

PRESCRIPCIÓN EN LEY 906 DE 2004 – HECHOS PUNIBLES CON SUJETO ACTIVO CALIFICADO – Término Mínimo. / CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO - EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN – Teniendo en cuenta la fecha en que se formuló la imputación y que los procesados tenían la calidad de servidores públicos al momento de la realización de las conductas punibles de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, objeto de preacuerdo y condena, como del de peculado por aplicación oficial diferente, inicialmente imputado, se determina que la acción penal se halla prescrita; fenómeno jurídico que operó antes de la expedición de la sentencia de primera instancia, por lo cual es procedente su declaración, previo el decreto de nulidad de toda la actuación adelantada a partir de dicha providencia y decretar la cesación de procedimiento. /

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. José Aníbal Mejía Camacho
Proceso N° : 52001600048520080061201
Número Interno : 2883
Delito : Peculado por aplicación oficial diferente
Procesados : ÁZM, JEC
Decisión : Auto decreta prescripción
Aprobado : Acta N° 9 de 7 de junio de 2018

San Juan de Pasto, doce de junio de dos mil dieciocho
(Hora: 10:00 a.m.)

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR

Sería del caso entrar a estudiar el recurso de apelación interpuesto por el defensor de los procesados ÁZM y JEC, contra la sentencia de 16 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto que los condenó como coautores del delito de *abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto*, a la pena principal de multa, a cada uno de ellos, de dos millones ciento sesenta y ocho ml quinientos (\$2.168.500) (Fls.69-80), si antes no se advirtiera que la acción penal se halla prescrita.

1. Los hechos

De lo expuesto en el escrito de acusación se sabe que entre el 7 de septiembre y el 7 de noviembre de 2007, ÁZM como alcalde y JEP como tesorero, ambos del municipio de ... (N), efectuaron varios traslados de la cuenta No. 3481100012-5 destinada para administrar recursos del régimen subsidiado en salud, con el objeto de cancelar otros rubros manejados en otras cuentas bancarias, conforme se pasa a señalar.

- El 7 de septiembre de 2007, se efectuó un traslado por valor de ciento cuarenta millones de pesos con destino a la cuenta No. 34811000036-4, propia de los recursos de empréstito.
- El 12 de octubre de 2007, se efectuó un traslado por valor de quince millones de pesos con destino a la cuenta No. 34811000020-8, propia de los recursos de inversión.
- El 2 de noviembre de 2007, se efectuó un traslado por valor de setenta millones de pesos con destino a la cuenta No. 34801000143-9, propia de los recursos de inversión.
- El 7 de noviembre de 2007, se efectuó un traslado por valor de treinta millones de pesos con destino a la cuenta No. 34811000014-1, propia de los recursos de inversión.

2. Antecedentes procesales

-. Con base en los anteriores hechos, el 20 de febrero de 2012 la Fiscalía le formuló imputación a ÁZM y JEC como autores del delito de peculado por aplicación oficial diferente, atribución a la que los indiciados no se acogieron.

-. Radicado el escrito de acusación, el 17 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia con tal fin.

-. Durante el desarrollo de la audiencia preparatoria celebrada el 11 de enero de 2018, la Fiscalía del caso informó respecto de diligencias tendientes a cristalizar un preacuerdo con los acusados, procediendo el Despacho Judicial a conceder un plazo para que dicha diligencia se lleve a cabo.

-. Continuado el trámite, el 16 de febrero de 2018 se llevó a cabo audiencia de verificación de preacuerdo y se emitió la sentencia que condenó a ÁZM y JEC como coautores a título de dolo del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

2. Razones de la parte recurrente

Contra esta determinación el defensor de ÁZM y JEC, interpuso el recurso de apelación reclamando que el numeral 2º de la sentencia que dispuso pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 5 años, vulneró los límites del juzgador en materia de preacuerdos, en tanto que desconoció la voluntad de las partes.

Para sustentar lo anterior, comienza por recordar que el preacuerdo consistió en aceptar la responsabilidad por parte de sus defendidos a cambio de que la Fiscalía tipifique la conducta de una forma específica con el fin de disminuir la pena, por lo que se modificó el delito atribuido de peculado por aplicación oficial diferente en concurso, por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto en concurso, y se adicionó, conforme a la jurisprudencia, la fijación de la pena de conformidad al artículo 351 del CPP, siendo así debidamente aprobado.

Explica que en razón de lo anterior, la Juez llevó adelante la audiencia de dosificación de la pena y subrogados, que para el caso era inoficiosa, para con posterioridad emitir la respectiva sentencia.

Destaca que para el delito de abuso de autoridad, mismo que finalmente fue atribuido en el preacuerdo y por el cual se condenó, tiene establecido como pena la multa y pérdida del empleo o cargo público; sin embargo, en el contenido de la sentencia incluyó o agregó la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 5 años.

Seguidamente, tras recordar las razones de la juzgadora para imponer la misma, señaló que no tienen importancia, en tanto que no estaba en la posibilidad jurídica de condenar por la pena accesoria; lo anterior por cuanto el delito objeto de condena sólo tiene penas de multa y pérdida de empleo, siendo improcedente motivar la condena con base en torno a otro delito.

Agrega que si bien el artículo 52 del CP permite al juzgador imponer penas accesorias o privativas de derechos, sólo resulta posible en los trámites ordinarios del proceso, pero no para uno de anticipado por aceptación de responsabilidad vía preacuerdo, dado que una vez aprobados constituyen Ley para las partes.

En línea con lo anterior refiere que el numeral impugnado resultó más gravoso que la misma condena legítimamente pactada, al punto de que al haberse siquiera sospechado su imposición, sus representados no hubiesen aceptado los cargos.

De otra parte, explica que el preacuerdo materia del proceso, se ocupó de las consecuencias jurídicas, lo que es permitido por el

artículo 351 CPP y la jurisprudencia expedida en la materia, razón por la cual la Juez sólo podía condenar conforme a la pena preacordada, y que siendo del caso estar inconforme con la misma así debió manifestarlo y sustentarlo por las vías de una eventual improbación del preacuerdo.

A lo anterior, tras una cita jurisprudencial, suma que en el caso el preacuerdo sí se ocupó de la fijación de la pena y por tanto a esa quedaba vinculado el Juez, y que a diferencia de la Ley 600, el procedimiento que se maneja, al Fiscal le corresponde exclusivamente la acusación y que en materia de preacuerdos, al Juez se le impone la carga de proferir sentencia conforme a lo acordado o admitido.

Finalmente, insiste en que existe reiterada jurisprudencia nacional y regional que con absoluta claridad determinan que los jueces no pueden invadir el campo de la acusación o lo preacordado para introducir cambios que a su modo de ver consideren.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la sentencia del 28 de junio de 2017 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ipiales (Nariño), conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

Como se anunció, sería del caso entrar a estudiar el tema objeto de apelación, si antes no se advirtiera que al ser regido este trámite bajo la égida de la Ley 906 de 2004, tanto del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, objeto de preacuerdo y condena, como del de peculado por aplicación oficial diferente, inicialmente imputado, la acción se halla prescrita.

3. Examen de la actuación y la prescripción de la acción penal

3.1.- De acuerdo con las constancias procesales, se tiene que los hechos datan entre el 7 de septiembre y el 7 de noviembre de 2007.

3.2.- Así mismo, que el **20 de febrero de 2012**, se formuló imputación a ÁZM Y JEC, como posibles autores o partícipes del delito de peculado por aplicación oficial diferente.

De manera posterior, **el 15 de junio de 2012** la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de los mencionados como autores del delito de peculado por aplicación oficial diferente, que le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito por reparto el **19 de junio de 2012**.

Este despacho judicial fijó fecha para la realización de tal audiencia, en una primera oportunidad para el 23 de octubre del 2012, misma que fuera aplazada en diferentes oportunidades por solicitud de la defensa, pasando finalmente a realizarse el **17 de septiembre de 2014**.

Iniciada la audiencia preparatoria el 6 de octubre de 2015, se continuó en diferentes oportunidades, hasta que en la reanudación que tuvo lugar el **11 de enero de 2018**, la Fiscalía solicitó un plazo

para poder cristalizar un preacuerdo con los acusados, mismo que finalmente se suscribió, siendo radicado el 23 de enero de 2018.

Seguidamente, el **16 de febrero de 2018** se realizó la audiencia de verificación de preacuerdo y el juzgado emitió la sentencia que fue leída en la misma fecha.

La decisión de primera instancia fue apelada por el defensor de los procesados, motivo por el que el expediente arribó a esta instancia judicial.

4.- De la prescripción en las conductas típicas cometidas en vigencia de la Ley 906 de 2004

El artículo 83 del Código Penal establece que *“la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20)”*, salvo que se trate de las específicas situaciones contenidas en los incisos de la citada norma: (i) conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, eventos en los cuales el término máximo de prescripción es de treinta (30) años; (ii) en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos con víctimas menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad; (iii) en las conductas cometidas por servidor público en ejercicio de las funciones del cargo o con ocasión de ellas, el

término se aumenta en la mitad¹ y, (iv) cuando la conducta se hubiere iniciado o consumado en el exterior, el término de prescripción se aumentará en la mitad.

Término inicial de prescripción de la acción penal, que debe atenderse con el segundo momento en que comienza a transcurrir una vez formulada la imputación, tal como lo dispone el artículo 86 del Estatuto de las Penas modificado por el artículo 6º de la Ley 890 de 2004, que a la sazón señala: *“La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”*.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, prevé que el término de prescripción, una vez se produce la imputación, no podrá ser inferior a tres (3) años. A este aparte, precisa indicar que frente a los extremos de los términos referenciados, la Corte Suprema de Justicia, ha explicado sobre su génesis y la coexistencia de procedimientos disímiles en su naturaleza, como lo explicó en el radicado 38467²:

“(…) producida la interrupción de la prescripción en el Código de Procedimiento Penal de 2000, esta vuelve a correr por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10, en tanto que, cuando ello sucede en el curso de un proceso tramitado por la Ley 906 de 2004 opera la misma regla, aunque en este evento el término no podrá ser inferior a 3 años, tal como lo dispone el artículo 292 citado, lo cual tiene su razón de ser en la dinámica propia del sistema acusatorio, con la que se

¹ A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011. Anteriormente, el aumento por esta circunstancia correspondía a 1/3 parte de la pena.

² CSJ SP. 14 ago. 2012

busca materializar la efectividad del principio de celeridad que lo caracteriza y se explica que la prescripción de la acción penal se interrumpa con la formulación de la imputación y empiece a descontarse de nuevo en la forma indicada”.

De igual manera, que el Alto Tribunal ha refrendado tal interpretación³:

“De tal manera que desde la formulación de imputación hasta el proferimiento de la sentencia de segunda instancia, empezará a correr un término igual a la mitad del máximo de la pena prevista para cada delito, como lo dispone el artículo 83 del Código Penal, pero en ningún caso podrá ser inferior a tres años, por mandato del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, ni superar diez años, en los términos del artículo 86 de la codificación penal sustantiva, a no ser que se esté frente a alguna de las circunstancias específicas modificatorias del término de la prescripción. (Ver, CSJ SP1497-2016. 10 feb. 2016; CSJ. SP-9094-2015, 15 Jul 2015, Rad. 43839 y CSJ AP-5902-2015. 7 oct. 2015. Radicado 35592, entre las más recientes).

Un tercer momento de prescripción de la acción penal, esta vez bajo la modalidad de suspensión, ocurre cuando se profiere la sentencia de segunda instancia y comienza a correr un lapso que no podrá ser superior a cinco (5) años, tal como lo prevé el artículo 189 de la Ley 906 de 2004.

Todo lo anterior, para aquellos punibles que tienen fijada pena de privación de la libertad, en tanto, para los delitos con pena de multa la acción penal prescribirá en cinco años. En todo caso, prisión y multa, se atenderán las causales modificatorias del término de la prescripción.

Ahora bien, en tratándose del momento a partir del cual comienza a transcurrir el término prescriptivo de la acción penal, se identificará según se trate de una conducta de ejecución instantánea, permanente o

³ CSJ SP 19 oct. 2016 Rad. 48053

que solo alcance el grado de tentativa, u omisiva. Así, frente a la primera, desde el día en que se consuma; de cara a la segunda, desde la perpetración del último acto, y en esta última, a partir del momento en que haya cesado el deber de actuar.

En ese orden, ninguna relevancia, de cara a la prescripción de la acción penal, adquiere la fecha en que se presenta la querella en aquellos punibles que requieren de esa condición de procesabilidad de la acción penal, imprescindible para determinar el término de caducidad, que no de prescripción”.

Teniéndose entonces que en la Ley 906 de 2004, el término prescriptivo se interrumpe y comienza de nuevo a correr, una vez se ha producido la formulación de la imputación, por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser menor a los tres (3) años, de manera que los cinco (5) años a los que alude el inciso 2º del artículo 86 de dicho Estatuto solo es relevante para los asuntos de la Ley 600 de 2000 y adicionalmente, se aumentará la tercera parte o la mitad, según sea el caso (antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011), cuando la conducta punible haya sido cometida por servidor público en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas.

5.- El término de prescripción en las conductas punibles descritas en el artículo 399 y 416 del Código Penal

La conducta punible denominada *peculado por aplicación oficial diferente* (art. 399), establece:

“El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o

comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.”.

Ahora, respecto del abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto en el artículo 416 establece:

“El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público”.

Ahora, como la conducta punible en reseña no consagra una pena de prisión, con el fin de determinar el tope para contabilizar el término de prescripción, resulta propio hacer aplicación a lo previsto en el artículo 83 del código penal, que al tenor de su letra expone, *“en las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años”.*

Además, habida cuenta de que a ÁZM y JEC se les procesó en su condición de alcalde y tesorero del Municipio de ... para la época de la comisión de los hechos, es decir, como servidores públicos, para efectos de la contabilización del término de prescripción, las penas máximas señaladas en los anteriores artículos, deben ser aumentadas en una tercera parte –hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011-.

6.- Caso en concreto

Bajo el recuento normativo y jurisprudencial, y analizando el *sub judice* se tiene que los fácticos que originaron la imputación datan entre el 7 de septiembre y el 7 de noviembre de 2007, cuando ÁZM y JEC, en sus condiciones de alcalde municipal y tesorero del municipio de ... respectivamente, efectuaron traslados de la cuenta que administraba recursos correspondientes al régimen subsidiado en salud, a otras cuentas con rubros de diferente destinación.

El **20 de febrero de 2012** la Fiscalía formuló imputación en contra de los prenombrados, como presuntos autores del delito de *peculado por aplicación oficial diferente* previsto en el artículo 399 del Código Penal que determina una pena de 16 a 54 meses de prisión, o lo que es lo mismo, de 1 año y 4 meses a 4 años y 6 meses.

De este modo, a partir del contenido de la normatividad y jurisprudencia evocada tenemos que el término máximo de prescripción de la acción penal para el delito de peculado por aplicación oficial diferente es de 4 años y 6 meses, parámetro que atendiendo lo dispuesto en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal deberá reducirse a la mitad, pues en el presente caso ya se celebró audiencia de formulación de imputación

En ese orden, si el **20 de febrero de 2012** se interrumpió el término de prescripción, contabilizándose un nuevo término equivalente a la mitad del máximo de la pena fijada para el punible imputado, éste sería de 2 años y 3 meses; Sin embargo, toda vez que el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, prevé que el término de prescripción, una vez se produce la imputación, no podrá ser inferior a 3 años, es éste el parámetro a tener en cuenta, mismo que a su vez debe ser aumentado en 1/3 parte por la calidad de aforados de

los procesados; con lo anterior se tiene entonces que el término de prescripción a tener en cuenta para adoptar la presente decisión es de **4 años**.

Así las cosas, es posible concluir que el fenómeno de la prescripción se verificó a partir del **20 de febrero de 2016**, esto es, antes de que el proceso arribara a esta sede e incluso, antes de la emisión de la sentencia de primer grado, si en cuenta se tiene que esta tuvo lugar el 16 de febrero de 2018.

Ahora, en vista de que en virtud del preacuerdo celebrado entre las partes, mismo que se avaló y sirvió como fundamento para emitir la sentencia anticipada que hoy se recurre, se varió el delito atribuido en la imputación al de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, conviene advertir que al igual que la conducta atrás reseñada, la acción penal también se encuentra prescrita.

Para el efecto, conviene recordar que en vista de que el delito en mención no consagra una pena privativa de la libertad, el término de prescripción será de 5 años.

En ese orden, se tiene que para el caso, el término de prescripción para el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, en vista de que ha sido interrumpido con la formulación de imputación, será de 2 años y 6 meses. No obstante, como se precisó con antelación, en ningún caso el término de prescripción puede ser inferior a 3 años, siendo ese el guarismo del que se debe partir en esta oportunidad, el que a su vez, sumado la 1/3 por la condición de servidores públicos de los procesados, arroja como término de prescripción un total de **4 años**, base sobre la cual se afirma que el fenómeno de la prescripción se verificó también a partir del **20 de**

febrero de 2016, fecha que como se advirtió con antelación, es anterior a la de expedición de la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, lo procedente es entonces declarar la prescripción de la acción penal, así como cesar todo procedimiento a favor del procesado.

Ahora, en vista de que antes la emisión de la sentencia de primera instancia ya se había presentado la causal de improseguibilidad de la acción penal, conforme lo ha considerado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴, previamente habrá que declararse la nulidad de lo actuado a partir de dicha providencia. Lo anterior por cuanto el funcionario no tenía competencia para emitir pronunciamiento ante la configuración de una causal objetiva extintiva de la facultad estatal para investigar y juzgar conductas punibles.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, **Resuelve:**

1º. **Declarar la nulidad** de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive.

2º. **Declarar la prescripción** de la acción penal a favor de los procesados ÁZM identificado con cédula de ciudadanía N° ... y JEC, identificado con cédula de ciudadanía N°..., derivada de las conductas punibles de *peculado por aplicación oficial diferente*, imputado, y *abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto*, objeto

⁴ CSJ SP AP1457-2018

de preacuerdo, y en consecuencia, **cesar** todo procedimiento que se le adelante por tales hechos.

3º. **Disponer** que por el Juzgado de Primera Instancia se realicen las anotaciones y cancelaciones pertinentes.

4º. Contra esta decisión procede el recurso de reposición, al no haber sido el tema de prescripción objeto de apelación.

Notifíquese y Cúmplase,

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario