

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – INCREMENTO SERVIDOR PÚBLICO.

“Como arriba se anunció, el término general de prescripción modificado por la Ley 1474 de 2011 se incrementa en la mitad para el servidor público que, en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible y para los particulares con función pública también. Pero desde luego que esa es una preceptiva que en honor al principio de legalidad solamente opera para los procesos por los hechos ocurridos en curso de su vigencia, esto es, desde el 12 de julio de 2011.

(...)

Con esas precisiones la Sala pasa al caso concreto. A la fecha y desde la formulación de imputación los procesados recurrentes están siendo perseguidos por la comisión del delito de peculado por apropiación según el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, en calidad de intervinientes, a título de dolo y con circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1 y 10 del artículo 58 del Código Penal, en concurso homogéneo y heterogéneo sucesivo con el reato de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (objeto de prescripción en primera instancia”).

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – INCREMENTO SERVIDOR PÚBLICO: interrupción del término prescriptivo.

“En tal orden, en el primer momento la prescripción de la acción penal conforme el artículo 83, desde la fecha de comisión de los hechos, operaba en el término máximo de 20 años (dado que la pena máxima alcanza los 25.35 años de prisión). Antes del vencimiento de dichos 20 años, la Fiscalía formuló imputación a HJBL el 22 de septiembre de 2011 y a los demás recurrentes el 24 de febrero de 2012, por lo que se produjo la interrupción del término prescriptivo y en esos mismos días comenzó a correr de nuevo según los presupuestos del artículo 292 de la Ley 906 de 2004 por la mitad del término del artículo 83. Entonces, los señalados 303.75 meses de prisión corresponden en la mitad a 151.875 meses de prisión, que equivalen a 12 años, 7 meses y 26 días.

(...)

Bajo esa interpretación dominante de la jurisprudencia, en este caso habremos de decir que los 151.875 meses de prisión (la mitad de 303.75) superan el límite máximo de 10 años, por lo que es este el que debe tenerse como norte. Por eso, en relación con el señor HJBL la prescripción se produciría en este segundo momento el 22 de septiembre de 2021 y para JIL, DFOR y JFN el 24 de febrero de 2022”.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto.	:	Apelación auto prescripción
Delito	:	Peculado por apropiación
Procesado	:	HJBL y otros
Radicación	:	520016000485200900708-01 NI.4811
Aprobación	:	Acta N°2021- 10 (enero 29 de 2021)

San Juan de Pasto, dos de febrero de dos mil veintiuno

Vistos

La Sala resuelve las apelaciones propuestas por los abogados defensores de los señores HJBL, JIL, DFOR y JFN en contra del auto emitido el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, mediante el cual declaró la prescripción de la acción penal respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pero la negó sobre el punible de peculado por apropiación.

Resumen de los hechos jurídicamente relevantes

Por los que ha erigido este proceso la Fiscalía conforme están relacionados en el dossier pueden resumirse así: entre los meses de agosto y octubre de 2007 y agosto de 2008, MXCF y VWPB, quienes presidían las oficinas de tesorería y secretaría de Hacienda Departamental de Nariño en distintos periodos, entregaron la suma total de \$14.823.471,997 del Fondo Territorial del Pensiones y de pensiones del Magisterio a la firma privada Probolsa S.A., representada por HJBL, para que fuera invertida en el mercado en productos financieros llamados notas, estructuras y ventas con pacto de recompra, por propuesta que este les hizo y con el acompañamiento y asesoría de DFOR y JFN.

Para el desembolso de esos recursos públicos se acusa que la entidad territorial no celebró ningún contrato ni se dio cumplimiento al principio de selección objetiva. La empresa Probolsa por su parte no estaba habilitada para realizar algún tipo de operación que implicara el manejo de recursos de terceros ni de intermediación de

valores. Aun así, los negocios se hicieron, y en ellos tuvo también participación JIL de Serfinco S.A., entidad aliada a Probolsa, a donde se desvió parte del caudal.

De otro lado, los dineros entregados por el Departamento fueron destinados por Probolsa a la adquisición de garantías, para realizar auto préstamos y atender obligaciones personales como el pago de comisiones a los asesores comerciales y cancelación de obligaciones adquiridas con otras entidades. Asimismo, a la postre Probolsa incumplió el pago de los intereses trimestrales pactados y de hecho se presentó la reinversión de intereses, lo que generó un aumento del capital a devolver por parte de la sociedad anónima, lo que no se cumplió, además que por las reinversiones el Departamento no recibió dinero.

Síntesis de la actuación cumplida

Por esos hechos, el día 22 de septiembre de 2011 se celebró audiencia de formulación de imputación ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto en relación con los señores VWPB, MXCF y HJBL; fecha en la que también se les impuso detención preventiva carcelaria. El 24 de febrero de 2012 esa misma diligencia se surtió respecto de JIL, DFOR y JFN ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de esta ciudad.

De acuerdo con los registros del expediente allegado a esta Corporación,¹ el día 12 de marzo de 2013 se surtió gran parte de la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto en contra de los primeros imputados. El 21 de marzo de ese mismo año ocurrió lo propio sobre los segundos ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito. El 30 de abril de 2013 el Juzgado Tercero Penal del Circuito agotó la diligencia y conexó a su proceso el rito que venía llevándose en contra de los sujetos acusados ante su homólogo Cuarto Penal del Circuito de Pasto.

¹ La apelación se dio cuenta a la Sala el 10 de diciembre de 2020.

Para los días 11 y 12 de noviembre de 2020 estaba prevista la audiencia de juicio oral, sin embargo, al inicio de la diligencia la defensa de los señores HJBL, JFN y DFOR solicitó que se declare la prescripción de la acción penal por los dos reatos enrostrados. Adujo que el término de prescripción para los servidores públicos después de formulada la imputación es de máximo 10 años, pero que por la condición de intervinientes en que han sido perseguidos sus prohijados esa cantidad debe rebajarse en una cuarta parte, lo que da como resultado 7 años y medio, mismos que ya se han cumplido. Ese planteamiento fue coadyuvado por el abogado de JIL.

La Fiscalía por su parte contrapuso ese pedimento tras aducir que bajo la figura de la comunicabilidad de circunstancias y el conocimiento de la condición de servidores públicos de los señores MXCF Y VWPB, dicha calidad se hace extensible a los intervinientes para efectos de cuantificar el término de prescripción, de forma que con ese incremento y la disminución por ser intervinientes se arroja un lapso prescriptivo que aún no se agota. Empero, admitió que en lo que hace a HJBL la prescripción sí se habría alcanzado sobre el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El Ministerio Público ilustró que sí debe estimarse el incremento por la condición de servidores públicos a los partícipes, pero que, si se considera lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en el radicado 53727 del 29 de abril de 2020, la acción penal estaría prescrita y que, en caso de que se decrete, ello se tenga en cuenta para efectos disciplinarios.

La providencia apelada

La señora Juez de primera instancia, después de evocar el pedido de preclusión, recordó que los señores HJBL, JFN, DFOR y JIL fueron imputados a título de coautores y en calidad de intervinientes de las conductas punibles de peculado por

apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los días 22 de septiembre de 2011, el primero, y el 24 de febrero de 2012, los ciudadanos restantes. De acuerdo con ello, arguyó que no era posible aplicar el artículo 62 de esa obra, amén de que la condición por la que fueron llamados al proceso fue como particulares y no como servidores públicos. Entonces, señaló que la contabilización de los términos de prescripción debía incluir la rebaja punitiva a que hace alusión el inciso 4º del artículo 30 del Código Penal, pero sin considerar la reforma contenida en el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 por ser posterior a los hechos.

En desarrollo de esa labor, respecto del delito de contratación sin el cumplimiento de requisitos legales puntualizó que estaba penado de 64 a 216 meses de prisión, pero que la pena máxima en virtud del artículo 30 mencionado se rebajaba a 162 meses de prisión, cuya mitad es 81 meses. De ese modo, en relación con el señor HJBL reseñó que desde la imputación han corrido a la calenda 109 meses y 20 días de prisión, mientras que para JFN, DFOR e JIL, 104 meses y 18 días, por lo que la referida conducta se encuentra prescrita y así lo declaró.

En lo que atañe al delito de peculado por apropiación advirtió que el reato está sancionado en su máximo conforme al inciso 2º del artículo 397 del Código Penal en 405 meses, extremo que se rebaja a 303.75 meses de prisión por la condición de intervinientes, de ahí que el término a considerar desde la formulación de imputación sea de 151.87 meses de prisión. De esa manera, dilucidó que desde dicha diligencia a la fecha no ha transcurrido esa cantidad de tiempo ni tampoco el término de 10 años de que trata el inciso final del artículo 86 sustantivo, sin que el injusto esté prescrito.

Al final, dejó constancia que no incurría en la Juzgadora impedimento alguno para seguir conociendo el asunto y que el proceso continuaría sobre VWPB y MXCF por las dos referidas conductas punibles.

La sustentación de los recursos

El defensor de los señores JFN, HJBL Y DFOR se opuso a la decisión de denegar la declaratoria de prescripción sobre el delito de peculado por apropiación. Apuntó que una cosa es la punibilidad y otra el término de prescripción como conceptos o figuras jurídicas que en tratándose de los intervinientes su diferencia se acentúa. Argumentó que la pena máxima para el señalado delito, pero en cuanto hace referencia al responsable pleno o a quien ostente la calidad de servidor público, es de 270 meses de prisión, cuya mitad corresponde a 135 meses, este último monto que se aminorar en una cuarta parte para quien incurre en el delito en calidad de interviniente. Bajo esa línea dedujo que el término de prescripción cuando el asunto se encuentra en etapa de juzgamiento corresponde a 10 años degradados en dicha cuarta parte, lo que hace que el lapso quede definido en 7 años y medio, mismo que ya se ha superado.

El representante judicial de JIL secundó los argumentos ofrecidos por su homólogo y añadió que el juicio de reproche que se hace a quien participa en la calidad de interviniente del injusto penal no es igual al que se hace al autor, por eso el primero tiene una rebaja sustancial en la punibilidad, lo que hace que en materia de prescripción de la acción penal el límite máximo de 10 años sea restado en una cuarta parte y quede en 7 años y medio. Fruto de ello dijo que ese lapso está ampliamente consumado.

Argumentos de los no recurrentes

La representación de las víctimas esgrimió que en los cálculos aritméticos no debe olvidarse el aumento de pena en el delito de peculado por apropiación por el monto de la suma sustraída del erario, que es lo que justamente han obviado los apelantes.

La Agencia del Ministerio Público solicitó que se confirme la decisión impugnada por la corrección en la contabilización del fenómeno prescriptivo previa aplicación de las normas regentes del asunto que hizo la primera instancia.

La Fiscalía por su parte destacó que la defensa ha asumido una interpretación de las normas errática, por razón de que no tiene en cuenta el aumento de pena por la cantidad del patrimonio sustraído, así como ha desdeñado que en la materia debe hacerse un cómputo de punibilidad que, al superar una década, deben ser tales 10 años el término de prescripción indistintamente de que los procesados sean servidores públicos o particulares. Bajo esa regla, concretó que como el peculado supera los 10 años de prisión para los intervinientes, la prescripción acontecería para HJBL el 22 de septiembre de 2021 y para los demás partícipes en febrero de 2022.

Por lo demás, enfatizó que sobre la comunicabilidad de circunstancias del servidor público al interviniente no hay una posición doctrinal y/o jurisprudencial pacífica, empero, reclamó que por el conocimiento que los particulares tenían sobre la condición de funcionarios estatales de los tesoreros acusados, dicha condición es atribuible a los partícipes a efectos de incrementar el término de la prescripción. Por eso, acotó que el Tribunal debe fijar una postura al respecto, dado que incide indudablemente en el tema de la prescripción; además, envió una nota de urgencia para que se resuelva la alzada.

Consideraciones de la Sala

Está verificada la competencia del Tribunal de conformidad con lo previsto en el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004 para conocer la tensión en esta oportunidad planteada. Esta concita la atención de la Judicatura en dirimir si en punto al delito de peculado por apropiación endilgado a los acusados recurrentes se ha producido o no el fenómeno de la prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción penal es el instituto jurídico de conformidad con el cual se fija al Estado un término para que legítimamente pueda ejercer el *ius puniendi*, y que se justifica en la medida en que el derecho del Establecimiento a perseguir y castigar el delito no es absoluto, sino que está limitado, entre otras formas, por el tiempo. Se trata además de un fenómeno eminentemente procesal que corre por ministerio de la ley y que por ello no puede ser modificado. Transcurrido ese lapso la acción penal habrá de extinguirse y por ende la investigación cesarse.

El artículo 83 de la Ley 599 de 2000 regula como norma general 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 de 5 años ni excederá de 20. Ese término puede variar en ocasiones según el delito del que se trate, si fue perpetrado en el exterior o si el hecho criminoso fue cometido bajo determinadas calidades. Respeto de esto último, según el texto original de ese artículo al servidor público que, en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte. Sin embargo, conforme la modificación que trajo la Ley 1474 de 2011, el término se aumentará en la mitad tanto para el funcionario público como para los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores. En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción no se excederá el límite máximo fijado.

Hay que saber también que el término comenzará a correr en las conductas punibles de ejecución instantánea desde el día de su consumación, en las de ejecución permanente o en las tentadas desde la perpetración del último acto y en las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar. Si fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas.

Debe tenerse claro igualmente que la ley consagra unos eventos en los que el término prescriptivo se suspende o se interrumpe. Lo segundo, que implica cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo -a diferencia de la suspensión que traduce detener o diferir por algún tiempo una acción u obra- sucede con la formulación de imputación o con la ejecutoria de la resolución de acusación, según si se trata de procesos guiados por la Ley 906 de 2004 o la Ley 600 de 2000, respectivamente.

En punto al tema de la interrupción, en el ordenamiento aparecen dos disposiciones que fundamentalmente lo regulan: de un lado, lo previsto en el artículo 86 del Código Penal y de otro lo señalado en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004. Veamos que para ambos preceptos la interrupción opera a partir de la formulación de imputación y desde ese mismo día el término comienza a contabilizarse. Empero, para el primer canon *“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)”*. Para el segundo se contempla que *“producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.”*

En algún momento la discordancia entre dicho articulado significó ciertas dificultades y posiciones contrapuestas en la aplicación del término de prescripción después de sucedida la interrupción, particularmente cuando el asunto era uno de aquellos guiados por el procedimiento de 2004. Empero, la jurisprudencia terminó por zanjar esa digresión en un criterio que se encuentra ya decantado:

Si el trámite es de aquellos del llamado Sistema Mixto Inquisitivo, opera lo consagrado en el artículo 86 del Código Penal, esto es, el término correrá desde la ejecutoria de la resolución acusatoria por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, pero sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10. En

cambio, si el proceso hace parte del Sistema Penal Acusatorio habrá que hacer caso a lo consagrado en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, de forma que después de formulada la imputación el término *“comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, esto es, por la mitad de la pena máxima señalada en el tipo penal, pero en ningún caso podrá ser inferior a tres (3) años”*².

La anterior distinción resulta fundamental, porque según el procedimiento del que se trate, el conteo puede variar. Para hacer una remembranza de lo decantado por la jurisprudencia, hay que anotar que la interrupción del lapso prescriptivo en las dos estructuras se origina en causas diversas y por objetivos también disímiles, que en lo toral tal cosa tiene que ver con el tiempo que la Fiscalía cuenta para perfeccionar su investigación o instrucción, siendo que en el rito del año 2000 cuenta con términos que son superiores a los del proceso de 2004³.

“El artículo 6 de la Ley 890 de 2004, modificatorio del inc. 1º del 86 del Código Penal, al igual que el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, establece que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Esta última norma, al igual que el reformado artículo 86 del Código Penal, señala que “Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzara a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal”.

Ambas normas establecen períodos mínimos distintos para la prescripción de la acción penal, porque mientras la Ley 906 de 2004 dispone que interrumpido el término éste comenzará a correr de nuevo por un lapso que “no podrá ser inferior a tres (3) años”, el Código Penal consagra que el mismo “no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”.

La diferencia de trato se explica en la coexistencia en el ordenamiento jurídico nacional de procedimientos disímiles en su naturaleza. El plazo previsto en el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, se aplica a los procesos adelantados bajo las ritualidades de la Ley 600 de 2000, mientras que para los tramitados por el sistema acusatorio rige el previsto en la 906 de 2004.”⁴ (Negrillas fuera del texto original)

² CSJ SP, 3 abril de 2019, rad. 51.539. Ver también CSJ AP, 20 ago. 2019. Rad. 45.058.

³ CSJ SP, 26 mar. 2006, rad. 24.300.

⁴ CSJ SP, 29 abril 2020, rad. 54.755.

Ahora bien, cabe resaltar igualmente que la importancia de la formulación de imputación no se limita a servir como el momento procesal a partir del cual se hace el conteo del término de prescripción, particularmente desde su interrupción. Dicho acto adjetivo también es trascendental a la hora de delimitar la conducta típica y su pena y por ende el tiempo en que operará la prescripción o en el que el Estado podrá ejercer la acción penal⁵. Claro, ello ocurre hasta antes de que se emita la sentencia de primera instancia, porque a partir de ella la calificación jurídica que allí se consigna es la que guía la contabilización de la prescripción⁶. En todo caso, el sistema prescriptivo está diseñado con referencia a la identificación jurídica del hecho punible, de modo que inicialmente debe ceñirse a lo formulado en la imputación.

Bajo esa línea es menester que se consideren aquellas circunstancias, situaciones, elementos o figuras que afectan la pena fijada en la ley para el delito, esto es, sus extremos punitivos. Tal es el caso de los grados de participación que están contemplados en el artículo 30 del Código Penal, que sin duda afectan los guarismos de la pena, como cuando la imputación se la hace en calidad de interviniente. Citemos a la Corte Suprema de Justicia, que además brinda un ejemplo bastante ilustrativo para la cuestión:

“Al respecto, como lo advierte la Procuradora, el artículo 30 del Código Penal afecta los extremos punitivos, e incide en la determinación del término de prescripción para la acción penal, cuando la conducta se imputa a título de interviniente. En este último caso, el aparte final del artículo 30 mencionado dispone:

“Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.”

Desde esta perspectiva, el término de prescripción para el interviniente del delito de peculado por apropiación, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, es inferior al del autor. En efecto, la pena máxima para el delito de peculado por apropiación, para la época de comisión de la conducta era de 15 años (artículo 397 del Código Penal), monto que, para establecer el término de prescripción de la acción penal, después de la ejecutoria de la resolución de

⁵ CSJ SP, 5 jul. 2019, rad. 51007.

⁶ CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 45.466.

acusación, se reduce a la mitad (artículo 86 del Código penal vigente para el momento de ejecución de la conducta).

Como el Tribunal consideró que en la acusación se les imputó a las contratistas la comisión del delito de peculado a título de intervinientes, corrigió la sentencia de primera instancia que las condenó como autoras de ese ilícito. Eso implicaba que se afectaban los extremos punitivos del tipo penal, por lo cual, el término máximo de prescripción de la acción penal para el interviniente no era de 15 años, sino de 11 años y 4 meses, y después de ejecutoriada la resolución de acusación, de 5 años y 8 meses.”⁷

Las notas anteriores nos permiten fijar una idea de cómo en el caso concreto debe operar el término prescriptivo; pero antes de pasar a ese estadio del análisis es necesario que se haga la siguiente precisión en orden a auscultar lo esbozado por la Fiscalía. Como arriba se anunció, el término general de prescripción modificado por la Ley 1474 de 2011 se incrementa en la mitad para el servidor público que, en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible y para los particulares con función pública también. Pero desde luego que esa es una preceptiva que en honor al principio de legalidad solamente opera para los procesos por los hechos ocurridos en curso de su vigencia, esto es, desde el 12 de julio de 2011.

En cuanto al tenor original del artículo 83 del Código Penal, el término de prescripción se amplía en una tercera parte exclusivamente respecto de los servidores públicos que en el marco de su dignidad ejecuten el reato, sin que se hubieran considerado allí a los particulares que ejerzan funciones públicas. Se pregunta si bajo la figura de la comunicabilidad de circunstancias prevista en el artículo 62 de ese estatuto es plausible que tal incremento puede regir para quienes tienen la calidad de intervinientes en la conducta punible por el conocimiento de la calidad de servidores públicos de sus autores. La respuesta es rotundamente que no.

⁷ CSJ SP, 29 abril 2020, rad. 53.727.

La susodicha figura permite que circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurren en el autor se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible, mientras que respecto de las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal solamente serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. Desde luego que la posibilidad de comunicación del autor al partícipe de esas situaciones estriba primeramente en que lo transmitido sea una circunstancia.

La doctrina⁸ se debate entre una concepción amplia y otra restringida de lo que por circunstancia debe entenderse. Bajo la primera, no solamente quedan comprendidas las atenuantes y agravantes de la parte general del Código Penal sino también aquellos hechos que sirven para formar tipos penales agravados contenidos en la parte especial del estatuto; por esa senda, por ejemplo, el elemento personal que califica al sujeto activo en los delitos especiales impropios⁹, esto es, los delitos de sujeto activo calificado que tienen un delito común paralelo, no forma parte esencial del tipo penal. Para la segunda se trata de aquellos elementos accidentales que no tienen un vínculo con el supuesto de hecho de la norma penal o que no influyen en la estructuración del tipo penal.

La legislación penal y la jurisprudencia se inclinan por esta última postura. Para los efectos de la figura del artículo 62 sustantivo, como circunstancia se entiende todo elemento que no forma parte de la estructura fundamental del injusto, sino de su punibilidad. Con esa comprensión, por ejemplo, en el caso del punible de peculado por apropiación, que es un delito especial o de sujeto activo calificado, la condición de servidor público de quien se apropia en provecho suyo o de un tercero de bienes estatales o particulares que el Estado tenga en su custodia, no corresponde a una mera circunstancia accidental, sino que es uno de sus presupuestos objetivos

⁸ Andrade Castro, J., Caldos Botero, L. y de La Vega Martinis, O. Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe. *Derecho Penal y Criminología* 25 (75) 111-34. <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1043>.

⁹ C-1122 de 2008.

constitutivos o estructurales de la descripción típica. Y lo que es más, ese elemento debe integrarse a la disponibilidad funcional del servidor sobre el objeto sustraído¹⁰.

En tal virtud, para el interviniente, esto es, para quien careciendo de las calidades especiales (jurídicas, profesionales o naturales) dispuestas por el legislador en el tipo para el sujeto activo, realiza actos de coautor material (propio o impropio), no es factible que por comunicabilidad de circunstancias se transmita para efectos punitivos la condición de sujeto activo calificado del coautor. Así lo tiene definido la Corte Suprema de Justicia:

“Resta señalar que no opera la comunicabilidad de circunstancias, pues la condición de sujeto activo calificado hace parte de la estructura óptica del delito, sin que corresponda a una circunstancia específica de agravación o atenuación, por ejemplo, cuando el homicidio recae en el padre del victimario. Es decir, tener el carácter de servidor público, deudor alimentario, apoderado o mandatario, empleado o director de una institución financiera o de cooperativas, en los ejemplos propuestos, no corresponde a una circunstancia que pueda comunicarse.”¹¹

No es factible entonces que en general la condición de servidor público del sujeto activo calificado pueda ser comunicada al *extraneus* que como interviniente concurre en el delito para los efectos legales que ello tenga, como para que la pena del funcionario público proceda igual para el particular o para que la prescripción de la acción penal se guíe por esta. Además de lo precedente, una salida como esa tendría la aptitud de anular a la larga la figura del interviniente mismo y de negar que el estatuto sustantivo consagró una rebaja punitiva para quien careciendo de la calidad subjetiva del tipo especial se comporta como coautor, pero tiene un menor grado de injusto por no estar sometido a una infracción de deber, de allí que deba responder por la pena menguada equivalente a la del autor *intraneus*, menos la cuarta parte.

¹⁰ CSJ SP, 1º jul. 2020, rad. 51.444.

¹¹ CSJ SP, 6 nov. 2019, rad. 54125.

Con esas precisiones la Sala pasa al caso concreto. A la fecha y desde la formulación de imputación los procesados recurrentes están siendo perseguidos por la comisión del delito de peculado por apropiación según el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, en calidad de intervinientes, a título de dolo y con circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1 y 10 del artículo 58 del Código Penal, en concurso homogéneo y heterogéneo sucesivo con el reato de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (objeto de prescripción en primera instancia).

El artículo 397 del Código Penal con el incremento de penas de la Ley 890 de 2004 (vigente para la fecha de los hechos), sanciona el peculado por apropiación con 96 a 270 meses de prisión. Conforme el inciso 2º, si lo apropiado supera un valor de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumenta hasta en la mitad, por lo que el punible es sancionado de 96 a 405 meses de prisión. Esos extremos punitivos por razón de la condición de intervinientes se morigeran así: de 72 a 303.75 meses de prisión. Debe destacarse aquí que como la figura del interviniente modifica los guarismos de la pena legal del delito, es en este preciso momento en que sus efectos deben aplicarse a fin de establecer la punibilidad que ha de servir como norte para calcular la prescripción de la acción penal.

En tal orden, en el primer momento la prescripción de la acción penal conforme el artículo 83, desde la fecha de comisión de los hechos, operaba en el término máximo de 20 años (dado que la pena máxima alcanza los 25.35 años de prisión). Antes del vencimiento de dichos 20 años, la Fiscalía formuló imputación a HJBL el 22 de septiembre de 2011 y a los demás recurrentes el 24 de febrero de 2012, por lo que se produjo la interrupción del término prescriptivo y en esos mismos días comenzó a correr de nuevo según los presupuestos del artículo 292 de la Ley 906 de 2004 por la mitad del término del artículo 83. Entonces, los señalados 303.75 meses de prisión corresponden en la mitad a 151.875 meses de prisión, que equivalen a 12 años, 7 meses y 26 días.

En este punto cabe hacer una anotación. El artículo 86 sustantivo consagra, una vez interrumpido el término de prescripción, unos límites mínimo y máximo que no pueden soslayarse: no menor a 5 años ni mayor a 10. El artículo 292 adjetivo, aunque consagra que el nuevo término prescriptivo no puede ser inferior a 3 años, no prevé allí mismo bajo la misma fórmula del Código Penal el límite máximo. No obstante, el tenor literal del artículo 292 hace una remisión expresa al artículo 83 cuando dice que el término de prescripción comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, y precisamente este canon sí trae un límite máximo de 20 años, cuya mitad son 10 años. Esto puede derivarse de las siguientes citas:

“Sobre el término de prescripción de la acción penal en los procesos rituados por la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (SP 1497-2016, Radicación 43997) ha precisado:

“En el año 2011 (CSJ AP 5 oct. 2011. Radicado 37313), la Corte reiteró que las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, regularon en forma diferenciada el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal. Específicamente sobre el límite mínimo que empieza a correr una vez producida la interrupción de la prescripción, señaló que:

...en virtud del artículo 86 del Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 6° de la Ley 890 del 2004 (que es de recibo exclusivamente para el sistema penal acusatorio) ese intervalo se interrumpe con la formulación de la imputación.

Desde ese momento, de conformidad con el artículo 292 de la Ley 906 del 2004 comienza a correr un nuevo lapso “por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años”. Por tanto, desde la imputación corre un nuevo periodo que no puede superar los 10 años ni ser menor de 3.”¹²

Bajo esa interpretación dominante de la jurisprudencia, en este caso habremos de decir que los 151.875 meses de prisión (la mitad de 303.75) superan el límite máximo de 10 años, por lo que es este el que debe tenerse como norte. Por eso, en relación con el señor HJBL la prescripción se produciría en este segundo momento el 22 de septiembre de 2021 y para JIL, DFOR y JFN el 24 de febrero de 2022.

¹² CSJ SP 1497-2016, rad 43997, citada en CSJ SP, 27 mayo 2020, rad. 54509. Ver también CSJ SP, 20 mar. 2019, rad. 50420.

Lo anterior se traduce en el acierto de la decisión de primer nivel en cuanto a que denegara la prescripción pedida sobre el delito de peculado por apropiación, objeto de esta alzada. Basta reseñar, para dar respuesta a los alegatos de los impugnantes, que la Sala no asiente la interpretación normativa por ellos desarrollada y de contera el proceso de contabilización de la prescripción.

Por una parte, los petentes obvian que la imputación efectuada recayó sobre el inciso 2º del artículo 397, en virtud del cual el extremo máximo punitivo de 270 meses se agrava en 405 meses. Por otra, es a esos 405 meses que debe reconocerse la aminoración por la calidad de interviniente, ya que dicha figura impacta en los extremos punitivos, a partir de lo cual hay una incidencia subsecuente en el término prescriptivo, que, si por eso excede el límite de los 10 años, pues debe fijarse en este. Luego, es erróneo aplicar a los 10 años la rebaja a la que se hacen merecedores los intervinientes, porque con rigor jurídico no es que la mengua punitiva de dichos sujetos no cualificados sea una disminución que la ley haya previsto directamente en la prescripción, sino que es una aminoración para los guarismos de pena del tipo penal, lo que después impacta en la prescripción y no antes. Por esto, se confirmará la providencia de primer nivel.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve

Primero. Confirmar la providencia objeto de apelación por las razones arriba indicadas.

Segundo. Regrese el asunto al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Tercero. Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

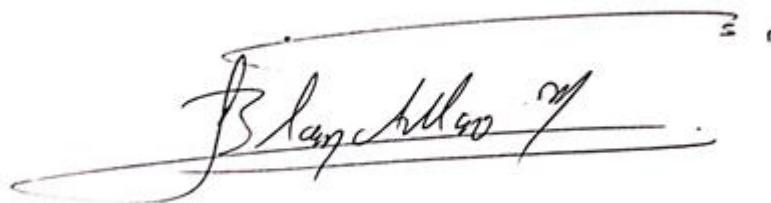
Cópiese y cúmplase.



Franco Solarte Portilla
Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado



1838

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada



REGISTRO DE PROYECTO No. 001
JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21- 0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 29 de enero de 2021.



JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario