



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala Penal

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 050016000206200724193
Delito: Peculado por apropiación
Procesado: Raúl Fernando Builes Cardona
Asunto: Apelación de auto que negó preclusión
Interlocutorio: No. 33 -Aprobado por acta No. 141 de la fecha.
Decisión: Confirma el auto apelado

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver la apelación presentada por la defensa, en contra la decisión emitida por el Juez Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual negó la solicitud de preclusión invocada por el defensor del señor **Raúl Fernando Builes Cardona**, dentro del proceso penal que se le adelanta como presunto autor de un concurso homogéneo sucesivo del punible de peculado por apropiación

2. SITUACIÓN FÁCTICA

Para una mejor estructura de la decisión a adoptar, la Sala se permitirá transcribir los hechos consignados en el escrito de acusación:

RAUL FERNANDO BUILES CARDONA como Auxiliar de la Justicia asumió el cargo de secuestre según designación que le hiciera en agosto 14 del 2006 el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín dentro del proceso hipotecario 2001-0507 promovido por Bancolombia S.A. en contra de JOSE HERNAN JAIME ELIAS MEDINA FERNANDEZ. El secuestre se apropió para sí de la suma de \$ 9.000.000 que pertenecían a un particular, cuya administración y custodia se le confiaron en razón de sus funciones, para el caso debía el secuestre continuar con la administración de un bien inmueble ubicado en la carrera 65 Nro. 48C-13 de la ciudad de Medellín recibiendo cánones de arrendamiento atrasados de parte de la señora LUZ MARY MOSQUERA, quien le entregó en diez oportunidades sumas de dinero en efectivo, las que debía depositar a la cuenta de depósitos judiciales del juzgado, no consignándolos como debía ser, sino que se apropió para sí de las sumas que le fueron confiadas en diez eventos que se relacionan a continuación:

Nro. evento	Fecha	Valor	Concepto
1	27 de octubre del 2006	\$1.000.000	Arriendo enero y febrero del 2006
2	28 de noviembre del 2006	\$1.000.000	Arriendo marzo y abril del

			2006
3	18 de diciembre del 2006	\$1.000.000	Arriendo mayo y junio del 2006
4	8 de febrero del 2007	\$1.000.000	Arriendo junio y julio del 2006
5	23 de enero del 2007	\$1.000.000	Arriendo septiembre y octubre del 2006
6	12 de abril del 2007	\$1.000.000	Arriendo noviembre y diciembre del 2006
7	7 de mayo del 2007	\$500.000	Arriendo mes de enero del 2007
8	5 de junio del 2007	\$1.500.000	Arriendo febrero, marzo y abril del 2007
9	28 de mayo del 2007	\$500.000	Arriendo mes de mayo del 2007
10	21 de junio del 2007	\$500.000	Arriendo mes de junio del 2007
	Total	\$9.000.000	

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 8 de marzo de 2022, ante el Juzgado Sexto Penal municipal de Medellín, la Fiscalía le formuló imputación al señor **Raúl Fernando Builes Cardona**, como autor de un concurso homogéneo sucesivo de peculados por apropiación, cargo que no fue aceptado por el imputado.

El 6 de junio de 2022, el ente persecutor radicó escrito de acusación, que correspondió su conocimiento por reparto al Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín; dicho despacho, presidió la audiencia de formulación de acusación el 29 de agosto del año pasado.

Luego de varios aplazamientos, se instaló la audiencia preparatoria el 5 de julio de 2023, acto procesal en el que la defensa de **Raúl Fernando Builes Cardona** solicitó la preclusión de la investigación por considerar que había operado el fenómeno jurídico de la prescripción, petición que fue despachada desfavorablemente por el Juzgado de origen y contra la cual se promovió la apelación que hoy se resuelve.

4. DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

El defensor del señor **Raúl Fernando Builes Cardona**, señaló que para el momento en que se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, ya había transcurrido el término máximo con el que contaba el Estado para ejercer la acción penal.

Así, consideró el togado que para los eventos comprendidos entre el 27 de octubre de 2006 y 23 de enero del 2007, habían transcurrido más de 15 años sin que se formulara la respectiva imputación, la que se materializó el 8 de marzo de 2022, lo que denotaba que para ese momento la acción penal para esos hechos estaba prescrita y que así debía de declararse y precluirse la investigación.

Además, señaló que para los eventos posteriores al 23 de enero de 2007 y dada la necesidad de una nueva imputación, se tenía que también había fenecido la oportunidad de juzgar dichos reatos, por lo cual y por economía procesal, se debía hacer extensiva la preclusión a esos acontecimientos que para la fecha estaban prescritos.

5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El funcionario judicial de primer nivel, despachó desfavorablemente la petición de preclusión por prescripción invocada por la defensa del acusado, por considerar que el solicitante olvidó que en tratándose de delitos presuntamente cometidos por servidores públicos, el termino prescriptivo sufría un aumento.

En efecto, indicó que si bien el señor **Builes Cardona** era un particular, lo cierto es que para los punibles endilgados ostentaba la calidad de servidor público, dada su función de secuestre y que los dineros presuntamente apropiados eran de la administración de justicia.

Así, señaló que el termino prescriptivo para este caso era de 20 años a partir de la fecha de los hechos, mismo que no había transcurrido para el momento de la formulación de imputación, llevada a cabo el pasado 8 de marzo de 2022.

6. DE LA IMPUGNACIÓN.

El defensor de **Builes Cardona** cuestionó la decisión de primer nivel por considerar que en este caso no debía efectuarse aumento al termino de prescripción de la tercera parte, por cuanto esa disposición legal fue posterior a la fecha de los hechos endilgados a su defendido, por lo cual debía contabilizarse la prescripción con el máximo de la pena, esto es, 15 años.

Luego, iteró que los eventos ocurridos con posterioridad a enero de 2007, debían ser precluidos por economía procesal, dado que la imputación del 8 de marzo de 2022 debía anularse y hacerse una nueva, lo que contraía el fenecimiento para esta fecha del ejercicio de la acción penal.

En consecuencia, solicitó se revocara el auto confutado.

7. PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

7.1. Fiscalía

La delegada del ente acusador, señaló en un primer momento de su intervención que la alzada propuesta por el defensor no fue debidamente sustentada, en tanto usó un argumento

erróneo y no atacó de fondo la decisión del Juez de primera instancia.

A renglón seguido, indicó que si se daba curso a la apelación, el auto atacado debía ser confirmado por ser ajustado a derecho.

7.2. Representante de víctimas

La representante judicial de la víctima, señaló que la decisión censurada debía mantenerse, por cuanto a los servidores públicos se les debía aumentar el término prescriptivo cuando el delito se cometiera en razón de sus funciones.

7.3. Ministerio Público

La Delegada del Ministerio Público, adujo que el recurso no tenía una adecuada sustentación por cuanto el defensor repitió los argumentos de su solicitud y usó un planteamiento equivocado.

Al igual que la Fiscal, señaló que de darse curso a la alzada, la decisión cuestionada debía ser confirmada.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

8.1. Competencia

En virtud de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de apelación propuesto en contra del auto

del 5 de julio de 2023, proferido por el Juez Veintiuno Penal del Circuito de Medellín.

8.2. Problema jurídico.

En primera medida y de cara a los planteamientos de la Fiscalía y el Ministerio Público en su intervención como no recurrente, direccionados a señalar una indebida sustentación de la apelación, encuentra la Sala que si bien la intervención del togado no fue lo más prolífica y técnica, lo cierto es que sí se logra desentrañar un argumento de oposición sumario que habilita el curso de la segunda instancia.

En efecto, de los planteamientos de la apelación, encuentra esta Colegiatura que se presenta el siguiente problema jurídico:

- ¿Cómo se contabiliza el termino de prescripción de la acción penal en los casos en donde el procesado es un particular que ejercen funciones públicas?

Sea lo primero indicar, que la causal 1 del artículo 332 CPP, prevé:

Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

Esta causal debe armonizarse sistemáticamente con el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal, en donde se consagran las razones por las cuales se extingue la acción penal:

ARTÍCULO 77. EXTINCIÓN. La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, **prescripción**, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley.

ARTICULO 82. EXTINCION DE LA ACCION PENAL. Son causales de extinción de la acción penal:

1. La muerte del procesado.
2. El desistimiento.
3. La amnistía propia.
- 4. La prescripción.**
5. La oblación.
6. El pago en los casos previstos en la ley.
7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.
8. La retractación en los casos previstos en la ley.
9. Las demás que consagre la ley.

Al respecto, en sentencia del 7 de febrero de 2017 emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado 48042, se indicó lo siguiente:

Sobre la imposibilidad del ejercicio de la acción penal, se entienden las circunstancias que dan lugar al fenecimiento de la persecución penal contempladas en el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal, a saber, la muerte del imputado o acusado, **la prescripción**, la aplicación del principio de oportunidad, el desistimiento, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento, el pago, la indemnización integral, la retractación, la conciliación y la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos, en los casos previstos en la ley. (negrillas de la Sala)

En virtud de ello, esta causal se configura en aquellas situaciones conocidas como obstáculos procesales, que de

conformidad con la sentencia C -591 de 2005, son reconocidas doctrinariamente como “causales objetivas de extinción de la acción penal”, mediante las cuales cesa por completo, con efectos de cosa juzgada, el ejercicio de cualquier actividad estatal investigativa del supuesto delito.

Así, en los casos de ocurrencia de una causal de extinción de la acción, le corresponde al ente acusador o a la defensa solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación con fundamento en el numeral 1 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, salvo el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que tiene unas reglas particulares definidas en el artículo 250 de la Constitución, que asignó su control de legalidad al juez de control de garantías y definió para el efecto unas reglas especiales en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Para adentrarnos al preciso punto de la prescripción como una causal objetiva de extinción de la acción penal, pertinente resulta oportuno traer a colación lo dispuesto por el legislador en el artículo 83 del C.P., siendo aplicable para este caso, por principio de legalidad, la redacción original de la Ley 599 de 2000, que imperaba para el mes de junio de 2007:

ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

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

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

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

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

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

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado. (Negrillas del Despacho)

Así las cosas, diáfano deviene que cuando la conducta se realiza por un servidor público en ejercicio de sus funciones, el término de prescripción de la acción penal debe aumentarse, para este asunto, en una tercera parte del término fijado.

Ahora, existen eventos en los cuales la conducta es cometida por un particular que, para ese preciso momento, se encuentra encargado de la realización o cumplimiento de una función pública, tema que solo fue previsto de manera específica y por reforma legislativa hasta la Ley 1474 de 2011, la cual en su

artículo 14 modificó el respectivo inciso del artículo 83 del C.P., dejándolo así:

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

No obstante lo anterior, tal discusión sobre la condición de servidores públicos que ostentan los particulares investidos de funciones oficiales no fue ajena a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual sostuvo:

Lo primero que hay que advertir, como de manera profusa lo ha decantado la doctrina de la Corte¹, es que bien bajo la comprensión del texto original contenido en el art. 63 del Código Penal de 1980, o el modificado por el art. 18 de la Ley 190 de 1995, o la descripción del art. 20 de la Ley 599 de 2000 y en todo caso en términos del art. 56 de la Ley 80 de 1993, que nunca entendió la Corte derogado por el Código Penal de 2000², los particulares en tanto desempeñen funciones públicas, de manera permanente o transitoria y dada la naturaleza de la función cumplida, para efectos de la ley penal debían asimilarse a servidores públicos, bien se trate de titulares de funciones adquiridas a través de vínculos contractuales, o concesiones, o por administración delegada en el manejo de bienes o recursos, con la única excepción derivada de aquellos contratos de obras

¹ Casaciones 19695 de 2005, 23872 de 2006, 21926 de 2008, 29990 de 2010, 30170 de 2011 y 38695 de 2012, entre otras

² Casación 12839 de 2004

públicas o frente a labores estrictamente materiales de suministro de bienes o servicios, compraventa de bienes muebles, etc., supuestos en los cuales no abandonan su condición original de particulares.³

Así, ninguna duda asiste a la aplicación del aumento del termino prescriptivo contemplado en inciso quinto del canon 83 del C.P. a aquellos particulares que cometan un reato en ejercicio de esa función pública permanente o transitoria de la que están investidos, indistintamente de la entrada en vigencia del texto modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, máxime cuando tal acrecimiento de la prescripción está instituido desde la redacción original de la Ley 599 de 2000 y la categorización de servidor público a estos sujetos también está prevista, sin modificación, en el artículo 20 *idem* desde la entrada en vigencia de esa ley.

Caso concreto

Trayendo los anteriores conceptos al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que lo primero que debe verificarse es si el señor **Raúl Fernando Builes Cardona** ostenta la calidad de servidor público, dado su nombramiento como secuestre.

Así, es menester traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal respecto a la condición de servidor público de secuestre, la cual ha señalado:

Es seguro decir, inicialmente, que no se equivocó la segunda instancia al señalar que el secuestre es servidor público. Esta

³ CSJ Sala de Casación Penal, casación 39339 del 13 de marzo de 2013.

Sala concluyó en otra oportunidad que dicho auxiliar de la justicia ejerce “una función pública” de manera transitoria

Porque cumple la misión de vigilar, custodiar y proteger unos bienes que el estado, a través de la jurisdicción, ha sacado de la órbita de posesión material de sus dueños o tenedores, con el fin de asegurar con los mismos el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el respectivo fallo judicial, y que para aquellos fines se los ha entregado al secuestre, a quien traslada, además, esas específicas e importantes funciones de vigilancia, custodia y protección. (CSJ SP, 27 Feb 2003, Rad.17837)

Ese criterio lo ha reiterado pacíficamente la Sala en diferentes pronunciamientos, en los cuales se ha señalado que el secuestre puede ser sujeto activo del delito de peculado “cuando se apropia de los bienes objeto de administración, custodia o tenencia”. (Así, por ejemplo, CSJ SP, 23 Abr 2008, Rad. 26749; y CSJ SP, 8 Jul 2011, Rad. 26952).⁴

Así las cosas, nítido refulge que el señor **Builes Cardona** ostentaba, para el momento de los hechos, la condición de particular en ejercicio de funciones públicas, lo cual y de conformidad con lo señalado en la parte dogmática de este proveído, le es aplicable el aumento del termino prescriptivo que, para la fecha de los hechos, era de una tercera parte, siendo lo pertinente en este momento efectuar los respectivos cálculos con miras a determinar si operó en este asunto el fenómeno de la prescripción de la acción penal, previo a la formulación de imputación.

⁴ CSJ. SP4161-2014, Rad. 34047 del 2 de abril de 2014.

En efecto, se tiene que el ciudadano viene siendo investigado por un concurso homogéneo sucesivo de peculado por apropiación, por eventos ocurridos así:

Nro. evento	Fecha	Valor	Concepto
1	27 de octubre del 2006	\$1.000.000	Arriendo enero y febrero del 2006
2	28 de noviembre del 2006	\$1.000.000	Arriendo marzo y abril del 2006
3	18 de diciembre del 2006	\$1.000.000	Arriendo mayo y junio del 2006
4	8 de febrero del 2007	\$1.000.000	Arriendo junio y julio del 2006
5	23 de enero del 2007	\$1.000.000	Arriendo septiembre y octubre del 2006
6	12 de abril del 2007	\$1.000.000	Arriendo noviembre y diciembre del 2006
7	7 de mayo del 2007	\$500.000	Arriendo mes de enero del 2007

8	5 de junio del 2007	\$1.500.000	Arriendo febrero, marzo y abril del 2007
9	28 de mayo del 2007	\$500.000	Arriendo mes de mayo del 2007
10	21 de junio del 2007	\$500.000	Arriendo mes de junio del 2007
	Total	\$9.000.000	

Para los efectos del cálculo del termino preclusivo, debe tenerse en cuenta el máximo de la pena prevista en el inciso tercero del canon 397 del C.P., que prevé una pena de 180 meses de prisión, que son lo mismo que 15 años.

Este término, tal como se vio en líneas precedentes y contrario a lo aseverado por la defensa, debe aumentarse en una tercera parte, de conformidad con lo señalado en el inciso quinto del texto legal del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 en su redacción original que deja un guarismo de 20 años, en razón a que el señor **Raúl Fernando Builes Cardona** ostentaba la calidad de servidor público dada su condición de auxiliar de la justicia en la responsabilidad de secuestre, condición que no fue discutida por el apelante.

Por lo anterior, refulge nítido que para el 8 de marzo de 2022, fecha en la que se celebró la formulación de imputación, no habían transcurrido 20 años luego de la ocurrencia de cada uno

de los eventos investigados, motivo más que suficiente para afirmar que no había operado para ese momento el fenómeno jurídico de la prescripción.

Así, la decisión adoptada por la primera instancia circunscrita a despachar desfavorablemente la petición preclusiva incoada por el defensor de **Builes Cardona** no fue desacertada, en tanto para la contabilización del termino extintivo de la acción penal, debía tenerse en cuenta el aumento respectivo por la calidad de servidor público del procesado, en tanto la conducta fue presuntamente cometida en ejercicio de una función oficial.

En consecuencia y sin lugar a mayores consideraciones, lo procedente en este asunto es confirmar el auto proferido el pasado 5 de julio de 2023, por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual se denegó la solicitud de preclusión por prescripción elevada por la defensa.

Por causa de lo expuesto el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

9. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha, origen y contenido conocidos en esta decisión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra la presente no procede recurso. Devuélvase al Juzgado de origen para lo de su cargo

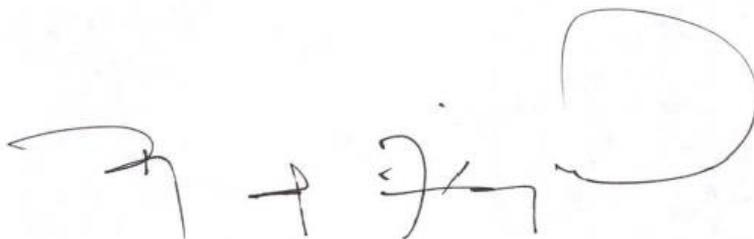
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'L. E. Cerón Eraso', written over a horizontal line.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Ricardo de la Pava Marulanda', written over a horizontal line.

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rafael María Delgado Ortiz', written over a horizontal line.

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado