

Proceso No 19746

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No.03

Bogotá D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil seis (2.006).

VISTOS

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el DR., JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO y CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO a través de su defensor, contra la sentencia por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal los condenó en calidad de Fiscal 16 Delegado ante el Juzgado del Circuito de Monterrey y Secretario de la Unidad de Fiscalías de esa misma localidad, como autores del delito de peculado culposo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. HECHOS:

El 8 de agosto de 1.994, la Secretaría de la Unidad de Fiscalías de Monterrey recibió por competencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Tauramena, el sumario que adelantaba en contra de HUMBERTO PLINIO PAEZ APONTE por el delito de porte ilegal de armas, junto con la pistola que le fuera decomisada, una Browning 7.65, sin

salvoconducto.

El Fiscal JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO a quien le correspondió el expediente, en virtud a que ya había sido vinculado mediante indagatoria el sindicado, procedió a resolver su situación jurídica dictándole medida de aseguramiento de caución prendaria, la cual modificó por detención preventiva una vez tuvo conocimiento que había cometido un nuevo delito de porte ilegal de armas.

Llevada a cabo sentencia anticipada en la que el procesado aceptó los cargos, el Fiscal dispuso el envío del proceso al Juzgado Promiscuo del Circuito de esa localidad, decisión que fue cumplida por la Secretaría de la Unidad, lo cual produjo que el juzgado de conocimiento reclamara el envío de la pistola, el 8 de marzo de 1.996, sin que la misma hubiese sido encontrada en la Unidad de Fiscalías de Monterrey.

Hecho que motivó el inicio y adelantamiento de esta investigación penal en contra del Dr. JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO, para entonces Fiscal Coordinador encargado e instructor del proceso, y CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO, Secretario de la Unidad de Fiscalía.

2. ACTUACION PROCESAL

Clausurada la instrucción, con resolución del 12 de septiembre de 2.000, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Rosa de Viterbo y Yopal procedió a su calificación, convocando a juicio a los procesados JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO y CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO como autores del delito de peculado culposo, en tanto que precluyó la instrucción a favor de JOSE ALFREDO CUCAITA BURGOS, quien sucediera en la Secretaría de la Unidad a CALDERON NIÑO.

2.1. Síntesis de los cargos de la acusación y sus fundamentos.

El Ente Fiscal dio por demostrado que la pistola fue incautada a HUMBERTO PAEZ APONTE el 2 de agosto de 1.994 en Tauramena, que la misma fue entregada por el Ejercito Nacional al Juzgado Promiscuo Municipal de Tauramena, quien a su vez la remitió a la Jefatura de la Unidad de Fiscalías de Monterrey, el 8 de agosto de 1.994, sin que ésta la pusiera a disposición de la Estación de Policía de la localidad, del DAS o del Ejercito Nacional, ni la entregara junto con el expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito del lugar.

Conducta que encasilló en el delito de peculado culposo previsto en el artículo 137 del Decreto 100 de 1.980, sin tener en cuenta las modificaciones que le hiciera la ley 190 de 1.995, por virtud de la indeterminación de la fecha de la pérdida del arma.

Adujo, que el manual de funciones de la Fiscalía General de la Nación atribuye a los Fiscales Delegados ante los Juzgados del Circuito y Municipales con funciones de coordinación de Unidad en el numeral 13 “Llevar un registro actualizado de los elementos que formen parte de los procesos tramitados en la Unidad y remitirlos oportunamente a los encargados de su custodia.”.

En el numeral 18, “Velar por la confidencialidad y seguridad de la información y demás elementos bajo su custodia o que le corresponda conocer en el desempeño de sus funciones.”.

Y, a los profesionales universitarios o técnicos judiciales que se desempeñen como secretarios administrativos o secretarios judiciales en la Secretaría Común “organizar los inventarios de los muebles integrados a la Unidad y rendir cuenta de ellos....Velar por el trámite ágil de los expedientes una vez recibidos, por el cumplimiento de las decisiones y por su seguridad.”

“Responder en forma exclusiva por los expediente que se encuentren en la Unidad de Secretaría.... Organizar el archivo de documentos de la Unidad, velar por su

adecuado manejo y conservación....”

Además, de responder por el manejo de los expediente y sus elementos, y cumplir las atribuciones asignadas por el Fiscal Coordinador. En este caso, precisa, el Dr. RAUL AVELLA FONSECA, Jefe de la Unidad de Fiscalía de Monterrey, ordenó en el año de 1.993 a CALDERON NIÑO, llevar “un inventario registro” de armas de fuego.

De otro lado, argumenta, en el memorando No. 01 del 14 de enero de 1.994, sobre el manejo de bienes vinculados a los procesos, el Fiscal General de la Nación dispuso que las armas fueran puestas a disposición del Comando General de las Fuerzas Militares.

Pero en el evento de no existir manual de funciones, advirtió la Fiscalía, debía observarse lo normado por el artículo 95 del Decreto 2535/93, que ordenaba entregar para su control y custodia a las autoridades militares o de policía las armas y municiones vinculadas a un proceso penal, en un término no mayor de 30 días.

Frente a este marco legal que determinaba el proceder de los servidores judiciales, asegura, los procesados decidieron endilgarse mutuamente la responsabilidad, el Fiscal aduciendo que el Secretario era quien debía responder por el arma, mientras que éste asegura que el Funcionario Judicial tuvo la custodia de la pistola guardándola en el escritorio o en un archivador, exhibiéndola incluso en una diligencia al sindicado.

Sin embargo, asevera, el proceso evidenció que CALDERON NIÑO recibió el arma el 8 de agosto de 1.994, que el expediente fue revisado y adjudicado a su Fiscalía por el Dr. BARRAGAN NEGRO, omitiendo remitir el arma a la Policía Nacional, al DAS o al Ejercito Nacional, dentro de los 30 días siguientes para su custodia.

Cimienta la responsabilidad de CALDERON NIÑO en que la pistola era un elemento de un expediente, omitir su registro en el libro que para el efecto llevaba la Secretaría de la Unidad, abstenerse de entregarla materialmente a su sucesor cuando fue traslado de

Unidad, no hacer inventario, y no llamar la atención del Fiscal Instructor sobre la existencia del arma.

La del Funcionario Judicial en no disponer la entrega del arma a la Policía Nacional, el DAS o al Ejército Nacional acatando lo preceptuado por el Decreto 2535 de 1.993 y los reglamentos pertinentes, y pretermitir adelantar las investigaciones pertinentes una vez fue enterado de la sustracción o pérdida de la pistola.

En consecuencia, deduce, la concurrencia de culpas frente a la violación del deber de cuidado – de los reglamentos externos e internos – por cada uno de los procesados, al no disponer la custodia y el registro del arma, permitiendo con ello su desaparición.

Con su extravió o pérdida, denota, se produjo daño al proceso penal y a los intereses del Estado, destacando como preponderante la afectación del buen nombre y la imagen de la administración de justicia, representada por la Fiscalía Seccional de Monterrey.

La resolución de acusación fue confirmada por la Unidad Delegada ante esta Corporación, el 17 de noviembre de 2.000, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO.

3. El 27 de junio de 2.001, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, realizó la audiencia pública de juzgamiento.

4. Y, con sentencia del 7 de mayo de 2.002, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Civil, Familia, Laboral, Penal, condenó a JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO y a CARLOS HERNANDO CALDERON a las penas principales de 6 meses de arresto, multa equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autores responsables del delito de peculado

culposo. Los absolvió del pago de perjuicios, y les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Argumentos de la condena:

Haciendo el análisis de los elementos del tipo penal de peculado culposo, asevera el Tribunal, que los acusados eran servidores públicos el instante de la pérdida de la pistola.

En relación con CARLOS HERNANDO CALDERO NIÑO, precisa, que según el Coordinador de la Unidad de Fiscalía, Dr. PLINIO RAUL AVELLA, cumplía en ese momento las funciones de Secretario, y que al tenor de lo referido por JOSE ALFREDO CUCAITA BURGOS el manejo y control de las armas estaba bajo su responsabilidad como secretario que era de la Unidad de Fiscalía.

Encuentra el a quo, que los acusados incumplieron el deber de cuidado comportado en los ordinales 11, 13, 16 y 18 del manual de funciones dando lugar a la pérdida del arma de fuego, el cual los compelió a llevar un registro actualizado de los elementos pertenecientes a los procesos tramitados en la Unidad, a enviarlos oportunamente a las autoridades encaradas de su custodia, a velar por la seguridad de los elementos que estaban bajo su cuidado o que les correspondiera conocer en desempeño de sus funciones.

En particular, asevera, que el Fiscal incumplió el artículo 53 del Decreto 1663 de 1.997, que lo obligaba a enviar el arma a la sección control de comercio de armas, municiones y explosivos del Comando General, dentro de los 15 días siguientes al mes en que se efectuó el decomiso.

El artículo 1º del Decreto 2760 de 1.981, modificadorio del artículo 58 del Decreto 1663, que lo forzaba a dejarla bajo el control y custodia de las autoridades militares o de policía, en donde debían permanecer a su disposición para los fines de la

investigación.

Contravenir estos preceptos dirigidos a garantizar la custodia del arma sin ninguna justificación, afirma, los procesados la dejaron expuesta a la posibilidad de su extravío o pérdida, como efectivamente ocurrió.

Rechaza los descargos de CALDERON NIÑO, aseverando, que de acuerdo con el manual de funciones la responsabilidad por la vigilancia del arma no era exclusiva del Fiscal sino que era compartida entre los dos, máxime cuando ambos tenían conocimiento de la legislación vigente y poseían amplia experiencia en labores judiciales.

Conclusiones que, dice, extrae de haberse demostrado que la pistola efectivamente fue recibida por la Fiscalía, como lo evidencia la firma y el sello impuesto en el recibido.

Sin que los acusados puedan excusar su negligencia pretextando, el Fiscal, carecer de la disponibilidad material y jurídica del arma y, el secretario, no corresponderle la vigilancia y custodia de este tipo de elementos, no estar obligado a entregar la secretaría con inventario, ni registrar las armas que ingresaban a la Unidad. Para apoyo evoca apartes del fallo proferido por la Sala el 20 de noviembre de 1.991, con ponencia del Mg. Dr. RICARGO CALVETE RANGEL.

Reitera, adicionalmente, que la responsabilidad era mancomunada y obligatoria entre los dos acusados, atendiendo a que en el delito culposo esta figura jurídica es procedente, como lo reconoció esta Sala de la Corte en sentencia del 17 de septiembre de 1.997, con ponencia del Mg. Dr. JORGE ANIGAL GOMEZ GALLEGO.

También dio por acreditada la relación de causalidad entre la negligencia de los inculpatos y el extravío de la pistola.

5. SUSTENTACION DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Sentencia que fue recurrida por el Dr. JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO y por el defensor de CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO.

5.1. Por parte del Dr. JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO.

Afirma, que nunca tuvo la administración jurídica ni material del arma ante la demostración que fue recibida por CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO sin ponerla a su disposición, de donde deduce la inexistencia de negligencia de su parte; en consecuencia, demanda, se aplique en su favor el principio de in dubio pro reo, por obrar solo sospechas y dudas acerca de si el arma salió o no de la Fiscalía.

Desde esa óptica, echa de menos la práctica de una inspección a las instalaciones de la Fiscalía de Monterrey para determinar si de allí fue extraída el arma, no haberse demostrado fehacientemente su pérdida o extravío, en cuyo caso, considera, se configuraría a lo sumo una falta disciplinaria por no haber sido remitida a las autoridades de policía o militares.

En ese sentido, asegura, se desconoce si el arma fue remitida por el Juzgado Municipal de Tauramena al Comando de la Base Militar de esa localidad, o si fue recibida por la Secretaría de la Fiscalía. Asevera, que incluso no se requería su presencia física para recibir el expediente, pues bastaba con que coincidiera con la descripción física hecha en el acta.

Asegura, que es atípica la conducta por no ser previsible para él la pérdida del arma, ni haber violado el deber objetivo de cuidado en razón a que no dio lugar a su extravío o pérdida por no tener su disponibilidad jurídica ni material.

Argumenta, "Se tiene entonces que en ningún momento por el hecho de permanecer estos elementos en las instalaciones de la Fiscalía en Monterrey estaban expuestos a prever que, con la no entrega a las guarniciones de policía o militares en depósito o en

otra calidad la exponía a su extravío, pérdida o daño. Por lo que se tiene que tanto los procesos que se guardan en los archivos o los anaqueles, fácilmente están expuestos a su deterioro o pérdida, por el solo hecho de estar allí, es decir, con mediana claridad podemos afirmar que las instalaciones donde funciona la Fiscalía en Monterrey no ofrece las seguridades del caso”.

Aceptando en gracia de discusión, dice, que hubo tardanza injustificada en el secretario para ponerle el arma a disposición ello no significa que le sea imputable a él culpa por su extravío debido a inexistencia de relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado.

Añade, que por el retraso en la entrega en custodia del arma probablemente deba responder disciplinariamente pero no penalmente. Dice, que unas son las obligaciones en el trámite del proceso y otras las relacionadas con la protección y vigilancia de los bienes que le sean confiados por razón de sus funciones.

Censura al a quo por soportar el juicio de responsabilidad en la ausencia de un auto ordenando la entrega de la pistola a las autoridades militares o de policía, afirmando, que no se puede tomar cualquier antecedentes fáctico como fuente de culpa sino aquellos determinantes mediata y directamente de la pérdida del bien, y en este evento el extravío, afirma, tuvo como causa el descuido físico en su vigilancia, y no en la falta de entrega.

Reitera que no fue el descuido o negligencia de su parte, o el incumplimiento de sus deberes oficiales los que dieron ocasión a la pérdida de la pistola.

Reclama que se aplique el artículo 137 original del Decreto 100 de 1.980, sin incluir la reforma hecha por la ley 190 de 1.995, por favorecerle.

Por último, le parece absurdo que siendo un abogado litigante conocido se le haga firmar

diligencia de compromiso y pagar una caución prendaria para garantizar su comparecencia, la cual pide le sea sustituida por una de carácter juratoria porque su situación económica no es la mejor.

5.2. Por parte del defensor de CARLOS HERNANDO CALDERON.

Dando respuesta a los cargos que en su contra hace la resolución de acusación, afirma:

En cuanto a que su patrocinado no le llamó la atención al Fiscal sobre la existencia del arma, precisa, que él siempre sostuvo que la entregó con el expediente al Coordinador de la Unidad para su asignación, hecho que de no haber ocurrido, considera, habría originado el reclamo del Fiscal pidiéndole explicaciones sobre su paradero, pero como ello no ocurrió, asegura, debe tenerse como recibida.

Respecto de omitir registrarla en el libro de control, acoge el criterio del Fiscal en la audiencia, relativo a que por ausencia de prueba no es posible atribuirle ese hecho.

Refuta el cargo consistente en no haber entregado la secretaría mediante inventario, expresando, que el manual de funciones no lo obligaba a ello, ni le fue exigido por el Coordinador de la Unidad, además, de que recibió la secretaría sin inventario; razones por las cuales, cree, no se le puede atribuir culpa por ese hecho.

Apoyado en el numeral 8o del manual de funciones que atribuye al Fiscal velar por la confidencialidad, seguridad de la información y la custodia de los bienes y elementos relacionados con las investigaciones a su cargo, asevera, que la custodia del arma estaba en cabeza del Dr. JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO y no en la de su representado; con mayor razón si se encontraba en su despacho y no en la secretaría, y no obrar delegación escrita, ello sin soslayar, agrega, la prohibición de mantener las armas en los despachos judiciales, las cuales debían ser dejadas en las guarniciones militares o policiales.

Adicionalmente, recuerda, el abogado MIGUEL ANTONIO CELY CARO, manifestó, que la pistola fue exhibida en dos ocasiones, una de ellas en la diligencia de formulación de cargos llevada a cabo el 5 de marzo de 1.996, fecha en la cual el acusado estaba trabajando en otra Fiscalía.

Para probar lo anterior adjuntó fotocopia auténtica de la declaración rendida por el propietario de la pistola, HUMBERTO PLINIO PAEZ APONTE, ante la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey el 23 de noviembre de 2.000, de donde infiere que PAEZ APONTE vio por última vez el arma, el 5 de marzo de 1.996, fecha en que se llevó a cabo la sentencia anticipada en cuyo desarrollo el Fiscal se la puso a disposición luego de extraerla del escritorio.

Desde ese ángulo, puntualiza, que con arreglo a la constancia expedida por Desarrollo Humano de la Fiscalía el procesado desempeñó el cargo de secretario judicial II en esa Unidad entre el 4 de noviembre de 1.994 y el 30 de septiembre de 1.995, es decir, que para la fecha de la recepción del expediente se desempeñaba como técnico judicial, sin que por tanto, se le pueda imputar incumplimiento en las funciones de secretario.

Apoyado en los argumentos anteriores, solicita a la Sala, absuelva a su defendido.

Como petición subsidiaria, solicita se declare la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de la situación jurídica o desde el cierre de la investigación por violación del derecho a la defensa técnica, fundado en las siguientes anomalías.

Afirma, que en la instrucción se incumplieron las normas sobre notificación personal, toda vez que por no estar detenido su prohijado debió ser citado a la última dirección y de no concurrir dentro de los 3 días siguientes ser notificados por estado, sin embargo, su defensor no fue citado para serle notificadas las resoluciones que decidieron la situación jurídica, cerrar investigación y llamar a juicio, decisión última en cuya notificación no se observaron las previsiones del artículo 440 del Código Procesal

Penal, dado que no se citó al defensor.

En la etapa de juzgamiento, asegura, tampoco se notificó a la defensa técnica el auto que fijó fecha para la realización de la audiencia de juzgamiento.

Anomalías que, a su juicio, impidieron la ejecutoria de las decisiones y su controversia por parte de la defensa, conculcando el derecho de defensa, así se haya notificado al procesado, comoquiera que el derecho de defensa técnica prevalece sobre la material..

Cuando se le designó como defensor de oficio, señala, no tuvo oportunidad de pedir nulidades ni pruebas pues el traslado del artículo 446 del Código Procesal Penal ya había pasado.

Discrepa del argumento del Tribunal relativo a que las irregularidades fueron convalidadas, aduciendo que el defensor perdió todo contacto con la investigación desde la indagatoria, precisamente por no haber sido citado para ser notificado de las decisiones que fueron adoptadas, de modo que el sindicado no tuvo ninguna asesoría profesional y las impugnaciones las hizo con el poco conocimiento que tiene en derecho. Además, se está frente a la falta total de defensa técnica.

En cuanto a que el acusado y el defensor se limitaron a enunciar las falencias pero no dijeron en qué afectaron al encartado, argumenta, que en el memorial presentado por él en la audiencia pública mencionó que se violó el derecho a la defensa por impedir al abogado pedir las siguientes pruebas:

Las declaraciones de MANUEL CHAPARRO, CARLOS GUTIERREZ FRESNEDA, y que se allegara en fotocopia la rendida por HUMBERTO PLINIO PAEZ APONTE.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En orden a lo previsto en el numeral 3º del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, no hay duda que a la Corte compete conocer el recurso de apelación interpuesto por los sujetos procesales contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en consecuencia, entrará a resolver la presentada por el acusado JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO, más no la correspondiente al apoderado de CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO, por las siguientes razones:

No hay duda que para la época en que se tramitó y calificó el sumario, y se adelantó la causa incluida la celebración de la audiencia de juzgamiento, la Fiscalía Delegada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, tenían competencia para ello al amparo de los artículos 70-2, modificado por el artículo 4 de la ley 504 de 1.999, y 90-1 del Decreto 2770 de 1.991, que atribuían a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial la competencia para conocer en primera instancia de los procesos seguidos en contra de los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, conservando la unidad procesal cuando en la comisión del delito hubiese participado otra persona no aforada, en virtud a que su ruptura solo procedía cuando el fuero era constitucional.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 600 de 2.000, la situación varió ya que su artículo 92-1 ordena no conservar la unidad procesal cuando en el delito intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que esté atribuido a una jurisdicción especial.

Es decir, la nueva normatividad adicionó al fuero constitucional el legal para la ruptura de la unidad procesal, de donde se infiere, como lo viene reiterando la Sala interpretando adicionalmente los artículos 76 y 91 ibídem, que cuando concurren en la comisión del delito una persona con fuero legal para ser juzgado y otra carente de él, es imperativo romper la unidad procesal.

Ahora bien, comoquiera que la ley 600 de 2.000 entró a regir el 24 de julio de 2.000 y que las normas relativas a la competencia son de orden público y por ende de aplicación inmediata, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal carecía de competencia para dictar sentencia en relación con CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO por no tener fuero para su juzgamiento, es decir, que debió romper la unidad procesal, pero como no lo hizo se configuró la cuasal 1 de del artículo 306 la ley 600, esto es falta de competencia del funcionario judicial, la cual se decretará en este proveído cubriendo tan solo parcialmente el fallo, disponiendo el envío de fotocopias de lo actuado al Juez Promiscuo del Circuito de Monterrey, para que dicte la sentencia correspondiente.

2. Pues bien, determinada la competencia de la Sala, y valorados en conjunto los medios de convicción de cara a los argumentos expuestos en la sentencia y a los ofrecidos por los impugnantes, concluye que el a quo acertó al condenar al Dr. JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO, como autor del delito de peculado culposo. Veamos:

Se le acusa de ocasionar la pérdida de la pistola marca BROWING, calibre 7.65, distinguida con el No. 777333, que hacía parte del proceso que adelantaba el Dr. BARRAGAN NEGRO en contra de HUMBERTO PLINIO PAEZ APONTE; al incumplir el deber objetivo de cuidado en punto al ejercicio de las funciones relacionadas con la administración y custodia de este tipo de elementos.

La Sala determinará la norma penal sustantiva aplicable, realizará su estudio dogmático, y finalmente decidirá si hay certeza sobre su concurrencia y la responsabilidad en ella del acusado.

3. El artículo 137 original del Decreto 100 de 1.980, describe el peculado culposo de la siguiente manera:

“El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya

confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.”.

Norma que fue modificada por el artículo 32 de la ley 190 de 1.995, en los siguientes términos.

“El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a dos (2) años.”.

Del cotejo de estas dos normas se deduce que las variaciones se limitan a las consecuencias jurídicas ya que la multa que fluctuaba entre mil y veinte mil pesos pasó a una de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, permaneciendo el arresto de 6 meses a 2 años, y la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

A su turno, el artículo 400 de la ley 599 de 2.000 lo describe así:

“El servidor público que respecto a bienes del Estado de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.”.

Precepto que frente a los anteriores enseña que además de adicionar el vocablo tenencia como justificación de la conservación del objeto material de la infracción, contiene los siguientes cambios sobre las penas: El arresto de 6 meses a 2 años pasó a prisión de 1 a 3 años, la interdicción de derechos y funciones públicas entre 6 meses y 2 años fue reemplazada por inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas, por el mismo lapso.

Significa lo anterior, que la norma aplicable a este caso, como lo reclama el procesado BARRAGAN NEGRO, es el artículo 137 original del Decreto 100 de 1.980, por ofrecer mayores ventajas a los acusados ya que si bien el supuesto de hecho es idéntico en lo fundamental, las penas allí previstas son menores, en lo que tiene que ver con las principales de multa e interdicción de derechos y funciones públicas, ya que el arresto no puede ser aplicado debido a que la ley 599 de 2.000 suprimió esa clase de pena en los tipos penales, en aplicación del principio de favorabilidad.

4. Tipo penal que exige la presencia de un sujeto activo cualificado comoquiera que tiene que ostentar la condición de empleado oficial (hoy servidor público); quien con su conducta ha de ocasionar el extravío, pérdida o daño de los bienes que están bajo su administración, tenencia o custodia por razón (o con ocasión) de sus funciones; resultado que debe surgir como la consecuencia de su actuar culposo o imprudente, y mediar relación de determinación o causalidad entre la conducta imprudente y el extravío, pérdida o daño de los bienes.

Por su parte, el artículo 23 de la ley 599 de 2.000 define la culpa como una modalidad de conducta punible que se configura cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado, y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

Regulación con la cual la legislación se puso a tono con la jurisprudencia de esta Sala que venía afirmando que la infracción al deber objetivo de cuidado era el criterio fundamental de imputación en los delitos imprudentes.

4.1. Así entonces, el tipo objetivo del delito culposo estará compuesto por los elementos que integran el supuesto de hecho bien sean descriptivos o normativos.

4.1.1. El sujeto puede ser indeterminado o calificado como sucede con el peculado culposo que exige la condición de servidor público.

4.1.2. La acción, se traduce en la ejecución de una conducta orientada a obtener un resultado diferente al previsto en el tipo correspondiente.

4.1.3. Requiere la presencia de un resultado físico no conocido y querido por el autor, que sirve de punto de partida para identificar el cuidado objetivo. Ello significa que será excepcional la presencia de un tipo de esta clase sin resultado material.

4.1.4. La violación al deber objetivo de cuidado. El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado.

Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido (en ámbitos como el tráfico, la medicina y el trabajo).

En razón a que no existe una lista de deberes de cuidado, el funcionario judicial tiene que acudir a las distintas fuentes que indican la configuración de la infracción al deber de cuidado, en cada caso. Entre ellas:

4.1.4.1. Las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.

4.1.4.2. El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.

4.1.4.3. El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos.

4.1.4. Relación de causalidad o nexo de determinación. La transgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico deben estar vinculados por una relación de determinación, es decir, la vulneración debe producir el resultado..

4.2. Aspecto subjetivo. Es clara la presencia de contenidos subjetivos en el delito imprudente, ellos son:

4.2.1. Aspecto volitivo. El resultado típico no debe estar comprendido por la voluntad, o abarcándolo debe hacerlo con una causalidad distinta de la que el agente programó.

4.2.2. Aspecto cognoscitivo. Exige la posibilidad de conocer el peligro que la conducta

representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado con arreglo a esa cognición.

5. Frente a este marco jurídico, para la Sala es evidente la concurrencia de estos elementos:

5.1. Se acreditó que para la época de los hechos el Dr. JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO, desempeñaba el cargo de Fiscal 16 de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Promiscuo de Monterrey.

Servidor público que por razón de las funciones conservaba la disponibilidad jurídica del arma de fuego, ya que hacía parte de un proceso que por su naturaleza y el lugar de la comisión del delito, porte ilegal de armas, le correspondió conocer.

5.2. Se le endilga dar lugar a la pérdida de la pistola al contravenir las normas que regulaban el desempeño de sus funciones, en relación con su custodia y vigilancia. Es decir, que sin dirigir su conducta a obtener su pérdida produjo el resultado típico.

Resultado comprobado en la actuación, pues se acreditó que la pistola le fue retenida a PLINIO PAEZ por el Ejército Nacional, quien la puso a disposición del Juzgado Promiscuo Municipal de Tauramena, y de allí a la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey, de cuyas instalaciones desapareció.

Así lo evidencian los oficios por medio de los cuales el Ejército Nacional informó y dejó a disposición tanto al capturado como a los elementos, del Juzgado Promiscuo Municipal de Tauramena y el funcionario judicial los remitió a la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Monterrey; la constancia de la Secretaría de la Unidad dando fe del recibo de los elementos; el auto a través del cual el Juez Promiscuo del Circuito de Monterrey ordenó pedir a la Unidad de Fiscalía el envío de los elementos; constancia dejada por el entonces Secretario de la Unidad, JOSE ALFREDO CUCAITA

RAMOS, en el sentido de no encontrar anotación sobre el ingreso del arma a la Unidad, ni de su remisión a otra autoridad en el libro de registro de armas y municiones; la resolución dictada por el Fiscal acusado informando de la recepción de la pistola por parte del otro acusado ordenando informar en ese sentido al juez de conocimiento y de su extravío; y la información suministrada por la Estación de la Policía de Monterrey, y por la Unidad Investigativa de Policía Judicial y el Grupo de Seguridad Rural de Monterrey del DAS Seccional Casanare, atinente a no haber recibido el arma en custodia.

5.3. Para la Sala es evidente que con el proceder del acusado violó el deber objetivo de cuidado obligado a cumplir en el ejercicio de las atribuciones relacionadas con la custodia y vigilancia de la pistola, ocasionando con ella su pérdida.

En efecto, con el propósito de evitar la pérdida, extravío o daño de las armas que hagan parte de investigaciones penales, el legislador expidió el Decreto 2535 de 1.993, cuyo artículo 95 reza:

“Material vinculado a un proceso penal. Las armas y municiones de cualquier clase que son puestas a disposición de las autoridades judiciales y que hicieren parte de proceso, se pondrán por el respectivo juez o funcionario bajo control y custodia de las autoridades Militares o de la Policía Nacional, según el caso, en un término no mayor a 30 días y allí quedarán a disposición del funcionario competente para los efectos de la investigación. Las inspecciones judiciales y los dictámenes a que hubiere lugar, deberán practicarse dentro de las dependencias donde queden dichas armas y municiones y solamente cuando se requiera la experticia del laboratorio, podrá disponerse su traslado, bajo el control y custodia de las autoridades militares o de la Policía.”.

El memorando No. 01 expedido por el Fiscal General de la Nación el 14 de enero de 1.994, en los incisos 2 y 3 del numeral 7º, estipula:

“Los instrumentos con los que se haya cometido un delito doloso que provengan de su

ejecución y que no tengan libre comercio, excepto las armas, y lo dispuesto en normas especiales deben pasar a poder de la Fiscalía General de la Nación desde el mismo momento en que sean incautado o aprehendidos. Para tal efecto los Fiscales Delegados deberán poner a disposición el bien para efectos de la Asignación provisional”.

“En caso de decomiso de armas, éstas deberán ser puestas a disposición del Comando General de las Fuerzas Militares.

Preceptos que venían siendo aplicados por los Fiscales Delegados ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Monterrey, y en concreto por al acusado.

Así lo manifiesta JOSE ALFREDO CUCAITA BURGOS, quien fuera Secretario de la Unidad tras el traslado de CALDERON NIÑO, al aseverar que el manejo de las armas de fuego estaba a cargo de la Secretaría, las cuales eran enviadas dentro de los 30 días siguientes a los Batallones o Distritos Militares en cumplimiento de la norma respectiva.

Complementando que el control se llevaba por medio de un libro en el que se registraban los siguientes datos: clase de arma, calibre, lugar en donde se encontraba, fecha de envío y número de oficio.

El Coordinador de la Unidad, Dr. PLINIO RAUL AVELLA FONSECA, aseverando, que la orden existente era enviar las armas a la unidad militar más cercana del lugar; aclarando, que en la localidad funcionaba una guarnición militar, el cuartel de la Policía y el DAS.

Y, al referir, que dispuso abrir un libro para su control, precisando que por lo general los procesos y los elementos eran recibidos por la Secretaría quien pasaba el expediente al Fiscal manteniendo los elementos en espera de la resolución que dispusiera su envío en custodia.

El acusado, BARRAGAN NEGRO, al manifestar que la vigilancia y custodia de esa clase de elementos correspondía al Secretario, en este caso, CALDERON NIÑO, al igual que su registro en el libro correspondiente, bajo la supervisión del Jefe de la Unidad Dr. PLINIO AVELLA FONSECA.

Disposiciones que como pasa a demostrarse fueron transgredidas por el Dr. BARRAGAN NEGRO.

La investigación descubrió que el proceso fue recibido por CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO, el 12 de agosto de agosto de 1.994, junto con la "Pistola marca BROWIN, calibre 7.65; que el 16 del mismo mes y año el Secretario CALDERON NIÑO pasó el expediente al Coordinador BARRAGAN NEGRO, quien lo asignó a su despacho avocando conocimiento ese mismo día; el 29 de agosto dictó medida de aseguramiento de caución prendaria en contra del sindicado como presunto autor del delito de porte ilegal de armas de defensa personal, dando por acreditado el buen funcionamiento de la pistola; el 5 de febrero de 1.996 revocó la libertad provisional del sindicado por incurrir en un nuevo delito de porte ilegal de armas; el 12 de febrero sustituyó la caución por detención preventiva sin excarcelación; y el 5 de marzo adelantó el trámite de sentencia anticipada disponiendo el envío del expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de esa localidad para el fallo correspondiente, sin poner a disposición la pistola, decisión que fue cumplida por el Secretario II, CUCAITA BURGOS, en esa misma fecha; dos días después el Juez del conocimiento ordenó pedir a la Fiscalía la pistola.

Se deriva de la actuación, que durante el tiempo que el proceso estuvo a conocimiento del procesado, del 12 de agosto de 1.994 al 12 de febrero de 1.996, el Secretario no expidió ninguna constancia pasando los elementos al despacho, como reiteradamente lo ha sostenido la defensa técnica para descartar su disponibilidad material.

No empece lo anterior, así careciera de la custodia material, no hay duda que conservaba

su disponibilidad jurídica por ser el fiscal instructor la única persona que tenía la facultad legal de decidir su destino, y la obligación de velar por su custodia y vigilancia.

Ahora, teniendo el deber de enviar en custodia la pistola a las autoridades militares o de policía del lugar mas cercano dentro de los 30 días siguientes a su recibo, se abstuvo de hacerlo.

Omisión que sin éxito pretende justificar aduciendo no haber tenido en su poder el arma, pues, se reitera, ostentaba el poder legal de disponer de ella y la obligación de implementar las medidas necesarias para protegerla. Pese a ello, se abstuvo de remitirla a las autoridades correspondientes y realizar las diligencias pertinentes para evitar su pérdida, como quiera que se desentendió por completo de su suerte hasta el punto de ignorar el lugar en donde permanecía en la Unidad.

Para la Corte es claro que sabía que la pistola estaba a su disposición pues así se lo evidenciaba el contenido del proceso, el que desde luego debió leer para avocar el conocimiento, resolver la situación jurídica del sindicato, tramitar la solicitud de sentencia anticipada y adoptar las demás decisiones; amen, que la naturaleza jurídica del delito así se lo demostraba.

Así se lo daba a entender el informe del Comandante de la Base Militar de Tauramena, enterando al Juez Promiscuo Municipal de esa localidad del porte ilegal de la pistola, y dejando a disposición el sindicato y el arma de fuego.

También la indagatoria de PAEZ APONTE rendida ante ese mismo funcionario, explicando la procedencia del arma y su tenencia, reconociendo, además, que la a él exhibida en esa diligencia era la misma retenida.

El oficio del 8 de agosto de 1.994, por medio del cual el aludido juzgado remitió por competencia el expediente a la Unidad de Fiscalías de Monterrey colocando a su

disposición el arma, y la constancia de recibido dejada por la Secretaría de la Unidad que ostenta el oficio en su parte inferior, de fecha 12 de agosto.

Y, la resolución del Dr. BARRAGAN NEGRO contestando el requerimiento de envío del arma hecho por el Juez de conocimiento, informando que había sido recibida por el secretario CALDERON NIÑO sin dejarla a su disposición, encontrándose extraviada; anunciando, además, la adopción de medidas conducentes a obtener su recuperación y/o abrir las acciones legales correspondientes.

Si bien es cierto que dentro del expediente no obra constancia que el secretario hubiese pasado el arma al despacho del Fiscal, también lo es que ello no impedía su envío ya que estaba obligado a su remisión inmediata habida cuenta que no la necesitaba para exhibirla al sindicado o a cualquier testigo, ni para la práctica de pruebas técnicas como lo evidencia la actuación procesal, ya que la indagatoria había sido recibida por el Juez Promiscuo Municipal de Tauramena y en ella el sindicado reconoció que el arma exhibida era la misma que le había sido incautada, no se citó a ningún testigo para su reconocimiento, ni era necesario examinar su funcionamiento como el procesado lo reconoció en la situación jurídica dando fe de su buen estado de funcionamiento al realizar la adecuación típica, y por virtud del delito investigado, porte ilegal de armas, no requería prueba de balística.

Argumentos que enerva el planteamiento adicional de la defensa relativo a que por exceso de trabajo y haber permanecido algún tiempo sin técnico que le colaborara se le pasó por alto enviarla a las autoridades para su custodia, ya que tratándose de un delito de porte ilegal de armas que implica la retención de la pistola, ser reiterado en el expediente ese hecho y la puesta a disposición de las autoridades judicial como elemento del proceso, es totalmente injustificable que hubiese omitido su envío, y no realizar ninguna actividad eficaz para evitar su pérdida.

Y, el relativo a no remitirla a la Policía Nacional porque no contaba con un armerillo, al DAS porque no las recibía y al Ejército Nacional por su negativa a recibirlas debido a un episodio en el que unos soldados utilizando este tipo de armas atentaron contra los bienes de unos pasajeros de un bus; ya que los demás funcionarios y empleados que declararon son contestes en aseverar que estos elementos eran enviados en custodia, y las copias del libro de control de armas así lo confirma pues en él constan los envíos múltiples hechos a la Brigada Militar 16 de Yopal y a la Policía Nacional de Monterrey, incluso existen varios hechos a la Policía Nacional en el año de 1.994, destacándose uno del mes de julio y otro del 14 de octubre, hecho por el mismo procesado.

Como puede verse, ninguna hesitación persiste sobre el actuar negligente del acusado.

No es cierto que restó por aclarar si el arma salió o no de la Unidad, ya que se acreditó que fue recibida junto con el expediente y al ser este enviado al juzgado de conocimiento no fue encontrada, dando lugar a esta investigación, sin que fuera necesaria la inspección judicial a las instalaciones de la Fiscalía para determinar si el arma fue extraída, para atribuirle el delito culposos.

Carece de razón el acusado al aseverar que no se aclaró si los elementos fueron enviados en custodia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tauramena, pues, se insiste, se comprobó que los puso a disposición de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey, siendo recibidas por su secretario, CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO.

Tampoco acierta al aducir en su favor el principio de confianza fundado en que por el exceso y división de trabajo en la Unidad debía confiar en que los empleados observaran plenamente sus funciones, por cuanto dicho principio impediría la imputación del resultado típico siempre que él hubiese observado el deber objetivo de cuidado en la custodia y vigilancia de la pistola, lo cual, como ya se vio, no hizo, propiciando con

ello su pérdida.

Es evidente, pues, que el Dr. BARRAGAN NEGRO transgredió el deber objetivo de cuidado.

5.4. Abstenerse de enviar la pistola a las autoridades militares o de policía para su custodia en el término previsto en la ley, e implementar mecanismos idóneos para evitar su pérdida al no remitirlos inmediatamente, opuesto al pregonar de la defensa, se constituyó en causa determinante para su desaparición; dado que de haberlo entregado en custodia una vez recibió las diligencias, o estar atento a su cuidado verificando el lugar y las medidas de seguridad en que se conservaba, obvio que la pérdida no se habría producido

No acierta la defensa al argüir que la tardanza en la puesta a disposición de los elementos por el Secretario hace desaparecer la relación de causalidad necesaria entre la conducta y el resultado típico, porque lo que se atribuye como motivo determinante de la desaparición, es pretermitir poner la pistola en custodia de las autoridades correspondientes, y llevar a cabo diligencias idóneas para evitar su pérdida, desbordando de esta manera el riesgo permitido.

5.5. Es evidente que el procesado sabía que con su comportamiento estaba exponiendo el arma a su pérdida, extravío o daño, sin embargo, confió en que dicho resultado no se diera.

Reiteradamente la Sala ha dejado en claro que los objetivos de la acción penal difieren de los de la disciplinaria, de modo que estando frente a la comisión del delito de peculado, la obligación de la jurisdicción es juzgarlo y condenar a sus responsables.

En fin, acreditados como están los requisitos para condenar, la Sala confirmará la sentencia recurrida, pero revocando las penas impuestas ya que como atrás quedó visto el arresto desapareció en la Ley 599 de 2.000 por lo que por favorabilidad no

puede imponerse, y las de multa e interdicción de derechos y funciones son más benignas las previstas en el artículo 137 original de la Decreto 100 de 1.980.

Así entonces, atendiendo a la gravedad de la infracción, la situación económica del procesado y su posibilidad de pago, se le impondrá un multa de \$10.000, e interdicción de derechos y funciones públicas por 1 año.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Civil Familia Laboral Penal, en relación con las decisiones adoptadas respecto de CARLOS HERNANDO CALDERON NIÑO. Decrétase la ruptura de la unidad procesal y expídanse copias de lo actuado con destino al Juez Promiscuo del Circuito de Monterrey (Casanare) por competencia, y para que procede de conformidad con lo expuesto en esta decisión.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia condenatoria en lo que atañe al acusado, JAVIER VICENTE BARRAGAN NEGRO.

TERCERO: Modificar el numeral primero de la sentencia, en el sentido de no imponer a BARRAGAN NEGRO pena de arresto, y condenarlo al pago de una multa equivalente a diez mil pesos \$10.000, e interdicción de derechos y funciones públicas por un (1) año.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Civil Familia Laboral Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARON

Con aclaración de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ ALFREDO GOMEZ QUINTERO

Con aclaración de voto

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO O. PEREZ PINZON

Con salvamento de voto

JORGE L. QUINTERO MILANES YESID RAMIREZ BASTIDAS

Con salvamento de voto

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTIZ

Con salvamento de voto

Cita medica

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

Bogotá, D.C.,

Enero 30 de 2005

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto debido y tal como lo expresé en las discusiones de Sala, me permito consignar las razones que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria.

1. Cuando el legislador realiza el proceso de tipificación de normas penales (la llamada criminalización primaria), lo hace seleccionando los bienes jurídicos de

mayor importancia que considera necesario proteger, luego determina las conductas que de manera grave e intolerable afectan esa relación social, y por último les asigna una pena que debe ser proporcional a la modalidad y gravedad del ataque.

En ese proceso el legislador no es omnímodo, pero sí posee en el marco de la necesidad de intervención y de proporcionalidad de la respuesta, un amplio poder de configuración. Por lo tanto, bien puede suceder que de acuerdo a específicas condiciones históricas, sociales y económicas, decida tipificar como delito lo que antes en la legislación no lo era (verbi gracia, la omisión de socorro), o hacer más benigna la intervención punitiva (por ejemplo, frente al homicidio simple y agravado), o responder punitivamente de manera más drástica frente a conductas con sanciones que estima laxas (tales como el peculado culposo), entre otras opciones, todo con el fin de propiciar una convivencia pacífica y de realizar al tiempo los fundamentos y valores de un Estado constitucional y democrático.

Definida la agenda, cualesquiera que sea la opción que tome, debe respetar además de los principios de necesidad de intervención y de proporcionalidad ya indicados, los de legalidad de los delitos y las penas, irretroactividad y favorabilidad de la ley penal, como también le corresponde al juez hacerlo al aplicar la ley (la llamada criminalización secundaria).

2. De acuerdo con ese programa y con miras a diseñar la respuesta punitiva, es necesario destacar que el legislador del año 2000, señaló en la parte general del código penal que las penas principales para los comportamientos definidos como delitos serían de prisión, multa y privativas de otros derechos que como tal se prevén en la parte especial (artículo 35 de la ley 599 de 2000), suprimiendo aparentemente la de arresto establecida en la anterior legislación (artículo 41 del decreto 100 de 1980), seguramente atendiendo entre otras la indiscutible razón de que entre arresto y prisión no existen diferencias materiales. 1

Se dice así, porque el hecho de que se hubiese reformado el sistema de penas principales establecido en el artículo 41 del decreto 100 de 1980, no impide afirmar que la pena de arresto subsiste por virtud de la aplicación de los principios de legalidad, irretroactividad y favorabilidad de la ley penal, para casos particulares en los cuales figuras de la parte especial aparecen sancionadas en la nueva ley con una pena más grave en calidad y cantidad que la prevista para la época de su realización. 2

3. En esa línea, debe destacarse que el legislador consideró necesario responder en forma más grave frente a cierto tipo de conductas, incrementando la pena con respecto a la que estaba prevista en la anterior legislación. Muestra paradigmática de ello la constituye el delito de peculado culposo, conducta que de acuerdo con el artículo 137 del decreto 100 de 1980 (modificado por el artículo 32 de la ley 190 de 1995), se sancionaba con pena principal de arresto de seis (6) meses a dos (2) años, y ahora con pena de uno (1) a tres (3) años de prisión. 3

Tanto desde el punto de vista político criminal, como de los principios, la conclusión que se impone es la de que fue voluntad del legislador fortalecer la respuesta frente a un atentado concreto contra la administración pública y no despenalizarlo. Por lo mismo, con tal fin, dispuso que los cometidos bajo la vigencia de la ley 599 de 2000, conforme al principio de irretroactividad de la ley, se sancionen en forma mas drástica en calidad y cantidad, dando con ello a entender que los anteriores seguirían con la pena de arresto, como corresponde al principio de ultractividad de la ley penal mas favorable.

De este modo surge evidente que si de respetar los perfiles de la política criminal y los principios de irretroactividad y favorabilidad de la ley penal se trata, lo único que no

se puede concluir, a riesgo de construir una antinomia insalvable, es que el legislador hubiese pretendido diseñar un sistema en donde coexistiría una respuesta mas severa para una misma conducta, la cual al mismo tiempo sería despenalizada por fuerza de la entrada en vigencia de la misma ley.

4. Los principios políticos y jurídicos de la Constitución y del derecho penal no pueden alcanzar niveles de abstracción que propicien decisiones contradictorias. Su aplicación depende de las consagraciones constitucionales y legales que en particular los desarrollan y de los conceptos político criminales en que se inspiran. Por lo mismo, es indispensable entender que no fue voluntad del legislador despenalizar el delito de peculado culposo, sino, por el contrario, responder ante él con mayor severidad.

Pensar de otro modo, como lo asume la mayoría, implicaría dejar en la impunidad casos como el que en esta ocasión ocupa la atención de la Sala, contra el explícito querer del legislador que no quiso dejarlos sin sanción, sino incrementar la pena en calidad y cantidad, al considerar que afecta de manera grave el bien jurídico de la administración pública.

Por esas razones, soy del criterio de que la Sala no ha debido excluir la pena de arresto que le fue impuesta a Javier Vicente Barragán Negro con el argumento de que tal tipo de sanciones desapareció de la actual legislación, pues a esa conclusión sólo es posible llegar a partir de una lectura insular de las normas penales, so pretexto de acudir al principio de favorabilidad de la ley penal.

Atentamente,

MAURO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Cfr., entre otros, en este sentido, Velásquez Velásquez, Fernando, Derecho penal parte general, editorial Temis, 2002.

2 Desde otra perspectiva también se puede afirmar que la pena de arresto no ha desaparecido del ordenamiento penal, si en cuenta se tiene que el artículo 40 del código penal de 2000 autoriza la conversión de la pena de multa en arresto – pena de apoyo –.

3 En el proyecto presentado a consideración del Congreso por parte del Fiscal General de la Nación se proponía que la sanción para el delito de peculado fuese de multa; sin embargo, la comisión de ponentes propuso que fuera de uno (1) a tres (3) años de prisión, con el argumento de que “dada la importancia del bien jurídico la pena debe ser de prisión”. (gaceta del Congreso número 280, ponencia para primer debate del código penal de 2000).