

Proceso No 18995

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Dr. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado Acta No. 038

Bogotá D. C., seis (6) de mayo de dos mil cuatro (2004)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora de NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ, contra el fallo de abril 26 de 2001, por el cual el Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó, con modificaciones, la sentencia anticipada proferida el 22 de junio de 1999 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja (Santander), que condenó a dicho procesado y a JUAN CARLOS BELEÑO y JAIRO BELTRÁN CELINS, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado; y les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Entre los años 1997 y 1998 el señor JOSÉ RUMALDO PERTUZ CRISPÍN, Jefe de la División de Impuestos Municipales de Barrancabermeja (Santander), estableció contacto con varios contribuyentes, a quienes ofrecía rebajas importantes en la cuantía de los

tributos, si llegaban a un arreglo directo con él.

Así, PERTUZ CRISPÍN recibió pluralidad de cheques fiscales girados a favor de la Tesorería Municipal y expió sendos recibos de pago a los contribuyentes. Se apropiaba de los títulos valores, entregándolos a los ciudadanos particulares JAIRO BELTRÁN CELINS y NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ, quienes abrieron cuentas corrientes en el Banco Cafetero -Bancafé-, donde contaban con la ayuda del Auxiliar de Cartera JUAN CARLOS BELEÑO.

De ese modo, los cheques fiscales no ingresaban a las cuentas corrientes que el municipio de Barrancabermeja tenía en Bancafé, sino que los fondos eran abonados en las cuentas personales de BELTRÁN CELINS y VALENCIA SÁNCHEZ, quienes luego de retirarlos los entregaban a PERTUZ CRISPÍN, todo a cambio de una comisión.

El desfaldo al municipio de Barrancabermeja ascendió a \$ 194.840.290; y en la investigación interna adelantada por la Auditoría de Bancafé se estableció que el Auxiliar de Cartera JUAN CARLOS BELEÑO, se apropió de \$ 16.760.447, 90, manipulando las cuentas corrientes inactivas de otros clientes del Banco, a través de operaciones irregulares.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con base en la denuncia instaurada por la Unidad de Seguridad de Bancafé, para ese entonces “sociedad de economía mixta del orden nacional”, y las gestiones de inteligencia adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación, la Fiscalía Quinta Seccional de Barrancabermeja abrió investigación y vinculó mediante indagatoria a JUAN CARLOS BELEÑO, Auxiliar de Cartera del Banco, y a los ciudadanos JAIRO BELTRÁN CELINS y NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ.

2. Al definir la situación jurídica provisionalmente, con resoluciones de 16 y 22 de

febrero de 1999, la Fiscalía Quinta Seccional de Barrancabermeja los afectó con medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva sin excarcelación, por los delitos de peculado y falsedad como a continuación se detalla. (Folios 268 cdno. 1 y 338 cdno. 2).

3. Los tres mencionados manifestaron por escrito su deseo de someterse a la justicia, solicitaron sentencia anticipada, y aceptaron los siguientes cargos que les elevó la Fiscalía Delegada en diligencia del 19 de mayo de 1999. (Folios 1357 cdno. 1).

JUAN CARLOS BELEÑO, Auxiliar de Cartera de Bancafé, cómplice de peculado por apropiación en concurso homogéneo con relación a los dineros del municipio de Barrancabermeja; autor de falsedad material en documento privado, en concurso homogéneo, por las diversas anotaciones en los registros bancarios; y autor de peculado por apropiación en la modalidad de extensión, sobre el dinero del Banco.

JAIRO BELTRÁN CELINS, ciudadano particular, cómplice de peculado por apropiación en concurso homogéneo; y autor de falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ, ciudadano particular, quien además confesó los hechos, cómplice de peculado por apropiación en concurso homogéneo; y autor de falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

4. Producida la ruptura de la unidad procesal, en el cuaderno de copias continuó la investigación, y en la medida en que surgieron elementos de juicio la Fiscalía dispuso la vinculación de varios empleados y funcionarios relacionados con los acontecimientos delictivos, entre ellos JOSÉ RUMALDO PERTUZ CRISPÍN, Jefe de la División de Impuestos Municipales de Barrancabermeja, declarado persona ausente.

5. Por reparto el asunto correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja (Santander), Despacho que, mediante sentencia anticipada del 22 de junio de 1999, condenó a los procesados de la siguiente manera:

JUAN CARLOS BELEÑO, a la pena principal de 54 meses de prisión, como autor responsable de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, “ambos con carácter homogéneo y heterogéneo”; al pago de perjuicios por \$ 211.601.932 a favor del municipio de Barrancabermeja; y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

JAIRO BELTRÁN CELINS, a la pena principal de 27 meses de prisión, en calidad de cómplice de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y heterogéneo; a indemnizar perjuicios por \$2.000.000, equivalentes a lo que recibió como comisión; y le concedió la condena de ejecución condicional.

NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ, a la pena principal de 22 meses más 26 días de prisión, como cómplice de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y heterogéneo; al pago de perjuicios en cuantía de \$ 15.000.000; y le concedió la condena de ejecución condicional. En este caso, reconoció al imputado la rebaja de pena autorizada para la confesión y otra disminución por haber reintegrado \$ 10.000.000, que eran parte del dinero apropiado.

A los tres impuso la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal. (Folio 1399 cdno. 5).

6. El Fiscal Quinto Seccional de Barrancabermeja interpuso el recurso de apelación, puesto que en la sentencia se desconoció la imputación por peculado por extensión que se hizo contra JUAN CARLOS BELEÑO, quien no era servidor público, aunque trabajara en Bancafé; por estimar que la sanción impuesta a cada implicado es inferior a la merecida; y por ignorar que el pago de perjuicios no es a prorrata sino solidario.

De igual manera, impugnó el apoderado de la parte civil constituida por el municipio de Barrancabermeja, manifestando su desacuerdo con que a BELTRÁN CELINS y VALENCIA SÁNCHEZ se les hubiese condenado como cómplices, siendo coautores; y por la manera independiente como se tasó la indemnización de perjuicios, cuando han debido responder solidariamente.

7. El Tribunal Superior de Bucaramanga, en fallo del 26 de abril de 2001, confirmó la sentencia impugnada, con modificaciones sobre la tasación de la pena y la indemnización de perjuicios, quedando la imputación igual que en el acta de formulación y aceptación de cargos, así:

-. Seis (6) años de prisión, interdicción de derechos por igual lapso y multa por \$ 141.067.995, para JUAN CARLOS BELEÑO, Auxiliar de Cartera de Bancafé, respecto de quien verificó que no es servidor público, en calidad cómplice de peculado por apropiación en concurso homogéneo con relación a los dineros del municipio de Barrancabermeja; autor de falsedad material en documento privado, en concurso homogéneo, por las diversas anotaciones en los registros bancarios; y autor de peculado por apropiación en la modalidad de extensión, sobre el dinero del Banco extraído de las cuentas inactivas, toda vez que en la época de los acontecimientos era una sociedad de economía mixta donde el Estado tenía aportes no superiores al 90%.

-. Cincuenta (50) meses más diez (10) días de prisión, interdicción de derechos por el mismo término, y multa por \$ 64.946.763, para el ciudadano JAIRO BELTRÁN CELINS, a título de cómplice de peculado por apropiación en concurso homogéneo, y autor de falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

-. Cuarenta y dos (42) meses más siete (7) días de prisión, interdicción de derechos de igual duración y multa por \$ 54.122.303, para NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ,

ciudadano particular, quien confesó los hechos, como cómplice de peculado por apropiación en concurso homogéneo, y autor de falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

De otra parte, el Tribunal Superior negó a los tres procesados la condena de ejecución condicional, y los condenó a pagar solidariamente la indemnización de perjuicios equivalente al monto de lo que perdió el municipio de Barrancabermeja, \$ 194.840.290; y adicionalmente, al empleado del Banco, JUAN CARLOS BELEÑO, a pagar los perjuicios causados a la entidad financiera por \$ 16.760.447,90, que es la cifra a la cual asciende el peculado por extensión.

8. Contra dicho fallo la defensora de NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ interpuso la casación cuyo fondo resuelve la Sala en este proveído.

LA DEMANDA

Un sólo cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga postula la defensora de NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ, con fundamento en la causal primera de casación contenida en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), aduciendo violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 133 (peculado por apropiación) del Código Penal anterior, modificado por la Ley 190 de 1995, y del artículo 26 ibídem (concurso), preceptos que regían al tiempo de los hechos.

1. Para iniciar, hace una presentación acerca de la técnica de la causal primera de casación, cuando la trasgresión de la ley se produce en modo directo, y con apoyo en la jurisprudencia ofrece conceptos sobre lo que debe entenderse por ley sustancial e interpretación errónea.
2. A continuación, por necesidad explicativa de la censura, transcribe el discurso del

Tribunal Superior sobre la dosificación de la pena de prisión que impuso a VALENCIA SÁNCHEZ:

“Respecto del procesado Nicolás Fernando Valencia Sánchez igualmente se parte del mínimo de 6 años de prisión, los que se aumentarán en 20 meses de acuerdo con el inciso 3° del art. 133, pues la cuantía de lo apropiado superó los 200 salarios mínimos mensuales, para un subtotal de 92 meses: pero como este procesado responde como cómplice de los peculados, se disminuye en la mitad por virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del C.P. Para un parcial de 46 meses, el que se aumenta en 30 meses por el concurso de las falsedades en documento privado y los demás peculados, para un total de 76 meses, cifra que se reduce en una sexta parte por la confesión, art. 299 del C. de P.P., esto es, 12 meses y 20 días quedando un subtotal de 63 meses 10 días, que se reducen en una tercera parte por la sentencia anticipada, es decir, 21 meses 3 días, para un total definitivo de pena a purgar de 42 meses 7 días de prisión. Igualmente, como atrás se dijo, no procese la rebaja por reintegro parcial.”

3. Observa que el Tribunal Superior, sumando las distintas apropiaciones de dinero, asumió que se trataba de un peculado superior a los doscientos (200) salarios mínimos de la época, por lo cual, tomando como fundamento el inciso 3° del artículo 133 del Código Penal anterior, agravó la pena inicial en 20 meses; y, sin embargo, también le dio el carácter de concurso homogéneo de peculados a los diversos montos de dinero del que se fueron apropiando, hizo otro incremento por ese concurso y, además, aumentó otra porción en lo correspondiente al concurso heterogéneo con las falsedades.

Encuentra erróneo el razonamiento del Tribunal Superior, puesto que si se traba de un concurso de peculados, ninguno de los cuales individualmente considerado alcanzaba los doscientos salarios mínimos legales mensuales de la época, no ha podido tomar como punto de partida para el cálculo de la pena, ningún incremento derivado del inciso 3° del artículo 133 del Código Penal anterior, que en este evento fue de 20 meses. Por tanto,

aunque el Ad-quem seleccionó bien las normas sobre peculado y concurso, las interpretó equivocadamente, generando un injustificado aumento en la sanción final.

Lo anterior, por cuanto si la intención del Tribunal Superior era sumar aritméticamente el dinero de los distintos apoderamientos, para así llegar a una cifra total superior a los doscientos salarios mínimos, debió concluir que se trataba de un solo peculado y, en tal evento, no podía tasar la pena con base en las reglas del concurso.

4. Con cita específica de la referencia probatoria y su ubicación en el expediente, recuerda que los cheques fiscales de mayor valor fueron girados así: el 31 de marzo 1997, \$ 33.481.000; y el 26 de febrero de 1998, \$ 33.491.725, cifras que eran superiores a los 50 salarios mínimos legales mensuales de cada año, pero inferiores a 200 salarios mínimos, como lo enseña con la siguiente explicación:

El salario mínimo para el año 19971 fue determinado en \$ 172.005; esta cantidad multiplicada por 200, asciende a \$ 34.401.000; y como el salario mínimo para 19982 se estableció en \$ 203.826, los doscientos salarios eran iguales a \$ 40.765.200.

Por manera que, en tratándose de distintos peculados, ninguno de los cuales alcanzó los doscientos salarios mínimos legales mensuales, dice la censora, se equivocó el Ad-quem al iniciar los cálculos de la pena con un incremento punitivo ligado al inciso 3° del artículo 133 del Código Penal, Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, puesto que esa mayor sanción se reservó a los peculados superiores a los doscientos salarios mínimos.

5. Aclarando que la irregularidad no incluye lo pertinente al incremento punitivo que corresponde por el concurso con las falsedades, de las cuales VALENCIA SÁNCHEZ fue condenado como autor, propone que para el cálculo de la pena se inicie en el mínimo de 72 meses de prisión, según el inciso primero del artículo 133 del Código de Procedimiento Penal anterior, toda vez que, insiste, de acuerdo con lo probado, ninguno de

los peculados superó los doscientos salarios mínimos.

Así, retirada la proporción ilegalmente añadida, esto es, 20 meses, después de hacer los cálculos a su manera propone una pena de 34 meses de prisión.

Con base en las anteriores reflexiones, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, redosificar la sanción privativa de la libertad hasta ajustarla a derecho, y conceder a NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

1. Sobre la demanda

En criterio de la Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal, le asiste razón a la censora al acusar la errónea interpretación de los artículos 133 inciso 3° (peculado mayor a doscientos salarios mínimos) y 26 (concurso de delitos) del Código Penal, Decreto 100 de 1980, desacierto que en modo evidente ocasiona perjuicios a los coprocesados, al resultar para ellos una sanción más grave de la merecida.

Recuerda que el artículo 133 del Código Penal anterior, modificado por la Ley 190 de 1995, sancionaba al peculado mayor de 50 salarios mínimos legales mensuales, pero inferior a 200, con prisión de 6 a 15 años; y el inciso tercero ibídem, preveía un aumento de “hasta la mitad”, si el valor de lo apropiado superaba los doscientos salarios mínimos.

Según las pruebas recaudadas, recuerda, el peculado de mayor monto atribuido a los implicados es por \$ 33.491.723 provenientes de un cheque girado por la Casa de Mercado de Barrancabermeja el 2 de marzo de 1998 (folio 272 cdno. 1), cantidad mayor de 50 salarios mínimos legales mensuales de la época, pero que no alcanzaba los 200 salarios.

Esa realidad comportaba que, por tratarse de un concurso de peculados inferiores a 200 salarios, la pena de inicio era la mínima, siguiendo el razonamiento del Tribunal, es decir, los 6 años de prisión a que se refiere el inciso primero del artículo 133 del Código Penal derogado. Por tanto, resulta desatinado que hubiese sumado los distintos peculados para asegurar que el total de lo apropiado superaba los 200 salarios mínimos, toda vez que al incurrir en ese error, agregó a la pena mínima 20 meses, los cuales derivó del inciso 3° de la misma norma, quedando la base de los cálculos en 7 años más 20 meses.

De ese modo, agrega la Delegada, como ese guarismo parcial de 7 años más 20 meses lo incrementó en 30 meses, por el concurso de los peculados entre sí y por el concurso heterogéneo con las falsedades, se observa con claridad que “agravó la conducta doblemente” transgrediendo el principio de legalidad de la pena en 20 meses.

Más adelante, la Delegada se refiere a la figura del interviniente, contemplada en el artículo 30 del Código Penal, Ley 599 de 2000, que concede a quien actúa en esa condición una rebaja de pena de la cuarta parte, sobre la que corresponda al autor del delito especial, para descartar su aplicación en el caso que se examina, en acatamiento de la prohibición de la reformatio in pejus.

En ese orden de ideas, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, ajustar la pena a la legalidad en el caso del impugnante NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ, corrección que deberá hacerse extensiva en lo correspondiente al otro cómplice, JAIRO BELTRÁN CELINS, pero sin olvidar que éste no confesó su participación en la actividad delictiva.

2. Solicitud de casación oficiosa

La Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal recuerda que el Auxiliar de Cartera de Bancafé, JUAN CARLOS BELEÑO, fue condenado por un concurso de delitos,

tomando como base para la tasación de la pena, por ser el más grave, el ilícito de peculado por apropiación en la modalidad de extensión, endilgado a título de autor.

Además, advierte que el peculado por extensión dejó de existir como conducta punible autónoma en el Código Penal, Ley 599 de 2000, pues en la nueva normatividad se denomina abuso de confianza calificado.

Se refiere a la punibilidad establecida para el delito de abuso de confianza calificado y agravado por recaer sobre bienes del Estado, según los artículos 250 y 267 ibídem, para concluir que resulta aplicable por favorabilidad, sentido en el cual solicita se case oficiosamente el fallo del Tribunal Superior y se redosifique la pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. SOBRE LA DEMANDA

1. Inicialmente ha de advertirse que el interés para impugnar en casación el fallo del Tribunal Superior, en cuanto confirmó, con modificaciones, la sentencia anticipada proferida por el Juzgado Penal de Circuito, derivaba para la defensora de la excepcional posibilidad contemplada en artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, pues, aunque el proceso terminó por la vía expedita prevista en ese precepto, la inconformidad radica con exclusividad en la graduación de la pena.

2. Ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala que si el censor elige la causal primera de casación, vale decir violación directa de la ley sustancial, acepta los hechos, las pruebas y la valoración que de ellas se hizo en las instancias; y no le es factible discutir cuestiones de facto, puesto que toda la impugnación es de estricto orden jurídico y recae sobre la ley sustancial por una de estas razones: falta de aplicación o exclusión evidente; aplicación indebida; o interpretación errónea.

La interpretación errónea, camino seguido por la libelista, implica que el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso en cuestión, pero yerra al interpretarla y le atribuye un sentido jurídico que no tiene, o le asigna efectos distintos o contrarios a los que dimanen de su real contenido.

Ese fenómeno fue el que ocurrió en el presente asunto, por lo cual se casará parcialmente el fallo de segunda instancia y se redosificará la pena impuesta a los procesados, hasta ajustarla a la legalidad.

3. Se precisa recordar que en los episodios ilícitos que dieron origen a la investigación penal intervinieron, entre otros, el servidor público JOSÉ RUMALDO PERTUZ CRISPÍN, Jefe de la División de Impuestos Municipales de Barrancabermeja; y los tres procesados, ninguno de los cuales tenía la calidad de empleado público ni de trabajador oficial: JUAN CARLOS BELEÑO, Auxiliar de Cartera de Bancafé, y los ciudadanos particulares JAIRO BELTRÁN CELINS y NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ.

Ello explica que, producida la ruptura de la unidad procesal con motivo de la sentencia anticipada, considerando que la apropiación del dinero se hizo paulatinamente y en actos separados, respecto del concurso de peculados sobre el patrimonio de Barrancabermeja, que sumaron \$ 194.840.290, los tres hubiesen sido acusados en calidad de cómplices por su aporte en la realización de los mismos; reputándose autor de esos peculados, por el dominio del hecho, el servidor público PERTUZ CRISPÍN; y que respecto de los \$ 16.760.447,90 de Bancafé, únicamente al Auxiliar de Cartera, JUAN CARLOS BELEÑO, se le elevara un cargo adicional, de peculado por apropiación en la modalidad de extensión, por adueñarse de los saldos de las cuentas inactivas.

También, BELEÑO, CELINS y VALENCIA, ninguno de los cuales era servidor público, fueron acusados por falsedad en documento privado, en concurso homogéneo.

4. El artículo 133 del Código Penal, Decreto 100 de 1980, como fue modificado por la Ley

190 de 1995, aplicado para calcular la sanción en este evento, al tipificar el delito de peculado por apropiación preveía tres rengos de penas de prisión, dependiendo del monto del apoderamiento, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes al tiempo de cometer el reato:

- Si no supera los 50 salarios mínimos, de 3 años a 11 años más 3 meses.
- Si es mayor de 50 pero menor de 200 salarios mínimos, de 6 años a 15 años.
- Si supera el valor de 200 salarios mínimos, de 9 años a 22 años más 6 meses.

Debido a que el peculado fue el delito más grave, éste precepto se tomó como hito de partida, y como se trató de un concurso, con cantidades apropiadas que superaban los 50 salarios mínimos legales mensuales de los años 1997 y 1998, pero sin exceder de 200, como acertadamente lo resalta la casacionista y lo ratifica la Procuradora Delegada, la pena de prisión para iniciar la dosificación punitiva tenía que oscilar entre 6 y 15 años.

5. Se equivocó el Ad-quem cuando reconoció que se trataba de un concurso de peculados, pero al mismo tiempo hizo suma aritmética de ellos hasta alcanzar el total de \$ 194.840.290, que superaba los 200 salarios mínimos.

Así lo expresó en el fallo de segundo grado:

“Respecto del procesado Nicolás Fernando Valencia Sánchez igualmente se parte del mínimo de 6 años de prisión, los que se aumentarán en 20 meses de acuerdo con el inciso 3° del art. 133, pues la cuantía de lo apropiado superó los 200 salarios mínimos mensuales, para un subtotal de 92 meses””

Ese yerro en la interpretación del artículo 133 del Código Penal anterior, llevó al Ad-quem a cometer dos impropiedades en la tasación de la pena de VALENCIA SÁNCHEZ:

-. De una parte, -pese a estimar que se trataba de un peculado superior a los 200 salarios mínimos- aseguró que la pena de prisión mínima era de 6 años; cuando el inciso 3° del artículo 133 en cita la establece en 9 años.

-. De otra, asumió que el inciso 3° del artículo 133 autorizaba al Juez a aumentar la pena mínima discrecionalmente, y entonces escogió 20 meses de incremento, que le parecieron proporcionales.

Idéntico razonamiento aplicó al discernir la pena de prisión a JAIRO BELTRÁN CELINS, quien igualmente resultó afectado.

6. Frente a tales irregularidades, debidamente planteadas por la defensora de NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ, se precisa casar parcialmente la sentencia de segunda instancia para ajustar la pena a la legalidad, aplicando además un correcto método de dosificación punitiva.

Como el mismo error se cometió en el caso de JAIRO BELTRÁN CELINS, quien no interpuso el recurso extraordinario, a él se harán extensivos los efectos de la casación³.

7. Redosificación de la pena a los implicados

En acatamiento a la prohibición constitucional de la reformatio in pejus se partirá de la sanción mínima para el delito más grave, como lo hizo el Tribunal Superior, que no tuvo en cuenta ninguna circunstancia de agravación genérica ni específica.

Los cálculos se harán teniendo en cuenta las disposiciones del Código Penal anterior, que fue el aplicado en el fallo, máxime que los extremos punitivos de los delitos de peculado y falsedad no variaron en el nuevo régimen Penal, con relación al anterior.

Como se trata de un concurso, la pena aplicable en estos eventos se calcula a partir del

delito que tenga señalada la pena más alta, aumentada hasta en otro tanto, entendiendo por tanto la pena base determinada con todas las circunstancias del caso en concreto⁴, sin que fuere superior a la suma aritmética de las penas que correspondan a las respectivas conductas punibles también calculadas en concreto, de conformidad con el artículo 27 del Código Penal anterior, equivalente al 31 del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000).

En consecuencia, es preciso establecer cuál sería el delito sancionado con pena más alta; cómo quedaría la pena aumentada hasta en otro tanto, y cual sería el monto de la suma aritmética si hipotéticamente se juzgaran los delitos por separado, con el fin de establecer los topes de la sanción a imponer. Posteriormente se calculará la sanción privativa de la libertad definitiva.

7.1 NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ

Fue condenado como autor de falsedad en documento privado y como cómplice de peculado por apropiación en cuantía mayor de 50 salarios mínimos pero inferior a 200; cada conducta en concurso homogéneo, y las dos en concurso heterogéneo.

Peculado. Artículo 133 del Código Penal anterior: Como se cometió en cuantía superior a 50 salarios mínimos pero inferior a 200, la pena oscilaría entre 6 y 15 años. Se parte de la sanción mínima, como lo hizo el Tribunal Superior; y por ser la participación a título de cómplice, ese mínimo se reduce en la mitad, quedando entonces una pena mínima factible de 3 años de prisión.

Falsedad en documento privado. Artículo 221 Código Penal anterior: Se sanciona con prisión de 1 a 6 años. Se parte de la sanción mínima, de modo que correspondería 1 año de prisión.

Como el delito más grave es la complicidad en el peculado, y su sanción se estipuló en

3 años de prisión, ésta, aumentada hasta en otro tanto es igual a 6 años.

Sin embargo, la pena aplicable en el concurso tiene como límite la suma aritmética de las sanciones para los delitos, independientemente dosificados; en este caso ese límite es de 4 años de prisión.

Ello significa que la pena a imponer a VALENCIA SÁNCHEZ, por razón del concurso, no puede ser superior a 4 años de prisión, equivalentes a 48 meses.

Recuérdese que el Tribunal Superior había aumentado 30 meses de prisión por el concurso de delitos, cantidad que no puede mantenerse, puesto que de sumarle 30 meses, a los 36 meses que son la base de punibilidad del concurso, entonces se desbordaría la suma aritmética, pues 66 es significativamente mayor que 48.

Por tanto, para VALENCIA SÁNCHEZ, la pena quedaría en cuatro (4) años de prisión, equivalentes a 48 meses, que no supera la suma aritmética de las penas individualmente consideradas para cada una de las infracciones por las cuales fue penalmente responsable.

Esa cifra se reduce en una sexta parte en reconocimiento de la confesión, según el artículo 299 ibídem, esto es, 8 meses, quedando un subtotal de 40 meses, que se reducen en una tercera parte por la sentencia anticipada (artículo 37 del Código de Procedimiento Penal anterior), es decir, en 13 meses más 10 días, para un total definitivo de pena a purgar de veintiséis (26) meses más veinte (20) días de prisión.

Al mismo termino se reducirá la interdicción de derechos y funciones públicas.

7.2 JAIRO BELTRÁN CELINS

El implicado BELTRÁN CELINS fue condenado por los mismos delitos, en idénticas

condiciones que el anterior procesado, y también se acogió a la sentencia anticipada, con la única diferencia que no confesó su participación en la actividad punible y por tanto no tiene derecho a la disminución por ese concepto.

De modo que para BELTRÁN CELINS el razonamiento y los resultados son los mismos que en el caso anterior. Es decir, la pena quedaría en cuatro (4) años de prisión, equivalentes a 48 meses, que no supera la suma aritmética de las penas individualmente consideradas para cada una de las infracciones por las cuales fue penalmente responsable.

Esa cifra se reduce una tercera parte por la sentencia anticipada (artículo 37 del Código de Procedimiento Penal anterior), es decir, en 16 meses, para un total definitivo de pena a purgar de treinta y dos (32) meses de prisión.

Al mismo termino se reducirá la interdicción de derechos y funciones públicas.

8. Los procesados NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ y JAIRO BELTRÁN CELINS, quienes se encuentran en libertad, pero con orden de captura en su contra, no son acreedores a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con arreglo al artículo 63 del Código Penal, Ley 599 de 2000, por no satisfacer el requisito subjetivo, pues la modalidad y la gravedad de las conductas punibles cometidas indican que para verificar en ellos el cumplimiento de los fines de la pena es preciso que se sometan al tratamiento progresivo penitenciario y carcelario.

En efecto, por venalidad, a cambio de una comisión en dinero, decidieron cooperar en lo que alcanzó a constituir una empresa criminal organizada con el fin de apoderarse de recursos pertenecientes al municipio de Barrancabermeja, falsificando para ello pluralidad de documentos, sin importar que el apoderamiento ilegítimo del patrimonio público conspira contra la posibilidad de que el Estado cumpla a cabalidad las labores sociales que le competen, y en especial, que el peculado obstaculiza en grado sumo el

intento por implementar el saneamiento básico y extender los servicios públicos a los sectores más necesitados.

II. SOBRE LA SOLICITUD DE CASACIÓN OFICIOSA

En criterio de la Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal, es preciso revisar oficiosamente la situación del procesado JUAN CARLOS BELEÑO, Auxiliar de Cartera de Bancafé, quien fue condenado tomando como base para la tasación de la pena correspondiente al concurso de delitos, el peculado por apropiación en la modalidad de extensión, que dejó de existir como conducta punible autónoma en el Código Penal, Ley 599 de 2000, pues en la nueva normatividad se denomina abuso de confianza calificado, que resulta aplicable por favorabilidad.

1. En efecto, el Auxiliar de Cartera de Bancafé, JUAN CARLOS BELEÑO, ciudadano particular, fue condenado por los siguientes delitos, en concurso:

- Autor de peculado por extensión sobre los \$ 16.760.447 que pertenecían a Bancafé, sociedad de economía mixta, de los que se apropió a través de la manipulación de las cuentas corrientes inactivas.
- Autor de diversas falsedades en documento privado, al realizar las anotaciones sobre los títulos avalores y los diversos papeles de las cuentas bancarias.
- Cómplice de los distintos peculados cometidos sobre las finanzas públicas de la ciudad de Barrancabermeja, en total de \$ 194.840.290.

2. En la dosificación de las penas, en su caso, el Tribunal Superior de Bucaramanga anotó:

“..el delito que tiene pena más grave es el peculado por apropiación en la modalidad de extensión,...se partirá del mínimo de la pena señalada en el inciso 1° del artículo 133 del

Código Penal, esto es 6 años de prisión, pues el monto de lo apropiado a BANCAFÉ supera los 50 salarios mínimos legales mensuales, pero muy inferior a los 200 salarios. Monto que se aumenta en 3 años por el concurso de delitos de falsedad en documento privado y peculados por apropiación en calidad de cómplice, para un subtotal de 9 años. Pero como el procesado se acogió a la sentencia anticipada en la etapa de la investigación, se disminuye en una tercera parte, esto es, en 3 años, para un total definitivo de 6 años de prisión.”

...

Se le impone además la multa...equivalente al monto de lo apropiado, esto es, \$ 211.601, 932, que se reduce en una tercera parte por la sentencia anticipada, para un total de \$ 141.067.955”

3. Como evidentemente el peculado por apropiación en la modalidad de extensión dejó de ser conducta punible autónoma, y en el nuevo Código Penal se tiene como abuso de confianza calificado, o abuso de confianza agravado, cuando se comete sobre bienes del Estado, dependiendo del porcentaje del aporte estatal, es preciso determinar cuál de los delitos endilgados a JUAN CARLOS BELEÑO resulta ahora el más grave, para elaborar los cálculos tendientes a cuantificar la pena que le corresponde.

Sobre ese tema, en auto del 11 de marzo de 2003 (radicación 16.188), con ponencia de quien ahora cumple la misma función, la sala indico:

“2. El Código Penal vigente, Ley 559 de 2000, dejó de considerar el peculado por extensión como un delito autónomo atentatorio contra la administración pública, pues reservó el tipo de peculado únicamente para cuando es cometido por servidores públicos; y, en cambio, ubicó esa conducta, cuando es cometida por un particular, en los delitos contra el patrimonio económico, como circunstancia agravante del abuso de

confianza calificado.”

...

“3. La exposición de motivos del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), contenida en el oficio del 4 de agosto de 1998, que el Fiscal General de la Nación envió al Presidente del Senado de la República, cuyo texto fue publicado por la Fiscalía, corrobora que el peculado por extensión definido en el artículo 138 del anterior Código Penal, corresponde en la nueva normatividad al abuso de confianza calificado:”

“Se creó el delito de Abuso de confianza calificado -art. 243- que además de contener las dos circunstancias de agravación punitiva señaladas en la vigente normativa para el abuso de confianza, se incluyó aquellos comportamientos que en la actualidad conforman el reato de peculado por extensión, pues sin duda alguna se trata de un verdadero abuso de confianza defraudatorio del patrimonio económico del Estado, sin relación alguna con la función pública.”

...

“El llamado actualmente peculado por extensión se consagró como un tipo autónomo denominado abuso de confianza calificado tal como se explicó en el acápite correspondiente.”

4. El artículo 249 del nuevo Código Penal estipula:

“Abuso de confianza. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o encargado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Por su parte, el artículo 250 ibídem establece el tipo de abuso de confianza calificado, indicando que la pena será de tres (3) a seis (6) años, y la multa de treinta (30) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la conducta se cometiere:"

...

"3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste." (se destaca)

Además, el artículo 267 de nuevo régimen penal, que contempla las circunstancias genéricas de agravación punitiva para los delitos contra el patrimonio, indica que "las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:"

...

"2. Sobre bienes del Estado." (Se destaca)

Sin embargo, es claro que el delito de abuso de confianza, cuando se comete sobre bienes en cuya propiedad participa el Estado, no podrá ser calificado y agravado al mismo tiempo, so pena de vulnerar el principio non bis in ídem.

En efecto, aun cuando el artículo 267 del Código Penal (Ley 599 de 2000) contiene las circunstancias de agravación para todos los delitos contra el patrimonio económico tipificados en el Título VII, entre ellos el abuso de confianza calificado, previsto en el artículo 250 ibídem, no resulta adecuado admitir la existencia de un abuso de confianza calificado agravado cuando el punible recae sobre bienes del Estado, pues ello conllevaría a sancionar dos veces la misma conducta, contrariando en tal hipótesis la Constitución Política.

Lo anterior significa que en el caso que se examina se procede por el delito de abuso de confianza calificado, pues, según lo hizo constar el Tribunal Superior, Bancafé era una sociedad de economía mixta donde el Estado había aportado la mayoría, sin superar el 90%.

5. Así las cosas, se hace necesario dosificar nuevamente la pena que corresponde a JUAN CARLOS BELEÑO; y para el efecto, igual que respecto de los otros procesados, en acatamiento a la prohibición constitucional de la reformatio in pejus se partirá de la sanción mínima para el delito más grave, como lo hizo el Tribunal Superior, que no tuvo en cuenta ninguna circunstancia de agravación genérica ni específica.

Los cálculos se harán conforme a las disposiciones del Código Penal anterior, que fue el aplicado en la sentencia de segunda instancia, máxime que los extremos punitivos de los delitos de peculado y falsedad no variaron en el nuevo Código Penal, con relación al anterior.

Como se trata de un concurso, la pena aplicable en estos eventos se calcula a partir del delito que tenga señalada la pena más alta, aumentada hasta en otro tanto, entendiendo por tanto la pena base determinada con todas las circunstancias del caso en concreto⁵, sin que fuere superior a la suma aritmética de las penas que correspondan a las respectivas conductas punibles también calculadas en concreto, de conformidad con el artículo 27 del Código Penal anterior, equivalente al 31 del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000).

Con ese objetivo, es preciso establecer cuál sería el delito sancionado con pena más alta; cómo quedaría la pena aumentada hasta en otro tanto, y cual sería el monto de la suma aritmética si hipotéticamente se juzgaran los delitos por separado, con el fin de establecer los topes de la sanción a imponer.

Se recuerda que JUAN CARLOS BELEÑO fue condenado como autor de peculado por

extensión (hoy abuso de confianza calificado), autor de plurales falsedades en documento privado y cómplice de varios peculados por apropiación en cuantía mayor de 50 salarios mínimos pero inferior a 200; configurando un concurso heterogéneo.

Abuso de confianza calificado: Se sanciona con prisión mínima de 3 años y máxima de 6 años. (artículo 250 Código Penal, Ley 599 de 2000). Se parte del extremo inferior, siguiendo el razonamiento del Ad-quem, quedando en concreto la sanción a imponer en 3 años de prisión

Peculado. Artículo 133 del Código Penal anterior: Como fue cometido en cuantía superior a 50 salarios mínimos pero inferior a 200, la pena oscilaría entre 6 años y 15 años. Se parte de la sanción mínima, como lo hizo el Tribunal Superior; y por la participación a título de cómplice ese mínimo se reduce en la mitad, quedando entonces una pena de 3 años de prisión.

Falsedad en documento privado. Artículo 221 Código Penal anterior: Se sanciona con prisión de 1 a 6 años. Se parte de la sanción mínima, de modo que correspondería 1 año de prisión.

Quiere ello decir que para regular la punibilidad condigna al concurso de conductas punibles atribuida a JUAN CARLOS BELEÑO se tomará como punto de partida la complicidad en peculado por apropiación, que establece la pena de prisión más alta por ser el delito más grave. Su sanción en el caso concreto se estipuló en 3 años de prisión; y ésta, aumentada hasta en otro tanto es igual a 6 años.

El Tribunal Superior aplicó los criterios para tasar la pena contemplados en el artículo 61 del Código Penal derogado; no tuvo en cuenta circunstancias de agravación de ninguna especie; y tomó, según viene de explicarse, como punto de partida la pena mínima del delito más grave, que era de 6 años de prisión para la autoría en el peculado por extensión endilgado a JUAN CARLOS BELEÑO; y por razón del concurso aumentó 3 años

más. Es decir, el Ad-quem incrementó en un 50% la pena base con ocasión del concurso de delitos.

Ahora, desaparecida como conducta autónoma el peculado por extensión, según lo indicado, el delito más grave que se imputa a BELEÑO resulta ser complicidad en peculado por apropiación.

Como la pena mínima para la complicidad en el peculado por apropiación es de 3 años de prisión, para respetar la decisión de segunda instancia ante la garantía que prohíbe la reforma peyorativa, es claro que con base en ese mismo guarismo deben iniciarse las operaciones en esta oportunidad.

Entonces, siguiendo el discurso del Ad-quem, la pena de prisión para JUAN CARLOS BELEÑO se determina del siguiente modo:

Se partirá del mínimo de la pena señalada en el artículo 133 del Código anterior, esto es 3 años de prisión por tratarse de complicidad en peculado por apropiación. Monto que se aumenta en el 50 %, es decir en un año y medio, por razón del concurso de delitos homogéneo y heterogéneo (complicidad en varios peculados por apropiación y falsedades en documento privado), para un subtotal de 54 meses. Pero como el procesado se acogió a la sentencia anticipada en la etapa de la investigación, se disminuye en una tercera parte, esto es, en 18 meses, para un total definitivo de treinta y seis (36) meses de prisión.

La misma duración tendrá la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

6. No se efectuará pronunciamiento sobre la libertad de JUAN CARLOS BELEÑO, porque ésta le fue reintegrada con auto del 1° de agosto de 2001, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja. (Folio 130 cdno. Tribunal).

7. Con relación a la pena de multa, que el Ad-quem fijó en \$141.067.955, calculados con base en el monto total en que resultaron menguadas las finazas públicas, de igual manera se harán los ajustes necesarios, sin que dicho monto pueda ser aumentado, ante la prohibición de la reformatio in pejus.

El numeral 4° del artículo 39 del Código Penal, Ley 599 de 2000, estipula que en caso de concurso de conductas punibles, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder el máximo fijado para cada clase de multa.

El procesado JUAN CARLOS BELEÑO fue cómplice en la apropiación de \$ 194.840.290, que eran del municipio de Barrancabermeja. El peculado se sanciona con multa equivalente al monto de lo apropiado, sin que supere 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 397 ibídem).

Como fue cómplice, y en este caso las penas se reducen hasta en la mitad, como lo hizo el Tribunal Superior, la multa derivada del peculado sería igual la mitad de \$ 194.840.290, es decir \$ 97.420.145.

Además, BELEÑO, siendo empleado particular de la sociedad de economía mixta Bancafé, se adueñó de \$ 16.790.447, conducta que en el lenguaje jurídico de hoy constituye autoría en el punible de abuso de confianza calificado. La pena de multa para este delito puede oscilar entre 30 y 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al tiempo de los hechos (artículo 250 nuevo Código Penal).

Por favorabilidad, y siguiendo una vez más el razonamiento del Juez de segundo grado, se tomará la multa mínima, es decir la equivalente a 30 salarios mínimos, que para 19986 se estableció en \$ 203.826. Haciendo dicha multiplicación se obtiene que la multa por el delito de abuso de confianza calificado es de \$ 6.114.780.

Acumulando las multas, como lo dispone el artículo 39 del Código Penal vigente, o sea, sumando \$ 97.420.145 (por el dinero de Barrancabermeja) más \$ 6.114.780 (por el dinero de Bancafé) se obtiene un total de \$ 103.534.925.

Esta última cifra, \$ 103.534.925 resulta más favorable, pues es inferior a la que se había tasado en segunda instancia (\$ 141.067.955).

Ahora bien, como la multa es una pena, a ésta también es aplicable la disminución de la tercera parte que depara la sentencia anticipada (artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000), con lo cual se tiene que \$ 103.534.925 menos la tercera parte, es decir, menos \$ 34.511.641 arroja un resultado final de \$ 69.023.284, cantidad ésta que se impondrá como pena de multa para JUAN CARLOS BELEÑO.

III. ACLARACIÓN FINAL

Se estima oportuno advertir que los procesados NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ, JAIRO BELTRÁN CELINS y JUAN CARLOS BELEÑO participaron en la comisión de ilícitos que afectaron el patrimonio del Estado, pero actuando como ciudadanos particulares, sin vinculación con el servicio público, pues no eran ni empleados públicos, ni trabajadores oficiales.

Debido a ello, no se aplica en su caso la inhabilidad intemporal para el desempeño de la función pública que establece el artículo 122 de la [Constitución Política](#), y que prevé el artículo 21 del Código Penal (Ley 599 de 2000), pues ésta se reserva a los servidores públicos que hubiesen sido condenados por delitos que afecten el patrimonio del Estado; y no es factible hacerla extensiva a quienes no tengan esa calidad especial, por la imposibilidad jurídica de hacer analogía en mala parte.

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

1. CASAR parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en virtud del recurso extraordinario, y, en consecuencia, declarar que NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ queda condenado a la pena de veintiséis (26) meses más veinte (20) días de prisión, y a interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso.
2. Casar parcialmente y de oficio el fallo de segunda instancia, para declarar que el procesado JAIRO BELTRÁN CELINS queda condenado a la pena de treinta y dos (32) meses de prisión; y que el procesado JUAN CARLOS BELEÑO queda condenado a treinta y seis (36) meses de prisión y al pago de multa por valor de sesenta y nueve millones veintitrés mil doscientos ochenta y cuatro pesos (\$ 69.023.284).

Al mismo lapso se restringe la interdicción de derechos y funciones públicas.

3. Negar a los ciudadanos NICOLÁS FERNANDO VALENCIA SÁNCHEZ y JAIRO BELTRÁN CELINS la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En los demás aspectos el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga permanece incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y Cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE A. GÓMEZ GALLEGU

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Impedido

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Decreto 2334 de 1996.

2 Decreto 3106 de 1997

3 Código de Procedimiento Penal. Artículo 229.

4 Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de mayo de 2003; M,P, Dr. Herman Galán Castellanos, radicación 15868.

5 Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de mayo de 2003; M,P, Dr. Herman Galán Castellanos, radicación 15868.

6 Decreto 3106 de 1997