

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP278-2018

Radicación n.º 47216

Acta 48

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

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide de fondo sobre la demanda de casación presentada por los defensores de Farid Mosquera Hurtado y Sally de Jesús Rodríguez de Perea contra la sentencia proferida el 28 de abril de 2015 por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó, que revocó la de carácter absolutorio emitida el 6 de octubre de 2011 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, y en su lugar, las condenó, en calidad de coautoras, del delito de peculado por apropiación agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el ad quem en los siguientes términos:

Se extrae de la actuación que la señora FARID MOSQUERA HURTADO se desempeñó como Directora de DASALUD desde el 1º de enero al 31 de diciembre del 2003 y la señora SALLY DE JESUS RODRIGUEZ DE PEREA, fungió como Tesorera pagadora de la mencionada entidad, desde el 2 de julio del 2003 hasta el 2 de febrero del 2004.

Que el 20 de junio de 2003 mediante Resolución N° 1605, el Ministerio de la Protección Social asignó al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó “DASALUD”, la suma de [\$]1.040.000.000.00, destinados al mejoramiento de la prestación de los servicios de salud y calidad de vida de la población pobre vulnerable, sin capacidad de pago, los cuales serían distribuidos de la siguiente manera:

- Centro de Salud del Municipio del Medio San Juan, la suma de ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000).
- Hospital Julio Figueroa Villa de Bahía Solano, la suma de quinientos millones de pesos (\$500.000.000).
- Centro de Salud del corregimiento de la Orpua, comprensión territorial del Municipio de Bajo Baudó, la suma de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000).
- Unidad de Salud del corregimiento de Guineal-Bajo Baudó, la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000).
- Unidad de Salud de Virudó-Bajo Baudó, la suma de sesenta y cinco millones de pesos (65.000.000).
- Unidad de Salud del corregimiento de Pilizá-Bajo Baudó, la suma de sesenta y cinco millones de pesos (\$65.000.000).
- Centro de Salud de Riosucio, la suma de setenta millones de pesos (\$70.000.000).
- Centro de Salud del Litoral del San Juan, por valor de setenta millones de pesos (\$70.000.000).

A través del Decreto N° 0821 del 11 de agosto del 2003, la Gobernación del Chocó ordenó la adición de los mil cuarenta millones de pesos (\$1.040.000.000) al presupuesto del

Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó “DASALUD”, para la vigencia fiscal del mismo año; el 14 de agosto siguiente estos dineros fueron consignados en la cuenta de ahorros Nro. 530-02420-7 de la corporación AV Villas de la ciudad de Quibdó, denominada “DESPLAZADOS”, cuyo titular es DASALUD, cuenta que tenía un saldo de \$965.933.357.30, generándose un nuevo saldo en cuantía de \$2.005.933.357.70.

La doctora FARID MOSQUERA ordenó que se hicieran traslados, denominados por aquella como “préstamos” de la cuenta Nro. 530-02420-7 de AV Villas de la ciudad de Quibdó- “DESPLAZADOS”, a otras cuentas de DASALUD, para sufragar gastos de funcionamiento, [generándose un faltante definitivo de \$205.317.190].

El 1º de enero del 2004 se posesionó como nuevo Director de DASALUD, el señor GUIDOBALDO FLOREZ y el 21 de abril siguiente, se encargó de la Dirección al asesor jurídico, doctor EDINSON MOSQUERA AGUALIMPIA, quien siguiendo instrucciones del titular, según su dicho, denunció que los recursos mencionados, destinados a proyectos específicos del área de la salud, no se encontraban disponibles en caja para ejecutarlos y que presuntamente a los mismos se les dio uso diferente para el cual fueron destinados, señalando a las funcionarias de la anterior administración por esa conducta, que presuntamente constituía delito de peculado por aplicación oficial diferente.¹

2. El 23 del mismo mes y año la Fiscalía Séptima Seccional de Quibdó profirió resolución de apertura de investigación previa².

3. El 4 de mayo siguiente se declaró abierta la instrucción y se dispuso la vinculación mediante indagatoria de Farid Mosquera Hurtado y Sally de Jesús Rodríguez de Perea³.

4. El 17 de junio de dicha anualidad, el ente instructor definió la situación jurídica de las procesadas con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, como presuntas autoras materiales del delito de peculado por apropiación en nombre propio y de terceros⁴.

5. La instrucción se declaró cerrada el 7 de octubre posterior⁵ y el mérito del sumario lo calificó la Fiscalía Cuarta de la Unidad Nacional Anticorrupción con resolución de acusación del 10 de diciembre de 2004⁶, en contra de las sindicadas en calidad de presuntas coautoras del delito de «peculado por apropiación, en favor propio y de terceros»⁷, decisión que cobró ejecutoria el 23 de diciembre de igual año⁸.

6. El 2 de febrero de 2005 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Quibdó avocó el conocimiento del asunto⁹ y al día siguiente se corrió el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹⁰.

7. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 13 de abril sucesivo¹¹ y la de juzgamiento tuvo lugar el 28 de marzo de 2007¹².

8. El 6 de octubre de 2011 se profirió sentencia absolutoria en favor de las procesadas, por los delitos de «PECULADO POR APROPIACIÓN a favor de terceros y PECULADO POR DESTINACIÓN OFICIAL DIFERENTE»¹³.

9. Apelada la decisión por la representante de la Fiscalía¹⁴, mediante sentencia del 28 de abril de 2015, la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó condenó a Farid Mosquera Hurtado y Sally de Jesús Rodríguez de Perea, en calidad de coautoras del punible de «peculado por apropiación, tipificado en el artículo 397 inciso 2º del Código Penal, en calidad de coautoras»¹⁵ a las penas principales de cien (100) meses de prisión y doscientos cinco millones trescientos diecisiete mil ciento noventa pesos (\$205.317.190) de multa, a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la sanción privativa de la libertad e inhabilitación intemporal, consagrada en el artículo 122, inciso 5º, de la [Constitución Política](#) y al pago del mismo valor de la sanción pecuniaria por concepto de perjuicios materiales en favor del Departamento Administrativo de Salud del Chocó -DASALUD-.

Igualmente, les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión

domiciliaria¹⁶.

10. Contra esa providencia, los defensores de las acusadas interpusieron¹⁷ y sustentaron¹⁸ el recurso extraordinario de casación, cuyas demandas fueron admitidas el 3 de octubre de 2016¹⁹.

11. El 12 de julio pasado la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal rindió el concepto de rigor²⁰.

LAS DEMANDAS

1. A favor de Farid Mosquera Hurtado

Tras identificar los sujetos procesales y sintetizar la cuestión fáctica y el devenir procesal, al amparo de la causal primera, postula los siguientes cargos:

1.1. Primero

Por la senda de la violación directa de la ley sustancial por «FALTA DE APLICACIÓN. ERROR DE DERECHO»²¹, de los artículos 6, 86 y 7 del Código Penal, acusa la violación de los principios de legalidad e in dubio pro reo.

Señala, al respecto, que el Tribunal omitió aplicar el referido canon 86 –sin las modificaciones introducidas por los artículos 14 y 33 de la Ley 1474 de 2011 y 6 de la Ley 890 de 2004–, en relación con la interrupción de la prescripción de la acción penal, en particular, las previsiones del precepto 27 del Código Civil, en torno a la interpretación gramatical de las leyes.

Explica que, el delito de peculado por apropiación, sancionado con pena de 6 a 15 años de prisión, alcanza una pena máxima de 22.5 años, con ocasión del inciso 2º del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, cuando el monto de lo apropiado supera el valor de 200 salarios

mínimos legales mensuales vigentes, pero dicho término no puede ser considerado para efectos de la contabilización de la prescripción porque aquel no puede ser inferior a 5 años, ni superior a 20 años.

Este último periodo, se interrumpió con la ejecutoria de la resolución de acusación, esto es, el 23 de diciembre de 2004, tiempo a partir del cual se volvió a contar por un período no superior a la mitad, o sea, por 10 años, razón por la que la acción penal se extinguió el 24 de diciembre de 2014, especialmente, dice el letrado, si se tiene en cuenta «la conclusión a que arribó el Tribunal, respecto del monto del faltante a lo cual debía deducírsele los embargos judiciales, que disminuyeron la cuantía a menos de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos»²².

En consecuencia, asevera, no ha debido dictarse sentencia de segunda instancia ni librarse una ilegítima orden de captura sino reconocer tal fenómeno.

Del mismo modo, luego de referirse al contenido sustancial del postulado de in dubio pro reo, recuerda que cuando el juez no está seguro acerca de la culpabilidad del sujeto y así lo predica en el fallo éste debe ser absolutorio. Esto es lo que, a juicio del censor, sucedió en el caso concreto, al examinar los dictámenes del CTI que presentaban inconsistencias y reflejan que no hubo una indebida apropiación de los recursos públicos, sino el uso de los mismos en el pago de salarios a los trabajadores de DASALUD y la construcción de obras de mejoramiento y centros de salud.

1.2. Segundo

Denuncia la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, conllevando a la no aplicación de la presunción de inocencia.

En desarrollo de la censura, parte por indicar que en el proceso se practicaron 4 dictámenes periciales que arrojaron diversas cuantías de lo apropiado. El primero -informe 066 de mayo

de 2004- por \$1.862.574.048; el segundo -informe 03547 del 2 de septiembre de 2004- por \$2.779.630.295, el tercero -informe de aclaración 201484 del 16 de noviembre de 2004- por \$726.792.224; y el cuarto -informe de aclaración 4730 del 16 de agosto de 2005- por \$710.023.373.

Además, las sentencias no tuvieron en cuenta dos embargos por \$35.000.000 y \$157.000.000 que ingresaron a la cuenta objeto de investigación, así como que gracias a la oficina jurídica de la entidad se logró su desembargo y recuperación, por lo menos, según lo explicó el a quo, en relación con el último monto mencionado.

A juicio del censor, la prueba pericial no conduce a la certeza necesaria para condenar y, no obstante ello, fue valorada por el ad quem para definir que lo apropiado alcanzó, incluso, una suma diversa a la definida en ellos -\$205.317.190-, lo cual es incomprensible, máxime cuando se admitió que en el caso concreto existió un desorden administrativo, que solamente debía terminar con la sanción disciplinaria que le fue impuesta a su procurada -destitución y e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos- pero no con responsabilidad penal, por ausencia de dolo, además que a folio 39 de la sentencia de segunda instancia se reconoció que los préstamos tomados de la cuenta investigada eran para asumir gastos de funcionamiento.

Por lo anterior, opina que la investigación «no debi[ó] centrarse en la devolución o el manejo administrativo de los dineros, sino en la apropiación de los mismos cosa que NUNCA ocurrió si se parte de que según el Tribunal, lo finalmente apropiado por ausencia de soportes o soportes con inconsistencia, fueron (...) \$205.317.190, pero no se tuvo en cuenta el valor de los embargos por cuantía de \$157.000.000»²³, al punto que la Fiscalía, subsidiariamente, pidió condena por el delito de peculado por aplicación oficial diferente.

Acusa al Tribunal de desconocer la presunción de inocencia al entender como montos apropiados las «sumas giradas con órdenes de pago sin fecha, sin números, cuentas en las

que no coinciden los números de cheques con los registrados en los libros de cheques, etc.»²⁴, situaciones estas que corresponden al nivel asistencial y no al del director de la entidad o al pagador.

En este punto, considera importante relacionar algunos eventos que reflejarían que no existió la indebida apropiación de los dineros públicos:

i) Si bien la colegiatura concluyó, frente a la solicitud de entrega de medicamentos al médico José Ignacio Fernández del centro de salud del Carmen del Darién por parte de Farid Mosquera Hurtado al gerente de Distifar –Ricardo Velásquez Giraldo-, que hubo apropiación porque quien recibió el pago no era el mismo al que fue ordenado, a folio 290 del anexo 18 obra certificación expedida por Luis Fernando López Rojas, representante de Distribuciones LUFEMA, en la que indica que fue autorizado por Distifar para el cobro del cheque 12165368 por valor de \$30.590.000, mediante el cual se cancelaba la factura 065 correspondiente a los medicamentos para la brigada de salud del municipio de Río Sucio.

Igualmente, aunque el a quo consideró que la apropiación se dio porque la certificación aludió a esa entidad territorial y no a la del Carmen del Darién, se ignoró que existe egreso del almacén firmado por el médico de este lugar, que ese profesional también tenía un contrato de suministro, a nombre de su empresa, para la brigada de Río Sucio y que al momento de cobrar la suma se equivocó en torno al lugar de destino de los insumos.

ii) Es cierto, como lo afirmó el ad quem, que no están soportados los \$8.772.719 girados a Manuela Moreno Rodríguez –Droguería Atrateña- porque los documentos aportados por la procesada corresponden a otra cuenta, pero esto no habría sucedido si se hubiera aplicado el principio de investigación integral y buscado en el archivo central de la entidad. En cambio, se invirtió la carga de la prueba pues las acusadas fueron puestas a allegar los medios de convicción, al punto que ellos le sirvieron al Tribunal para disminuir la cuantía de lo apropiado.

iii) El juez plural aseguró que hubo apropiación de los \$9.858.708 cancelados a Rosa Lenis Lemus Perea, porque se evidencia un doble pago, pero inadvirtió, conforme a los folios 278 y siguientes del anexo 10 y la carpeta 7 aportada el 26 de noviembre de 2004, que existen dos órdenes de suministro y dos ingresos a almacén, por lo cual considera que existió un error en la radicación en el libro de cheques que no le es imputable a la directora.

Insiste en que no existió delito sino un desorden administrativo, al punto que no había manual de funciones, la mayoría de los pagos se hicieron entre el 26 y 31 de diciembre de 2003, cuando los acreedores y empleados de DASALUD reclamaban usando vías de hecho el pago de lo adeudado y la directora de esa entidad tuvo que solicitar acompañamiento de la fuerza pública.

1.3. Tercer cargo

Por la senda de la causal tercera, demanda la nulidad de lo actuado en dos sentidos, por vulneración del principio de la doble instancia y por violación del postulado de investigación integral.

Frente al primer aspecto, recuerda que, como consecuencia de la apelación del fallo absolutorio, la defensa se vio impedida para impugnar mediante un recurso ordinario la sentencia condenatoria de segundo grado, pues este no está contemplado en la ley o la jurisprudencia.

A renglón seguido, denuncia irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso, derivadas de la inversión de la carga de la prueba y «la existencia de dictámenes periciales de ileg[í]tima confiabilidad que sirvieron de soporte para la emisión de la sentencia condenatoria»²⁵. En ese sentido, invoca el numeral 2º del artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

En sustento del reparo, recuerda que las acusadas fueron las que aportaron los documentos

para desvirtuar progresivamente la tesis de la fiscalía acerca del apoderamiento de los recursos públicos, siendo que el derecho privado se diferencia del penal en el ámbito probatorio porque «en el primero corresponde a las partes la carga de la prueba mientras que en el segundo es al órgano de investigación al que le corresponde demostrar los hechos en que fundamenta su acusación, para desvirtuar la presunción de inocencia, “sin que en ningún caso se pueda invertir esa carga probatoria”»²⁶.

Asevera que, en este caso, se aplicó la carga dinámica de la prueba consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, siendo que dicho principio por regla general no aplica en materia penal sino frente a los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos.

En punto del segundo tópico, tras recordar que, a voces del canon 20 de la Ley 600 de 2000, el ente acusador tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como desfavorable a los intereses del procesado, considera que debe recaudar las pruebas indispensables para

verificar las citas del imputado y comprobar las informaciones que éste suministre en la indagatoria, así como las que, siendo conducentes y procedentes, en ejercicio del derecho de defensa material el sindicado proponga para demostrar el fundamento de sus explicaciones, tiendan a demostrar su inocencia o atenuar su responsabilidad penal, según el caso, y las que se requieran para definir la situación jurídica en el evento de que ello, de acuerdo con la ley, aparezca indispensable.²⁷

De igual manera, sostiene, que tal deber no es facultativo de los funcionarios judiciales sino de obligatorio cumplimiento.

En apoyo de su aserto, se apoya en la sentencia CSJ SP, 21 ago. 2013, rad. 40.481, resaltando que dicho axioma se quebranta cuando por negligencia o negligencia del funcionario se dejan de practicar pruebas que cumplen los presupuestos de conducencia, pertinencia,

eficacia y utilidad, en los términos del canon 235 ejusdem.

Estima, al respecto, que pese a las contradicciones de los dictámenes que constituyen el fundamento de la condena, no se practicaron los testimonios de las personas beneficiarias de los pagos y del director de la entidad a efecto de que informara el motivo para trasladar el archivo de la entidad, cuestión que impidió el recaudo de todas las pruebas por parte de los investigadores.

Solicita casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a la procesada.

2. A favor de Sally de Jesús Rodríguez de Perea

Una vez identifica las partes y la sentencia acusada y sintetiza los hechos y la actuación procesal, a manera de introito invoca la efectividad del derecho material y la garantía de los derechos de las partes, atendiendo lo controversial de los dictámenes periciales y la irrelevancia de las pruebas testimoniales, lo cual condujo, a juicio de la defensora a que campeara la tesis que indica que «todo el mundo es responsable hasta que no logre demostrar su inocencia»²⁸, habida cuenta que «hubo una total inversión de la carga de la prueba, donde la Fiscalía se limitó a realizar narraciones y hacer conjeturas provenientes de la íntima convicción del titular de la fiscalía en el proceso, de cara a unos dictámenes carentes de técnica donde no se vio reflejada la investigación integral que rige el proceso regulado por la [L]ey 600 de 2000»²⁹.

En este punto, reprueba que no se haya allegado el testimonio de los beneficiarios de los pagos y que la investigación únicamente se hubiera dirigido contra la directora y la pagadora de la entidad, no así respecto de los servidores encargados de las oficinas de presupuesto, contabilidad, talento humano y hacienda quienes tienen un papel importante en la ejecución del presupuesto y en el reconocimiento de las obligaciones.

Igualmente, se muestra en desacuerdo con la inferencia de dolo a partir del hecho de

consignar los recursos en otra cuenta de la entidad y hacer unidad de caja, siendo que «las reglas de la experiencia nos enseñan e indican que ello no es así, debido a que si el interés de las procesadas hubiese sido apropiarse de los recursos, así los mismos se hubieren consignado en una cuenta especial y diferente, lo habrían hecho, porque el carácter de especial y diferente de la cuenta no les quita la disponibilidad que tienen sobre los recursos con ocasión de sus funciones»³⁰.

A juicio de la letrada, no es posible predicar dolo ni antijuridicidad en contra de las acusadas porque no se afectó el bien jurídico protegido de la administración pública ni el presupuesto de la entidad ya que lo acreditado fue el desorden administrativo de la misma, la falta de implementación de manuales de procesos y procedimientos y «la poca aplicabilidad de normas presupuestales»³¹ -no precisa-.

Postula dos cargos.

2.1. Primero

Al amparo de la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, denuncia la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 39 ejusdem y 82, numeral 4 y 86 de la Ley 599 de 2000, relativos a «la cesación del procedimiento, extinción de la acción penal por prescripción y al término prescriptivo de la acción en la etapa del juicio»³².

En aras de acreditarla, previa referencia al contenido normativo de los referidos preceptos, señala que la resolución de acusación del 10 de diciembre de 2004 cobró firmeza el 23 del mismo mes y año, interrumpiéndose el término extintivo y empezando a correr uno nuevo por un máximo de diez (10) años, que vencieron el 23 de diciembre de 2014, fecha para la cual no se había proferido la sentencia de segunda instancia.

Como el Tribunal inadvirtió el punto, solicita casar el fallo impugnado y declarar la

prescripción de la acción penal por el delito de peculado por apropiación y la cesación de procedimiento, con fundamento en la sentencia CSJ SP, 12 sep. 2012, rad. 37.235.

2.2. Segundo (principal)

Por la senda de la violación directa de la ley sustancial, acusa la vulneración de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo, consagrados en los artículos 232 y 7 de la Ley 600 de 2000; y 29, inciso 4º de la [Constitución Política](#) y la consecuente aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, al condenar a las procesadas por el punible de peculado por apropiación, sin que obre prueba de su certeza y de su responsabilidad.

A juicio del censor, el Tribunal ha debido confirmar el fallo absolutorio de primer grado porque el acervo probatorio no tiene la entidad para acreditar su compromiso penal, pues «se torna evidente lo frágil, poco técnico, carente de soportes, y la poca confiabilidad, que se puede predicar de los dictámenes realizados por la prueba pericial contable y que sirven de medio probatorio de cargo»³³.

Al respecto, asevera que al determinar como faltante la suma de \$205.317.190, el Tribunal no concluyó «de manera tajante»³⁴ que las enjuiciadas se apropiaron de los recursos estatales.

Igualmente, opina que, implícitamente, el ad quem dejó ver serias dudas en torno a la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad de las encartadas, lo cual es evidente, argumenta, frente a los casos de Distifar, José Guillermo López y «Grupos que no coincide período cancelado con el período laborado»³⁵, ya que en el primer caso la colegiatura argumentó que, como no se sabe si los elementos del contrato y su destino eran para la brigada de Río Sucio o el Carmen del Darién existió un peculado de \$30.590.000, en el segundo evento se admitió que no se hizo cotejo grafológico entre la firma del beneficiario y la que aparece en la solicitud y en el tercer escenario se indicó que no hay

constancia de que los beneficiarios hubieran laborado en la entidad.

En concepto del letrado, de lo anterior se sigue que, no se puede predicar la certeza de que trata el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

De igual manera, en punto de tipicidad, adviera que, al sostener el juez plural que se desconoce la destinación de los \$205.317.190, no podía pregonar certeza sino duda, dado que «al menos eso lo ordenan las reglas de la experiencia»³⁶.

En cuanto a la antijuridicidad, destaca cómo no se encuentra satisfecho este requisito porque la Sala Penal estimó que la conducta de las procesadas se enmarca en el nomen iuris de peculado por aplicación oficial diferente porque consideró que los \$600.000.000 destinados a la cofinanciación del Hospital Julio Figueroa Villa de Bahía Solano se utilizaron como préstamo -de \$400.000.000 y \$203.000.000- para atender diversos gastos de la entidad, quedando un faltante de \$205.317.190.

Solicita casar el fallo demandado y confirmar el de primer nivel.

2.3. Segundo (subsidiario)

Acusa la violación indirecta de la ley sustancial por sucesivos errores de hecho en las modalidades de falso raciocinio y falso juicio de existencia.

En cuanto al primer sentido de ataque, censura la violación de la sana crítica en la valoración de las pruebas, en relación con el caso de los señores Mauricio Murillo y Yahaira Milán, porque «las reglas de la experiencia en nuestro medio nos enseñan, que es normal que ante la ausencia de pago, los empleados o contratados del sector salud, acudan a prestamistas, usureros o ante algún conocido que pueda comprarles la cuenta por un valor inferior a lo normal y todo con el fin de poder garantizarse la subsistencia y la de los miembros de su hogar»³⁷.

Así mismo, dice el casacionista, la costumbre informa que «cuando [en] una entidad estatal se corre el rumor que está realizando pagos y en épocas especiales, todos los beneficiarios quien (sic) recibir el mismo y, en ocasiones no se encuentran en el municipio, razón por la cual autorizan a terceros para que en su nombre reciban dicho dinero»³⁸. Por este motivo, «no puede descartarse la legitimidad de un pago realizado en esas condiciones, porque la regla de la experiencia nos ha enseñado que ello ocurre y la regla general es que sea en condiciones de legalidad y previa aceptación del titular del derecho»³⁹.

Frente al segundo tipo de reproche, aduce que no se valoraron los siguientes medios probatorios:

i) Constancia suscrita por Feliciano Mosquera –profesional de la oficina de Talento Humano de Dasalud- donde se indica que las nóminas de Fano Moreno Bejarano, María A. Ríos y Sandra Patricia Flórez se elaboraron y pagaron dos veces, lo que impedía deducir el faltante como constitutivo de peculado porque la conducta de la tesorera «carecería del elemento del dolo necesario para que se configure el hecho punible en mención y, a todas luces quedaría claro que la conducta no alcanzaría a tener relevancia de índole penal, sino que se encausaría a otro tipo de sanciones provenientes de jurisdicción diferente a la penal»⁴⁰; además que, «la elaboración de nóminas no es una función a cargo de la tesorera»⁴¹, lo que conduciría a un fallo absolutorio.

ii) Relación de pagos del préstamo de \$203.019.855, en la que aparece que Alexa Stuard Murillo Córdoba autorizó a su madre –Mariela Córdoba- para recibir sus honorarios (\$1.324.800), lo que explica que aparezca una firma que no corresponde con la de aquella y que no exista tal faltante.

iii) Constancias de recibo de pago suscritas por Mauricio Murillo y Yahaira Milán por concepto de salarios, aportados por Sally Rodríguez en la ampliación de indagatoria del 30

de septiembre de 2004 y constancia de recibo de pago signadas por Feliciano Mosquera (folios 25-26 del cuaderno original 3), con la anotación que recibe con autorización del titular.

iv) Relación expedida por AV Villas de las personas que no concurrieron a reclamar el pago, entre ellos, Felix A. Blandon y certificación bancaria de devolución de los recursos a Sally Rodríguez, aportada en la ampliación de indagatoria.

Tanto el dinero a pagar al señor Blandon por \$538.620 y a las demás personas que no cobraron lo adeudado se entregó a Verónica Bechara, quien informó que tal valor se consignó en la cuenta de Dasalud de Av Villas, como lo refleja el comprobante de consignación que tampoco fue valorado, «bajo el argumento que no hay dato que indique que corresponde a este beneficiario, por lo cual no puede ser tomado como reintegro o gasto debidamente soportado»⁴².

Por el contrario, aduce el libelista, dentro del giro ordinario de sus actividades, Dasalud no recibe consignaciones de particulares, y si la realizada se hizo por la referida suma, es porque constituye un reintegro.

v) Certificado firmado por una persona de apellidos Martínez Cuesta que dijo estar autorizada por la titular -Riquilda Moreno Cuesta- para recibir el salario devengado como promotora de salud de Riosucio en 2002, lo que soporta el pago de \$538.620 a dicha señora.

vi) Certificado emitido por Feliciano Mosquera en el que informa que en el 2003, Esteban Casas y otras 9 personas trabajaron como celadores (folio 7 carpeta 52), que demuestra, contrario a lo indicado por el Tribunal, que sí hay constancia de que esos individuos prestaron sus servicios.

vii) Certificación emitida por Luis Fernando López Roja que indica que, en nombre propio y

autorizado por DISTIFAR, recibió de Dasalud el cheque No. 121565368 por \$30.590.000.

viii) Factura de compra NO. C.c. 02-141 y cotización No. 03-0251 de 16 de octubre de 2003 -ampliación pericia, página 3-, comprobante de ingreso a almacén No. 550 de 15 de diciembre del mismo año y constancia de recibo de pago de suministro por parte de Cintas, Tintas y Partes por \$3.170.025, lo que acredita que no existió el aludido faltante.

Aclara el jurista que, «para ilustrar el error en la apreciación probatoria, de manera liberal, la defensa escogió unos grupos al azar, sin que ello signifique que las otras situaciones no tengan soporte probatorio dentro del expediente»⁴³. Distinto es, asegura el censor, el desorden administrativo, reconocido, incluso, por la pericia contable del 2 de septiembre de 2004.

La petición es idéntica a la del segundo cargo (principal).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal solicita no casar la sentencia impugnada, conforme a las siguientes razones:

1. Primer cargo común a ambas demandas.

En punto de la solicitud extintiva de la acción penal, la Delegada sostiene que, conforme a la sentencia CSJ SP7135-2014, rad. 35.113, en tratándose de delitos cometidos por servidores públicos, el término prescriptivo, después de la ejecutoria de la resolución de acusación no procede en un lapso inferior a 6 años y 8 meses, ni superior a 13 años, 4 meses.

En ese orden, si el pliego de cargos, alcanzó ejecutoria el 23 de diciembre de 2004 y se impone incrementar 3 años y 4 meses al término prescriptivo -no precisa cuál-, no ha

operado dicha figura jurídica, por lo que la censura no está llamada a prosperar.

2. Demanda a favor de Farid Mosquera Hurtado

2.1 Segundo cargo

Tras destacar que violó el principio de no contradicción y que no especificó las pruebas que respaldarían su aserto, su alcance demostrativo ni la regla de la experiencia desconocida, arguye que de forma incomprensible censuró la credibilidad conferida a las procesadas en punto de los préstamos realizados para el pago de gastos de funcionamiento con cargo a los recursos de la Nación, los cuales estaban destinados a los establecimientos de salud, de manera que «la investigación no debía centrarse en la recuperación o no de los dineros, ni en su manejo administrativo, sino en la apropiación que se verificó o no de estos, cuestión que no habría ocurrido»⁴⁴, razón por la que, señala, el defensor pidió que su asistida fuera condenada por el delito de peculado por aplicación diferente.

Considera la funcionaria que el resto de argumentos, relacionados con la valoración sobre el destinatario del pago de unos medicamentos recibidos por José Ignacio Fernández y los emolumentos entregados a Manuela Moreno Rodríguez y Rosa Lenis Lemus Perea, no cumple los requisitos formales y sustanciales de la censura.

2.2. Tercer cargo

La funcionaria estima que no está llamado a prosperar por falta de sustentación acerca del motivo por el que la imposibilidad de apelar el fallo condenatorio de segunda instancia y la aplicación de la inversión de la carga de la prueba vulneraron las garantías fundamentales de la procesada. Tampoco se indicó cómo se violó el principio de investigación integral, ya que no se precisó cuáles fueron los medios probatorios que se dejaron de allegar al plenario.

3. Demanda a favor de Sally de Jesús Rodríguez de Perea

3.1. Segundo cargo

Luego de aludir a la técnica que informa la demostración de la violación directa de la ley sustancial, la estima incumplida por el recurrente y resalta que lo pretendido por éste es imponer su criterio, el cual apunta a la «posibilidad de valorar el hecho como un uso oficial diferente de esos dineros»⁴⁵.

3.2. Segundo cargo (subsidiario)

Desecha la censura porque el defensor «no compagina ni interrelaciona debidamente, las partidas presupuestales que indicaría que fueron recibidas por sus legales destinatarios y que corresponden con los valores que en la sentencia se indican fueron objeto de apoderamiento por la procesada»⁴⁶.

Para la representante de la sociedad, el libelista pretendió que se concluyera que «en los eventos en los que cuales no obró demostración de la recepción de los dineros, por análoga interpretación se debió concluir que estos dineros sí cumplieron su misión institucional»⁴⁷.

Adicionalmente, se refiere a los presupuestos técnicos demostrativos del falso raciocinio, los cuales estima desconocidos.

3.3. Tercer cargo (subsidiario)

Una vez destaca que el recurrente pretendía acreditar que no existió apropiación de los recursos públicos por las acusadas, echa de menos la identificación de los medios cognoscitivos que así lo probaran, con la referencia exacta a la partida que le correspondía. Así mismo, es del criterio que no se indicó «cuál fue la indebida o errónea interpretación que del medio probatorio realizó el fallador»⁴⁸ y «el valor probatorio arrogado a ese medio

de prueba, conforme a las reglas de la sana cr[í]tica»⁴⁹.

CONSIDERACIONES

1. De entrada, corresponde admitir que, como lo alegan los demandantes, operó la prescripción de la acción penal, pero no por las razones que ellos expresan sino por los motivos que adelante se consignarán.

En efecto, en el primer cargo de cada una de las demandas, los libelistas argumentan que dicho fenómeno jurídico sobrevino como consecuencia del transcurso del término prescriptivo máximo previsto en la ley para la fase de juzgamiento de 10 años, y/o debido a que la acreditación de sucesivos errores de hecho en la valoración probatoria demostrarían que la cuantía por la que podrían haber sido condenadas sus representadas no sería superior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Sin embargo, además que la Corte advierte que, actualmente, en el régimen procesal del 2000 –y en los que le antecedieron–, no es posible predicar, respecto de los delitos en los que el sujeto activo calificado es un servidor público, que la acción penal prescribe máximo en 10 años, ya que desde la sentencia CSJ SP, 21 oct. 2013, rad. 39611 reiterada en CSJ SP7135-2014 (rad. 35.113)⁵⁰, se precisó que dicho lapso es de 13 años y 4 meses, lo que significaría –de acogerse la calificación jurídica del Tribunal– que aquella no habría prescrito desde la fecha en que cobró ejecutoria la decisión (23 de diciembre de 2004), también observa la Sala que, en el caso de la especie, no hay lugar a examinar si los vicios in iudicando denunciados por la defensa se estructuraron o no, porque producto de la violación de una garantía fundamental por parte del ad quem, concretamente, del principio de congruencia, se consolidó el fenómeno extintivo, como pasa a verse.

3. Por antonomasia la resolución de acusación es la que establece los límites fácticos y jurídicos en los que se desarrollará el juicio. Es por esto, que el principio de congruencia externa se predica entre la acusación y la sentencia.

Esto significa que el juzgador debe emitir fallo dentro de los límites de la acusación. No obstante, está autorizado para condenar por una conducta punible distinta a la endilgada en el pliego de cargos, siempre que el delito por el que se emite el juicio de reproche sea de menor entidad que el asignado en aquél y se respete el núcleo básico de la imputación fáctica.

Ahora, cuando sea del caso acusar por un nomen iuris más gravoso –con todas sus circunstancias- que el deducido en el pliego de cargos, el sistema de procesamiento penal de 2000, en su artículo 404, habilitó para el ente acusador la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional, de tal suerte que la consonancia también involucra a dicha mutación realizada conforme a las previsiones de ley en la audiencia pública de juzgamiento, en tanto el fallo puede acoger cualquiera de las dos –acusación o variación- sin quebrantar el aludido postulado.

Pero, tendrá que entenderse vulnerada la debida consonancia entre la acusación y la sentencia cuando se profiere condena excediendo los límites de la acusación, verbi gratia, si la conducta se adecua por fuera del tipo básico teniendo en consideración una circunstancia calificante o de agravación no incluida en el pliego de cargos.

Al respecto, en decisión del 31 de enero del año en curso, la Corte razonó de la siguiente manera (CSJ SP044-2018 (50.105)):

(i) Las circunstancias específicas de agravación en la resolución de acusación

El numeral 3° del artículo 398 de la Ley 600 de 2000 prevé que la resolución de acusación debe contener, además, «La calificación jurídica provisional», exigencia que se cumple con la determinación no solo del tipo básico o especial que se imputa, sino de las circunstancias genéricas y/o específicas de agravación. Obviamente, la concreción de los hechos que fundan la adecuación típica es otro presupuesto insoslayable, tal y como lo dispone el numeral 1° de la precitada disposición normativa.

Entonces, la omisión de una imputación jurídica y fáctica completa, vulnera el debido proceso de este acto que da inicio y define el objeto del juicio, pero también puede menoscabar el derecho a la defensa porque impide conocer en su exacta dimensión los cargos y los hechos respecto de los cuales habrá de ejercerse. De esa manera, la sentencia no podrá condenar por un delito o por una circunstancia de agravación cuya imputación se haya omitido en su aspecto fáctico o jurídico, so pena de infringir, a más de los anteriores derechos, el principio de congruencia.

Al respecto, ha sido abundante el desarrollo jurisprudencial en torno al principio de congruencia, concretamente, respecto de las circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva. El criterio de la Corte es el que sigue:

«El principio de congruencia entre la sentencia y resolución de acusación se expresa en la necesaria consonancia que debe existir entre estos dos actos procesales en los aspectos fáctico, jurídico y personal. Es decir, que debe haber identidad entre los hechos investigados objeto de la calificación, la trascendencia jurídica que se le ha dado en la acusación y a aquéllos que son objeto de pronunciamiento en la sentencia, sin que se desconozca su núcleo esencial, sin que puedan ser modificados ni desbordados, so pena de que se vulneren las garantías fundamentales de los procesados y de los demás intervinientes en el proceso penal.

Temática sobre la cual, la Sala tiene definido que independientemente del acto en que esté contenida la acusación, es decir, que esté representada en el trámite ordinario del proceso con la resolución calificatoria o que corresponda a la formulación de cargos para sentencia anticipada o haya sido adicionada o modificada a través de la variación de la calificación provisional en la etapa de juzgamiento, o incluso, en el sistema acusatorio esté representada por el allanamiento a la imputación, en un acuerdo o en el escrito de acusación, la sentencia que se profiera como conclusión del trámite debe guardar congruencia con la imputación fáctica y jurídica formulada, ya que ésta constituye el marco

conceptual, fáctico y jurídico que condensa la pretensión punitiva del Estado, y de igual manera, define para el procesado el ámbito de ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, limitando de esta manera los aspectos que serán objeto del debate en el juicio y de decisión por parte del juez.

3. Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte ha definido que el procesado solo puede ser juzgado por las conductas definidas fáctica y jurídicamente en la resolución de acusación e incluso, ha reafirmado que para que las circunstancias específicas y genéricas de agravación punitiva puedan ser consideradas en la sentencia es necesario que previamente le hayan sido imputadas al inculpado tanto fáctica como jurídicamente en la acusación.

Solo de esta manera podrá cumplirse con la garantía al debido proceso y a un juicio público, expresadas mediante el conocimiento previo e inequívoco que tenga el procesado de los cargos que se formulan en su contra tanto por su contenido fáctico como jurídico. En consecuencia, la certeza sobre su contenido permitirá que correlativamente el acusado ejerza el derecho de defensa y a su vez, que el juez tenga definido el marco fáctico y jurídico dentro del cual podrá emitir el fallo que corresponda» (CSJ SP, rad, 28 jul 2006, rad. 25648)

En decisión más reciente, en el mismo sentido esta Sala manifestó:

«De cara a la anterior constatación resulta oportuno reiterar la doctrina de esta Corporación según la cual el principio o garantía de congruencia entre sentencia y acusación, constituye base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos se erige en marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa

resolución.

(...)

En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que su atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer». (CSJ SP, 18 dic 2013 rad. 41734)

En conclusión, la inclusión de una causal de agravación punitiva por parte de los falladores, que no fue enrostrada fáctica y/o jurídicamente al procesado en la resolución de acusación o en la variación que de ella se hiciera una vez finalizado el debate probatorio en la etapa de juzgamiento, atenta contra las garantías del procesado, entre ellas, el derecho de conocer de manera previa el aspecto fáctico y jurídico de lo que se le acusa. (Negrillas originales).

Ahora, en este punto, se impone recordar que, lo ideal es que la enunciación de la cuestión jurídica esté descrita en el acápite resolutivo de la decisión calificatoria, pero, lo verdaderamente relevante es que todas las circunstancias agravantes o calificantes, que impliquen un incremento de pena, hagan parte de la imputación fáctica y aparezcan jurídicamente identificadas a lo largo de la acusación.

Por eso, en reiteradas oportunidades, la Corte se ha ocupado de reiterar que, ningún vicio relevante comporta que el ente acusador omita plasmar en la parte resolutive del pliego calificadorio la calificación jurídica completa de la conducta atribuida, siempre que, se

insiste, esté claramente delimitada en las consideraciones de la providencia, dado el pleno efecto vinculante de la parte motiva de la acusación, pues, precisamente, lo que se debe garantizar es que el procesado conozca, con claridad, cuáles son los hechos y el cargo que se le imputa, a efecto de que pueda ejercer a plenitud el derecho de defensa (CSJ SP, 17 nov. 2011, rad. 36650, CSJ AP, 10 oct. 2012, rad. 36.311, CSJ SP16951-2016, rad. 4910151).

4. Descendiendo al caso de la especie, se tiene que, si bien el juez plural adecuó el comportamiento delictivo de las procesadas en el reato de peculado por apropiación, con la circunstancia de agravación descrita en el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, en atención a que el monto de lo apropiado (\$205.317.190) es superior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2003, es lo cierto que la verificación exhaustiva de la resolución de acusación, en sus partes considerativa y resolutive, permite evidenciar que, en segmento alguno de la decisión se hizo mención al referido agravante.

En verdad, aunque en varios fragmentos del proveído se afirma que las acusadas incurrieron en el delito de peculado por apropiación a favor propio y de terceros y, con apoyo en el último de los dictámenes periciales contables rendidos, se señaló el monto del presunto apoderamiento -\$726.792.224-, jamás se aludió a la mentada circunstancia de agravación y, por ende, no se indicó cuál era la consecuencia jurídica de la infracción endilgada, ya que no se consignó ningún acápite que definiera la calificación jurídica provisional, incumpliendo de paso con la obligación descrita en el numeral 3º del artículo 398 de la Ley 600 de 2000. Tampoco se indicó la norma del Código Penal que regulaba la conducta investigada y mucho menos se hizo expreso señalamiento del incremento punitivo que conllevaba la apropiación de la mencionada suma.

Nótese como, además que el segmento resolutive del pliego de cargos fue del siguiente tenor: «PRIMERO. Acusar a FARID MOSQUERA HURTADO y SALLY DE JESUS RODRIGUEZ DE PEREA, en calidad de coautoras del delito de Peculado por Apropiación a favor Propio y de

Tercero»⁵², a lo largo de la providencia, más allá de la necesaria valoración del plexo probatorio y de afirmaciones en las que se repetía dicha expresión o se aseguraba probado que las sindicadas no legalizaron o soportaron el mentado faltante, no se esgrimió argumento alguno a partir del cual se pudiera inferir con claridad que la calificación jurídica del delito contra la administración pública involucró un aumento de pena respecto de la conducta base, de hasta en la mitad.

Del mismo modo, al escuchar los registros magnetofónicos de la audiencia de juzgamiento se constata que el ente acusador no hizo uso de la figura de la variación de la calificación jurídica, prevista en el artículo 404 ejusdem⁵³, e igualmente, la lectura de las indagatorias y de sus ampliaciones, permite establecer que, nunca le fue puesto de presente a las procesadas que la acusación no solo iría a versar frente al delito de peculado por apropiación simple sino en su modalidad agravada por la cuantía –superior a 200 s.m.l.m.v.-

Pese a lo anterior, el Tribunal, al revocar la sentencia absolutoria de primer nivel, luego de referirse a la tipicidad de la conducta de peculado por apropiación, en el acápite de la punibilidad hizo las siguientes reflexiones:

El delito de peculado por apropiación, consagrado en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, tiene fijadas penas principales de 6 a 15 años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado, al igual que contempla en el inciso 2º una circunstancia modificadora del tipo básico, en cuanto a la pena que se supedita a la cuantía de lo apropiado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, estableciendo el legislador lo siguiente: “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”.

Pena de prisión. Para el año 2003 el salario mínimo se fijó en \$332.000, por lo tanto el tope

aludido ascendía a \$66.400.000 y la cuantía de lo apropiado en este caso, supera ese límite, siendo así, la pena se aumenta hasta en la mitad en el máximo, conforme al artículo 60-2 del C.P., quedando los extremos punitivos de 6 a 22 años y 6 meses (o sea 72 a 270 meses) de prisión, la multa que no puede exceder de \$50.000 smlmv, sea decir de \$16.600.000.000.54 (Subrayas no originales).

Enseguida, se situó en el primer cuarto de movilidad –entre 72 y 121.5 meses de prisión y la tasó en 100 meses.

Claramente, para deducir la circunstancia de agravación, consagrada en el inciso 2º del canon 397 del Estatuto Sustantivo, el juez colegiado no acudió, como le correspondía, al referente o límite de la acusación, esto es, a la calificación jurídica demarcada en ese proveído, sino al valor de la cuantía de lo apropiado, que en efecto es superior a 200 s.m.l.m.v., pero que no le podía ser endilgado a las implicadas en el fallo, porque no fue imputado en la acusación.

Como consecuencia de lo anterior, hasta aquí cabe decir que, para restablecer las garantías conculcadas a Farid Mosquera Hurtado y Sally de Jesús Rodríguez de Perea se impone reconocer la violación directa de la ley sustancial, en el sentido de aplicación indebida del inciso 2º del artículo 397 de la Ley 599 de 2000 por parte del Tribunal, a efecto de excluir la circunstancia de agravación específica allí consignada del juicio de reproche.

Ahora bien, resultado de esta declaración se debe convenir en que la acusación procedía únicamente por el delito de peculado por apropiación de que trata el primer inciso del aludido canon 397, precepto que establece para el autor, coautor o determinador, una pena principal de prisión de 6 a 15 años.

Según lo prevén los artículos 83 y 86 del Código Penal, la acción penal prescribe en el mismo término que el máximo punitivo establecido para cada delito, eso sí, mínimo en cinco (5) años durante la instrucción, salvo que se haya calificado el mérito del sumario con

resolución de acusación, pues a partir del momento en que esta cobra ejecutoria, se interrumpe el término prescriptivo y corre otro, por la mitad del inicial, el cual en todo caso, tampoco puede ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10) años.

Tratándose de servidores públicos que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, sean autores o partícipes, el inciso 6º del artículo 83 ejusdem -sin la modificación del canon 14 de la Ley 1474 de 2011-55- prevé un incremento en el lapso de prescripción de una tercera parte, lo que implica que, en estos eventos, la figura jurídica opera como mínimo en seis (6) años y ocho (8) meses y máximo en trece (13) años y cuatro (4) meses.

Esto significa, a voces del artículo 86 ibidem, que durante la fase de juzgamiento, en principio, el Estado contaba con un término máximo de prescripción de siete (7) años y seis (6) meses, lapso que, sin embargo, debe incrementarse, entonces, en una tercera parte -dos (2) años y seis (6) meses-, dada la calidad de servidoras públicas de las inculpadas, arrojando un período máximo de diez (10) años, que se cumplieron el 23 de diciembre de 2014 -porque la resolución de acusación cobró ejecutoria el 23 de diciembre de 2004-, cuando aún no se había emitido el fallo de segunda instancia.

Corolario de lo anterior, se casará oficiosamente la sentencia impugnada, a efecto de declarar la nulidad de lo actuado a partir del 24 de diciembre de 2014 y, por ende, de la referida decisión.

En consecuencia, igualmente, se dispondrá la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal a favor de Farid Mosquera Hurtado y Sally de Jesús Rodríguez de Perea, respecto del delito de peculado por apropiación, descrito en el inciso 1º del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

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

RESUELVE

Primero. Casar oficiosamente la sentencia del 28 de abril de 2015 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, en el sentido de excluir del juicio de reproche la circunstancia de agravación específica consagrada en el inciso 2º del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

Segundo. En consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado a partir del 24 de diciembre de 2014.

Tercero. Ordenar la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal a favor de Farid Mosquera Hurtado y Sally de Jesús Rodríguez de Perea, respecto del delito de peculado por apropiación, descrito en el inciso 1º del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

Cuarto. Disponer la libertad inmediata e incondicional de Farid Mosquera Hurtado y Sally de Jesús Rodríguez de Perea, siempre que no sean requeridas por otra autoridad.

Quinto. Precisar que corresponde al juez de primera instancia cancelar las órdenes de captura, las cauciones que hubieren sido prestadas, los registros o anotaciones originados por este proceso, las medidas cautelares sobre bienes que se encuentren vigentes y demás compromisos adquiridos por las acusadas en razón de esta actuación. Además, de ser el caso, informará lo aquí resuelto a las mismas autoridades a las que se les comunicó la resolución de acusación y las sentencias de primera y segunda instancias.

Sexto. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cfr. folios 1015-1016 del cuaderno original 23.
- 2 Cfr. folios 12-13 del cuaderno original 1.
- 3 Cfr. folios 33-34 ibidem.
- 4 Cfr. folios 208-224 ibidem.
- 5 Cfr. folio 119 del cuaderno original 3.
- 6 Cfr. folios 79-150 del cuaderno original 4.
- 7 Cfr. folio 150 ibidem.

- 8 Cfr. folio 188 ibidem.
- 9 Cfr. folio 204 ibidem.
- 10 Cfr. folio 207 ibidem.
- 11 Cfr. folios 272-282 ibidem.
- 12 Cfr. folios 108-111 del cuaderno original 5.
- 13 Cfr. folio 127-154 ibidem.
- 14 Cfr. folios 173-183 ibidem.
- 15 Cfr. folio 88 ibidem.
- 16 Cfr. folios 4-89 del cuaderno del Tribunal.
- 17 Cfr. folios 127 y 135-140. ibidem.
- 18 Cfr. cuadernillos de demandas a nombre de cada una de las procesadas.
- 19 Cfr. folio 15 del cuaderno de la Corte.
- 20 Cfr. folios 18-42 ibidem.
- 21 Cfr. folio 3 de la demanda.
- 22 Cfr. folio 5 ibidem.
- 23 Cfr. folio 9 ibidem.
- 24 Ibidem.

- 25 Cfr. folio 13 ibidem.
- 26 Cfr. folio 14 ibidem.
- 27 Cfr. folio 15 ibidem.
- 28 Cfr. folio 9 de la demanda.
- 29 Ibidem.
- 30 Ibidem.
- 31 Cfr. folio 10 ibidem.
- 32 Ibidem.
- 33 Cfr. folio 12 ibidem.
- 34 Ibidem.
- 35 Cfr. folio 13 ibidem.
- 36 Ibidem.
- 37 Cfr. folio 15 ibidem.
- 38 Ibidem.
- 39 Ibidem.
- 40 Cfr. folio 14 ibidem.
- 41 Ibidem.

- 42 Cfr. folio 16 ibidem.
- 43 Cfr. folio 17 ibidem.
- 44 Ibidem.
- 45 Cfr. folio 38 del cuaderno de la Corte.
- 46 Cfr. folio 40 ibidem.
- 47 Ibidem.
- 48 Cfr. folio 24 ibidem.
- 49 Ibidem.
- 50 En esa oportunidad se dijo:

Además de las anteriores consideraciones, con la cuales queda claro que la acción penal para el caso objeto de estudio se encuentra vigente, la Corte además quiere resaltar que los términos de prescripción de la potestad punitiva del Estado en este asunto, son diferentes a los de la prescripción ordinaria, no sólo por tratarse de una conducta delictiva gravemente atentatoria contra los derechos humanos, sino porque en su ejecución participaron miembros de la fuerza pública, circunstancia que impone el incremento en dicho término de conformidad con lo indicado en el inciso 6º del artículo 83 del Código Penal, ampliación que también se encontraba prevista en el artículo 82 del Código Penal de 1980, vigente para la época de comisión de los hechos, en una proporción de la tercera parte, sin que pudiera superar el término máximo fijado en el derogado artículo 80, el cual era de 20 años, regla que también

establece el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Así lo indicó esta Corporación en reciente decisión, precisando que la proporción de aumento de la tercera parte que estable el artículo 83 de la norma penal sustancial, no sólo se aplica al mínimo, sino, una vez interrumpido el término de prescripción de acuerdo con el artículo 86, también se aplica al máximo de 10 años al que se refiere este último precepto. A dicha conclusión llegó la Sala luego de explorar los motivos que años atrás se habían acogido para aumentar el término mínimo de prescripción de la acción penal al servidor público que cometa delito. Veamos:

“Esta postura, no obstante, fue variada por la Corte a partir del fallo del 25 de agosto de 2004, en el cual sostuvo que el tope mínimo para calcular la prescripción de la acción penal en comportamientos cometidos por servidores públicos con ocasión del cargo no podía ser inferior a los seis (6) años y ocho (8) meses, es decir, a los cinco (5) años del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal aumentados en una tercera parte en virtud del incremento que para esta clase de situaciones preveía el artículo 83 del Código Penal.

(...)

En el fallo del 25 de agosto de 2004, la Corte guardó silencio acerca de cómo debía interpretarse el tope máximo de diez (10) años de que trata el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 600 de 2000. Sin embargo, del estudio de la providencia, la Sala encuentra que las mismas razones que justificaron el aumento del mínimo de los cinco (5) años a seis (6) años y ocho (8) meses en esa clase de comportamientos también sirven para el incremento del máximo de diez (10) años, ya sea a trece (13) años cuatro (4) meses o a quince (15) años”.

Es así que el incremento del término prescriptivo de la acción penal respecto de punibles cometidos por servidores públicos en ejercicio de su cargo o con ocasión del

mismo, tiene su razón de ser en el mayor reproche social que merece la ilicitud de un funcionario estatal, de quien se espera un mayor compromiso con el orden jurídico en lugar del indebido aprovechamiento de la posición oficial que le ha sido confiada. Y como quiera que el infractor público puede hacer uso de su poder para evadir la acción de la justicia, al tiempo que la sociedad reclama con pleno vigor la sanción a esta clase de infracciones a la ley penal, se justifica otorgarle al aparato represor un plazo más amplio para la investigación y juzgamiento de tal tipo de conductas cometidas por agentes del Estado, pues la impunidad de las mismas genera severa inconformidad y desconfianza de los ciudadanos frente al sistema judicial.

Así lo consideró el legislador del año 2000, al aprobar el nuevo Código Penal, Ley 599, acogiendo plenamente lo expuesto por la Corte Constitucional en su sentencia C 395 de 1995

“La diferencia en el quantum de la pena, bien que se trate de un sujeto activo simple o de uno cualificado por su condición de empleado oficial, obedece, entre otras razones, a que el delito cometido por persona indeterminada reviste la misma gravedad y produce los mismos efectos independientemente de quien lo cometa. El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, en cambio, además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados, lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza públicas, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor. La mayor punibilidad para los delitos cometidos por servidores públicos -reflejada en las causales genéricas o específicas de agravación- 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.

Como ha quedado expuesto anteriormente, la diferencia de trato entre empleados oficiales y particulares, en materia de prescripción de la acción penal, se justifica por la

existencia de la potestad estatal para fijar la política criminal frente a determinados delitos, según su gravedad, complejidad, consecuencias y dificultades probatorias, sin que sea posible afirmar la vulneración del derecho a la igualdad” .

Como se observa, fue voluntad del legislador otorgar un trato diferenciado a los términos de prescripción de la acción penal para el servidor público y para el particular y por ese motivo, en esta oportunidad reitera la Sala que el aumento de la tercera parte, al que se refiere el inciso 6º del artículo 83 de la Ley 599, y antes, el artículo 82 del Código Penal de 1980, también debe aplicarse al máximo indicado para la fase del juicio, razón por la que el término de prescripción en esta etapa del proceso para el servidor público que cometa delito, es el extremo de 13 años y 4 meses, frente al de 10 años que es el propio para el punible cometido por un particular y de esa forma se hace palpable el trato diferenciado querido por el legislador, entre los términos de prescripción de la acción penal para el particular y para el servidor público.

El criterio fijado en la sentencia C 395 de 1995 fue reafirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-087 de 1997 en al que decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos del Decreto Ley 100 de 1980, entre ellos el 82, oportunidad en la cual nuevamente se indicó que un régimen de responsabilidad más severo para el servidor público que comete delito, no es contrario a la Carta Política:

“La Corte considera que esta disposición encaja dentro del criterio de exigir una mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones por parte del empleado oficial, que sustenta el régimen de responsabilidad de todos los servidores oficiales, de conformidad con la preceptiva constitucional (artículos 6, 89, 95, 209 de la Carta Política. Por tanto se declarará la exequibilidad del aparte acusado del artículo 82”.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala de Casación Penal es claro que el término prescriptivo de la acción penal, debe incrementarse no sólo en su extremo mínimo, sino también en su extremo máximo, cuando se trate de delitos cometidos por servidores públicos. En ese sentido la interpretación correcta de las normas citadas, lleva a la conclusión que el límite máximo de los 10 años previsto en el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, solo opera para delitos cometidos por particulares, pues según lo explicado, cuando el infractor sea un servidor público, en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo, necesariamente se debe incrementar el término prescriptivo máximo en la tercera parte.

51 En igual sentido consultar: CSJ AP, 17 oct. 2012, rad. 39.562; CSJ AP, 13 sep. 2011, rad. 37125; CSJ AP6938-2015 (46934).

52 Cfr. folio 150 del cuaderno original 4.

53 Pues, a lo sumo, además de solicitar la condena por el delito de peculado por apropiación a favor propio y de terceros, lo único que agregó fue la petición subsidiaria de declarar responsable a las acusadas por el reato de peculado por aplicación oficial diferente, cuestión esta que fue descartada en el fallo de segunda instancia por considerarla lesiva del principio de congruencia, habida cuenta que no fue endilgada así en el pliego de cargos.

54 Cfr. folio 82 del cuaderno original del Tribunal.

55 Que establece un incremento de la mitad.