

Proceso No 19948

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 77.

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de RUBÉN DARÍO URIBE BETANCOURT contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2001, por medio de la cual una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Bogotá le impartió confirmación al fallo que a su turno profirió el Juzgado 34 Penal del Circuito de esa ciudad, con modificaciones en el quantum punitivo, como cómplice de un concurso de delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. RUBÉN DARÍO URIBE BETANCOURT, representante legal de la firma “Uribe Asociados Publicidad” con sede en Manizales, fue contactado por su amigo DIEGO FERNANDO HENAO TORO, quien se desempeñaba como Asistente Jefe de la Biblioteca del Senado de la República, con la finalidad de proponerle que figurara como contratista de esta corporación legislativa.

Fue así como aquél terminó celebrando, sin el cumplimiento de los requisitos legales,

cinco contratos con la Dirección Administrativa del Senado en los años de 1995 y 1996 para el suministro de papelería, empaste de libros y prestación de servicios de publicidad, por la suma total de \$225.725.000,00.

Ninguno de los anteriores contratos fueron ejecutados, a pesar de que URIBE BETANCOURT cobró el valor de los mismos, que fue a parar a manos de HENAO TORO, quien a cambio entregó al contratista la suma de \$8.000.000,00 por figurar como tal.

2. Con base en copias compulsadas de otra investigación y el adelantamiento de diligencias preliminares donde se obtuvo información de los organismos de inteligencia, la Fiscalía 14 adscrita a la Unidad Nacional Especializada en Delitos contra la Administración Pública decretó la apertura de la investigación mediante resolución de 19 de octubre de 2000.

A la investigación fueron vinculados por medio de indagatoria DIEGO FERNANDO HENAO TORO, JOSÉ LENEL CLAVIJO FLÓREZ, HERNÁN JOSÉ BAUTE MEZA, RUBEN DARÍO URIBE BETANCOURT, SERAFIN BOTÍA, JAIME DE JESÚS CORREA ARISTIZABAL, RAFAEL DARÍO PABÓN DÍAZ, y los hermanos ALBA ELISA, RUBEN DARÍO y BERNARDO ARIEL ZULUAGA ZULUAGA.

En relación con RUBÉN DARÍO URIBE BETANCOURT, mediante resolución de 5 de febrero de 2001 el instructor definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva -sustituida por domiciliaria- por la comisión del delito de peculado por apropiación. Y, a través de resolución de 19 de abril siguiente, adicionó la anterior medida por el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.

Como este procesado manifestó su deseo de acogerse a sentencia anticipada, el 18 de mayo de 2001 se llevó a cabo a través de funcionario comisionado la diligencia pertinente, en desarrollo de la cual el procesado aceptó en presencia de su defensor los

cargos por los delitos de peculado por apropiación (artículo 133 del anterior código penal, modificado por el 19 de la ley 190 de 1995) y celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 146 ejusdem, modificado por los decretos 141 de 1980, leyes 80 de 1993 y 190 de 1995), “en concurso efectivo y homogéneo, a título de CÓMPLICE”.

Producida la ruptura de la unidad procesal, la actuación relacionada con este implicado pasó a conocimiento de los juzgados penales del circuito de Bogotá.

3. El Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá, a quien correspondió en reparto las diligencias, profirió el 2 de agosto de 2001 sentencia condenatoria anticipada en correspondencia con los cargos formulados, e impuso al procesado las penas principales de 112 meses de prisión y multa equivalente a 455 salarios mínimos legales mensuales vigentes; la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte u oficio e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión. De igual forma le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y revocó la detención domiciliaria para que se haga efectiva en establecimiento carcelario el cumplimiento de la sanción privativa de la libertad.

Interpuesto el recurso de apelación por el defensor contra la anterior sentencia, una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Bogotá le impartió confirmación en la suya de 20 de noviembre de 2001, modificándola en el sentido de imponer como penas principales 89 meses y 10 días de prisión y multa equivalente a 380 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al tiempo que se negó a sustituir la prisión intramural por domiciliaria.

En oportunidad, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y dentro del término de traslado presentó la demanda.

Concedida la impugnación extraordinaria y encontrándose ajustada la demanda a las

formalidades de ley, se corrió traslado para concepto a la Delegada, el cual ha sido rendido y por ello se apresta la Sala a emitir el fallo correspondiente.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal primera, cuerpo primero, del artículo 207 del código de procedimiento penal, el censor formula tres cargos contra la sentencia de segundo grado.

Primer cargo.

En sentir del togado el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea “de la norma” -error de sentido-, “al hacer la dosificación de la pena básica para el delito más grave, esto es del peculado por apropiación,...,pena básica de la cual obviamente dependía, o tenían importante incidencia, las disminuciones que a continuación se hicieron en el fallo, por los beneficios a que tenía y tiene derecho el sentenciado”.

Tras declarar que acepta los hechos y la valoración probatoria en la forma como fueron declaradas por el Tribunal y transcribir lo que expresó éste en torno a la dosificación punitiva, concreta el primer error de hermenéutica en que el juzgador, pese a haber reconocido que en el acta de formulación de los cargos no se dedujo ninguna circunstancia de agravación punitiva y que la pena a imponer debía “establecerse en los mínimos”, partió de 108 meses, siendo que el mínimo consagrado para el delito de peculado por apropiación, tanto en la actual como en la anterior codificación es de 6 años o 72 meses de prisión.

Al aplicarse a señalar el procedimiento correcto para la dosificación punitiva, el censor sostiene que el anterior mínimo debió aumentarse por la cuantía de la apropiación “hasta en la mitad”, siguiendo los lineamientos del inciso 3º del artículo 397 del código penal, que fue también mal interpretado por el Tribunal, en tanto esa proporción estaba

indicando un máximo imponible “solo en ocasiones extraordinarias” que no se presentan en este caso, con lo cual el incremento justo y equitativo sería en su sentir de una cuarta parte, lo que daría un total de 90 meses y no 121 como erradamente consideró el fallador.

Al proceder de conformidad debió tenerse en cuenta, en concepto del demandante, la excelente conducta anterior del procesado y que éste sólo recibió la suma de \$8.000.000.00 por haber prestado su firma, de tal suerte que ni siquiera esa agravante específica debería aplicarse en este caso; no obstante, de resultar admisible la misma, reitera que el desatino consiste en haberle aplicado el máximo autorizado en la norma.

Igual error in iudicando observa cuando el Tribunal deduce por razón de la complicidad (artículos 24 y 30 de la nueva codificación) la proporción más “gravosa para el sentenciado”, esto es la sexta parte, cuando debió hacerlo en la mitad, por lo que solicita a la Corte precisar cuál es el porcentaje que deberá tenerse en cuenta. Advierte, empero, que, aún de aceptarse que es la sexta parte, esta proporción equivaldría a 15 meses, para un resultado parcial de 75 meses, en lugar de los 100 meses y 25 días que se dedujo en el fallo de segundo grado. Agrega a continuación que “si se realiza la disminución en una tercera parte (?), o en la mitad, el equivalente obtenido será de 60 meses”.

En torno a la diminuyente por confesión, sostiene el censor que el fallador procedió correctamente, pero como lo hizo sobre un error inicial es del parecer que debe corregirse el resultado, que de acuerdo a sus propios cálculos correspondería a 50 meses, resultado de aplicar la sexta parte a 60 meses.

Segundo cargo.

Postula la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 299 del anterior código de procedimiento penal -actual 283- y falta de

aplicación del artículo 40, inciso 6º, de la ley 600 de 2000, y de las normas que regulan el principio de favorabilidad –artículos 29, inciso 3º, de la [constitución política](#), 6º, inciso 2º, del código penal y 6º del estatuto procesal penal-.

En ese sentido señala que el Tribunal aplicó por confesión una disminución de una sexta parte y al resultado obtenido una tercera parte por sentencia anticipada de conformidad con el artículo 37 del anterior código de procedimiento penal, cuando de conformidad con el artículo 40 en cita debió reconocer una reducción de las 2/5 partes en tanto dispone que este es el porcentaje a tener en cuenta cuando “las rebajas por confesión y sentencia anticipada concurren en la etapa de instrucción”.

De esta manera, concluye, al hacerse correctamente los cálculos pertinentes, la pena sería de 30 meses, resultado de aplicar esta rebaja a 50 meses, en lugar de 56 meses como se anotó en la sentencia de segundo grado.

Tercer cargo

Reprocha al Tribunal por la violación directa de la ley sustancial al dejar de aplicar el artículo 369A del código de procedimiento penal anterior, modificado por el artículo 38 de la ley 81 de 1993, y artículo 283 del estatuto procesal penal.

Lo anterior por cuanto el Tribunal no reconoció al procesado la rebaja de la pena y otros beneficios previstos en aquel precepto, a los cuales tenía derecho por colaboración eficaz con la justicia, colaboración que dimanaba claramente del proceso, especialmente de la indagatoria de su representado, y cuyo reconocimiento fue solicitado no solo por la defensa sino también por el fiscal especializado en concepto de mayo 15 de 2001.

Por este aspecto, de prosperar el cargo, deja a consideración de la Corte una rebaja de 10 meses, con lo cual la pena definitiva a imponer sería de 32 meses, resultado de deducir los mismos y al resultado aumentarle 12 meses por razón del concurso delictivo.

De esta manera, agrega, el procesado se haría acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Al señalar la trascendencia de la vulneración respecto de los tres cargos, estima que ésta surge sin dificultad porque de no haber incurrido el Tribunal en los errores postulados las consecuencias habrían sido menos gravosas al procesado en punto del quantum punitivo y de aquél mecanismo sustitutivo de la pena.

Como normas quebrantadas cita los artículos 29 y 228 de la [constitución política](#); 6, 30, 40, 60 y 397 del código penal; y, 6 y 283 del código de procedimiento penal.

Termina solicitando a la Corte que case la sentencia y profiera el fallo de reemplazo.

RESPUESTA DE LA DELEGADA A LAS CENSURAS

Al emitir su concepto, la Procuradora Segunda para la Casación Penal comienza por precisar la imputación formulada y aceptada por el procesado, y la tasación punitiva realizada por las instancias, para ocuparse enseguida a analizar los cargos propuestos en los siguientes términos:

Primer cargo.

1. Observa la Delegada, en principio, que el censor incumplió con la técnica casacional al señalar que su representado recibió únicamente la suma de ocho millones (\$8.000.000.00) de pesos por prestar su firma, cuando la postulación de la causal por violación directa de la ley sustancial le imponía aceptar los hechos en la forma como fueron plasmados por el juzgador, siendo que en este caso el cargo formulado y admitido por el procesado, fue por un peculado superior a 200 salarios mínimos legales mensuales.

Al analizar el cargo formulado, la representante del Ministerio Público entiende que, a pesar de invocarse un error de hermenéutica, lo que denuncia el demandante es un error numérico soportado en que el Tribunal no partió del mínimo de pena que para el caso era de 6 años o 72 meses, sino que lo hizo de 108 meses.

Al respecto sostiene que en verdad el ad quem, a pesar de reconocer que la pena a imponer debía establecerse en los mínimos, acto seguido determinó que correspondían a 108 meses de prisión y hasta un cuarto más -sin explicar a qué cálculos acudió para determinar este monto-, arribando a un guarismo de 121 meses y 15 días. De todas maneras, resulta evidente para la Procuradora que este resultado corresponde a la pena máxima del primer cuarto o cuarto mínimo del ámbito de movilidad de la pena señalada para el delito de peculado por apropiación en cuantía superior a 200 salarios mínimos legales.

Pese a calificar de equivocado el guarismo de 108 meses, considera que el error per se carece de relevancia, como quiera que “el proceso de dosificación del ad-quem para ese momento era simplemente precisar el marco”.

No obstante, le resulta trascendente el error en que incurrió en el paso siguiente, pues afirma que el Tribunal en forma equivocada dejó incompleto el procedimiento para establecer el marco punitivo y dentro de ese primer cuarto mínimo -dada la inexistencia de agravantes genéricas- entró anunciando que allí se situaría para individualizar la pena y luego de considerar la entidad del delito concretó una pena de 121 meses, cuando lo correcto según la delegada era completar el marco deduciendo los descuentos propios de la complicidad que al procesado le había sido deducida.

Tras apuntar que el censor se equivoca al señalar que el aumento hasta en la mitad

de que trata el inciso 3º del artículo 397 del código penal sólo opera en ocasiones extraordinarias y que el incremento justo sería de una cuarta parte, la Delegada considera que lo que sí constituye un desacierto de la sentencia es haber deducido la sexta parte por complicidad, no precisamente por las razones invocadas por el casacionista sino porque el Tribunal dedujo la reducción sobre la pena ya individualizada.

En su sentir lo correcto era que con fundamento en la citada norma modificara el marco que traía después de afectarlo por la cuantía y así darle cabida al dispositivo amplificador del tipo de la complicidad. Lo anterior aparte de criticar al Tribunal por no motivar la escogencia de la menor rebaja y limitarse a predicar que la sexta parte era la apropiada, sin perjuicio de que también resulta un desacierto la pretensión del censor de aplicar la mayor rebaja de pena con fundamento en la complicidad.

Para la representante de la sociedad, tal equivocación del Tribunal, reclama la intervención oficiosa de la Corte para que revise la operación y la enmiende en cuanto redunde a favor del procesado. En su concepto se trata de un error en la interpretación de la norma que dispone tasar la pena dentro de los límites legales –artículo 61 del código penal anterior, actual 60-.

Al aplicarse a desentrañar cuál sería la pena imponible en este caso, luego de precisar el procedimiento a seguir y destacar que el sistema de dosificación establecido en el actual código resulta más favorable al procesado por no concurrir circunstancias de menor ni de mayor punibilidad, sostiene que respecto del delito de peculado por apropiación los extremos punitivos oscilan entre 72 y 270 meses.

Tal marco, agrega, debe afectarse por la complicidad de conformidad con el artículo 24 del anterior código, actual artículo 30, que establece una rebaja de una sexta parte a la mitad, con lo cual el nuevo ámbito de punibilidad oscila entre 36 y 225 meses, operación que, itera, el Tribunal omitió realizar.

Dividido ese marco en cuartos y como al decir de la Delegada el Tribunal puntualizó que contra el procesado no había lugar a deducir circunstancias de mayor ni de menor punibilidad, considera que es dentro del cuarto mínimo -que va entre 36 meses y 83 meses y 7 días- que se debe entrar a determinar la pena. En consideración a los criterios de punibilidad y la proporción que en su momento consideró el Tribunal dada la entidad del punible, es del parecer que la pena aproximada, una vez hechas las disminuciones procesales pertinentes, sería de 45 meses de prisión para el delito de peculado, cantidad inferior a los 56 meses que fijó el Tribunal.

En los mismos términos realizó el cálculo para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para afirmar que el ad quem incurrió en similares yerros y que, por tanto, la pena que correspondería en este evento sería aproximadamente de 26 meses, inferior a los 33 meses y 10 días señalados en la sentencia de segundo grado.

Lo anterior con incidencia en el momento de hacer el incremento por razón del concurso, con lo cual la pena definitiva sería inferior a la impuesta por el Tribunal.

En torno a la pena de multa prevista como principal para el delito de peculado por apropiación, la Delegada no comparte la apreciación del Tribunal en el sentido de que el actual ordenamiento resulta más favorable al procesado como quiera que éste dispone un tope de \$50.000 salarios mínimos, lo que no ocurría con el anterior. Ello por cuanto tratándose en este caso de una apropiación en cuantía inferior a dicho límite, éste no modifica para nada la sanción prevista que seguirá guiándose por el valor de lo apropiado y nada más.

En alusión a que el Tribunal redujo la multa por razón de la complicidad en una sexta parte, vale decir la menor rebaja contemplada en el artículo 30 del código penal -antes 24-, la Procuradora se plantea cuál en realidad debería ser el método a seguir cuando, como ocurre en este caso, sólo hay un referente sancionatorio ("multa equivalente al

valor de lo apropiado”).

En punto de lo anterior sostiene que se está en presencia de un caso de pena única que impide el establecimiento de un marco punitivo, “no obstante no puede desconocerse que la participación es menor, y por ende, menor tiene que ser la pena”. En ese orden considera que el sentenciador debe hacer la reducción dentro de los límites previstos en la ley para los casos de complicidad y atendiendo los criterios especiales para determinar la pena de multa; y como el Tribunal, a pesar de tasar la pena con la misma lógica que lo hizo frente a la pena de prisión y la cual fue objeto de reproche, la dosificó dentro de los límites consagrados para el efecto, debe mantenerse, concluye diciendo la Delegada.

Ningún problema encuentra para mantener la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta por el mismo término de la principal.

Bajo tales supuestos, solicita a la Sala que case parcialmente de manera oficiosa la sentencia impugnada, pues pese a que se está frente a una instancia de carácter rogado, la vulneración de garantías fundamentales impone corregir los yerros, dictando la sentencia de sustitución.

Segundo cargo.

Para la Delegada el cargo debe desestimarse porque el censor desconoce que el inciso 6º del artículo 40 del nuevo código de procedimiento penal fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-760 de julio 18 de 2001.

De modo que si en ningún momento ese precepto hizo parte del ordenamiento jurídico, pues la ley 600 de 2000 entró a regir el 25 de julio siguiente, cuando concurren las rebajas procesales por confesión y sentencia anticipada se debe proceder a efectuar los cálculos sobre los residuos o remanentes, dada la autonomía de los beneficios y la

compatibilidad de las rebajas.

Tercer cargo

Considera la Procuradora que la pretensión del recurrente para que se reconozca la rebaja por colaboración eficaz resulta improcedente.

Lo anterior por cuanto este beneficio es el producto de un acuerdo previo entre el Fiscal General de la Nación o su Delegado y el procesado, para lo cual resulta necesario acatar el trámite legal establecido, el cual no ha tenido ocurrencia en este caso en particular.

Para la Delegada, en consecuencia, se debe desestimar la demanda de casación presentada por el defensor y, dado que el Tribunal incurrió en un error en la dosificación de la pena de prisión que impuso al procesado, sugiere a la Corte, en aras de preservar el principio de legalidad de la pena, casar parcialmente de manera oficiosa la sentencia de segundo grado.

SE CONSIDERA:

1. Teniendo en cuenta que lo que el actor reclama es en esencia la violación directa de la ley sustancial en el proceso de dosificación punitiva, la Sala dará respuesta conjunta a los tres cargos.

Ha de admitirse, desde luego, que los reclamos de las distintas clases de error se avienen a la técnica casacional, excepto porque en algún apartado de la demanda el defensor desvió el camino al cuestionar al Tribunal por imputar al procesado la agravante específica relativa a la cuantía del peculado, aunque inmediatamente enderezó el rumbo al aceptar su deducción.

En ese sentido, reitérase que una vez planteada la censura por violación directa de normas sustanciales se abre campo a un juicio exclusivamente jurídico a la forma como en la sentencia se dosificó la sanción, ajeno al análisis y evaluación de los hechos y a toda consideración de tipo probatorio.

2. Para el correcto entendimiento del problema jurídico que se suscita respecto al proceso de dosificación punitiva, conviene precisar los siguientes antecedentes procesales del caso.

2.1. La Unidad Nacional Especializada de la Fiscalía en Delitos contra la Administración Pública concretó los cargos en contra del procesado, que fueron aceptados por éste, en la siguiente forma:

“La conducta del procesado URIBE BETANCURT se encuentra tipificada en el Título III, Capítulo I, del C.P., art. 133, modificado L.190/95, art. 18 y 19 del peculado por apropiación:.....

Igualmente, el delito consagrado en el Título III, Capítulo IV, artículo 146 del C.P, modificado D. 141/80, art. 1; L. 80/93, art. 57; L.190/95, art. 18 y 32. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales:.....

Así las cosas, estando probado el acuerdo previo entre URIBE y HENAO, por lo menos sobre el modus operandi de las ilicitudes, no siendo URIBE servidor público, no queda otra alternativa que IMPONERLE LOS CARGOS antes mencionados, en concurso efectivo y homogéneo, a título de CÓMPLICE; tal como lo consagra el artículo 24 del C.P....”.

2.2. Por su parte, el Juzgado 34 Penal del Circuito, en correspondencia con la acusación, al entrar a dosificar la sanción partió de la señalada para el delito de peculado por apropiación en el artículo 397 del código penal -72 a 180 meses-; aumentó este

máximo en la mitad por razón del valor de lo apropiado, superior a los 200 salarios mínimos legales mensuales -72 a 270 meses-; y, por razón de la complicidad aplicó la diminuyente establecida en el artículo 30 ejusdem, con lo cual fijó el ámbito de movilidad entre 36 y 225 meses.

Efectuado lo anterior, dividió ese ámbito en cuartos, obteniendo para el segundo cuarto medio un mínimo de 130 meses y 15 días y un máximo de 177 meses y 22 días, en el cual se situó al tener en cuenta la carencia de antecedentes penales y las circunstancias genéricas de agravación concurrentes previstas en los numerales 1, 9 y 10 del código penal, imponiéndole al procesado por este ilícito 132 meses de prisión y multa de 660 salarios mínimos legales mensuales, al igual que la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte u oficio por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

En torno al otro delito fijó los topes entre 48 y 144 meses de conformidad con el artículo 410 del código penal. A partir de allí aplicó la diminuyente por complicidad y atendiendo a las mismas circunstancias de atenuación y agravación concurrentes se situó en el segundo cuarto medio para imponer una pena de 73 meses y el equivalente a 44 salarios mínimos mensuales de multa.

A la pena señalada por el peculado le adicionó por razón del concurso con el contrato sin cumplimiento de requisitos legales 36 meses y 22 días de prisión y multa equivalente a 22 salarios mínimos mensuales legales vigentes y al resultado le aplicó la rebaja atinente a la sentencia anticipada, con lo cual terminó por imponer 112 meses de prisión y multa en cuantía de 455 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e igualmente la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la principal de prisión.

2.3. A su turno, el Tribunal Superior de Bogotá, reconoció que el juzgador de primera instancia acertó al escoger como normas favorables las del nuevo estatuto punitivo, y a

continuación, tras precisar el ámbito punitivo para el delito de peculado por apropiación -agravado por la cuantía- entre 72 y 270 meses de prisión, expresó:

“...examinada el acta de atribución de cargos efectuada por la Fiscalía a fin de verificar el establecimiento de circunstancias genéricas de agravación no se encuentra ninguna razón por la cual no es posible esa atribución en la sentencia; así las cosas la pena a imponer debe establecerse en los mínimos que corresponden a 108 meses de prisión y hasta un cuarto más que para el caso llegaría a 121 meses y 15 días. La Sala partirá, entendiendo la entidad del evento, de 121 meses de prisión”.

A ese único resultado parcial le disminuyó $\frac{1}{6}$ parte por complicidad, por estimarla apropiada, quedando la pena en 100 meses y 25 días, guarismo al cual descontó la $\frac{1}{6}$ parte por confesión y al remanente la $\frac{1}{3}$ parte por sentencia anticipada, con lo cual obtuvo un quantum de 56 meses de prisión.

Igual método siguió al fijar la pena por el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, a partir de considerar que la norma del anterior código penal era la más favorable y que “la pena debe ser fijada en la órbita de los mínimos posibles que para este caso será hasta seis años” (?). Por este delito fijó entonces, tras efectuar las mismas reducciones, 33 meses y 10 días.

Siguiendo la regla establecida para el concurso de delitos en el artículo 31 de la nueva codificación, impuso finalmente al procesado 89 meses y 10 días de prisión.

Con relación a la pena de multa del delito de peculado, a partir del valor de lo apropiado (\$225.725.000.00), dedujo $\frac{1}{6}$ parte por complicidad; $\frac{1}{6}$ parte por confesión; y, $\frac{1}{3}$ parte por sentencia anticipada, para un resultado final de \$104.502.314,00 equivalentes a 365 salarios mínimos legales vigentes. Y, en cuanto a la multa por el otro ilícito, aplicó 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo al ámbito de movilidad de 10 a 50 salarios señalados en el artículo 146 del anterior código penal. Por

razón del concurso sumó las dos cantidades, para establecer en definitiva la multa en suma equivalente a 380 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. A la luz de la normativa que rige este asunto, considera la Sala que tanto el juzgado como el Tribunal se equivocaron al individualizar la pena, como al igual erró el ad quem al fijar los parámetros para determinar los mínimos y máximos, con lo cual obviamente se vio afectado el quantum de la sanción en perjuicio de los intereses del acusado.

3.1. En la importante labor de dosificar la sanción que ha de corresponder al procesado, una vez establecido del examen concreto del caso que el nuevo estatuto resulta más favorable al procesado, corresponde, en primer lugar, establecer los límites mínimo y máximo dentro de los cuales se ha de mover el juzgador, extremos a los cuales se puede acceder en palabras de la Sala “de manera directa (consultando el tipo violado), o como fruto de la aplicación de las circunstancias modificadoras de tales límites cuando éstas han hecho presencia”¹.

Estas circunstancias derivan en ocasiones del comportamiento como tal y en otras de las condiciones de ejecución del hecho o también de la persona del sujeto activo del delito; entre tales cabe mencionar las previstas en los artículos 27 (tentativa), 30 (complicidad), 32, numeral 7º, inciso 2º (exceso en las causales de ausencia de responsabilidad), 56 (situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas) y 57 (estado de ira e intenso dolor).

En este evento, el Tribunal, que no el juzgador de primera instancia, desconoció esta primera regla en la tarea de fijar los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables, como quiera que luego de señalar el ámbito punitivo previsto para los dos delitos, en lugar de descender al marco de movilidad que por la imputación de los delitos a título de complicidad le fijaba el artículo 30, inciso 3º, del código penal

-anterior artículo 24-, en armonía con el numeral 5º del artículo 60 ejusdem, de una vez escogió dentro de dicho ámbito las penas a partir de las cuales deduciría el quantum de la sanción: 121 meses de prisión para el peculado por apropiación y 72 meses (ó 6 años) para la celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.

El censor incurre en la misma equivocación, ya que a partir de la pena mínima señalada para el tipo básico de peculado (72 meses) realizó aumentos y reducciones por razón de la cuantía, la complicidad, la confesión, el concurso delictual y hasta por colaboración eficaz, sin reparar en la necesidad de fijar, en primer lugar, el marco dentro del cual se movería para la individualización de la sanción.

3.2. Una vez determinados los mencionados extremos, el paso siguiente consiste en precisar, como claramente se establece del artículo 61 del código penal (“Efectuado el procedimiento anterior...”), el ámbito punitivo de movilidad, dividiéndolo en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

Únicamente después de realizar esta labor, es posible descender a la cabal aplicación de este artículo, que se traduce en seleccionar el cuarto o cuartos donde se va a ubicar definitivamente el fallador, lo cual depende exclusivamente de las circunstancias atenuantes y/o agravantes genéricas que se estimen probadas en la sentencia, pero necesariamente deducidas fáctica y jurídicamente en el pliego de cargos.

Establecido el cuarto con fundamento en dichas circunstancias, la labor del juzgador se concreta a individualizar la pena dentro de sus linderos, para lo cual deberá tener en cuenta la mayor o menor gravedad de la conducta (desvalor de acción), el daño real o potencial creado (desvalor de resultado), la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la responsabilidad, etc., en los términos de los incisos 3º y 4º del precepto.

Para el caso, el juzgador de primera instancia incurrió en el error de considerar la existencia de las circunstancias genéricas previstas en los numerales 1º, 9º y 10 del

artículo 58 ejusdem, las cuales no fueron deducidas en el acta de formulación de cargos -equivalente a la resolución de acusación (inciso 7º del artículo 40 de la ley 600 de 2000)-.

Mientras que el Tribunal, aparte de acarrear con las consecuencias derivadas de elegir un procedimiento errado en el establecimiento de los extremos mínimo y máximo aplicables al caso, terminó por avalar la equivocación del inferior al declarar la presencia de tales circunstancias; y aunque en la práctica no modificó el marco real previsto para el primer cuarto, al individualizar la pena para los dos delitos las tuvo en cuenta con exclusividad al aplicar el máximo previsto en el cuarto mínimo, faltando así al sentido del inciso 3º del artículo 61, cuya exacta dimensión no alcanzó a entender también al ignorar los restantes criterios allí establecidos, conjuntamente con los del inciso 4º.

En efecto, una vez fijado los extremos mínimo en 72 meses de prisión y máximo en 270 meses por razón del peculado y de considerar, sin más, que no existía razón para dejar de atribuir al procesado las circunstancias genéricas de agravación -en alusión desde luego a las deducidas por el juzgador de primer grado-, el Tribunal arribó a una pena de prisión de 121 meses.

No se conoce qué cálculos realizó para ello, pues lo único que dijo, en contrario a la previa deducción acerca de la atribución de las agravantes, fue que la pena a imponer debía establecerse en los “mínimos que corresponden a 108 meses de prisión y hasta un cuarto más que para el caso llegaría a 121 y 15 días”. En el caso del otro delito, la explicación, por igual de lacónica, fue que la pena debía fijarse “en la órbita de los mínimos posibles...hasta seis años”.

Al establecer el cuarto mínimo, dentro del cual puede moverse el juzgador cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación, se tiene que para el delito de peculado por apropiación dicho cuarto estaría entre 72

meses, y 121 meses y 15 días; para la otra ilicitud, oscilaría entre 4 y 6 años.

Sin perjuicio del error que cometió el Tribunal al no señalar los extremos por razón de la complicidad, la verdad es que aquellos montos se encuentran dentro del cuarto mínimo, con lo cual no se puede aducir que excedió el marco real que correspondía por la inexistencia de agravantes y atenuantes, así se hubiera contradicho en principio al avalar las genéricas de mayor punibilidad que la primera instancia le atribuyó al procesado.

El problema radica en que esas mismas circunstancias, que se itera no podían ser consideradas en la sentencia por no estar deducidas expresamente en el pliego de cargos, en últimas constituyeron el único criterio que tuvo en cuenta el Tribunal al momento de individualizar la sanción en los términos del inciso 3º del artículo 61, con lo cual faltó al sentido y alcance de este precepto, incurriendo en el error de interpretación denunciado en casación a través de la violación directa de la ley sustancial.

Por supuesto, el censor, si bien acierta al decir que en el pliego de cargos no se dedujo ninguna circunstancia de agravación, tampoco atina a establecer los verdaderos alcances de la norma pues acaba por realizar aumentos y reducciones caprichosas, simplemente porque le parecen justas o equitativas, dejando en últimas librada la suerte de su determinación a la Corte, lo cual no se aviene al desarrollo de la causal.

4. Una vez individualizada la sanción, sin perjuicio de que deba observarse la regla establecida en el artículo 26 del decreto-ley 100 de 1980 -actual artículo 31-, era posible considerar las reducciones procesales establecidas para la confesión y sentencia anticipada.

En este punto, el Tribunal acertó al aplicar las que correspondían de acuerdo con los artículos 299 del código anterior -actual 283- y 40, inciso 6º, de la ley 600 de 2000, aunque erró al realizar las reducciones post-delictuales por cada uno de los delitos cuando debió hacerlo después de aplicar la regla concursal del artículo 26 del código

penal anterior -actual 31-.

El casacionista plantea en el segundo cargo al respecto la indebida aplicación de estas normas y la falta de aplicación del citado inciso 6º y de los preceptos que contemplan el principio de favorabilidad.

No obstante, en respuesta a la censura, dígase simplemente que el demandante no tuvo en cuenta que las rebajas por confesión y sentencia anticipada concurrentes establecidas en este inciso, no tuvieron existencia jurídica, pues antes de que entrara a regir el actual código de procedimiento penal la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma que las establecía, de acuerdo a la sentencia C-760 de julio 18 de 2001.

5. Finalmente, por lo que hace al último reproche, si bien la vía escogida es la correcta, tampoco le asiste razón, como quiera que para acceder a los beneficios del artículo 369A del anterior código de procedimiento penal, modificado por el artículo 38 de la ley 81 de 1993 -actual artículo 413, no 283 como afirma el demandante-. resulta necesario acatar el trámite establecido en el artículo 414 de la ley 600 de 2000, el cual no se ha llevado a efecto en este caso, incluso porque ni siquiera se sabe de la existencia de un acuerdo previo entre el Fiscal General de la Nación o su delegado y el procesado.

6. Casación oficiosa.

Si bien habrá de desestimarse la demanda de casación presentada por el defensor, siendo ostensible que la sentencia del Tribunal atenta contra las garantías fundamentales del procesado, como quiera que al incurrir en errores en la dosificación de la sanción en detrimento de sus intereses quebrantó el principio de la legalidad de las penas, la Sala casará parcialmente el fallo de segundo grado y dictará el de reemplazo.

Para ello, como corresponde, realizará la tarea de dosificar nuevamente la sanción, atendiendo a los parámetros legales.

6.1. No existe discusión en este caso en que al cotejar los fundamentos para la individualización de la pena contenidos en el artículo 61 del código penal de 2000 y los criterios para fijarla señalados en el mismo canon del decreto 100 de 1980, resulta más favorable aquel precepto, como quiera que ante la ausencia de circunstancias genéricas de agravación el código actual reduce la discrecionalidad del juez al limitar el margen de movilidad al primer cuarto o cuarto mínimo.

6.2. De los dos delitos que fueron imputados al procesado, el de peculado por apropiación establece la sanción más grave, si se toma en cuenta que tanto en la anterior como en la actual legislación tiene prevista una pena mínima de seis (6) años.

De allí que para efectos de fijar los límites dentro de los cuales se ha de mover la Sala por razón de esta ilicitud se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 133 del anterior código penal, el cual contempla prisión de 6 a 15 años, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa equivalente al valor de lo apropiado.

El actual artículo 397 prevé iguales sanciones de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; y aunque limita la multa en un máximo de 50.000 salarios legales mensuales vigentes, ello no tiene ninguna incidencia para el caso como quiera que el valor de lo apropiado no supera ese valor.

Pues bien, de conformidad con el inciso 3º del citado artículo 133, actual inciso 2º del artículo 397, si lo apropiado supera, como en este caso, un valor de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena se aumentará hasta la mitad, lo cual significa, siguiendo la regla establecida en el numeral 2º del artículo 60 del código penal, que en este caso la pena de prisión oscila en principio entre 72 meses (ó 6 años) y 270 meses (ó 22 años y medio) de prisión.

En tanto el procesado responde a título de cómplice, en aplicación del artículo 24 del

anterior código penal, actual inciso 2º del artículo 30, en armonía con el artículo 60, numeral 5, de la ley 599 de 2000, esa pena se disminuye de una sexta parte a la mitad, con lo cual el límite mínimo se reduce a 36 meses y el máximo a 225 meses.

Al dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, resultan los siguientes:

- Un cuarto mínimo: 36 meses a 83 meses y 7 días;
- Primer cuarto medio: 83 meses y 8 días a 130 meses y 15 días;
- Segundo cuarto medio: 130 meses y 16 días a 177 meses y 22 días;
- Cuarto máximo: 177 meses y 23 días a 225 meses.

Como no se dedujeron en el pliego de cargo circunstancias genéricas de mayor punibilidad, la pena para el delito de peculado se debe ubicar en el primer cuarto o cuarto mínimo, esto es entre 36 meses y 83 meses y 7 días.

Para la Sala la magnitud del injusto, pues no debe olvidarse que se trató de un comportamiento que puso en tela de juicio la moralidad y transparencia que deben regir los actos de la administración pública y su relación con los particulares; el mayor grado de eficacia en la contribución que prestó el procesado al figurar como contratista para permitir la exacción de una apreciable suma de dinero; y, por supuesto, criterios de prevención general, como quiera que la ausencia de una reacción enérgica frente a la gravedad de las conductas que se le imputan conllevaría a la pérdida de confianza en el ordenamiento jurídico por parte de la comunidad; justifican que la pena no sea la mínima establecida para ese primer cuarto, sino de 72 meses.

Por lo que hace a la multa, lo apropiado corresponde a la suma de \$225.725.000.00, valor del cual deberá partirse para fijar el monto que corresponde por el delito de

peculado. Y, como pena que es, debe sufrir los aumentos y rebajas que corresponden de acuerdo a la ley, lo que significa que si el inciso 3º del artículo 133 del anterior estatuto punitivo –actual 397, inciso 2º, establece un aumento de “hasta en la mitad” cuando el valor de lo apropiado supere los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la multa a imponer debe oscilar entre el valor de la apropiación y el citado aumento que corresponde a \$338.587.500.00.

Por razón de la complicidad ese marco se disminuye de una sexta parte a la mitad, de lo que resulta que el límite mínimo se reduce a \$112.862.500.00 y el máximo a \$282.156.250.00, límites dentro de los cuales debe moverse la Corte para señalar la multa que corresponde por el peculado antes de efectuar las reducciones procesales.

Para su determinación deben tenerse en cuenta los criterios establecidos en el artículo 46, inciso 2º, del anterior estatuto punitivo, norma vigente al momento de la comisión de los hechos. Para el caso, habrá de tenerse en cuenta básicamente la gravedad de la infracción, que este caso resulta indiscutible, y en general la situación económica del procesado, quien no reporta la propiedad de bienes y al momento de la indagatoria manifestó encontrarse sin trabajo y vivir en compañía de su madre, aparte de encontrarse actualmente en detención domiciliaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que la multa debe fijarse en la suma de \$120.000.000.00.

6.3. En relación con el delito de la celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, el artículo 146 del decreto ley 100 de 1980, con las modificaciones introducidas por el decreto 141 de 1980 y las leyes 80 de 1993 y 190 de 1995, resulta más favorable que el actual 410 de la ley 599 de 2000, en cuanto contempla penas menores de multa e interdicción de derechos y funciones públicas, aunque la pena de prisión sigue

siendo la misma.

El marco punitivo en orden a individualizar la pena de prisión oscila entre 4 y 12 años de prisión; el cual se reduce a 2 años el mínimo y 10 años el máximo por razón de la complicidad, ámbito de movilidad que al dividirse en cuartos conlleva a establecer un cuarto mínimo que oscila entre 2 y 4 años, equivalentes a 24 y 48 meses respectivamente.

Siguiendo los mismos criterios establecidos para la individualización de la pena en el delito de peculado, la pena de prisión para este delito queda fijada en 42 meses de prisión.

Por lo que hace a la multa prevista en el artículo 146 del anterior estatuto punitivo de 10 a 50 salarios mínimos mensuales, por razón de la complicidad ese marco se reduce a un mínimo de 5 y a un máximo de 41.7. Siguiendo los mismos criterios establecidos para la pena de multa en el peculado, ésta se fija en 12 salarios mínimos legales mensuales.

6.4. En tratándose de un concurso de conductas punibles, de conformidad con el artículo 31 del código penal -artículos 26 y 28 del anterior código- la pena de prisión establecida para el delito de peculado deberá ser “aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

De allí se sigue entonces que la pena de 72 meses fijada para el delito de peculado por apropiación debe aumentarse hasta en otro tanto, sin exceder de 114 meses que corresponde a la suma aritmética por las dos conductas.

Al efecto estima la Corte que ese otro tanto debe corresponder, básicamente por el número de conductas, -no se olvide que se trató a su vez de un concurso homogéneo- a 36 meses más, con lo cual la pena de prisión a imponer en definitiva queda en 108 meses.

Por lo que hace a la acumulación de las multas, tal como lo dispone el artículo 39,

numeral 4º, de la ley 599 de 2000, las fijadas para los dos delitos se sumarán, para lo cual debe anotarse que los 6.7 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año de 1996 corresponden a \$1.705.500.00 que sumados a \$120.000.000.00, dan un resultado de \$121.705.500.00, cantidad ésta que se impondrá como pena de multa al procesado.

6.5. El monto de las anteriores penas se reducirán por confesión y sentencia anticipada, tal como fue dispuesto por las instancias, en una sexta inicialmente y al residuo resultante en una tercera parte, con lo cual las penas que deberá cumplir el condenado son las siguientes:

- Sesenta (60) meses de prisión;

- Multa en cuantía de \$67.614.167.00;

- La misma duración de la pena de prisión tendrá la pena concurrente de interdicción de derechos y funciones públicas, al igual que la inhabilitación para el ejercicio del comercio que le impuso el juez de primer grado.

7. Advertido que la Corte casará oficiosamente la sentencia para individualizar la sanción acorde con los parámetros legales –que para el caso significa una reducción en la sanción impuesta por el ad quem-, ello obliga necesariamente a evaluar si la negativa del juzgador a suspender condicionalmente la ejecución de la pena y a sustituir la prisión intramuros por domiciliaria se ajusta a los requisitos establecidos por el ordenamiento o si, por el contrario, se amerita introducir los correctivos del caso.

7.1.. Dado el monto de la pena de prisión no es posible considerar en este caso la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como así lo determinaron las instancias en aplicación del artículo 63.1 del código penal.

7.2. En cuanto a la prisión domiciliaria, el Tribunal la negó con el argumento de que no

se cumplía en este caso el requisito objetivo previsto en el numeral 1º del artículo 38 de la ley 599 de 2000, aludiendo a que el peculado por apropiación tiene señalada pena de prisión superior a cinco (5) años.

Para el Sala el Tribunal yerra en la comprensión del citado precepto, como quiera que para tal efecto por “conducta punible” ha de entenderse aquella que ha sido realizada en específicas circunstancias y se encuentra recogida no sólo en el tipo básico sino también en los dispositivos amplificadores de éste que lo dotan de sentido y delimitan el ámbito de punibilidad.

En ese sentido no se entiende por qué no habría incluirse para establecer el quantum señalado en la norma la sanción, no sólo derivada de la circunstancia específica deducida en la formulación de cargos y acogida en la sentencia, sino también aquella establecida para la complicidad, que como se dejó visto reduce la pena mínima para el peculado por apropiación a 36 meses, con lo cual el procesado tendría la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria.

Si bien no referido a los dispositivos amplificadores del tipo, la Sala había adelantado su criterio sobre el punto en fallo de 11 de febrero de la presenta anualidad recaído en un caso donde el censor alegaba que para el efecto no se podía tener en cuenta las circunstancias específicas de agravación del hurto, en los siguientes términos:

“ 1) Estima la Sala que no es cierto que en este asunto, por tratarse de un delito de hurto calificado y agravado, el extremo punitivo para efectos de establecer el factor objetivo dispuesto por el legislador para otorgar la prisión domiciliaria sea de cuatro (4) años de prisión, pues si el numeral 1º del artículo 38 del estatuto penal exige ‘que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, no se advierte por qué no habría de incluirse para establecer el referido quantum la sanción derivada de las circunstancias de agravación

punitiva establecidas en el artículo 241 del mismo ordenamiento (subrayas fuera de texto).

En efecto, en la citada disposición se establece que ‘‘la pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de una sexta parte a la mitad si la conducta se cometiere...’. Por tanto, no hay duda que tales circunstancias agravantes contienen especificaciones circunstanciales y modales de la conducta punible, y en tal medida no puede afirmarse que son ‘una modalidad de comportamiento total y absolutamente independiente del tipo básico de hurto calificado, y por ende no puede acumularse ese concepto punitivo’, como lo señala la casacionista, pues lo cierto es que son parte integral del comportamiento susceptible de sanción (subrayas fuera de texto).

Además, tal como acertadamente lo destaca el Delegado, tan importantes son aquellas circunstancias que de acuerdo con lo establecido en el artículo 398 de la normativa procesal penal, su enunciación constituye requisito formal de la acusación, pues en ella se debe efectuar ‘la narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que las especifiquen’ (subrayas fuera de texto).

A su vez, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para tener en cuenta las circunstancias de agravación punitiva de la conducta en el fallo, tanto genéricas como específicas, es preciso que hayan sido deducidas en la resolución acusatoria, pues de lo contrario se quebrantaría, entre otros, el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, razón adicional para considerar que las referidas circunstancias de agravación hacen parte integral de la imputación al complementar el tipo objetivo, y en esa medida resulta imprescindible valorarlas al momento de establecer el límite punitivo establecido por el legislador para acceder a la prisión domiciliaria.

También encuentra la Sala que el artículo 170 del estatuto procesal penal, establece que en la redacción de la sentencia debe incluirse ‘la calificación jurídica de los hechos’, la

cual, de conformidad con lo anotado en precedencia, impone la indicación del correspondiente tipo penal junto con las circunstancias que lo especifiquen, razón adicional para demostrar que las circunstancias de agravación punitiva no son ajenas a la imputación o al tipo básico, como lo pretende la defensora.

Con base en lo expuesto, considera la Sala que carece de razón el argumento planteado por la demandante para conseguir la casación del fallo atacado, dado que, en este asunto la sentencia fue proferida 'por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley' es superior a cinco (5) años de prisión, pues se trata de un delito de hurto calificado (artículo 240 del estatuto penal) cuyo límite punitivo menor (48 meses) debe ser aumentado en una sexta (1/6) parte (8 meses) por la concurrencia de las circunstancias de agravación punitiva establecidas en los numerales 6º y 10º del artículo 241 del mismo ordenamiento, y además debe incrementarse en una tercera (1/3) parte (18 meses y 20 días) en razón de la cuantía, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 267 ejusdem, todo lo cual implica que la pena mínima para la conducta por la cual se procede es de setenta y cuatro (74) meses y veinte (20) días, esto es, de seis (6) años, dos (2) meses y veinte (20) días de prisión”2.

Siguiendo la misma postura puede decirse que, al igual que las circunstancias específicas que agravan la punibilidad, todas aquellas modalidades del comportamiento del procesado de la parte general que amplían la esfera de los tipos comunes de la parte especial, deben ser valoradas al momento de establecer el límite punitivo establecido para acceder a la prisión domiciliaria.

No sería equitativo que para tales efectos se tengan en cuenta exclusivamente las circunstancias agravantes específicas, pues al igual que éstas la complicidad, la tentativa, la ira e intenso dolor, entre otros dispositivos amplificadores, hacen parte de la figura delictiva, y no existe razón para ignorarlas al momento de entrar a considerar la posibilidad de sustituir la prisión intramuros por domiciliaria.

Además de lo anterior, no puede olvidarse que la prisión domiciliaria alude a la ejecución de la pena y ésta es una decisión que se ha tomado con la precisión de todas las circunstancias que rodean el hecho, razón de más para estimar que cuando la norma habla de conducta punible no excluye aquellas modalidades del comportamiento que amplían o reducen el ámbito de punibilidad.

Siendo ello así, no hay duda que en este caso el procesado reúne el requisito objetivo, pues la sentencia le ha sido impuesta por complicidad en los ilícitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que tienen señalada pena mínima inferior a cinco (5) años.

Por lo que se refiere al aspecto subjetivo, no hay duda para la Sala que el sentenciado no colocará en peligro a la comunidad y tampoco evadirá el cumplimiento de la pena. La ausencia de antecedentes y su actitud frente a este caso, al confesar los delitos y referir todas las circunstancias que rodearon los hechos, hablan por sí mismas de su real arrepentimiento y de su intención de no volver a incurrir en similares conductas.

Aparte de lo anterior, resulta claro que la exigibilidad en su caso resulta menor de quien lo indujo por la senda del delito, por lo que la reacción del estado debe ser proporcional a su participación.

En tales circunstancias, la ejecución de la pena privativa de la libertad deberá cumplirla el condenado en el lugar de su residencia, debiendo garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en el numeral 3º del artículo 38 con caución prendaria equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda presentada a nombre del procesado RUBÉN DARÍO URIBE BETANCOURT.
2. Casar parcialmente y de oficio la sentencia de segunda instancia, para declarar que RUBÉN DARÍO URIBE BETANCOURT queda condenado a las penas a las penas principales de sesenta (60) meses de prisión y multa en cuantía de \$67.614.167.00. Al mismo lapso de la pena principal de prisión se restringen la interdicción de derechos y funciones públicas y la inhabilitación para el ejercicio del comercio.
3. Revocar el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia impugnada, para conceder en su lugar la prisión domiciliaria al condenado previa la suscripción de diligencia en la que se comprometa a observar las obligaciones previstas en el artículo 38.3 del código penal, las cuales se garantizarán mediante la caución prendaria señalada en el punto 7 de las consideraciones.

En lo demás, el fallo impugnado no sufre ninguna modificación.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO O. PÉREZ PINZON

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 27/2004, Rad. 20642, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

2 Cfr. Radicación 20945, M.P. Marina Pulido de Barón.