria hecha al homicida material, lo jurídico habría sido imputarle el cargo de homicidio agravado por la circunstancia del ordinal cuarto del artículo 324 del código vigente para la época de los hechos, pues es evidente que de ello resulta la mayor intensidad punitiva derivada de la condición de determinadora para que se diera muerte a (...), circunstancia de agravación con trascendencia para efectos de determinar la orientación de los fallos de instancia.

La decisión judicial debe adoptarse, en todo caso, en procedimiento que goce de amparo constitucional y legal, de lo contrario, debe ser invalidada para ajustar a derecho la actuación afectada por irregularidades sustanciales o por vulnerar garantías fundamentales. Este marco de juridicidad y presupuesto procesal, por mandato del artículo 216 del C.P.P. debe restablecerlo oficiosamente la Sala, al atribuírsele en la citada disposición la facultad-deber de

declarar la nulidad de lo actuado cuando al resolver el recurso de casación advierta alguna de las eventualidades en mención. Tal solución está reiterada en el artículo 307 ibídem.

*El error de adecuación en el que incurrió la fiscalía al acusar a (...) un **homicidio simple** y condenarla el juzgado y el Tribunal por dicha imputación, pero admitiendo que se probó la calidad de determinadora de un **homicidio agravado** (por precio o promesa remuneratoria), no puede corregirse sino anulando lo actuado, pues, al ajustar la imputación a la legalidad se violaría el principio de congruencia y, de ignorarse dicha irregularidad, ello conduciría a quebrantar los principios de legalidad (imperio de la ley) y tipicidad del delito, además del derecho constitucional de defensa.*

El efecto inmediato de la invalidación, no es la agravación de la situación jurídica de la inculpada, sino la reposición de la actuación, independientemente de los resultados que se produzcan, además, es inconcuso que en la recomposición del proceso se brindará a los sujetos procesales la posibilidad de ejercer los derechos y las garantías que las normas les reconoce. De ahí que en tales casos no pueda aducirse válidamente y ab initio, violación al principio de la prohibición de la reforma en peor.

La Sala, por las razones anotadas, casará entonces y de oficio la sentencia proferida por el Tribunal de Medellín, invalidando lo actuado a partir de la intervención del fiscal en la audiencia pública y las actuaciones subsiguientes, por cuanto que, es incuestionable la aplicación del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, por su carácter procedimental de aplicación inmediata, en virtud del cual se pueden introducir, en la acusación variaciones de la calificación jurídica provisional por error en su denominación. (Resaltos fuera de texto).

2.16. En sentencia CSJ SP 5 nov. 2008, rad. 23521, también se dijo:

Cuando el juez (individual, colectivo o extraordinario) anula la sentencia porque encuentra un error en la calificación jurídica, lo hace en virtud de su oficio como juez constitucional, por el simple hecho de que el funcionario judicial siempre tiene como referentes ineludibles el cumplimiento de la Constitución y de la ley.

La declaración de nulidad obliga a rehacer la actuación – castiga el proceso-, pero de ninguna manera ata el sentido de la nueva sentencia, ni las posibilidades defensivas que surjan a partir de la reconstrucción del rito. No impide a la parte defensiva ejercer el derecho de contradicción a plenitud en el proceso reconstruido (Vg. probar alguna causal de ausencia de responsabilidad penal, someterse a la terminación abreviada del proceso por sentencia anticipada, preacordar los términos de la imputación, allanarse, etc.).

Lo que persigue la declaración de nulidad es exclusivamente “garantizar a plenitud el derecho al debido proceso” sin perder de vista que el juez del conocimiento (juzgado – tribunal – Corte Suprema) funge como sede de control constitucional y legal, bien que se tramite por el sistema ordinario o por el sistema de imputación consensuada.

En suma, al juez como director de la etapa de juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido correctamente formulada, sin que ello comprometa su imparcialidad, y esa función no es ajena a los juzgadores colectivos (tribunales y Corte).

La Corte reitera su pensamiento pacífico en el sentido de que, cuando la imputación difiere del supuesto fáctico real

no puede ser tomada como fundamento correcto de la sentencia... sencillamente porque no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto; al encontrar una resolución de acusación acertada en lo fáctico (imputación fáctica) pero abiertamente desfasada en lo jurídico (imputación jurídica), la nulidad se impone como remedio.

2.17. En la misma línea de pensamiento la sentencia CSJ SP 29 jul. 2009, rad. 31743:

Cuando es el juez (individual, colectivo o el de sede extraordinaria) quien advierte crasos errores en la forma de calificación de la conducta, procederá de manera oficiosa a declarar la nulidad del proceso a partir de la calificación, para que se rehaga el llamamiento a juicio, con todo y el apremio de los términos de la prescripción de la acción penal.

2.18. Igualmente el auto CSJ AP 12 abr. 2010, rad 30859 donde se enfatizó:

...Si lo que pretendía el demandante era cuestionar la facultad del funcionario judicial para anular lo actuado cuando considere errónea la calificación del mérito sumarial y no exista otra forma de remediar el desacierto, debe decirse que la Corte ha dejado sentado su criterio sobre dicho particular aspecto y ha señalado que cuando el juez advierta errores en la calificación jurídica de la conducta, de tal entidad que le impiden emitir un pronunciamiento de mérito, debe declarar la nulidad de lo actuado para que se corrija el yerro.

2.19. De este modo, debe destacarse que cuando el *a-quo* advirtió la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, lo hizo como garante de la legalidad del proceso y con estricta sujeción a los derroteros jurisprudenciales, dado que la errada adecuación jurídica de la conducta afectaba no solo el postulado de legalidad, sino, además, los de tipicidad, igualdad y sujeción a la ley. Y como quiera que el cambio eventualmente agravaría la situación de los procesados, lo procedente era entonces acudir a la figura de la nulidad para no quebrantar el principio de congruencia, ni quitarle a los sujetos procesales la posibilidad de ejercer los derechos y las garantías que las normas penales les reconocen.

2.20. En ese orden de ideas, el argumento del censor, consistente en que la anulación decretada por el fallador y, por consiguiente, la variación de la calificación jurídica provisional, resultaron extemporáneas porque se produjeron cuando ya había concluido la audiencia pública, concretamente, estando el proceso en espera de dictarse sentencia, salvo la *non reformatio in pejus* (que aquí no se transgrede), deviene, además, insular e intrascendente, pues, se reitera, la facultad invalidatoria por errada calificación jurídica se extiende hasta en sede de casación, luego entonces, ninguna inoportunidad entrañaría el empleo de ella antes de emitirse fallo de primer grado. Adoptada la decisión nulitante es claro que las determinaciones a las que se extendieron sus efectos perdieron validez, y al

rehacerse la actuación los interesados tuvieron la oportunidad de solicitar pruebas para rebatir ampliamente la cuantía de lo apropiado.

2.21. El tema que surge sobre la separación funcional existente entre las facultades del fiscal y las del juez, como del principio de la preclusividad de los actos procesales, cuando el juzgador adopte decisiones que incidan definitivamente en una acusación ya formulada, también ha sido abordado por la Sala. Para el efecto, se reproducirá a continuación la parte pertinente del texto adoptado por esta Corporación sobre el particular (CSJ SP jul. 31 2003, rad. 15063) y que reza así:

Si bien, de manera reiterada se ha sostenido que en virtud del principio de imparcialidad del juez ante la acusación y no siendo el juez superior funcional del fiscal, no puede entonces convertirse en acusador sin alterar esa separación funcional ni comprometer su ecuanimidad y equilibrio, la Corte ha tenido en cuenta también que el juez es el director del juicio, de tal suerte que dentro de dicha responsabilidad debe resolver los asuntos sometidos a su consideración con sujeción a los principios y garantías que orientan la función jurisdiccional, como así, textualmente, lo dispone el artículo 142.1 del nuevo estatuto procedimental (art. 153.15 del código anterior)

En este orden de ideas, le ha otorgado la ley al juez la facultad invalidatoria, a manera de sanción de las actuaciones violatorias de las formas propias de cada juicio, que, por consiguiente, justifica su empleo, cuando por la existencia de tales defectos o vicios, el juez está impedido de pronunciarse de fondo y de emitir fallo de mérito, como

cuando a la pieza acusatoria le falta motivación, o es en ella ambigua o contradictoria, o si el funcionario acusador incurre en lo absurdo, por imaginar soportes empíricos o racionales que no existen o no se infieren, pues en tales eventos “no puede dictarse – la sentencia – porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia” o porque incidiría la anomalía en la competencia del juez.

2.22. En este orden, la Corte no ve la vulneración de garantías procesales de los sentenciados cuando el juez de primer grado declaró la nulidad parcial de la actuación desde el momento posterior a la clausura de la fase probatoria en la audiencia pública, para de así sortear la modificación de la calificación jurídica que había que hacerle por desconocimiento de una agravante, frente a lo cual la defensa tuvo la oportunidad de conocer y rebatir.

2.23. Por lo mismo, tampoco es válido afirmar que existió violación al principio de congruencia por emitirse sentencia por cargos no previstos en la acusación, pues una vez introducida la modificación al pliego acusatorio, conforme el procedimiento establecido en el artículo 404 citado, es claro que el juez quedaba facultado para *«fallar sobre la imputación fáctica y jurídica contenida en aquél documento, en la variación efectuada por el fiscal y en la propuesta por el juez como objeto de controversia, respetando el principio de congruencia»*¹⁸. Y al proferir fallo condenatorio por el delito de peculado por apropiación agravando por la cuantía, en tanto ascendía a una suma superior al

¹⁸ CSJ SP 14 feb. 2002 rad, 18457.

equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que hicieron el *a-quo* -y el *ad-quem* con la ratificación de esa determinación-, fue acogerse al contorno fáctico y jurídico de la acusación, delineado por la fiscalía en esa nueva oportunidad.

2.24. Además, tampoco se considera que la crítica del recurrente satisfaga el principio de trascendencia que rige el recurso extraordinario de casación, habida cuenta que la sanción finalmente impuesta por el ilícito contra la administración pública agravado, no fue más elevada que la que le hubiere correspondido a los procesados en la modalidad simple.

2.25. Nótese que la hipótesis de que el valor de lo apropiado sobrepase el equivalente a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes conlleva el aumento del máximo de la pena prevista para la infracción básica¹⁹ - conforme al inciso segundo del artículo 60 del C. Penal-, sin implicación en el otro extremo. Y si bien dicha ampliación

¹⁹ **Artículo 397.** *Peculado por apropiación.*

(...)

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

Artículo 60. *Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables.* Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

(...)

2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica...

tiene incidencia directa en el ámbito de movilidad y, por ende, en la determinación de los cuartos, lo cierto es que en la tasación de la sanción de **Julio Peñaloza Hoyos** tal evento no repercutió de ninguna forma, porque esa tarea la cumplió válidamente el fallador seleccionando el límite inferior -72 meses- del segmento mínimo, al cual le sumó 2 meses por la gravedad de la conducta cometida. De modo, que si la Sala acogiera la propuesta del censor de excluir la mencionada agravante, no habría lugar a disminuir dicho monto -74 meses-, porque conforme los derroteros de la primera instancia, se evidencia que aquél factor no produjo alteración en el cálculo razonable de éste. Lo propio sucedería con los subrogados y sustitutos punitivos penales examinados por el *a-quo*, cuya improcedencia también se mantendría inalterable.

2.26. Corolario, en razón a que el cargo propuesto por el demandante no tiene vocación de prosperidad de acuerdo con expuesto en precedencia, la Sala habrá de acoger la solicitud de la Procuradora Delegada en su concepto y, por tanto, la sentencia objeto del recurso extraordinario no será casada.

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

R E S U E L V E

No Casar el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados, de acuerdo con el cargo formulado en la demanda por el apoderado de **Julio Peñaloza Hoyos**.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase. 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