

Proceso No 20421

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aprobado Acta N° 045

Bogotá, D. C., ocho (8) de junio de dos mil cinco (2005).

Examina la Sala, en sede de apelación, la sentencia fechada el 21 de noviembre de 2002, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca condenó al doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, Fiscal 33 Seccional de Leticia (Amazonas), por el delito de peculado culposo, imponiéndole una pena de 9 meses de arresto, multa equivalente a 17 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad.

Interpuesta y sustentada la impugnación por el defensor del procesado ante el mismo Tribunal, le corresponde a la Sala la decisión de segunda instancia, dado que la acusación se refiere a un delito que el funcionario judicial cometió en el ejercicio de sus funciones.

HECHOS

El Tribunal de Cundinamarca precisó los hechos que dieron lugar al proceso

penal en contra de JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA en los siguientes términos:

“Hacia las ocho de la mañana del 14 de enero de 1999, cuando el doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, para entonces Fiscal 33 Seccional de Leticia (Amazonas) y a la vez Coordinador de la Unidad de Fiscalía, llegó a su oficina, notó que la puerta de entrada a la misma se encontraba cerrada sin seguro, y al entrar a su despacho se percató de que el cajón superior izquierdo del escritorio estaba roto y que de él habían sido sustraídos 29.950 (Sic) dólares y una pistola, elementos que tenía allí guardados bajo llave”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 11 de enero de 1999, JOSÉ IGNACIO GÓMEZ ALZATE, arribó junto con ADONAI SALGUERO RODRÍGUEZ al aeropuerto de Leticia (Amazonas), decomisándoles la policía US \$29.950 dólares, suma de dinero cuya pérdida la denunció el primero de los citados, en horas de la mañana del 14 de enero siguiente. Momentos más tarde hizo lo propio el doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, señalando que las divisas habían sido entregadas a la Unidad de Fiscalía el 12 de enero, fecha en que los supuestos propietarios se presentaron ofreciendo allegar las pruebas sobre la licitud de la moneda incautada, por lo que el Coordinador de la Unidad los requirió para que obrarán con prontitud, dado que “era un peligro tener esa cantidad de dinero allí”, igualmente hizo referencia el funcionario acerca de la violencia ejercida en su escritorio para la sustracción del dinero y de una pistola vinculada a un proceso penal.

La investigación fue abierta por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá, ordenándose la vinculación mediante indagatoria del doctor JAIRO DANIEL VERGARA FONSECA (fl. 217, cd. 1).

En el sumario se practicó inspección judicial a la oficina donde despachaba el doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA como Fiscal 33 Seccional y Coordinador de la

Unidad, constatándose que se ejerció violencia únicamente en el escritorio del Coordinador de la Unidad, donde se encontraba el dinero y una pistola, no así en la puerta de acceso a la oficina.

El funcionario instructor inspeccionó los libros radicadores llevados en la Unidad de Fiscalía Seccional de Leticia, estableciendo que la pistola marca Taurus, calibre 3.80, sustraída del escritorio del fiscal FONSECA VERGARA, estaba vinculada al sumario 1414 (fl. 37, cd. 2), adelantado en contra de AUSTRIMALDO DA SILVA PÁEZ por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. La investigación se inició por la incautación que al imputado se le hizo de dos armas en diligencia de allanamiento practicada por la Fiscalía 33 Seccional, elementos que se dejaron a disposición de la Fiscalía en el DAS. El 11 de diciembre de 1995 fueron remitidas a la Fiscalía Regional por competencia, de donde regresaron al remitente el 25 de enero de 1996. Mediante oficio 2.086 del 26 de noviembre de 1997 se enviaron las Diligencias al Juzgado Penal del Circuito (Reparto) de Leticia, con resolución de acusación, proferida el 4 de noviembre de 1997.

La revisión de la causa permitió conocer que le fue asignada al Juzgado Primero Penal del Circuito de Leticia, bajo la radicación número 1231. Mediante providencia el 19 de enero de 1998 el Juzgado ordenó reclamar a la Fiscalía la remisión de los elementos vinculados al proceso (armas y munición), librándose para tales efectos el oficio 061 al doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA (fl. 48 y 75, cd. 2).

JOSÉ ANGEL MURCIA BERNAL, secretario de la Unidad de Fiscalías Seccionales de Leticia, señala que a las 2 y 20 P.M. del 12 de enero de 1999, la policía de la localidad llevó US 29.950 dólares, dinero del que se hizo cargo el Fiscal Coordinador. Aclara que, después de cometido el hurto se remitió el armamento que existía en la oficina al almacén de la policía, siendo el doctor FONSECA quien informó al juez verbalmente del envío de la otra pistola.

El Gerente del Banco de la República de Leticia, JAIRO CÓRDOBA PINTO, declaró que al tener conocimiento de la incautación de los dólares llamó al fiscal JAIRO FONSECA, sugiriéndole que podía llevar dichas divisas al Banco en custodia, respondiéndole que los propietarios le habían informado que llevarían rápidamente los documentos que acreditaban la compra. Informó el testigo que en anteriores oportunidades, concretamente el 9 de mayo de 1997, el fiscal FONSECA VERGARA, le había dejado en custodia US 179.780 dólares, agregando que en lo relacionado a la petición y entrega de dineros en custodia, el banco le da inmediatamente trámite (fl. 43 y 44, cd. 2).

JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA en la indagatoria admitió haber recibido US 29.950 dólares, los que dejó en una gaveta del escritorio con llave. Leído el informe de la SIPOLE consideró en principio que no existía prueba sobre ilícito alguno, por lo que procedió a exigir a los propietarios la presentación de las pruebas acerca de su procedencia, quienes trajeron algunos documentos sobre su condición de comerciantes más no los relacionados con la adquisición de las divisas incautadas. Insinúa en sus descargos que el delito pudo cometerlo alguno de sus empleados, al no haberse ejercido violencia en la puerta de entrada y la difícil situación económica de la empleada AMPARO DUARTE. Explica que el día que recibió el dinero no lo llevó al Banco porque a esa hora no había atención al público y, además, dado el análisis que hizo de los hechos vio viable entregarlos lo más pronto posible para restablecer el derecho a sus titulares. En cuanto a la pistola, afirma que en su poder no se encontraba, que el DAS devolvió el armamento que tenía en depósito porque administrativamente les prohibieron custodiarlas y la policía solamente les había recibido una parte. De otro lado, sostiene que, la SIJIN le informó acerca de un atentado que se estaba fraguando en su contra, por lo que acogiendo una sugerencia del secretario, eligió una pistola para tenerla en el cajón del escritorio para defenderse en un momento dado, arma que fue hurtada con los dólares. En cuando al hecho de no haberse remitido el armamento al juzgado, desconoce las razones, porque es asunto que compete a la secretaría de la fiscalía, por ser de su resorte el manejo de los

elementos, además ignoraba que el expediente había salido de la Unidad. Pregonar que su actuación no tiene relación con la pérdida de los elementos que dieron origen a la investigación penal en su contra.

La situación jurídica del inculcado se resolvió mediante resolución del 2 de octubre de 2000, en la que se le impuso medida de aseguramiento en la modalidad de conminación, como autor del delito de peculado culposo.

La calificación del mérito sumarial se produjo en la resolución fechada el 19 de septiembre de 2001, por medio de la cual, se acusó al procesado doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, como presunto autor responsable del delito de peculado culposo, descrito y sancionado en el artículo 137 del Código Penal de 1980, modificado por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, al haber faltado al deber objetivo de cuidado de dejar en depósito los dólares en el Banco de la República y haber omitido entregar la pistola a las autoridades encargadas de su custodia o al juez de la causa. Esta decisión fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema, mediante providencia del 26 de noviembre de 2001.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Ejecutoriada así la acusación y tramitada la etapa de juzgamiento, el 21 de noviembre de 2002, el Tribunal Superior de Cundinamarca, dictó sentencia de primera instancia, a través de la cual condenó al procesado doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA por los cargos aducidos en la resolución de acusación y cuya fundamentación puede resumirse de la siguiente manera:

Declaró la validez de la actuación, denegando la invalidación, sustentada por la defensa en el hecho de no haber podido controvertir la prueba al no intervenir en la práctica de las mismas.

No se encuentra sometida a duda la materialidad de la conducta culposa en la modalidad de peculado, ejecutada por JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, registrada mediante el informe del Departamento de Policía de Amazonas, que puso a disposición de la Coordinación de la Fiscalía de Leticia la suma de US 29.950 dólares y con la inspección judicial a los libros radicadores, constatándose que la pistola hurtada estaba vinculada al expediente 1414.

El Tribunal acepta las explicaciones del acusado en cuanto a que se vio en la necesidad de depositar los dineros en una gaveta de su escritorio el 12 de enero de 1999, pues dado el horario de atención al público, el Banco no despachaba al momento en que los recibió, pero lo que sí le reprocha es que a la primera hora hábil del 13 de enero no los entregara en custodia, no obstante ser consciente del riesgo que implicaba el tenerlos en el despacho, desatendiendo el ofrecimiento del Banco.

En cuanto al arma encontró el juzgador de primera instancia inaceptable que el procesado pretenda justificar su culpa en el hecho de que era el Secretario a quien le correspondía enviar los elementos del expediente, pues su condición de Coordinador lo imponía el deber de estar pendiente de los movimientos de los procesos, mas en el caso de armas vinculadas a los expedientes, el que en este caso había sido remitido al juez desde el 26 de noviembre de 1997.

La responsabilidad culposa se le atribuyó a JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA a título de culpa, negligencia respecto de los dólares y falta de diligencia al no remitir la pistola a quien correspondía su custodia, pues estas fueron las causas para la pérdida de tales elementos.

El procesado subjetivamente se representó la posibilidad de que ocurriera el hecho, por lo que el Tribunal halló procedente condenarlo por el delito de peculado culposo, prefiriendo aplicar el artículo 137 del C.P. de 1980, modificado por los artículos 18 y

32 de la Ley 190 de 1995, ante el artículo 400 de la Ley 599 de 2000, por favorabilidad,. Así las cosas, y, estimando que no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad y que el inculpatado no registra antecedentes, impuso el mínimo de la pena, el que incrementó en 3 meses por la gravedad de la conducta y la modalidad de su ejecución, pues siendo consciente del peligro y de su considerable valor, no ejerció el control y vigilancia debidos, facilitando el ilícito apoderamiento del arma y los dólares. En consecuencia, lo condenó a 9 meses de arresto, 17 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 9 meses de interdicción de derechos y funciones públicas, otorgándole la condena de ejecución condicional, exigiéndole una caución prenda por un salario mínimo legal y el cumplimiento de las obligaciones a que se refieren los artículos 63 y 65 del C.P.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Contra ese fallo, el defensor de JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA interpuso recurso de apelación con el propósito de que se revoque y en su lugar se le absuelva, pretensión que sustenta de la siguiente manera:

El delito de peculado culposo en relación con el arma no le es imputable a FONSECA VERGARA, porque no se trataba de un bien que se le hubiese confiado su administración, tenencia o custodia por razón o con ocasión de sus funciones, pues el inculpatado ignoraba la situación jurídica del arma y la omisión de su envío no le es atribuible, porque el sumario al cual estaba vinculada la pistola, lo adelantaba otra Fiscalía Seccional de Leticia, el arma estaba a cargo del fiscal instructor y el secretario JOSÉ ANGEL MURCIA BERNAL. Además, es evidente que el Fiscal 33 Seccional estaba amenazado de muerte, de ahí que se le hubiese asignado un escolta, personaje éste a quien el secretario le sugirió hacerle limpieza a la pistola para que el Fiscal la tuviera en su escritorio.

El Fiscal 33 Seccional realizó la acción de guardar adecuadamente los dólares y la pistola, en una gaveta de su escritorio, con las debidas seguridades, pues se trataba del Palacio de Justicia, que cuenta con vigilancia policial permanente diurna y nocturna, y cuyas puertas permanecen con llave. Para el impugnante, esta acción frente a la omisión imputada, hace que el comportamiento del procesado no sea culposo, solución que a su entender corresponde a la situación resuelta por la Corte en providencia del 18 de julio de 1996, pues obró con el criterio de que no estaban sometidos a riesgo de pérdida o extravío.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Aparece acreditado que JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA fue designado fiscal, mediante resolución 0999 de mayo 13 de 1996, proferida por el Fiscal General de la Nación, calidad que asumió, según se infiere del acta de posesión respectiva, teniéndose que para la época de los acontecimientos aquí juzgados ostentaba no solo el cargo de Fiscal 33 Seccional de Leticia, Amazonas, sino también, desempeñaba las funciones de Jefe de la Unidad de Fiscalías Seccionales Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito de Leticia, nombramiento hecho mediante resoluciones 046 y 187 de febrero 7 y septiembre 25 (fls 265 a 283, Cd. 1).

2. Para definir la relación funcional del fiscal JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA con los dólares y el arma extraviados de su oficina en la noche del 13 y el amanecer del 14 de enero de 1999, se debe hacer referencia a la razón por la cual, el procesado tenía en su poder tales elementos.

La Fiscalía 33 Seccional, a cargo de JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, incautó en diligencia de allanamiento a AUSTRIMALDO DA SILVA PÁEZ dos pistolas, las cuales quedaron en el DAS a su disposición. El asunto pasó a conocimiento de la Fiscalía

32 Seccional, despacho que lo remitió con resolución de acusación al Juzgado Primero Penal del Circuito de Leticia. La pistola Taurus, calibre 3.80, vinculada a la actuación en referencia, una vez fue entregada por al DAS a la fiscalía, permaneció en el escritorio del fiscal FONSECA VERGADA, de donde fue sustraída para la época de los hechos objeto de este proceso.

En cuando a los dólares, el Coordinador de la Unidad de Fiscalías, doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, no sometió a reparto la investigación relacionada con el informe que recibió de la SIPOL, dejándose a su disposición US 29.950 dólares, decomisados a ADONAI SALGUERO RODRÍGUEZ y JOSÉ IGNACIO GÓMEZ ALZATE, procediendo a adelantar las preliminares 2450, dinero que el funcionario guardó igualmente en el cajón de su escritorio con el arma referida en el acápite anterior.

Las situaciones fácticas descritas ponen en evidencia que los dólares y la pistola que desaparecieron la noche del 13 de enero de 1999 de la oficina de JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, los recibió éste en principio en su condición de fiscal instructor y fiscal coordinador, pues en el caso de las divisas, asumió el conocimiento de las diligencias, no las sometió a reparto, en tanto que su relación funcional con la pistola nace con la incautación que realizó en la diligencia de allanamiento, la que persistió hasta cuando ocurrió el suceso en su despacho, pues restituida el arma por el DAS, no la remitió al funcionario judicial a quien se le envió el expediente, sino que la conservó en su escrito.

Los dólares y el pistola llegaron materialmente a manos de FONSECA VERGARA en razón de sus funciones, quien en las circunstancias en que accedió a los dólares y el arma, tenía no solo la custodia jurídica, por lo acabado de explicar, sino también la custodia material de los citados elementos.

El secretario y demás empleados de la fiscalía tienen un deber general de

responder por los expedientes y los elementos incorporados a las diligencias, pero ese deber es específico en relación con el fiscal instructor y el fiscal coordinador, máxime como en este caso, que dichas funciones se encarnan en la misma persona que tuvo conocimiento en el cumplimiento de sus funciones de la vinculación de los dólares y la pistola a los referidos procesos. A este respecto, la Sala1

señaló, en providencia del 12 de junio de 2000:

“Pero si por razón misma de las circunstancias se ve compelido a entregar ese manejo físico al secretario, sigue obligado a la custodia material, la que hará efectiva con las medidas adecuadas de vigilancia y control.

“Ahora bien, esa custodia material no la puede confiar ni al secretario ni a ningún otro funcionario subalterno, ni aun en el evento de que tenga que encomendarles la tenencia y el manejo físico, pues en tal caso mantendrá y ejercerá tal cuidado, mediante los pertinentes actos de vigilancia y control. Si indebidamente abandona esa custodia material, es decir, se desentiende de la misma, la responsabilidad permanece radicada en el juez, independientemente de la que corresponda a aquél en quien se dejó.”

Por lo dicho, no es de recibo la disculpa del procesado cuando refiere que no tenía vinculación jurídica con el arma porque la instrucción estuvo a cargo de otro fiscal y le correspondía al secretario de la Unidad de Fiscalía haber enviado la pistola, pues esa custodia o vigilancia es indelegable, de ahí que en estos casos, como lo dispone el numeral 5° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señale que la incuria ajena no pueda servir de excusa a la propia.

El procesado en su condición de Coordinador o Jefe de la Unidad de Fiscalías y de Fiscal Instructor, en este caso concreto, por el conocimiento que sumió de las investigaciones y los deberes que debió cumplir, estaba legalmente obligado a velar por el resultado de las mismas y desde luego por la custodia y el destino final de los elementos

vinculados a los expedientes.

3. Cuando la infracción al deber de cuidado produce un resultado típico previsto, a pesar de que se haya confiado en evitarlo, o cuando por lo menos sea previsible, la conducta es culposa.

3.1. Los funcionarios judiciales en el cumplimiento de sus funciones deben “Responder por la conservación de los documentos, útiles, equipos, muebles, y bienes confiados a su guarda o administración y rendir oportunamente cuenta de su utilización”, vigilancia y custodia que llega hasta la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”, en otras palabras, responden hasta por la culpa o descuido levísimo de que trata el artículo el artículo 63 del Código Civil.

3.2. Normativamente, el doctor JAIRO DANIEL FONSECA, en su condición de Fiscal Jefe de Unidad, estaba en el deber de hacer seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones de las distintas unidades a su cargo, según lo disponía el artículo 20 del Decreto 2969 del 30 de noviembre de 1991, vigente para la época de los hechos.

El Fiscal 33 Seccional de Leticia, doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, desde el momento en que dejó de conocer de las diligencias preliminares iniciadas con la incautación de la pistola TAURUS número KKK65735, estaba en el deber de ponerla a disposición del Fiscal 32 Seccional que conoció del sumario o del Juez Primero Penal del Circuito de Leticia que asumió la causa luego de proferida la resolución de acusación, o de darle cumplimiento a lo establecido al artículo 95 del Decreto 2535 de 1993, esto es, de remitirla a las autoridades militares o de Policía Nacional para su custodia, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la incautación, hecho éste

último que en este caso se produjo en noviembre de 1995.

El Fiscal 33 Seccional de Leticia, en relación con los US 29.950 dólares, debió proceder como en anteriores oportunidades lo había hecho, esto es, ha debido consignarlos a órdenes del Banco de la República, en la primera hora hábil del 13 de enero de 1999, omisión respecto de la cual no se aportó al expediente razón atendible que lo exonere de la responsabilidad derivada de ese hecho.

3.4. El fiscal, dada la suma considerable de dólares decomisados, advirtió a sus propietarios del peligro que representaba el guardarlos en la oficina, situación sobre la que su compañero, el Fiscal 32 Seccional, lo alertó haciéndole sugerencias para que las medidas que adoptara ofrecieran mayor seguridad. De otra parte, sobre los medios y la posibilidad de superar ese riesgo, el Gerente del Banco de la República telefónicamente le ofreció los servicios de la entidad para recibir las divisas en custodia, y, a pesar de ello, sin que contara con elementos adecuados de seguridad, como una caja fuerte, los dejó en el cajón del escritorio con llave.

JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA conocía la reglamentación existente en relación con las armas de fuego, de su vinculación a un proceso judicial, y no obstante ello, se abstuvo de adelantar gestiones para que el arma estuviese a disposición del funcionario judicial de conocimiento ni de las autoridades militares o de policía correspondientes, omisión que facilitó su extravío el 13 de enero de 1999.

El fiscal procesado, deliberadamente dejó el arma en el cajón de su escritorio, no obstante ser conocedor de las circunstancias referidas en el párrafo anterior y de haber sido requerido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Leticia, mediante oficio 061 del 19 de febrero de 1998, para que hiciera entrega de las armas y la munición vinculada al expediente 1414.

3.5. Este marco de los hechos y circunstancias, que en su conjunto

antecedieron a la pérdida de la pistola y los dólares, demuestran cómo se constituyeron en causa de su desaparición, pues generaron el peligro en que quedaron para que fácilmente se extraviaran, evidenciándose así la conducta culposa; pues no solamente se incumplieron los reglamentos que regulaban el comportamiento del funcionario en la custodia de armas y divisas, sino que no se tomaron las medidas de protección requeridas para no correr el riesgo de su pérdida, la que se previó, según testimonio expreso del acusado, además de haber confesado su imprudencia, en razón a que en anterior oportunidad, de la oficina se sustrajeron un reloj Rolex, razón por la cual, ante lo evidente de la inseguridad, al funcionario no le era dable confiar razonablemente que se podía evitar el resultado típico a través de un medio del que obviamente se podía inferir que no ofrecía seguridad adecuada.

3.6. No cabe duda acerca del deber funcional de guarda y control de la pistola y los US 29.950 dólares a cargo del Fiscal 33 Seccional de Leticia y Coordinador de la Unidad de Fiscalía, doctor JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, funcionario que con su comportamiento, en los términos referidos, puso en riesgo no tolerado jurídicamente a dichos elementos y que como consecuencia de ello se produjo el resultado que previó y que confió imprudentemente en evitarlo, dejándolo en un sitio que no reunía las condiciones de seguridad que la situación ameritaba, de la cual fue advertido.

En este caso el deber de cuidado inobservado se concreta en el desconocimiento de las normas inherentes a la actividad que debió desplegar el fiscal en el cumplimiento de sus funciones, las cuales le son atribuibles, dado el marco en el que los hechos se ejecutaron y del cual se dio cuenta anteriormente

4. No es demostrativo de un actuar diligente que el funcionario instructor se limite al cumplimiento meramente formal de sus deberes en el expediente, porque si bien constituyen actos propios de su función, ninguno de ellos suple el deber de custodiar los elementos vinculados a la actuación, en este caso, la pistola y los dólares, los cuales

permanecieron bajo su custodia.

De otra parte, debe precisarse, que para efectos de la responsabilidad penal que se le atribuye en los hechos al fiscal JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, carece de incidencia la forma como desapareció del despacho la pistola y los dólares y el autor de ese hecho, pues fue la incuria en este caso injustificada con la que procedió el Fiscal, la determinante de la imputación culposa del peculado, pues optó por guardar los elementos en una gaveta de su escritorio, no obstante los antecedentes conocidos respecto a la pérdida en ese lugar de otros elementos de valor considerable.

En este caso al fiscal no le era dable esperar que no se produjera el resultado típico, porque era sabedor que con anterioridad se había sustraído de la oficina una reloj de significativo valor, hecho que generó la correspondiente investigación, luego en estas condiciones, mantener el arma junto a los dólares se convertía en un riesgo no tolerado, existiendo razones atendibles para esperar que podía repetirse el antecedente de su conocimiento, de modo que se desobedeció el deber de atención de las circunstancias que debió estimar para acatar la norma de un mayor cuidado en la custodia de los elementos que dieron origen a este proceso penal, norma que tuvo la oportunidad, posibilidad y medios para observarla.

Dado que el peligro que se cernía sobre los dólares y el arma era evitable, no queda duda sobre el actuar negligente del fiscal JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA.

5. Lo resuelto por la Sala en la sentencia del 18 de julio de 1996, no resulta aplicable a la situación de JAIRO DANIEL FONSECA VERGARA, como lo reclama el impugnante, por cuanto que en la providencia en mención, se exoneró de responsabilidad a la inculpada por no haberse establecido el nexo causal entre el resultado típico y la conducta de la procesada, situación ésta que como se registró anteriormente, no se presenta en el sub judice, en el que el proceder imprudente del

fiscal fue el determinante del extravío de los dólares y la pistola.

6. El peculado culposo, de que trata el artículo 137 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, está previsto 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 e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años”.

El artículo 400 de la Ley 599 de 2000, que sustituyó las disposiciones referidas, estableció para el peculado culposo de 1 a 3 años de prisión, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas “por el mismo término señalado”.

El Tribunal condenó aplicando en su integridad el artículo 137 del Decreto 100 de 1980, modificado por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, bajo el entendimiento de que el artículo 400 de la Ley 599 de 2000 resultaba más gravoso para la situación jurídica del inculpado.

Pues bien, no hay lugar a dudas de que la Ley 599 de 2000 eliminó la pena de arresto como principal para las conductas punibles descritas en la parte especial, modificación cuyo alcance precisó la Sala2

, con ponencia de quien ahora cumple iguales funciones en esta providencia, en los siguientes términos:

“el legislador sí introdujo un notorio cambio, no solo en la cantidad sino también en la calidad de la sanción privativa de la libertad, pues, desde luego, no puede ser asimilable una pena de arresto a una de prisión. En estas circunstancias, la ley nueva es desfavorable y por tanto, no aplicable a la conducta objeto de juzgamiento”.

En consecuencia, no siendo posible imponer la pena de prisión prevista en la Ley 599 de 2000 por resultar más gravosa a la situación jurídica del procesado y a su vez resultando improcedente la pena de arresto por haber desaparecido del ordenamiento jurídico penal en los términos indicados anteriormente, lo ajustado a derecho, por favorabilidad, es la no imposición de pena privativa de la libertad en este caso.

En consecuencia debe oficiosamente modificarse la sentencia recurrida para ajustarla a la legalidad de la pena, en el sentido acabado de indicar, esto es, porque reconocida la responsabilidad penal del procesado, la pena a imponerle no puede ser distinta a la pecuniaria y a la inhabilitación de derechos y funciones públicas que regía para el peculado culposo, en la época en que fue cometido el ilícito, por lo que respecto de estos dos últimos tópicos se mantendrán los impuestos en los fallos de instancia.

Esta decisión queda en firme en el momento de suscribirse por los Magistrados que integran la Sala y contra ella no procede recurso alguno.

Atendidas las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Confirmar la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2002 por el Tribunal de Cundinamarca, modificando el numeral segundo de la parte resolutive, en el sentido de

fijar únicamente como pena principal la multa e inhabilitación de derechos y funciones públicas, conforme fue impuesta en el fallo impugnado y como consecuencia de ello, revocar el numeral cuarto del citado capítulo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
CASTELLANOS

HERMAN GALÁN

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 C.S.J., Sala de Casación Penal, Sent. del 12-06, Rdo. 11.541, M. P. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA.

2 Cfr. Rdo. 20.946, Sent. del 13-08-03, Mg. HERMAN Galán Castellanos.