

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2816-2015

Radicación N°. 45441

(Aprobado Acta N°. 184)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve lo que en derecho corresponda respecto del recurso de reposición presentado por el sentenciado José Antonio Calle Forero¹ contra el numeral primero de la parte resolutive del proveído del pasado 11 de marzo, en virtud del cual negó la petición de prescripción elevada por él.

Esa determinación se adoptó en el mismo cuerpo de la providencia en la que se inadmitió la demanda de casación por él presentada y se decretó, en favor de Josías Rojas Azcárate, la cesación de procedimiento por prescripción de la acción.

EL RECURSO

El memorialista anota, inicialmente, que aunque contra la inadmisión del libelo no procede recurso, no ocurre lo mismo frente a la negativa de la declaratoria de la prescripción de la acción, toda vez que esa solicitud se hizo en un escrito posterior y,

conforme al artículo 189 de la Ley 600 de 2000, esa decisión es susceptible de ser impugnada por vía de reposición.

Manifiesta que, para no acceder a su petición, la Sala se soportó en la sentencia de casación del 25 de agosto de 2004, radicado 20673 (cuyo contenido transcribe); no obstante, se encuentra en desacuerdo con el criterio allí sentado por considerarlo «normativamente inadmisibles y teóricamente infundado».

A su juicio, la interpretación teleológica, histórica y sistemática hecha por la jurisprudencia lesiona el principio de legalidad y conlleva una extensión del término de prescripción que va en detrimento de los derechos del procesado. Por esa razón, es imperioso recoger la aludida postura.

CONSIDERACIONES

1. La Corte rechazará el recurso formulado por ser abiertamente improcedente. Estos son los motivos:

1.1. De acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal de 2000, las providencias proferidas en el curso del proceso son susceptibles de ser impugnadas a través de los recursos de reposición, apelación y queja, según sea la naturaleza de aquéllas.

Así las cosas, el de reposición, atendiendo lo previsto en el artículo 189 ejusdem, procede contra las de sustanciación que deban notificarse, contra las interlocutorias de primera o única instancia y contra las que declaren la prescripción de la acción o de la pena en segunda instancia cuando ello no fuere objeto del recurso.»²

(Subrayas fuera de texto).

1.2. Aunque el aludido precepto otorga ese medio de impugnación excepcionalmente a las de segunda instancia que refieren a la prescripción, esta Sala especializada ha hecho extensiva esa misma garantía a las que se profieran en sede de casación y declaren la ocurrencia de la prescripción, abordando para el efecto un aspecto no sometido a discusión en la demanda extraordinaria (CSJ AP 13 mar. 2013, rad. 40687; CSJ AP 13 mar. 2013, rad. 40687 y CSJ AP 12 jun. 2013, rad. 41453).

Tal postura se justifica, no solo por la relevancia que adquiere lo allí resuelto en punto de la cesación de procedimiento con efectos de cosa juzgada, en tanto pone fin al conflicto penal e imposibilita al Estado para seguir ejerciendo su potestad punitiva, sino porque garantiza al procesado su derecho sustancial de renunciar a la prescripción de la acción penal, conforme lo disponen los artículos 85 del Código Penal y 44 del de Procedimental penal de 2000.

Sería un contrasentido, entonces, que al acusado se le notificara un auto, con ese reconocimiento, y se le impidiera, por razón de su firmeza inmediata, oponerse a él con el propósito de que se continúe la actuación y se dicte sentencia en la que se resuelva de fondo su situación. Tal hipótesis haría ineficaz el precepto 44, acabado de citar, según el cual «[el] sindicado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal antes de la ejecutoria de la providencia que la declare» (subrayas fuera del texto).

1.3. Obsérvese que el legislador no contempló la viabilidad de controvertir, por vía de reposición, los autos que en segunda instancia niegan la prescripción de la acción, cuando ella no constituyó objeto del recurso.

Bajo ese contexto, se muestra lógico y racional que la Corporación haya señalado que hay lugar a la reposición en sede extraordinaria solo cuando, como lo dice la ley, se declara ese fenómeno, no así cuando se niega.

En el auto CSJ AP, 6 mar. 2013, rad. 40474, en el que la Corte retomó su criterio inicial en

torno a la procedencia del recurso de reposición frente a autos que reconocen la ocurrencia de la prescripción, dejó claro que el mismo resultaba viable cuando se «ordena la extinción de la acción penal por prescripción, cuando ese tema no ha sido objeto del recurso de casación» (subrayas no originales). Ninguna transición sufrió la tesis consignada en CSJ AP, 7 nov. 2012, rad. 39843 -que plasmó la opinión recogida-, cuando se afirmó así la improcedibilidad de la reposición contra la determinación contraria, esto es, la que niega la ocurrencia del fenómeno:

la decisión a través de la cual la Corte durante el trámite de la casación se abstiene de declarar la prescripción de la acción penal tampoco es susceptible del recurso de reposición, porque esa eventualidad no encaja, igualmente, dentro de las hipótesis en que, de acuerdo con lo antes visto, cabe dicha impugnación.

Y es que a ello no había lugar, dada la amplia potestad de configuración que tiene el legislador en materia de recursos judiciales, quien solo consintió, para armonizar el procedimiento con el derecho sustancial, la viabilidad de impugnar una decisión en segunda instancia -ahora ampliada a sede de casación- cuando decreta la prescripción y no cuando la niegue.

Obsérvese que, si de garantías se trata frente a este último acontecimiento -la negativa-, el legislador no dejó desprotegido al sentenciado ante un eventual error del funcionario judicial en la contabilización de términos, pues contempló una causal específica de revisión para remediarlo, la del numeral 2° del artículo 220 de la Ley 600 de 2003 -192, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004-.

Así las cosas, se rechazará el recurso formulado.

2. Ahora bien, dado que la Corte advierte que en la providencia SP2649-2015, se cometió un error trascendente, procederá a corregirlo de oficio⁴.

Lo anterior, atendiendo que, para la fecha en que se presentó el memorial referido en acápite anterior y que dio lugar a este pronunciamiento, aún no se había desfijado el edicto 023, en virtud del cual la Secretaría de la Sala surtía la notificación respectiva de la determinación aludida.

2.1. En efecto, la manera de contabilizar el término de prescripción de la acción penal cuando la conducta punible ha sido cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, no ha sido un tema pacífico en la jurisprudencia y, si bien existe una postura dominante desde el 25 de agosto de 2004, ella no ha sido entendida unánimemente de manera correcta.

Resulta, entonces, valioso recordar la evolución jurisprudencial en torno a este asunto.

2.1.1. En vigencia del Código Penal de 1980 se sostuvo que el aumento debía aplicarse tanto en la fase instructiva como en la del juicio, por lo que operaba en forma autónoma, es decir, una vez interrumpido el lapso con la ejecutoria de la resolución de acusación, en el juicio volvía a contabilizarse reducido a la mitad más la tercera parte.

En la sentencia de revisión CSJ AP, 23 sep. 1998, rad. 14020 -en igual sentido CSJ AP, 21 sep. 1999, rad 11361 y CSJ AP, 3 abr. 2000, rad 11541- se dijo:

“El delito por el cual fueron juzgados y condenados los accionantes es el de peculado por uso previsto en el artículo 134 del Código Penal, y cuya pena privativa de la libertad es de uno (1) a cuatro (4) años de prisión.

En esas condiciones, de acuerdo con los artículos 80 y 82 ibídem, el término de prescripción de la acción desde la comisión del hecho hasta la ejecutoria de la calificación del sumario es de cinco (5) años, aumentado en una tercera parte por haber sido cometido dentro del país por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, lo cual da un total de

seis (6) años ocho (8) meses.

2. Ejecutoriada la resolución de acusación el término empieza a correr nuevamente, pero según lo dispuesto en el artículo 84 ibídem, “por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80”, sin que pueda ser inferior a cinco años.

Desde luego, cuando el delito fuere cometido dentro del país por servidor público en ejercicio de sus funciones, el término previsto en el artículo 80 se tiene que incrementar en una tercera parte, como lo ordena el artículo 82, y para el caso que nos ocupa, el tiempo es de seis (6) años ocho (8) meses.

Dicho de otra manera, el artículo 80 señala que la prescripción de la acción se presenta en un tiempo igual al máximo de la señalada en la ley si fuere privativa de la libertad, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes, nunca inferior a cinco (5) años ni superior a veinte(20). Esta norma es complementada por los artículos 81 y 82, en el primero en el sentido de aumentar el término de prescripción en la mitad cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior, y en el segundo, el incremento es de una tercera parte cuando el delito fuere cometido dentro del país por servidor público en ejercicio de sus funciones. Esto obliga a entender que cuando el artículo 84 se refiere a la mitad del término previsto en el artículo 80, dejando el mismo mínimo, significa que su lectura hay que hacerla con las normas que lo complementan, pues es ilógico que la distinción sea solamente para el sumario y se deseche en el juicio, cuando las razones de dificultad que ameritan que el Estado tenga un tiempo mayor para investigar y juzgar esa clase de hechos siguen siendo las mismas.

Aún más, el término de prescripción para un delito iniciado o consumado en el exterior, o cometido dentro del país por un servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, no lo fija el artículo 80, situación que llevaría a decir que la disminución de que trata el artículo 84 no se aplica a esos casos, pues en realidad para

ellos el término de prescripción de la acción está dado por la integración de los artículos 80 y 81, y 80 y 82. Como el artículo 84 es posterior, se entiende que se aplica a los eventos anteriores, pero siempre y cuando su lectura sea completa.

Este es el criterio adoptado por la Corte de tiempo atrás, inicialmente en forma unánime, después con un salvamento de voto, repetido en numerosas decisiones, entre ellas las de mayo 2 y septiembre 5 de 1990, M. P. GUILLERMO DUQUE RUIZ; abril 28 de 1992, M. P. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA; diciembre 6 de 1995, M. P. RICARDO CALVETE RANGEL; y 28 de agosto de 1997, M. P. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE.”

2.1.2. Con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, la Sala recogió esa opinión y consideró que, conforme a los artículos 83 y 86, producida la interrupción de la acción penal por virtud de la resolución de acusación, el nuevo término debía hacer referencia al genérico del inciso 1º del artículo 83. Por consiguiente, el incremento para el servidor público quedaba reservado de manera exclusiva para la etapa instructiva, es decir, sólo operaba una sola vez, y el término de prescripción en el juicio quedaba reducido a la mitad de aquél. Bajo esa tesis era factible que la acción penal en juicio prescribiera mínimo en cinco años, fuese o no el sujeto activo un servidor público.

Así, en CSJ AP, 7 dic. 2001, rad. 13774 -en igual sentido CSJ AP, 27 sep. 2002, rad. 15131 y CSJ SP 17 sep. 2003, rad. 17765- afirmó:

El nuevo ordenamiento penal (Ley 599 de 2000) introdujo un cambio sustancial en cuanto a la manera de calcular el lapso de prescripción de la acción penal en la etapa de juzgamiento, cuando se trata de delitos cometidos dentro del país, por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, según lo ha considerado mayoritariamente la Sala.⁵

En efecto, la interpretación sistemática de los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal derogado (Decreto 100 de 1980) y 83 y 86 del vigente (Ley 599 de 2000), llevan a

las siguientes conclusiones:

1. En ambos, el aumento de la tercera parte se aplica de manera autónoma tanto en el sumario como en el juicio.
2. En los dos, interrumpido el término prescriptivo de la acción penal, con la ejecutoria de la resolución de acusación o su equivalente, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del máximo señalado en la ley (artículos 80 del C. Penal derogado y 86 del actual).
3. En ambos estatutos el lapso prescriptivo no puede ser inferior a cinco (5) años (artículos 80 y 83, respectivamente).
4. En el Decreto 100 de 1980 para calcular el término de prescripción en la etapa de juzgamiento, primero se dividía por dos el máximo de la pena privativa de la libertad previsto en la ley y luego se aumentaba la tercera parte, lo que significaba que si, por ejemplo, ese máximo era de ocho años, se dividía por dos, lo que daba cuatro. Como el resultado era inferior a cinco (5) años, menor al exigido en la ley, entonces se aumentaba a ese guarismo, esto es, a cinco (5) años, y a estos se les incrementaba la tercera parte, lo que daba seis (6) años y ocho (8) meses.

Este método de contabilización traía como consecuencia que cuando se trataba de delitos cometidos dentro del país por servidores públicos en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, el lapso de prescripción de la acción penal en el juicio, nunca podía ser inferior a seis (6) y ocho (8) meses.

En el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), al tenor de los incisos 1° y 5° del artículo 83, al máximo de pena privativa de la libertad previsto en la ley, primero se le suma la tercera parte y luego sí se divide por dos.

En el ejemplo, partiendo de un máximo de ocho años (96 meses), se aumentará una tercera parte, lo que nos dará 128 meses que al dividirse por dos, dará un guarismo de 64 meses, esto es, cinco (5) años y cuatro (4) meses.

Como se observa, este segundo procedimiento de cálculo es más favorable al procesado, por lo que se deberá aplicar.

2.1.3. Ese método se descartó así en la sentencia de casación CSJ SP, 25 ago. 2004, rad. 20673:

Después de estudiar el estado de la cuestión, es preciso hacer varias declaraciones en cuanto tiene que ver con la prescripción de la acción penal por delitos cometidos por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos⁶, asertos que se fundamentan con los argumentos que más adelante se construye:

(...)

3.1 Los artículos 83 y 86 del Código Penal reglamentan de manera diferente y autónoma la prescripción de la acción penal cuando ocurre en la etapa de instrucción (antes de la ejecutoria de la resolución de acusación), y cuando acaece en la etapa del juicio (después de ejecutoriada la resolución de acusación).

3.2 Con fundamento constitucional y por razones de política criminal, los artículos 83 y 86 del Código de Procedimiento Penal reglamentan de manera diferente y autónoma la prescripción de la acción penal cuando el delito es cometido por un particular, y cuando el delito es cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos.

3.3 En ningún caso la acción penal por el delito cometido por un particular prescribe en un término inferior a cinco (5) años, sea que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción o

en la etapa del juzgamiento.

La tesis anterior dimana sencillamente de los artículos 83 y 86 del Código Penal, pues su texto estipula que en las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad la acción penal prescribirá en cinco (5) años; y que si la pena de prisión es inferior a cinco (5) años, para efectos de la prescripción se extenderá a ese término.

3.4 En ningún caso la acción penal por el delito donde sea autor, partícipe o interviniente un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos prescribe en un término inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, sea que la prescripción se presente antes de ejecutoriarse la resolución acusatoria (en la instrucción), o sea que la prescripción se produzca después de quedar en firme la acusación (en la etapa del juzgamiento).

Lo anterior, se aplica en todos los casos, aunque el delito sea sancionado con pena no privativa de la libertad, y aunque la pena máxima de prisión del delito concreto -si la tiene- sea inferior a cinco (5) años.

El último aserto se fundamenta articulando de manera equilibrada y reflexiva los criterios de hermenéutica antes mencionados, que generalmente apoyan la tarea del intérprete de cara al correcto entendimiento de las normas jurídicas. Los siguientes son los argumentos:

3.4.1 El criterio exegético o gramatical. Esta herramienta de apoyo al intérprete, aisladamente considerada, frente a la problemática tratada es insuficiente para sostener la anterior, o una tesis diferente como exclusiva.

De la redacción de los artículos 83 y 86 del Código Penal podrían inferirse al mismo tiempo dos métodos para calcular la prescripción después de ejecutoriada la resolución de acusación para los delitos del servidor público, que llevan a diferentes soluciones y que

son irreconciliables entre sí:

a) que al máximo de la pena se le aumente la tercera parte, que ese guarismo se divida entre dos; y ese resultado sería el término de prescripción, que se aproximaría a cinco (5) años, si fuere inferior. Con éste método la prescripción para el delito del servidor público podría ocurrir en el lapso mínimo de cinco (5) años.

b) que el máximo de la pena se divida entre dos, que ese resultado se aproxime a cinco (5) años si fuere menor, y que luego de esa operación se realice el incremento de la tercera parte a que se refiere el artículo 83. Con el segundo método la prescripción para el delito del servidor público nunca ocurriría antes de seis (6) años más ocho (8) meses.

Se observa que las palabras de la ley, aisladamente consideradas, no tienen la claridad necesaria para dilucidar la cuestión, como lo prueba la dispar jurisprudencia antes referida por vía de ejemplo. Y no se trata de un tópico que involucre la favorabilidad que debiera beneficiar al reo, puesto que no se presenta un problema originado en la sucesión de leyes.

3.4.2 El criterio histórico. Auscultando los antecedentes del Código Penal de hoy (Ley 599 de 2000), se infiere que la intención del legislador, plasmada en las normas, era mantener invariable el método para el cálculo de la prescripción, respecto de las reglas que se aplicaban en vigencia del Código Penal anterior.

Fue tan manifiesto ese propósito del legislador, que en la exposición de motivos del nuevo régimen, publicada en la Gaceta del Congreso No. 189 del 6 de agosto de 1998, escuetamente se expresó:

“Se mantienen las reglas actuales sobre prescripción de la acción.”

Las “reglas actuales” que se quiso preservar son las contenidas en el Código Penal de

1980. En especial, en cuanto aquí interesa, era claro que en firme la resolución de acusación comenzaba a correr de nuevo el lapso para la prescripción por la mitad del máximo de la pena indicada para el respectivo delito; y si el resultado era inferior se aproximaba a los cinco años. Pero tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, el incremento de la tercera parte debía sumarse a esa mitad.

Por manera que si al calcular el tiempo de la prescripción en la etapa de la causa se encontraba que la mitad del máximo de la pena era inferior a cinco años, se aproximaba a esa cifra, y los cinco años se incrementaban en la tercera parte, con lo cual, bajo la égida del Código Penal de 1980, la prescripción para la acción penal del delito cometido por servidor público nunca -ni en instrucción ni en el juicio- era inferior a seis (6) años más ocho (8) meses.

Como se vio, fue propósito del legislador del año 2000 que esa regla siguiera vigente, y así se constata en los antecedentes del Código de Penal que hoy rige.

3.4.3 El criterio lógico. Siguiendo el sendero acometido se arriba a la necesidad de interpretar los diferentes incisos de los artículos 83 y 86 del Código Penal de manera que su conjunto produzcan el resultado coherente con lo pretendido por el legislador, es decir, mantener invariables las reglas de la prescripción que se venían aplicando bajo la égida del Código Penal de 1980.

El inciso primero del artículo 83 estipula que “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley” y que en ningún caso será inferior a cinco (5) años.

De otra parte, el inciso quinto de la misma norma prevé el aumento de la tercera parte al término de prescripción para la acción penal de delitos cometidos por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o por razón de ellos.

No es difícil deducir que en ningún caso el legislador admite una prescripción inferior a cinco (5) años, y que en tratándose del servidor público que ha delinquido funcionalmente, ese mínimo de cinco (5) años debe aumentarse en la tercera parte, si el fenómeno se presenta en la etapa de instrucción, por lo cual, para el sujeto activo calificado la prescripción nunca se produce antes de que transcurran seis (6) años más ocho (8) meses desde la comisión de la conducta punible, sin importar la clase de pena con que se sancione.

Ahora bien, el artículo 86 señala que producida la interrupción del término prescriptivo con la ejecutoria de la resolución acusatoria, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83; y agrega “en este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años ni mayor a diez (10).”

Nótese que la remisión que hace el artículo 86 va dirigida al “término prescriptivo” indicado en el artículo 83, esto es, en el caso de los particulares, al termino referido en el inciso primero de ese artículo, que es el que establece la regla general: “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”.

Y en el caso de los servidores públicos, la remisión que hace el artículo 86, va dirigida al “término de prescripción” que contiene el inciso quinto del artículo 83, en cuanto dice 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” (Se destaca). En otras palabras, el aumento de la tercera parte no se predica del máximo de la pena, ni podría hacerse, por supuesto, de esa manera porque nada autoriza a modificar la pena; sino que el aumento de la tercera parte siempre se predica del término de prescripción.

De ese modo, en caso de los particulares, para calcular la prescripción en la etapa del

juzgamiento, se divide la pena máxima entre dos, y el resultado será el plazo para la prescripción siempre que sea mayor o igual a cinco (5) años; pues si es inferior, se incrementa hasta los cinco años.

Ahora, en el caso de los servidores públicos se habilita la regla que opera por igual tanto en instrucción como en el juzgamiento, según la cual el término de prescripción se aumenta en una tercera parte; por lo cual si efectuada la operación inicial (dividir la pena máxima entre dos) el resultado supera los cinco años, a esa cifra se aumenta la tercera parte y se obtiene así el tiempo de prescripción; y si el resultado de la operación inicial es inferior a cinco años, se prolonga hasta ese lapso y a continuación se incrementa en la tercera parte, con lo cual, para el servidor público que realiza un delito en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, la prescripción mínima después de ejecutoriada la resolución acusatoria en ningún caso será inferior a seis (6) años y ocho (8) meses.

3.4.4 El criterio teleológico. Como antes se indicó, la reglamentación legal de la prescripción de la acción penal cuando el delito es cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellas, obedece a principios constitucionales y a razones de política criminal enraizadas en la lucha contra la corrupción, que propenden por derivar consecuencias más graves –desde diversos puntos de vista- para aquellos, en comparación con la reacción que corresponde a la delincuencia de ciudadanos particulares.

La manera de contar el término de prescripción de la acción penal refleja una de aquellas diferencias, lo cual genera como resultado que el término mínimo para que ese fenómeno sea reconocido no puede coincidir para uno y otro (particular y servidor público), indistintamente que se esté en la etapa de la instrucción o en la fase del juzgamiento.

Para la doctrina constitucional, la prescripción de la acción penal es una institución de orden público en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. En su doble connotación, dicho fenómeno se erige en garantía constitucional a favor del procesado, en cuanto a todo ciudadano le asiste el derecho de que se le aclare su situación jurídica, como quiera que no puede quedar sujeto indefinidamente a la imputación que se ha hecho en su contra. Y para el Estado, se trata de una sanción frente a su inactividad.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-345 del 2 de agosto de 1995, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 82 del Código Penal anterior (Decreto 100 de 1980), cuyas reflexiones continúan vigentes debido a la reproducción que en lo esencial se hizo de sus preceptivas en el actual artículo 83 de la Ley 599 de 2000, expresó que en el evento delictivo atribuido al servidor público se justifica la mayor punibilidad porque, además de propiciarse la vulneración de determinado bien jurídico tutelado, se lesionan los valores de la credibilidad y de la confianza públicas; y ese aumento en la sanción “responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoledor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas.”

Del mismo modo, en torno al incremento del término prescriptivo de la acción penal en los delitos cometidos por servidores públicos, dijo la citada Corporación que la mayor punibilidad señalada para tales ilicitudes conlleva “automáticamente” el aumento de dicho lapso; y acotó:

(...)

Entonces, el cabal entendimiento de las reglas de la prescripción debe realizarse articulando de manera razonada el texto legal con los fines que el constituyente y el legislador se han propuesto, de suerte que los motivos de política criminal que justifican

el incremento del término prescriptivo de la acción penal cuando en la ejecución de la conducta delictiva interviene funcionalmente un servidor público, no resulten vanas pretensiones de contenido retórico.

Lo anterior permite inferir que si al servidor público que delinque en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, se le sanciona con mayor severidad en atención a los motivos atrás expuestos, ese tratamiento más drástico repercute en la ampliación proporcional del término con el que el Estado cuenta para perseguir esta clase de delitos, habida consideración de la “posición privilegiada” de la que goza, dificultándose a menudo la investigación y el juzgamiento.

Para ahondar en el fundamento constitucional de ese trato diferencial, cabe recordar que en virtud del artículo 120 de la Carta, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado intemporalmente para el desempeño de funciones públicas. Para los particulares, en cambio, la interdicción en el ejercicio de la función pública tiene límites legalmente establecidos.

3.4.5 La visión pragmática y las consecuencias: Sin duda, la comprensión del asunto como se viene sosteniendo responde a los cometidos político jurídicos del Estado colombiano, pues recuerda al servidor público que la administración de justicia dispone de un tiempo mayor para investigarlo y juzgarlo, si delinque, en comparación del lapso disponible frente a la delincuencia particular. De lo contrario, de admitirse que en algunos eventos la prescripción para el servidor público que se involucra en conductas punibles podría ocurrir en sólo cinco (5) años o en un lapso menor, transmitiría un mensaje políticocriminalmente indeseable, que conspira contra la integridad de la función pública y desdibuja la lucha estatal contra la corrupción, si llegase a creerse -erradamente- que es indiferente mancillar delictivamente dicha función, que vulnerar otra especie de bienes jurídicos.

En síntesis, recapitulando, la Sala de Casación Penal recoge las diversas posturas vertidas en autos y sentencias a partir de la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2007, y en su lugar sostiene que en la sistemática jurídica colombiana si un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, bien que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción (antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación), bien que acaezca en la fase del juzgamiento (después de alcanzar firmeza la resolución acusatoria); no importando que el delito se sancione con pena no privativa de la libertad, o que la pena máxima de prisión -si la hubiere- fuere inferior a cinco años. (Subrayas fuera del texto original).

2.2. A partir de esa jurisprudencia se han adoptado decisiones diversas en torno a la forma de hacer el cálculo de los términos. La mayoría, sostiene que, en instrucción, al límite superior previsto para el delito se le aumenta una tercera parte; y, en juicio, ese tope máximo legal -sin contar el incremento-, se divide por dos, y ese subtotal, de resultar inferior a 5 años, se aproxima a estos, al cual se aplica de nuevo el aumento de la tercera parte. En otros pronunciamientos, minoritarios, se ha afirmado que, en instrucción, al límite máximo previsto para el delito se le aumenta una tercera parte; y, en juicio, ese resultado se divide por dos, subtotal que, de resultar inferior a 5 años, se aproxima a estos, aplicando de nuevo el aumento de la tercera parte⁸

2.3. Una lectura sosegada y cuidadosa del tema pone en evidencia que ha sido equivocada la postura adoptada en el segundo grupo de decisiones, puesto que implica hacer un incremento sobre incremento, lo que resulta lesivo de los derechos de los procesados, pues con independencia de su calidad de servidores públicos, no pueden soportar una carga excesiva, sólo bajo la excusa de impedir la ocurrencia de la prescripción de la acción durante la etapa del juicio.

En ese orden de ideas, en aplicación del principio pro homine, se impone interpretar las normas que amplían los términos de la prescripción de la acción, tratándose de servidores públicos, de una forma más restringida, de modo que no resulte arbitrario el lapso con que cuenta el Estado para finalizar el juicio con sentencia ejecutoriada.

Por ende, a partir de esta providencia, se precisa que el aumento del que se viene hablando opera atendiendo las determinaciones mayoritarias, esto es, de manera autónoma en la fase de instrucción y en la de juzgamiento, sin que se acumule un doble incremento. De modo que, en la investigación se aumentará, al máximo de la sanción dispuesta para el tipo penal, una tercera parte o la mitad, dependiendo la fecha de ocurrencia de los hechos -hay que verificar si estaba vigente la Ley 1474 de 2011-; y, en el juicio, también aplica ese aumento, pero recae no sobre aquél resultado sino sobre el máximo legal de la pena.

En todo caso, la acción penal seguida contra un servidor público no será, en ningún evento, inferior a 6 años y 8 meses.

3. Como la tesis acogida por la Corte, respecto de Calle Forero en el proveído SP2649-2015, es la que ahora se rectifica, se impone su corrección material y declarar oficiosamente la prescripción de la acción penal por el delito que le fue imputado, esto es, el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que tiene una pena de 4 a 12 años de prisión.

Ello porque, con el aumento de la tercera parte, el término de prescripción en el juicio sería de 8 años (6 -la mitad de 12- más 2 años), los que se superaron en este caso sin que la sentencia de segunda instancia alcanzara ejecutoria.

En efecto, tal como se expuso en el proveído SP2649-2015, la resolución de acusación cobró firmeza el 19 de febrero de 2007, luego los 8 años se cumplieron el 19 de febrero de 2015, esto es, el día en que el expediente arribó a la Corte,

procedente del Tribunal, para conocer sobre la demanda de casación. Vale la pena acotar, que solo hasta el siguiente, 20 de febrero, subió por reparto al despacho del Magistrado ponente para calificar la demanda.

Bajo esas condiciones, se revocará, de oficio, el numeral primero del proveído SP2649-2015 para, en su lugar, declarar la prescripción y extinción de las acciones penal y civil, derivadas de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuida a José Antonio Calle Forero. No hay lugar a hacer pronunciamiento adicional, toda vez que Calle Forero está en libertad.

Como lo anterior impide hacer pronunciamiento sobre la demanda presentada, también se revocará el numeral segundo.

En lo demás, la decisión se mantiene.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. Rechazar, por improcedente, el recurso de reposición formulado por José Antonio Calle Forero.

Segundo. Revocar de oficio los numerales primero y segundo del proveído SP2649-2015, del 11 de marzo anterior.

En consecuencia, declarar prescritas y extinguidas las acciones penal y civil, derivadas de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuida a José Antonio Calle Forero. Por consiguiente, decretar en su favor la cesación de procedimiento.

Tercero. El Juzgado que conoció en primera instancia deberá tomar todas las medidas

como consecuencia de la extinción de la acción penal.

Contra lo aquí decidido no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

AP2816-2015

RADICACIÓN 45441

Con el respeto que la mayoría merece, consigno a continuación las razones por la cuales disiento de la decisión de declarar la prescripción de la acción civil, adicionalmente a la prescripción de la acción penal, por el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales imputado al coprocesado José Antonio Calle Forero.

Al efecto, reitero los argumentos expuestos en el salvamento parcial de voto que presenté frente al auto del 14 de abril de 2010, en el cual la Corte adoptó similares determinaciones a las asumidas en esta especie, ocasión en la que hice las siguientes precisiones, que ahora reitero,

“... que mi discrepancia es frente a la oportunidad en que se hace la declaración de prescripción civil y por quien la hace, y no en cuanto se relaciona con la cesación de procedimiento penal por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, pues, en verdad, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la fecha de este pronunciamiento, ha transcurrido de manera ininterrumpida un término superior a cinco años, suficiente para que el Estado perdiera toda oficiosidad para continuar ejerciendo la acción penal, ya que tal determinación no amerita reparo alguno de mi parte.

Tal y como lo expuse en el curso de los debates orales en el seno de la Sala, no puedo prohiar la providencia en comentario sin referirme a la decisión de declarar prescrita la acción civil, pues si bien ella corresponde a una interpretación literal de la norma que la establece (Art. 98 del C. Penal), su aplicación inmotivada no se compadece con el deber de establecer primero la razón de ser de la disposición, su conformidad con la Carta Política, o al menos con el principio rector de aplicación prevalente relativo al restablecimiento del derecho, según el cual los funcionarios judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior, y se indemnizen los perjuicios, pues es claro

que el delito -como fuente de obligaciones-, ni, por supuesto, sus efectos materiales, económicos y sociales, desaparecen por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

No se tuvo en cuenta, que la disposición aplicada al caso sin consideración al sistema a que pertenece, se ofrece excesivamente gravosa para los intereses particulares de los perjudicados con el delito, que ven frustradas sus expectativas y resultan sancionados a consecuencia de la inactividad del Estado.

Esto, si se considera que en el evento presente la parte civil ejerció la acción en oportunidad y acudió a uno de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para lograr el restablecimiento de su derecho.

Con la decisión mayoritariamente adoptada, no sólo se exonera, sin más, de toda responsabilidad civil a la persona que ha sido acusada, sino que deja a la afectada sin instrumentos para perseguirla, tan sólo por haber optado por pretender la indemnización dentro del proceso penal, y no por la vía civil donde la prescripción de la acción opera en términos mucho más amplios, se interrumpe con la notificación del auto admisorio de la demanda y no hay lugar a declararla como consecuencia de la simple y llana inactividad del órgano judicial.

Y si bien no desconozco que el Tribunal Constitucional mediante Sentencia C-570 de 2003 declaró exequible el Artículo 98 de la Ley 599 de 2000, bajo el supuesto de que “la medida de ligar el término de prescripción de la acción civil al de la acción penal, cuando la primera se ejerce en el marco de la segunda, es proporcional y ajustada a la exigencias propias del proceso penal y a las características que identifico.» al papel de la parte civil en las últimas diligencias”, tampoco puedo pasar por alto que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pese a haberlo anunciado, desconoció que “en cuanto hace a la acción civil, el objetivo de la prescripción es extinguir el derecho de

reclamar judicialmente el crédito como consecuencia de la inactividad del acreedor en demandar el cumplimiento de la obligación”.

De ahí que, con todo y el pronunciamiento de la Corte Constitucional en torno a la exequibilidad del precepto, considero que cuando el legislador precisa en el artículo 98 del Código Penal que a la acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal”, debe ser entendida en el sentido de que el juez penal no puede proferir el fallo civil correspondiente a la demanda de constitución de parte civil, y el afectado queda en libertad de reclamar los perjuicios ante la jurisdicción civil mientras que la acción se encuentre vigente, pues, en palabras de la propia Corte Constitucional en la sentencia en comento, “no sería razonable que el juez penal dictara la condena en perjuicios si la acción penal ya ha sido prescrita”

Lo contrario implicaría victimizar nuevamente al sujeto pasivo de la infracción penal por haber incurrido en el desacierto de acudir a la jurisdicción penal con la esperanza de que allí se produjera en un tiempo menor la reparación por el agravio recibido, frente a la opción de ir ante la jurisdicción civil, ya que a pesar de haber ejercido en tiempo el derecho de reclamar el pago por los perjuicios recibidos, la lentitud del aparato judicial en el trámite de su pretensión, le implicó perder el derecho frente al penalmente responsable, para obligarlo acudir al inicio de un proceso contencioso administrativo en contra del órgano judicial que frustró sus expectativas, nada de lo cual hubiera ocurrido de haber presentado la demanda ante la jurisdicción civil.”

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado

Fecha ut supra

1 Abogado.

2 En el Decreto 2700 de 1991 (artículo 197) únicamente se previó la notificación del auto que decretaba prescripción en segunda instancia, no así la posibilidad de ser impugnado. Ésta se introdujo con la Ley 600 de 2000.

3 Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.

4 Por virtud de la facultad de corrección material de las providencias del juez, según lo previsto en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, hoy del 287 del Código General del Proceso.

5 Ver cas. 15.077, octubre 17 de 2001. y auto del 26 de noviembre de 2001, Rad. 18222.

6 En el mismo sentido, confrontar sentencia del 30 de agosto de 2004.

7 Empezó a regir a partir del veinticinco (25) de julio de dos mil uno (2001).

8 Ello ha ocurrido, por ejemplo, en CSJ AP 22 mar. 2013, rad. 40079, CSJ SP2649-2015, 11 mar. 2015, rad. 45441 y CSJ AP1672-2015, 25 mar. rad. 45024.