

Proceso Nº 13164

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 172 (04 de octubre de 2.000)

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de octubre del año dos mil (2.000).

VISTOS

El Juzgado 4o. Penal del Circuito de Ibagué condenó al señor JORGE ENRIQUE PALMA LUGO a prisión de cinco (5) años, multa de \$20.000 e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas durante el lapso establecido para la sanción privativa de la libertad, como autor de los delitos de peculado por apropiación, en concurso homogéneo, y falsedad ideológica en documento público, también en concurrencia homogénea, con estructuración de concurso heterogéneo.

Apelada la sentencia por el defensor y el fiscal, el Tribunal Superior de la misma ciudad redujo la prisión y la interdicción a cuatro años, aumentó la multa a \$6.710.200.00, adicionó el fallo con la pena accesoria de pérdida del empleo con la consecuencia de inhabilidad para el desempeño de cargos en la administración pública, por un término igual al de la pena principal, y revocó la detención domiciliaria que se había dispuesto para el ciudadano PALMA LUGO.

La defensa de éste interpuso recurso de casación. Sobre el fondo del mismo se

pronuncia la Sala en esta sentencia.

HECHOS

Entre el 1º de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994, el señor JORGE ENRIQUE PALMA LUGO se desempeñó como Alcalde del municipio del Valle de San Juan (Tolima). Con ocasión de tal cargo, pagó con dineros de la entidad territorial la realización de varias obras relacionadas con la reconstrucción de escuelas rurales, el arreglo de la biblioteca, el diseño y cálculo hidráulico, los servicios de transporte y el suministro de materiales. Sin embargo, nada de ello se hizo.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 22 de febrero de 1995, la Fiscalía Diecinueve Seccional de Ibagué profirió resolución de apertura de la investigación; fueron vinculados mediante indagatoria los señores ENRIQUE PALMA LUGO, LUIS MARTÍN VARGAS MALATESTA y ANTONIO JOSÉ RESTREPO BERMUDEZ. Al primero se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, al segundo con la misma medida por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, y respecto del tercero la fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento.

Posteriormente fueron vinculados de la misma forma EFRAIN VARGAS MALATESTA, FELIX DARIO HERNÁNDEZ SAAVEDRA y ANTONIO JOSÉ RESTREPO CARDOZO, pero únicamente al último la fiscalía le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

Cerrada la investigación, el defensor del señor PALMA LUGO solicitó la reposición del auto respectivo, pero el instructor no accedió. El 6 de octubre de 1995, calificó el

mérito del sumario con resolución de acusación por los delitos de peculado por apropiación y falsedad, contra los señores JORGE ENRIQUE PALMA LUGO, ANTONIO JOSÉ RESTREPO BERMUDEZ y ANTONIO JOSÉ RESTREPO CARDOZO y se precluyó con relación a los demás.

La etapa del juicio correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, donde, tras el rito correspondiente, se produjo la sentencia del 3 de junio de 1996, que condenó al señor PALMA LUGO en la forma ya mencionada y, además, se le ordenó el pago de \$6.710.200.00 a título de perjuicios y se le concedió la detención domiciliaria. En la misma decisión, el Juzgado absolvió a los ciudadanos ANTONIO JOSÉ RESTREPO CARDOZO y ANTONIO JOSÉ RESTREPO BERMUDEZ.

La sentencia fue impugnada por el fiscal y por el apoderado del señor PALMA LUGO.

El primero lo hizo en cuanto a la absolución de RESTREPO CARDOZO, para quien solicitó fallo condenatorio.

El segundo, en la sustentación oral, afirmó que impugnaba sólo en cuanto a la pena impuesta a PALMA LUGO y pidió se aplicara por favorabilidad el contenido de la ley 190 de 1995, lo que traería como resultado la sanción mínima y, por ende, el reconocimiento de la condena de ejecución condicional.

El 28 de noviembre de 1996, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la sentencia con las modificaciones y adiciones ya reseñadas.

La defensora del señor PALMA LUGO interpuso la casación, presentó oportunamente la demanda, fue admitida, y se recibió concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

LA DEMANDA

Acudió la defensora a un solo cargo, con base en el cuerpo primero de la causal primera establecida en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal: violación directa de los artículos 31 de la Constitución Política, 42 y 51 del Código Penal, y 500 y 501 del Estatuto Procesal Penal.

Señaló, que ni el fiscal ni el agente del Ministerio Público ni la parte civil habían impugnado la sentencia de primera instancia con relación a PALMA LUGO, de donde se desprendía la conducta incorrecta del Tribunal al aumentar la pena de multa, adicionar la pérdida del empleo, inhabilitarlo por 4 años para desempeñar cargos públicos y revocarle la detención domiciliaria, pues aún en el supuesto que el juzgado se hubiera equivocado, la Sala no estaba facultada para ello. Sin embargo, como lo hizo, tornó más gravosa la situación del señor JORGE ENRIQUE PALMA LUGO, quien era apelante único.

Con mas detalle, entendió como ilegalmente aplicadas las siguientes normas sustanciales, como consecuencia de la indebida utilización o incorrecta interpretación de los artículos 31 de la Constitución y 34 de la ley 81 de 1993:

a) Artículos 42 y 51 del C. P., pues si el condenado era apelante único, el Tribunal no podía agregar una pena accesoria.

b) Artículos 500 y 501 del C. de. P. P. porque con fundamento en ellos revocó el cumplimiento de la pena en la residencia.

c) De paso, sin detenerse en análisis alguno, como que reprocha el que se hubiera aumentado la pena de multa.

Con base en lo anterior, solicitó a la Corte casar el fallo y proferir el que deba reemplazarlo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La procuraduría sugirió casar parcialmente la sentencia.

Con relación al aumento de la pena de multa, expresó que estaba bien pues el Tribunal había optado por dar aplicación integral a la ley más favorable, que establece una sanción privativa de la libertad menor pero aumenta la pecuniaria. Desde este punto de vista no hubo, entonces, desconocimiento del artículo 31 de la Constitución Política.

No obstante, al ser adicionado el fallo con la pérdida del empleo y la inhabilidad para ejercer determinados cargos, se quebrantó el mandato dispuesto en dicha norma constitucional así como la regulación del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, pues se trata de una sanción accesoria, no obligatoria, cuya omisión no constituye infracción del principio de legalidad.

Respecto de la detención domiciliaria revocada por el Ad- quem, indicó que no hay violación de la prohibición de la reformatio in pejus, pues tal medida únicamente es viable si hay procesado, esto es, si existe detención preventiva, no así, cuando ya hay condenado, pues el régimen de ejecución de las penas no puede ser desconocido con el pretexto de las especiales condiciones del sentenciado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1) Presupuestos.

Primero.

Si bien el escrito de impugnación no goza de los atributos estrictos que debe poseer un trabajo anhelante de la casación – como se percibe en el capítulo “La Demanda”, de esta sentencia- sí emanan de ella con facilidad los motivos de descontento de la señora

defensora: la adición de la pérdida del empleo, el aumento de la pena de multa y la revocación de la detención domiciliaria. Atendiendo a ello, entonces, la Corte se dirige al fondo del asunto.

Segundo.

Evidentemente, a pesar de la afirmación contraria del Tribunal, en este asunto se debe entender que el señor PALMA LUGO es apelante único. Basta revisar el escrito de impugnación presentado por el señor fiscal y su intervención en el acto de sustentación oral pedido por la defensa, para establecer, sin lugar a dudas, que jamás le preocupó la situación jurídica del recurrente en casación. En efecto, todo su análisis se centró en la absolución del otro procesado, ANTONIO JOSÉ RESTREPO CARDOZO, respecto del cual pretendía la transformación de lo decidido en 1a. instancia, en sentencia condenatoria. Desde este punto de vista, sí se hallaba limitado el Tribunal.

Tercero.

Para los efectos ulteriores de este fallo, es importante regresar la observación del expediente, así:

a) En la resolución acusatoria se afirmó que se trataba de un concurso real de delitos entre peculado por apropiación agravado en razón de la cuantía (\$500.000.00) y falsedad ideológica en documento público. Se explicó, además, respecto del primero de los hechos punibles, que se aplicaba ultractivamente el artículo 133 del C. P., con la modificación introducida por el artículo 2o. de la ley 43 de 1982, pues era norma favorable respecto del contenido de la ley 190 de 1995.

b) Frente al delito contra la administración pública, en la sentencia de 1a. instancia se concluyó que se trataba de un solo peculado, agravado; que las varias apropiaciones correspondían al mismo designio criminal, y que por favorabilidad se tipificaba la

conducta en el artículo 133 del C. P.

c) En la sentencia de segunda instancia se dijo que, tal como se había deducido en la acusación, la conducta de apropiación constituía varios delitos de peculado y no uno solo, al igual que se trataba de pluralidad de falsedades.

2) Las respuestas de la Corte.

Separadamente, los cargos son contestados así:

a) Sobre el aumento de la pena de multa.

Para la época en que se cometieron los hechos investigados se encontraba vigente el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, con las variaciones hechas por el artículo 2o. de la ley 43 de 1982, en el cual se establecía una pena básica de prisión de 2 a 10 años, que se modificaba con fronteras establecidas en 4 y 15 años, si el valor de lo apropiado superaba la suma de \$500.000.00. Se preveía, así mismo, multa que oscilaba entre \$20.000.00 y \$2.000.000.00, e interdicción de derechos y funciones públicas de 2 a 10 años.

Posteriormente se expidió el Estatuto Anticorrupción (ley 190 de 1995), que en su artículo 19 hizo modificaciones al delito de peculado. Entre otras, señaló pena de prisión de 6 a 15 años y multa equivalente al valor de lo apropiado, pero estableció una disminución punitiva de la mitad a las tres cuartas partes cuando el monto de lo apropiado fuera inferior o igual a 50 salarios mínimos legales mensuales.

Como atrás se indicó, en el proceso que se estudia el Tribunal precisó que, a diferencia de lo expuesto por el juzgado de primera instancia, se trataba de un concurso homogéneo sucesivo de delitos de peculado por apropiación, así como de varios delitos de falsedad ideológica, y no de un solo delito de peculado (Fl. 44, C.T). No obstante, seguramente con

base en ello, y en el artículo 46-3 del C. P., al momento de establecer la disposición normativa aplicable con ocasión del tránsito de legislación, asumió que el monto del delito en materia de multa era \$6.710.200.00 (Fl. 45, C. T).

En efecto, fueron cometidos 6 delitos de peculado, cuyas fechas y cuantías son las siguientes: (1) 22 de septiembre de 1994, \$742.200.00. (2) 13 de noviembre de 1994, \$1.250.000.00. (3) 18 de diciembre de 1994, \$2.098.300.00. (4) 23 de diciembre de 1994, \$ 450.000.00. (5) 29 de diciembre de 1994, \$1.050.000.00. Y (6), 30 de diciembre de 1994, \$1.119.700.00 (Fls. 456 ss, C.2). Por consiguiente, la disposición legal aplicable ha de ser confrontada con cada uno de los montos señalados en precedencia, y no con la suma de ellos, esto es, \$6.710.200.00.

Luego, el Tribunal expresó lo siguiente:

“El valor del salario mínimo mensual vigente asciende hoy -28 de noviembre de 1996- a la suma de ciento cuarenta y dos mil ciento veinticinco pesos con cincuenta centavos (\$142.125.50), y que, es procedente sancionar con base en ella por cuanto, si multiplicamos tal valor por cincuenta arroja una suma de siete millones ciento seis mil doscientos setenta y cinco pesos (\$7.106.275.00) que no son superados y ni siquiera igualados por la cuantía de lo apropiado: seis millones setecientos diez mil doscientos pesos (\$6.710.200.00)” (Fl. 48, C.T).

Aquí resulta oportuno aclarar que para efectos de cuantificar el monto de lo apropiado a partir del patrón correspondiente al valor del salario mínimo legal mensual establecido por el legislador, se debe tener en cuenta el vigente para la época de los hechos, y no aquel que se encuentra en vigor para la fecha en que se toma la decisión, pues ello haría que la entidad económica cuantitativa del delito se trasmutara con el simple devenir del tiempo, variando también las consecuencias punitivas.

Lo afirmado resulta de la observación del inciso 2o. del artículo 73 del Código de

Procedimiento Penal, que para efectos de la competencia establece que "...la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho". Si bien la norma apunta a aquello que corresponde a los jueces penales municipales, por referencia es aplicable al asunto que nos ocupa.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Corte, acudiendo a otros argumentos igualmente válidos: la proporcionalidad que debe existir entre la pena y el grado de culpabilidad, la gravedad del hecho y la lesión al bien jurídico (Casación del 20 de agosto del año 2000, M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda).

Por lo tanto, si para los meses de septiembre a diciembre de 1994, época en la cual se cometieron los delitos investigados, el valor del salario mínimo legal mensual era de \$98.700.00, según lo dispuso el Decreto 2548 de 1993, el valor de cincuenta de ellos asciende a \$4.935.000.00, suma que al ser confrontada con el monto de cada uno de los delitos de peculado investigados resulta superior, es decir, la cuantía individual de cada infracción es inferior al tope máximo establecido por el legislador en la ley 190 de 1995 para reconocer la disminución punitiva.

De acuerdo con lo expuesto, la ley 190 de 1995 resulta aplicable de manera retroactiva a estos hechos, sucedidos con anterioridad a su nacimiento, en virtud del principio de favorabilidad, pues la ley vigente para la época en la cual se cometieron los delitos establecía una pena privativa de la libertad de 4 a 15 años, en tanto que el Estatuto Anticorrupción, atendiendo a la cuantía de lo apropiado, fija una pena de prisión de 6 a 15 años disminuida de la mitad a las tres cuartas partes, esto es, el mínimo sería de 18 meses, como lo expresó el Tribunal (Fl. 50, C.T), y el máximo no podría ser superior a 11 años y 3 meses.

Al redosificar la pena, el Ad-quem partió de la pena mínima establecida para el

delito más grave, esto es, de los 3 años de prisión dispuestos para la falsedad ideológica en documento público, aumentada en 1 año por el concurso heterogéneo y homogéneo de delitos (Fl. 50, C.T.), de acuerdo con lo ordenado en el artículo 26 del Código Penal, para un total de 4 años de prisión.

Al resultar más favorable la ley 190 de 1995 en cuanto a la pena privativa de la libertad, también se impone su aplicación frente a la multa, por mandato expreso del artículo 45 de la ley 153 de 1887 pues que, en verdad, cuando esta norma alude a los casos de benignidad, expresamente dice que “Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua”.

Así las cosas, el reajuste de la multa hecho en la sentencia de segundo grado es jurídica y por lo tanto es admisible establecer su monto en los \$6.710.000.00, producto de la suma de las varias cuantías apropiadas, como también lo manda la ley penal.

Si no obstante lo anterior se quisiera seguir viendo un atentado al principio de prohibición de la reformatio in pejus, se impondría sustentar lo dicho en la ponderación de derechos. En efecto:

En el tema que ocupa el cuidado de la Sala, se presentaría un hipotético enfrentamiento entre el principio de favorabilidad y el principio de prohibición de la reformatio in pejus, como quiera que al ser aplicada la ley más favorable en su integridad, el procesado sentiría agravada su situación a pesar de ser apelante único, en cuanto se le aumentó la pena de multa de \$20.000.00 a \$6.710.200.00. Esto impondría la necesidad de ponderar los derechos fundamentales en conflicto con el objeto de conseguir la solución que les otorgara su mayor efectividad y permitiera armonizar las normas constitucionales.

Al sopesar los derechos constitucionales contrapuestos en atención a las particularidades de este asunto, no resulta viable conseguir su compatibilidad, pues

de dar prelación al rechazo de la modificación en contra del procesado sobre el principio de favorabilidad, la pena de multa sería menor, pero la privativa de la libertad sería mayor; por el contrario, si se otorga prevalencia a la favorabilidad, la pena de prisión sería menor, pero la multa sería aumentada.

Como la compatibilidad no se puede alcanzar por razón de las características de los derechos enfrentados, debe tener primacía aquel más próximo a la dignidad del ser humano, así se afecte el otro, auncuando sólo en la medida estrictamente necesaria para obviar su sacrificio (Cfr., por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias T-417, del 9 de septiembre de 1996, M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, y T-210, del 27 de abril de 1994, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En el asunto que convoca la atención de la Sala, el principio de favorabilidad involucra por sobre todo el derecho a la libertad de locomoción del señor PALMA LUGO, en tanto que el principio de prohibición de la reformatio in pejus compromete su peculio, de donde resulta obvio que por ser la libertad personal el derecho más cercano a la dignidad del ser humano, prevalece sobre el otro, limitándolo justamente a la porción referida al ámbito económico para obtener el beneficio derivado de la favorabilidad. Es que la libertad, sin duda, es un derecho más cercano a la dignidad del ser humano, pues hace parte de la gama de derechos fundamentales de primera generación, que corresponden a la esencia de la persona, en tanto que el dinero no entraña iguales características, no constituye en sí un derecho fundamental, y por lo tanto, no goza de tan especial protección.

Por las razones expuestas, se concluye que no han sido violados los artículos 31 de la [Constitución Política](#) y 217 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta que el incremento de la multa es producto de la protección del derecho fundamental a la aplicación de la ley más favorable.

b) La revocatoria de la detención domiciliaria.

Dijo la demandante que habían sido violados directamente los artículos 500 y 501 del C. de. P. P. porque hallándose el señor PALMA LUGO en detención domiciliaria, el Tribunal la había revocado para ordenar su encarcelamiento, como consecuencia de la sentencia condenatoria, comportamiento judicial que también implica infracción del principio de prohibición de la reformatio in pejus.

Aparte que el Tribunal condicionó a la ejecutoria de la sentencia el traslado de PALMA LUGO a la cárcel, basta tener en cuenta que los artículos 500 y 501 del C. de. P. P. no pueden ser objeto de casación por la vía de la causal primera porque no incorporan a su contenido derechos relacionados con la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad ni la punibilidad, es decir, con la responsabilidad del procesado o con las consecuencias punitivas del hecho.

Tales normas tienen que ver con la ejecución de las penas y no con su dosificación, como estructuralmente se nota con facilidad al observar su ubicación. Suficiente es leer los nombres del Libro IV del Estatuto Procesal (“Ejecución de las sentencias”), su Título I (“Ejecución de penas y medidas de seguridad”), su Capítulo I (“Ejecución de penas”) y los rótulos de los artículos (500: “Ejecución de penas y medidas de seguridad”; 501: “Comunicación de la sentencia”).

Por la misma razón, también es impensable el desconocimiento de la prohibición de la reformatio in pejus, pues el artículo 31-2 de la Carta prohíbe al superior agravar la “pena impuesta”, afirmación que no tiene nada que ver con la ejecución de la misma.

La imputación, por tanto, no puede prosperar.

c) La pérdida del empleo y la inhabilidad.

La pérdida del empleo y su correspondiente inhabilidad para el ejercicio de cargos en la administración pública es, como principio, una pena accesoria que no es de forzosa aplicación junto con la pena principal de prisión, razón por la cual corresponde al arbitrio discrecional -pero reglado- del juez, de acuerdo con los criterios que orientan la individualización de la pena (artículo 61 del Código Penal).

En este asunto, el fallador de primera instancia no hizo referencia alguna a la pena accesoria comentada; no obstante, el Tribunal consideró que por haber sido cometidos los delitos con ocasión del ejercicio de un cargo público, era procedente su deducción (fol. 52 c. Tribunal), para lo cual se apoyó en una advertencia inicial que había hecho: “No siendo el defensor del procesado apelante único no opera aquí la limitante de la no reformatio in pejus” (Fl. 43, C.T). Advertencia equivocada, como ya fue señalado por la Sala.

Se dijo atrás que el señor PALMA LUGO era apelante único. Y si lo era, erró el Tribunal al imponerle una pena accesoria no obligatoria y tampoco atendida en la primera instancia, con lo cual vulneró el principio de prohibición de la reformatio in pejus.

Siendo así, es imperioso casar la sentencia en cuanto a tal pena y, por ende, retirar de la sentencia impugnada el numeral segundo, referido a la pérdida del empleo y la correspondiente inhabilidad para desempeñar cargos en la administración pública.

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

RESUELVE

1. Casar parcialmente la sentencia recurrida.
2. Retirar del fallo impugnado la pena accesoria establecida en el numeral segundo de su

parte resolutive.

Notifíquese y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
firma

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

No hay

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria