

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: **LUIGUI JOSÉ REYES NÚÑEZ**

Radicación	080013104007201400076-01 Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11° Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Aprobado	Acta No. 077

Barranquilla – Atlántico, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA¹, contra la providencia proferida el 27 de mayo de 2022 por la Juez Once Penal del Circuito de Barranquilla - Atlántico², quien resolvió declarar prescrita la acción penal y civil seguida contra ANTONIO JAVIER PEÑALOZA NUÑEZ, LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ Y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por las conductas punibles de interés ilícito en la celebración

¹ Doctor FREDYS SUAREZ SUAREZ

² Dra. MARTA ISABEL MARQUEZ ROMO

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

de contratos, contrato sin cumplimientos de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, de contera, cesar el procedimiento en relación con esas conductas y **continuar el adelantamiento de la actuación en contra de LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por la conducta de peculado por apropiación.**

2. HECHOS:

Los expuso la fiscalía en la resolución de acusación de segunda instancia, así:

“La actuación se inició con ocasión de la denuncia penal presentada el 30 de julio de 2003, por el doctor GASPAR EMILIO HERNÁNDEZ CAAMAÑO, quien en su calidad apoderado del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, señala la ocurrencia de presuntas irregularidades relacionadas con la suscripción del contrato de consultoría número GP-CM-CONS-001-2000 lo que a su juicio puede constituir delitos contra la administración pública por las siguientes razones que expone:

Manifiesta que el contrato de consultoría en mención celebrado entre el distrito especial industrial y portuario de Barranquilla e Inversiones Los Ángeles LTDA, fue cedido el 16 de octubre de 2001 a la Unión Temporal MÉTODOS y SISTEMAS y el 19 de diciembre de 2001, las partes suscribieron un primer Contrato de Transacción SIP-CONS-001-2001, en el que se desiste un litigio y se introducen unas aclaraciones al contrato inicial.

Afirma que los últimos meses del 2002 y en los primeros del 2003 el contratista MÉTODOS y SISTEMAS S.A. inició siete (7) procesos ejecutivos ante el Tribunal Administrativo del Atlántico contra el Distrito Especial de Barranquilla, obteniendo las pretensiones solicitadas, utilizando para ello la información conocida de manera privilegiada y que tiene el carácter de reserva por ser del orden tributario. Aduce, que la información la obtuvo por manejar la bases a base de datos de los deudores tributarios del Distrito en cumplimiento del contrato de consultoría.

Por último señala, que el 21 de abril del 2003 los representantes de las partes suscribieron un segundo “contrato de transacción” en el que se

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

desiste una acción ejecutiva interpuesta por el contratista ante el Tribunal Administrativo del ATLÁNTICO en donde a través de decisión preferida el 5 de junio del 2003 sin probó por razones formales, con lo cual los pleitos del contratista revivían”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

1.- El 30 de julio de 2003, el señor GASPAR EMILIO HERNANDEZ CAAMAÑO, en calidad de apoderado del Distrito de Barranquilla, presentó denuncia.

2.- Mediante resolución del 30 de agosto de 2012, la Fiscalía Quinta Delegada ante la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública con sede en Bogotá, dictó resolución de acusación contra los ciudadanos **(i)** ANTONIO JAVIER PEÑALOZA NUÑEZ como presunto *AUTOR de los delitos de interés ilícito en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales*, **(ii)** LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ como presunto *AUTOR de los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, interés ilícito en la celebración de contratos y peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía*, **(iii)** OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA como presunto *COAUTOR de los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales en concurso con el interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación agravado por la cuantía, en calidad de interviniente*, **(iv)** IVAN GERARDO LOSADA MANOTAS como presunto *cómplice del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía* y dictó preclusión en favor de este último por los reatos de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales en concurso con el de interés indebido en la celebración de contratos como presunto coautor en calidad de interviniente*.

Radicación	080013104007201400076-01 Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

3.- Con resolución del 12 de febrero de 2014, la Fiscalía Setenta y Tres de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la providencia de primera instancia: *mediante la cual se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y Otros, pero procediéndose únicamente por el delito de peculado por apropiación en concurso material con el de celebración de contratos sin cumplimientos de requisitos legales y en la modalidad de autor*. De contera, dispuso la preclusión de la investigación penal seguida con OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA en lo que concierne al presunto delito de interés indebido en la celebración de contratos.

4.- Por reparto del 4 de abril de 2014, la actuación correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla; según constancia secretarial del 28 de mayo de 2014 desde esa data hasta el día 19 de junio de esa anualidad, se surtió el término de traslado común de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000. Mediante auto del 16 de julio de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Depuración de Barranquilla, avocó el conocimiento del proceso, y a través de auto del 9 de abril de 2015, decretó la nulidad de lo actuado desde el informe secretarial de 28 de mayo de 2014 del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ley 600, para efectos de que se nombrara defensor de oficio al señor LOSADA MANOTAS y correr nuevamente el término de traslado común a los sujetos procesales.

5.- Mediante auto del 31 de julio de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de Depuración de Barranquilla, declaró extinguida por muerte la acción penal a favor del señor IVAN ANTONIO LOSADA MANOTAS, por el delito de peculado por apropiación en concurso material con el de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.

Radicación	080013104007201400076-01 Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

6.- La audiencia preparatoria se celebró el día 8 de octubre de 2015 ante el Juzgado Penal del Circuito de Depuración de Barranquilla. La audiencia pública de juzgamiento se ha desarrollado en sendas sesiones del 31 de enero y 28 de febrero de 2020, ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, los días 11 de mayo, 22 de junio, 28 septiembre, 30 de noviembre de 2021 ante el Juzgado Penal del Circuito de Depuración de Barranquilla. En diligencia del 25 de marzo de 2022, el defensor técnico del procesado ANTONIO JAVIER PEÑALOZA³, elevó solicitud de preclusión y cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal en favor de su patrocinado. Mediante memorial radicado el día 19 de abril de 2022, el doctor FREDYS SUAREZ SUAREZ como defensor del procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA elevó solicitud de cesación de procedimiento en favor de su patrocinado por prescripción de la acción penal por todas las conductas punibles que le fueron endilgadas.

7.- La señora Juez Once Penal del Circuito de Barranquilla – Atlántico, en diligencia del 27 de mayo de 2022, resolvió declarar prescrita la acción penal y civil seguida contra ANTONIO JAVIER PEÑALOZA NUÑEZ, LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ Y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por las conductas punibles de interés ilícito en la celebración de contratos, contrato sin cumplimientos de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, de contera, cesar el procedimiento en relación con esas conductas y continuar el adelantamiento de la actuación en contra de LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por la conducta de peculado por apropiación. Contra esa determinación el defensor del procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en la misma diligencia.

³ Doctor VICTOR MANUEL CRUZ MARTIN

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

8.- Mediante auto del 1° de agosto de 2022, la señora Juez Once Penal del Circuito de Barranquilla – Atlántico, dispuso no reponer el auto emitido en audiencia pública del 27 de mayo de 2022, así mismo, conceder el recurso de apelación interpuesto por el doctor FREDYS SUAREZ SUAREZ como defensor del procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, en el efecto devolutivo. Por reparto del 11 de agosto de 2022, la actuación se asignó al Magistrado ponente y pasó al Despacho en esa misma data.

4. LA PROVIDENCIA APELADA:

Se trata de la providencia adiada el 27 de mayo de 2022, proferida oralmente, por la Juez Once Penal del Circuito de Barranquilla, quien, inicialmente, recordó que, el defensor técnico del procesado ANTONIO JAVIER PEÑALOZA⁴, elevó solicitud de preclusión y cesación del proceso por prescripción de la acción penal en favor de su patrocinado, así mismo, resaltó los cargos endilgados a los procesados ANTONIO JAVIER PEÑALOZA NUÑEZ, LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ Y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA en sendas resoluciones de acusación de primera y segunda instancia, finalmente trajo a colación algunos aspectos legales sobre la prescripción de la acción penal.

Al respecto, precisó que, según el artículo 80 del decreto 100 de 1980, el término de prescripción de la acción penal contra el ciudadano ANTONIO JAVIER PEÑALOZA NUÑEZ por los delitos de *interés ilícito en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, previstos en los artículos 145 y 146 del decreto 100 de 1980, modificados por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993, establecen el máximo de la pena*

⁴ Doctor VICTOR MANUEL CRUZ MARTIN

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

de 12 años de prisión, los cuales se aumentan en un tercera parte por ser servidores públicos, fijándose ésta en 16 años, que al ser interrumpido con la resolución de acusación de segunda instancia, se reduce a 8 años, término prescriptivo que se materializó el 12 de febrero de 2022, por tanto, estimó que, lo procedente es decretar la ocurrencia del fenómeno prescriptivo de la potestad punitiva del Estado.

De otro lado, indicó que, LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ Y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, también fueron acusados por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimientos de los requisitos legales previstos en los artículos 409 y 410 de la ley 599 de 2000, en donde se establece igualmente, el máximo de la pena en 12 años de prisión, los cuales se aumentan en un tercera parte por ser servidores públicos, fijándose en 16 años, que al ser interrumpido con la resolución de acusación de segunda instancia, se reduce a 8 años, término prescriptivo que se materializó el 12 de febrero de 2022, por tanto, estimó que, lo procedente es decretar la ocurrencia del fenómeno prescriptivo de la potestad punitiva del Estado. De contera, advirtió que, igual pronunciamiento corresponderá con la acción civil conforme al artículo 98 de la Ley 599 de 2000.

De otro lado, señaló que, se **continuara el adelantamiento de la actuación en contra de LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA**, por la conducta de peculado por apropiación.

Finalmente, resolvió declarar prescrita la acción penal y civil seguida contra ANTONIO JAVIER PEÑALOZA NUÑEZ, LUIS FERNANDO POLO

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

HERNANDEZ Y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por las conductas punibles de interés ilícito en la celebración de contratos, contrato sin cumplimientos de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, de contera, cesar el procedimiento en relación con esas conductas y continuar el adelantamiento de la actuación en contra de LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por la conducta de peculado por apropiación.

5. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR DEL PROCESADO OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA. -

El doctor FREDIS ENRIQUE SUAREZ SUAREZ en calidad de defensor del procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en contra de la decisión de primera instancia. Inicialmente, indicó que, el día 19 de abril de 2022, presentó solicitud de cesación de procedimiento en favor de su patrocinado por prescripción de la acción penal, en el que además de coadyuvar la solicitud del otro defensor, también arguyó que, contra su cliente respecto de la conducta de peculado por apropiación, se le endilgó la calidad de interviniente mas no de servidor público.

El recurrente, indicó que, la acusación quedo ejecutoriada con la emisión de la resolución de acusación de segunda instancia dictada el día 12 de febrero de 2014, y que su poderdante tenía la calidad de representante legal de la empresa Métodos y Sistemas, y no tenía funciones legales de servidor público, mientras que el artículo 30 del código penal, prevé que las personas que no tienen funciones públicas, tienen la calidad de

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

interviniente, por tanto, el tratamiento que se debe dar es diferente, dado que, aquellos que tengan la calidad de servidores públicos, se le aumentarían la pena en una tercera parte, pero a su cliente por no tener esa calidad se le disminuye en una cuarta parte.

Indicó que, el extremo punitivo máximo del delito de peculado es de 15 años, y si se le restan una cuarta parte, quedaría en 11.25, a lo anterior cabría restarle la mitad por mandato expreso de la ley quedando en 5.625 años, entonces, desde el 12 de febrero de 2014, ha transcurrido el término de prescripción en atención a su calidad de extraneus, interviniente como representante legal de la Unión Temporal Métodos y Sistemas, por lo que insiste en que se revise su solicitud a través del recurso de reposición y en subsidio apelación.

6. LOS NO RECURRENTE:

- **LA FISCALÍA:**

El representante de la fiscalía⁵, señaló que, es cierto que, no en todos los casos en donde intervienen los particulares en los delitos especiales como lo son los que son objeto de juzgamiento en la presente causa, ostentan la calidad de servidores públicos por extensión en la medida en que hayan participado en la celebración de contratos situación que amerite la comisión de una conducta punible contra la administración pública y en el presente caso OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, fue acusado en calidad de interviniente, y para efectos de determinar la prescripción

⁵ Doctor IVAN ACOSTA GARCIA

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

independientemente de la fecha en que se haya cometido los hechos, con motivo de que nos encontramos en la etapa de juzgamiento, lo anterior se regula por el artículo 86 de la ley 599 de 2000, y en el presente asunto se interrumpió el término de prescripción con la resolución de acusación de segunda instancia del 12 de febrero de 2014.

El señor fiscal, precisó que, efectivamente, para efecto de contabilización de la prescripción sería de 22 años y medio, en la etapa de instrucción y se divide en la mitad sin que sea inferior a 5, luego la conducta en este caso prescribiría en 11 años 3 meses en este juicio, y que el término señalado en el artículo 83 no está cobijado por límite máximo de 10 años, por lo que se opone a la solicitud de prescripción de la acción penal.

- **MINISTERIO PÚBLICO:**

El doctor Eduardo Gregorio Benavides González como agente del ministerio público, indicó que, no se le debe dar trámite a lo solicitado por el recurrente como quiera que la funcionaria se refirió a solicitud elevada en favor del procesado ANTONIO JAVIER PEÑALOZA NUÑEZ y a además se refirió de oficio frente a los demás, pero no tuvo en cuenta el pedimento del solicitante que ahora recurre.

- **LA PARTE CIVIL:**

El doctor Johnny Arturo Bernal Venegas como apoderado de la parte civil, señaló que, tiene razón la fiscalía la fiscalía, en la operación aritmética del

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

término de prescripción de la acción penal y precisó que, igualmente se encuentra de acuerdo con lo manifestado por el procurador.

- **EL DEFENSOR DEL PROCESADO LUIS FERNANDO POLO HERNÁNDEZ:**

El doctor Carlos Alberto Martínez Gallardo, manifestó que si bien no se estudió previamente la solicitud elevada por recurrente, considera que, como quiera que se trata de la misma temática resuelta se puede abordar en el recurso de reposición, en todo caso, dejó a consideración del Despacho la respuesta al recurso interpuesto.

- **EL DEFENSOR DEL PROCESADO ANTONIO JAVIER PEÑALOZA.**

El doctor VÍCTOR MANUEL CRUZ MARTIN, señaló que, la fiscalía indica que la pena máxima para el delito investigado para la época de los hechos era de 22.5 años, sin embargo, por principio de favorabilidad se debe aplicar lo señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, norma que es clara en señalar que surtiéndose aumentos por esa situación de la calificación especial que tiene el sujeto activo de la conducta la pena máxima no podrá ser superior a la establecida por la ley, en este caso, el decreto 80 establecía que la prescripción no podía superior de 20 años. Bajo esas condiciones, considera que, el término es de máximo de 20 años para la etapa de instrucción y luego de la ejecutoria de la resolución de acusación, el término correría por 10 años y no la cifra dada por la fiscalía, finalmente, indicó que, por celeridad si es procedente

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

pronunciarse respecto de la petición del defensor recurrente. De contera, manifestó que, se encuentra de acuerdo con la solicitud planteada por el otro defensor.

7. DE LA DECISIÓN QUE RESUELVE LA REPOSICIÓN:

Mediante decisión adiada 1º de agosto de 2022, la señora Juez Once Penal del Circuito de Barranquilla – Atlántico, dispuso no reponer el auto dictado en audiencia pública del 27 de mayo de 2022, de otro lado concedió el recurso de apelación interpuesto por el doctor FREDYS SUAREZ SUAREZ como defensor del procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, en el efecto devolutivo.

La funcionaria de primer nivel, indicó que, el quid del asunto planteado por el recurrente se centra en la presunta prescripción de la acción penal a favor de su asistido judicial, atendiendo la calificación jurídica otorgada por el órgano instructor -interviniente- pues en su criterio, su apadrinado es un particular que ejercía la representación legal de la empresa contratista, y, para esos efectos, la ley 599 de 2000 consagra en el inciso final del artículo 30 una diminuyente punitiva que hay que aplicar.

Al respecto, precisó que, olvida mencionar el recurrente, que esta temática en similares términos, le fue planteada al instructor de segundo grado al momento en que fue recurrida la calificación del sumario, por parte del togado que representaba los intereses del señor Osman Torrenegra Peñaranda, oportunidad en la que el delegado fiscal consideró que el objeto del contrato desarrollado por la empresa Métodos y

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

Sistemas, representada legalmente por el señor Osman Torrenegra Peñaranda, no era una asesoría, sino que implicaba una delegación, el desarrollo de funciones públicas reservadas al fisco, tales como labores de fiscalización, citación de deudores morosos, liquidación de impuestos distritales, etc; razón por la cual varió el grado de participación del encausado de interviniente a coautor. Seguidamente citó las razones dadas por el funcionario de segundo grado.

La juez de primer grado, indicó que, en ese contexto Osman Torrenegra Peñaranda fue llamado a responder en juicio oral y público, en calidad de autor inmediato del punible peculado por apropiación, lo cual difiere en exceso con la categoría de interviniente predicada por el recurrente, temática zanjada o resuelta en la confirmación de la resolución de acusación que hiciera el Delegado Fiscal 73 ante el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 12 de febrero de 2014. Así mismo, señaló que, es inaplicable la disminución consagrada en el inciso final del artículo 30 de la ley 599 de 2000, a favor de Osman Torrenegra Peñaranda, conforme quedan los siguientes guarismos punitivos:

Peculado por apropiación (art. 397 C.P., si lo apropiado supera un valor de 200 smlmv. se aumentara hasta en la mitad..)	Máximo de pena 15 años	Incremento 1/3 parte (art. 83 inc. 5° C.P.) 5 años	Total pena: 20 años
--	---------------------------	---	------------------------

Añadió que, en ese entendido, y teniendo en cuenta que lo hechos investigados acaecen según se aprecia en la denuncia interpuesta en fecha octubre de 2001, cuando se confirma la calificación del sumario en segunda instancia, el 12 de febrero de 2014, no se había agotado el

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

término máximo de vigencia de la acción penal -20 años - e interrumpido dicho plazo significa que según las voces del artículo 86 del C.P., para efectos prescriptivos en la etapa del juicio, el lapso a contabilizar equivale a 10 años, los cuales no se han cumplido, desde la ejecutoria de la acusación en segunda instancia, término que vence el próximo 12 de febrero de 2024.

De contera precisó que, ese despacho no repondría el auto interlocutorio emitido dentro de la audiencia pública escenificada el 27 de mayo de 2022 y concedería el subsidiario recurso de apelación, en el efecto devolutivo. Finalmente, dispuso CONTINUAR el adelantamiento de la actuación, para ello fijó fecha día miércoles 12 de octubre de 2022 a las 9:00 A.M.

8. CONSIDERACIONES:

● COMPETENCIA:

La Competencia del Tribunal se enmarca dentro de los límites previstos por el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, circunscritos al objeto de la apelación, conformado por los asuntos contenidos en la sustentación del recurso y aquellos que resulten inescindiblemente vinculados.

● EL CASO EN CONCRETO:

1.- La señora Juez Once Penal del Circuito de Barranquilla, mediante providencia del 27 de mayo de 2022, resolvió declarar prescrita la acción

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

penal y civil seguida contra ANTONIO JAVIER PEÑALOZA NUÑEZ, LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ Y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por las conductas punibles de interés ilícito en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, de contera, cesar el procedimiento en relación con esas conductas y continuar el adelantamiento de la actuación en contra de LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por la conducta de peculado por apropiación.

2.- Como viene de verse, el problema jurídico que plantea el defensor del procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, con su recurso de apelación, avoca a la Sala a determinar **(i)** si erró la juez de primer nivel al disponer continuar el adelantamiento de la actuación en contra de LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por la conducta de peculado por apropiación y por tanto, no reconocer el acaecimiento del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal por esa conducta.

3.- Dentro de esos derroteros, al adentrarnos a la resolución de esta problemática, conviene recordar que, mediante resolución del 30 de agosto de 2012, la Fiscalía Quinta Delegada ante la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública con sede en Bogotá, dictó resolución de acusación, entre otros, contra el ciudadano OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA *como presunto COAUTOR de los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales en concurso con el interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación agravado por la cuantía, en calidad de interviniente*. Al respecto, veamos los siguientes apartes de esa decisión:

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

En consecuencia, sin justificación atendible, los señores POLO HERNANDEZ, LOZADA MANOTAS y TORRENEGRA PEÑARANDA modificaron – dentro del Contrato de Transacción – el contrato inicialmente suscrito con Inversiones Los Ángeles, en su objeto, plazo, valor y forma de pago, desconociéndose los términos de referencia y lo pactado en el contrato de Consultoría; pero además se omitió el estudio y análisis de las calidades técnicas y administrativas, la capacidad, organización y experiencia del cesionario propuesto.

(...)

Ahora bien, en relación con el sindicado contratista TORRENEGRA PEÑARANDA, se tiene que en calidad de Representante Legal de la Unión Temporal Métodos suscribió el contrato de Transacción por medio del cual se cedió a esa UT el de Consultoría GP-CM-CONS-001-2000 celebrado con Inversiones los Ángeles, respecto de lo cual se reprocha que lo ocurrido fue otra celebración de contrato de Consultoría al quedar comprobado que otro fue su objeto, otro su valor y otras las obligaciones que se pactaron para las partes. Además, en calidad de Representante Legal de la Sociedad Anónima Métodos y Sistemas, continuó ejecutando el contrato en virtud de una nueva cesión.

Es por lo anterior, que en criterio del despacho, debe responder en calidad de coautor de los delitos de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales e Interés Indebido en la Celebración de Contratos, para lo cual debe efectuarse la siguiente reflexión:

Atendiendo al objeto contractual, no queda duda que de lo que se trató fue de desarrollar - en virtud del contrato de consultoría — funciones públicas para el Distrito Barranquilla. Pero además, debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 56 de la ley 80/93 que trata sobre la Responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal, respecto de lo cual estableció:

"Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos" (resaltado fuera del texto)

Por su parte el artículo 53 ibídem, en cuanto a la responsabilidad de los CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES, indicó:

"Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueran imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan funciones de consultoría, interventoría o asesoría"

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

Se concluye entonces; que con motivo de la contratación pública el contratista TORRENEGRA PEÑARANDA asumió funciones públicas propias del Estado por lo que debe asimilarse como servidor público.

En consecuencia, para el despacho debe tenerse al señor TORRENEGRA PEÑARANDA como coautor responsable de los delitos de Interés Indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al celebrar contratos a sabiendas que se había pretermitido el principio de transparencia y la selección objetiva del contratista evidenciándose su participación de manera libre, voluntaria y decisiva para lograrlo.

(...)

Ahora bien, referente al delito de Peculado por Apropiación también imputado a los sindicatos, sea lo primero indicar que este reato lesiona el bien jurídico de la administración pública, y describe como conducta que merece reproche penal, la apropiación de dineros públicos, lo que implica un desplazamiento patrimonial como consecuencia de un acto de disposición.

(...)

Se hace necesario recordar que entre LUIS FERNANDO POLO HERNÁNDEZ Secretario de Infraestructura del Distrito e IVAN LOSADA MANOTAS Representante Legal de Inversiones los Ángeles Ltda., y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, Representante de la Unión Temporal METODOS & SISTEMAS, suscribieron el 19 de diciembre de 2001, el Contrato de Transacción SIP-CONS-OOI2001 del contrato de Consultoría GP-CM-CONS-OOI 2000 con el objeto de transigir las diferencias presentadas entre los dos primeros y ceder el aludido contrato al tercero de los mencionados.

(...)

Pero además, según obra en el informe del CTI 200930 del 11 de noviembre de 2004 de la documentación contable aportada por la Fiduciaria La Previsora S.A., como fueron los comprobantes de egresos, cartas de autorización de traslado de cuentas corrientes, cuentas de cobro, ordenes de giros de la Alcaldía Distrital, registros presupuestales y certificados de disponibilidad, se estableció que, hasta junio de 2004, fue girada a la Unión Temporal Métodos y Sistemas y a la Empresa Métodos y Sistemas S.A, la suma de \$13.391.384.773 por la fiduciaria La Previsora, por concepto de recaudos de tributos distritales, en virtud a la orden irrevocable de pago efectuada por el señor POLO HERNANDEZ, razón suficiente para predicar que puede estar incurso en el delito de Peculado por Apropiación a favor de Terceros.

(...)

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

No sobra señalar que, sumado a lo descrito, el despacho cuenta con el Informe FGN-592695 del 14 de marzo de 2011 según el cual, efectuado el análisis de pagos realizados a METODOS Y SISTEMAS pudo establecerse que desde el 15 de enero del 2003 al 12 de agosto del 2008 se canceló la suma de \$61.607.832.104.11 lo que se comprueba a través de los anexos allegados a la investigación y contentivos de las órdenes de pago y comprobantes de egreso expedidos por la Fiduciaria SA.

No queda duda, frente al señor POLO HERNANDEZ, quien autorizó los pagos en virtud a la orden irrevocable de pago efectuada que puede estar incurso en el delito de Peculado por Apropiación a favor de Terceros, debido a que el indebido uso recayó sobre dineros oficiales, además de concurrir el elemento normativo referido a que el objeto material de la conducta reprochable desde el punto de vista jurídico penal lo constituyen bienes de propiedad del Distrito de Barranquilla y que el sujeto activo sea calificado tal como lo reclama la normatividad sustantiva que define y pena el delito por el que se procede. Conducta que por ende, resulta antijurídica, por cuanto se lesionó sin justa causa un bien jurídicamente tutelado como es la Administración Pública.

(...)

Por su parte, el señor OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, actuó como Representante Legal de la Unión Temporal METODOS & SISTEMAS y posteriormente de la empresa societaria METODOS & SISTEMAS S.A., empresas que recibieron los dineros producto de la cuestionada cesión realizada a estas empresas, en los términos en que quedo antes reseñado.

Por tal razón, en criterio del despacho el señor TORRENEGRA PEÑARANDA **debe responder por el delito de Peculado por Apropiación a título de interviniente** por no tener la calidad de servidor público pero si concurrir con el Secretario de Infraestructura del Distrito POLO HERNANDEZ a la apropiación en su provecho de los recursos del distrito.

(...)

RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS DE LA DEFENSA DEL SEÑOR OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA:

Lo primero será señalar, que diferente a como lo entendió la defensa del señor TORRENEGRA PEÑARANDA, en el momento procesal de definir la situación jurídica se indicó que la conducta endilgada a su defendido que estaba incurso en los delitos de Celebración indebida de contratos y Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, era imputada a título de coautor, sumado a que como quedo ampliamente explicado-, por la actividad contenida en el objeto contractual en el sentido de que se trataba de realizar funciones propias del Distrito relacionadas con sus tributos, debe asimilarse para efectos penales a un servidor público, condición que no permite la rebaja que propone la defensa y que hubiera sido posible si se le tiene como infractor a título de interviniente, lo que en efecto, no ocurrió.

Radicación	080013104007201400076-01 Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

Por tal razón, no es procedente atender su petición de declarar la prescripción de la acción penal a su favor, aunado a que de conformidad con el artículo 55 de la ley 80 de 1993 la acción penal derivada de la responsabilidad contractual prescribirá en veinte (20) años"

Ahora bien, comparte el despacho los argumentos expuestos por la defensa en cuanto a que la cesión de contratos es una institución permitida y aplicable a la contratación estatal en virtud de lo establecido en la ley 80 de 1993 concretamente en el artículo 41-3 que lo permite bajo la condición de la autorización expresa y escrita de la entidad contratante. De igual manera, en cuanto a lo dicho respecto del contrato de Transacción en el sentido de ser un mecanismo de solución directa de las controversias surgidas de los contratos administrativos.

Sin embargo, lo que no puede desconocerse es que a través de estas figuras fue que se celebró un nuevo contrato de Consultoría con un objeto, plazo y obligaciones diferentes a las inicialmente pactadas y que fueron objeto de expedición de términos de referencia que exigía ciertas condiciones para el contratista que no fueron revisadas por el Distrito.

Y, es que el Contrato de Transacción que solo interesaba a la partes, léase Distrito de Barranquilla e Inversiones Los Ángeles, fue suscrito por el Representante Legal de la UT METODOS Y SISTEMAS, cuando aún la entidad territorial no había autorizado la cesión y que como lo expresa la defensa la UT METODOS&SISTEMAS solo tenía (...) mera expectativa del negocio (...), suscribe el acuerdo transaccional pero con el fin de celebrar el contrato de Consultoría con las nuevas condiciones.

En consecuencia, no puede el despacho aceptar los argumentos de la defensa y considerar la conducta desplegada por el señor TORRENEGRA PEÑARANDA como atípica.

4.- Con resolución del 12 de febrero de 2014, la Fiscalía Setenta y Tres de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la providencia de primera instancia: *mediante la cual se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y Otros, pero procediéndose únicamente por el delito de peculado por apropiación en concurso material con el de celebración de contratos sin cumplimientos de requisitos legales y en la modalidad de autor.* Al respecto, veamos los siguientes apartes de esa decisión:

Así las cosas no hay duda que la ley a aplicar es la 599 de 2000, frente al artículo 55 de la ley 80 de 1993, pre (sic) imperar al momento de los

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

hechos y no resultar desfavorable al inculcado. Según la acusación para la época de los hechos noviembre de 2001, OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, adquirió la calidad de servidor público por asimilación en razón al ejercicio transitorio de funciones públicas -según "los artículos 209 y 123 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 20 del Código penal y los artículos 53 y 56 de la ley 80 de 1993"- al suscribir el contrato de consultoría investigado, incurriendo en el delito de peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, pues se trataba de un nuevo contrato de consultoría, que simulaban ser el mismo apoyados en una transacción en la cual obtuvieron la cesión contractual con el distrito de Barranquilla, variando su objeto, precio y duración.

Como quiera que la conducta imputada al procesado la ejecutó en ejercicio de su función de servidor público por asimilación, al serle delegadas funciones públicas del manejo de recaudo y cobro del fisco público, por lo que en su caso opera el aumento del término de prescripción previsto en el inciso 5 del artículo 83 de la ley 599 de 2000, por lo que si la acción penal para el delito de peculado en su máximo prescribe en quince (15) años, artículo 397 de la ley 599 de 2000 , y "Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad" pero teniéndose en cuenta que el término máximo para la prescripción no puede superar los 20 años, tendríamos entonces realizadas las operaciones aritméticas, realizando solamente el aumento de la 1/3 parte, la pena arrojaría un término en 20 años, mientras que para los otros dos delitos artículo 409 y 410 del C. Penal las penas son similares y establecen un máximo de doce (12) años, que con el incremento de la tercera parte queda en máximo prescriptivo de 16 años.

Luego si bien la resolución de acusación no ha causado ejecutoria material y hasta hoy han transcurrido algo más de doce años, su tiempo resulta inferior al término de prescripción de 20 y 16 años, mínimo señalado para los delitos cometidos por servidor público en ejercicio de su función, de su cargo, o con ocasión de ellos, por lo que el Estado aún no ha perdido el ejercicio de la potestad punitiva.

En las circunstancias anotadas, esta delegada negará la solicitud de prescripción de la acción penal respecto de los referidos delitos, con la confirmación de la resolución acusatoria si es del caso la procedencia de los delitos por los cuales son investigados y son también motivo de controversia.

En segundo lugar la discusión se centra en cuanto a que según la defensa bajo el título de "el delito solo puede ser cometido por servidor público competente para celebrar el contrato y en ejercicio de las funciones inherentes al cargo y que su representado resulta ser un extraneus en el delito de contratación estatal", para lo cual trae a colación apartes de la Sentencia C-128 de 2003, concluyendo que el delito sólo puede cometerlo la autoridad que tiene competencia para dirigir los procesos de selección y celebrar los contratos estatales, único garante del principio de

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

imparcialidad al tenor de citas de normas legales, deduciendo entonces, que la competencia para la selección del contratista y la celebración de los contratos es exclusiva del representante legal de la entidad estatal y no del contratista quienes son colaboradores de las entidades estatales para lograr sus cometidos estatales, por lo que no encuentra que su defendido deba responder por el delito de interés indebido en la celebración de contratos, cuando faltan dos elementos objetivos del tipo: el servidor público y la competencia para contratar, los que si reúne el Alcalde Distrital.

No comparte esta delegada la posición del recurrente por cuanto de O acuerdo al objeto del contrato, no se correspondía a un simple asesoramiento y suministro de equipos técnicos, sino que también se le delegaban funciones públicas de carácter permanente durante 20 años, entre estas el procesamiento, fiscalización, programación, aforo, citaciones, liquidaciones, facturación, gestión para la recuperación de cartera y para el aumento de recaudos de los impuestos distritales e impuestos varios que se relacionaban en el anexo I del contrato, controlando la evasión y elusión con el fin de generar beneficios para los contribuyentes y ef Distrito de Barranquilla, lo cual constituía netamente funciones estatales que por constitución eran además intransferibles pero que tal como se erige de lo estipulado en el objeto del contrato, por asimilación el contratista encarnaba la investidura de servidor público.

Así, el ingrediente normativo de los tipos penales con sujeto activo calificado, cuando se trata del concepto de servidor público, se encuentra definido en la parte general de Código al considerar también como tales a los particulares que ejerzan funciones públicas de forma permanente o transitoria, por ello, para su interpretación deberá el operador judicial acudir a los artículos 123 de la Constitución Política y 20 del nuevo Código Penal (63 del anterior estatuto punitivo) cuyo alcance se complementa con el aludido artículo 56 de la ley de contratación estatal en aras de establecer cuándo y en qué eventos los particulares desempeñan una función pública para asemejar su responsabilidad a la de los servidores públicos.

(...)

Estamos frente a una contratación amarrada con claro detrimento para el Distrito de Barranquilla y apropiación indebida de los contratistas desde su inicio, por lo que resultaba ventajosa para Torrenegra Peñaloza, buscar la aludida cesión contractual.

La prueba se respalda en el informe contable del C.T.1 200930 del 11 de noviembre de 2004, en donde de la documentación contable aportada por la Previsora, entre estos los comprobantes de ingreso, cartas de autorización de traslados de cuentas corrientes, cuentas de cobros, ordenes de giros de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, registros presupuestales y certificados de disponibilidad, se estableció que hasta junio de 2004, fe girado a la Unión temporal Métodos y sistemas y a la empresa Métodos y sistemas S.A la suma de trece mil millones,

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

trescientos noventa y un mil trescientos ochenta y cuatro pesos con setecientos setenta y tres centavos (\$13.391 ,384773) por la fiduciaria la Previsora, por concepto de recaudos de tributos distritales en virtud de orden irrevocable del contratante Polo Hernandez, de donde se predica claramente como dolosamente conllevaron al celebración de un nuevo contrato ilegal para apropiarse de recursos de la alcaldía de Barranquilla sin que se tenga en cuenta para nada el porcentaje de la tasa de honorarios profesionales alegadas por el defensa.

Según el artículo 397 del C. Penal, el delito de Peculado por Apropiación con su pena se contempla así:

(...)

Es por ello que se cumplen las exigencias del artículo 397 y 398 del CPP, en cuanto que para la presente acusación se encuentran por demás reunidos los requisitos sustanciales, que demuestran la ocurrencia del hecho o situación fáctica y existen confesiones calificadas, e indicios graves, basados en documentos que señalan la responsabilidad del sindicado en calidad de autor tal como se han indicado y evaluado, con su la calificación jurídica provisional y se han esbozado las razones por las cuales se comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

De otra parte como ya se examinó, se concluye que la acción penal no se encuentra prescrita, que no todo contratista adquiere la calidad de servidor público en extensión por el simple hecho de suscribir un contrato estatal, pues se hace necesario como en el presente asunto que en el particular se deleguen mediante el contrato mismo, funciones públicas de carácter permanente o transitorio (nombramiento de árbitro para actuar en procedimiento arbitral, de secuestre o auxiliar de la justicia para atender custodia de elementos en poder transitorio del Estado o realizar peritazgo, un contrato de concesión, un contrato de prestación de servicios públicos, por ejemplo).

(...)

El caso de un contrato de suministro o de obra, el particular no se liga o queda vinculado a prestación transitoria o permanente de función pública alguna y pasaría a denominarse como anteriormente se dijo interviniente, **siendo por ello que en el caso el señor Torrenegra Peñaloza, si puede ser considerado como servidor público, pues se le delegaron funciones públicas que estaban en cabeza del distrito de Barranquilla**, concerniente al cobro y procedimiento del fisco presupuestal, por lo tanto se trata de un autor, más no a título de interviniente, sino de simple autor como servidor público por asimilación.

(...)

Es por lo anterior que sin lugar a mayores análisis que resulta concluir la probabilidad con respaldo probatorio que **el sindicato TORRENEGRA PEÑALOZA, en calidad de servidor público por asimilación ha**

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

incurrido en el presunto ilícito de celebración de Contratos sin cumplimiento de requisitos legales en concurso material como Peculado por Apropiación, en grado de autor inmediato, razón por lo que habrá de confirmándose en mayor parte la resolución acusatoria recurrida con las modificaciones aludidas, en lo que respecta a los delitos de celebración de Contratos sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso material como Peculado por Apropiación, pero en modalidad de coautor, precluyéndose en favor del sindicado el delito de Interés indebido en la celebración de contratos, sin hacerlo extensivo a los demás sindicados pues estos si venían ejerciendo funciones públicas en la etapa previa a la suscripción del contrato de consultoría del 2001.

5.- Desde esa perspectiva, tal como expresa el a quo, carece de razón el recurrente, cuando sostiene que, contra su cliente respecto de la conducta de peculado por apropiación, se le endilgó la calidad de interviniente y no la de servidor público.

6.- Ciertamente, si bien es cierto la fiscalía en resolución de acusación de primera instancia, le atribuyó al procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA la conducta punible de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en calidad de interviniente, no lo es menos que la Fiscalía Setenta y Tres de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en resolución de acusación de segunda instancia, señaló que, se procedería en contra de OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros, por el delito de peculado por apropiación en concurso material con el de celebración de contratos sin cumplimientos de requisitos legales y **EN LA MODALIDAD DE AUTOR**, pues indicó que, el acusado ejecutó dichos delitos en ejercicio de su función de servidor público por asimilación.

6.- Ahora bien, conviene transcribir la descripción típica del punible de peculado por apropiación descrito en el artículo 397 del Código Penal, para la época de los hechos según viene reseñado en la acusación:

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

Texto original de la Ley 599 de 2000:

ARTÍCULO 397. PECULADO POR APROPIACIÓN. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

7.- Por su parte el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 dispone:

Texto original de la Ley 599 de 2000:

ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. 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 lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

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.

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

8.- Igualmente debemos destacar que conforme al artículo 86 de la Ley 599 de 2000, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación o su equivalente y, una vez ejecutoriada, se reinicia un nuevo término, el cual será igual al consagrado en el precepto 83 anotado anteriormente, sin que pueda ser menor a cinco -5- ni superior a diez -10- años.

9.- Como viene de verse, **(i)** el delito de peculado por apropiación descrito en el artículo 397 del Código Penal se sanciona para la época de los hechos con una pena principal de seis (6) a quince (15) años de prisión lo que equivale a setenta y dos (72) y ciento ochenta (180) meses; y ante la concurrencia de la agravante prevista en el inciso segundo de esa normativa, por la cuantía de lo apropiado, se aumenta hasta la mitad, por lo que los extremos se fijan en setenta y dos (72) y doscientos setenta (270) meses; además, no puede pasarse por alto que, el inciso 5º del artículo 83 del Código Penal, establece que: *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.-*

10.- Finalmente, cabe relieves que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el aumento previsto en el artículo 83 del Código Penal, tratándose de delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de las funciones, de su

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

cargo o con ocasión de ellos, una vez interrumpido el término de prescripción, se ha de aplicar no sólo al mínimo, sino también, al máximo de 10 años que prevé la norma penal, por tanto, el término máximo de la prescripción de la acción penal corresponde a 13 años y 4 meses, lo que resulta aplicable al presente caso. Veamos lo decantado por esa alta corporación⁶:

Efectivamente, el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, según lo normado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (art. 80 del anterior Código Penal), opera durante la etapa instructiva si transcurre un término igual al máximo de la sanción privativa de la libertad establecida en la ley, pero en ningún caso en un lapso inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20) años.

De la igual manera, conforme con el artículo 86 del mismo ordenamiento (art. 84 del anterior), el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y comienza a contarse nuevamente por un tiempo igual a la mitad del establecido para la etapa de instrucción, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

No obstante, la Sala (CSJ, AP, 21 Oct. 2013, rad. 39611), al interpretar estos preceptos, concluyó que el aumento dispuesto cuando se trata de delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de las funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, se ha de aplicar no sólo al mínimo, sino, una vez interrumpido el término de prescripción, también imputarlo al máximo de 10 años referido.

«Cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, realiza una conducta punible o participa en ésta, la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, aumentada en una tercera parte (o en la mitad, si el delito se cometió luego de la entrada en vigencia del artículo 14 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011 –al igual que para los particulares que ejerzan funciones públicas y los agentes retenedores o recaudadores), sin que dicho lapso sea inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, ni exceda de veinte (20) años o treinta (30) años, o de veinte (20) años contados a partir de la mayoría de

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, Magistrado Ponente, SP 7135-2014, Radicación 35113, (Aprobado Acta N° 173), Bogotá D.C., cinco (5) de Junio de dos mil catorce (2014).

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

edad de la víctima, según sea el caso (incisos 1º, 2º y 3º del artículo 83 del Código Penal).

Producida la interrupción del término prescriptivo en tales eventos (ya sea por la resolución de acusación en firme o por la formulación de la imputación, dependiendo del sistema procesal), éste correrá de nuevo por un tiempo equivalente a la mitad del anteriormente señalado, sin que el término pueda ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses ni superar trece (13) años y cuatro (4) meses (es decir, los diez -10- años a que alude el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000, incrementados en una tercera parte), o menor a siete (7) años y seis (6) meses ni mayor de quince (15) años (en los casos en los cuales ya rija el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011).

Lo anterior implica que la prohibición del último inciso del artículo 83 del Código Penal ("cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado") sólo abarca los topes máximos previstos en esa misma norma, esto es, los de veinte (20) años (inciso 1º del artículo 83), treinta (30) años (inciso 2º) y veinte (20) años contados a partir del momento en el cual el sujeto pasivo de la conducta alcanza la mayoría de edad (inciso 3º, adicionado por la Ley 1154 de 2007). Pero no se aplica para el límite superior de diez (10) años previsto en el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000.

Inclusive se tuvieron en cuenta las consideraciones cuando fue declarado exequible el artículo 82 del Código Penal anterior (CC C-345 de 1995), acerca de que en los delitos atribuidos a los servidores públicos se justifica un mayor grado de reproche en la fijación de la pena, que se ha de reflejar en el incremento del lapso prescriptivo, ante las dificultades de orden procesal y con el fin de evitar la impunidad, en palabras de la Corte Constitucional:

El periodo de tiempo dispuesto por la ley para que opere la prescripción depende, como ya se ha dicho, además del hecho punible o de sus efectos sociales, de la intención de no dejar impunes ciertos delitos o de la dificultad probatoria para su demostración. Precisamente, la finalidad de impedir la impunidad de los delitos cometidos por servidores públicos llevó al legislador penal de 1980 a aumentar en una tercera parte el término de la prescripción de las acciones penales respectivas.

En efecto, el Código Penal de 1936, si bien incluía la prescripción del delito como una causal de extinción de la punibilidad, no

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

contemplaba ninguna disposición especial en relación con los servidores públicos. Sólo hasta 1976 se planteó por primera vez la posibilidad de aumentar el término de prescripción cuando el sujeto activo del delito fuera una persona encargada de cumplir una función pública. En esa ocasión, se dijo: 'Atendiendo a las dificultades de descubrir e investigar los delitos cometidos por los empleados oficiales, quienes en no pocas veces se aprovechan de su posición para obstruir la acción de la justicia, se amplía el término de prescripción para los delitos cometidos por ellos en ejercicio de sus funciones'

Se trata, pues, de una solución práctica ante la dificultad de obtener pruebas de la existencia y autoría del hecho punible, debido a la posición privilegiada del sujeto activo, para quien es relativamente fácil ocultar la ejecución del delito y los elementos que podrían conducir a imputarle la comisión del mismo.

Lo anteriormente expuesto ilustra la relación existente entre la pena y la prescripción: si bien la segunda es directamente proporcional a la primera, en la medida en que una variación en el monto de la pena repercute en la misma proporción en el término de prescripción, la regulación de esta última es independiente de la punibilidad, ya que obedece a otras finalidades.

Así, el criterio de autoridad de la Sala es que el límite del término de prescripción para el delito en el cual esté involucrado un servidor público, no puede ser superior al máximo de diez (10) años incrementado en una tercera parte (o en la mitad si lo cobija la Ley 1474 de 2011), porque tal adición estuvo ideada inicialmente para contabilizar el término de prescripción de las conductas cometidas por los particulares, de ahí que tal y como el término mínimo de cinco (5) años sufre un incremento, **igual ha de suceder con el término máximo de diez (10) años, que para el caso quedarían en trece (13) años, cuatro (4) meses.**

En este orden de ideas, que el límite superior a efectos de calcular la prescripción de la acción penal previsto en el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000 sea idéntico para el particular responsable del delito y para el servidor público que lo realiza o en él participa, es contrario al fin de "asegurar [...] la vigencia de un orden justo", propósito esencial del Estado Social de Derecho contemplado en el artículo 2 de la Carta Política, al igual que al deber estatal enunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de "evitar y combatir la impunidad", concepto jurídico que ha sido definido como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura,

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.

11.- Entonces, desde esa perspectiva legal y jurisprudencial, surge nítido que, el termino máximo de la pena fijada en la ley que corresponde a doscientos setenta (270) meses, se aumenta en una tercera parte, esto es, hasta trescientos sesenta (360) meses, por tanto, interrumpida la prescripción de la acción penal con la resolución de acusación de segunda instancia dictada el día 12 de febrero de 2014 (art. 83 C.P), comenzó a correr de nuevo el termino prescriptivo⁷ (art. 86 C.P) por un tiempo igual a la mitad del máximo de la pena fijada en la ley, lo que arroja un guarismo de ciento ochenta (180) meses o lo que es igual a quince (15) años, sin embargo, como ese término no puede ser superior a 13 años y 4 meses, este último sería el guarismo que se requiere para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

12.- De ahí que, la conducta punible de peculado por apropiación descrito en el artículo 397 del Código Penal, endilgada al procesado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, no se encontraba prescrita para la data de la emisión de la providencia apelada de primera instancia (27 de mayo de 2022), ni para la fecha en el que se adopta la presente decisión, pues desde la calenda en que se interrumpió el término de la prescripción con la celebración la resolución de acusación de segunda instancia (12 de febrero de 2014) no ha transcurrido el lapso de 13 años y 4 meses que

⁷ ARTICULO 86. INTERRUPCION Y SUSPENSION DEL TERMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCION. <Inciso 1o. modificado por el artículo 6 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> 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).

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

se requiere para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal respecto de la conducta punible de marras.

13.- En consecuencia, la Sala, observa que carece de razón el letrado que ejerce su defensa técnica cuando alega la prescripción de la Acción Penal respecto de la conducta de peculado por apropiación descrito en el artículo 397 del Código Penal, endilgada a su patrocinado OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por lo que la providencia apelada por ese aspecto será confirmada, pero por las razones aquí vistas. –

14.- Finalmente, el Magistrado ponente doctor LUIGUI JOSE REYES NUÑEZ deja constancia que, antes de proyectar esta decisión tuvo que proyectar otras decisiones con términos de prescripción cortos, víctimas mujeres y niños o acciones constitucionales de tutela, incidentes de desacato y habeas corpus.

• **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la providencia proferida el 22 de mayo de 2022, por la Juez Once Penal del Circuito de Barranquilla, resolvió continuar el

Radicación	080013104007201400076-01
	Referencia interna No. 2022 00159
Procesado	OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA y otros
Delito	Peculado por apropiación
Origen	Juzgado 11 Penal del Circuito de Barranquilla
Asunto	Apelación de auto
Procedimiento	Ley 600 del 2000
Decisión	Confirmar

adelantamiento de la actuación en contra de LUIS FERNANDO POLO HERNANDEZ y OSMAN TORRENEGRA PEÑARANDA, por la conducta de peculado por apropiación, por las razones antes vistas.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase:

Los Magistrados,



LUIGUI JOSÉ REYES NÚÑEZ



JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ



DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

OTTO MARTÍNEZ SIADO

Secretario