

Proceso No 23132

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADOS PONENTES

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

APROBADO ACTA N° 043

Bogotá, D. C., primero (1) de junio del dos mil cinco (2005).

VISTOS

Mediante sentencia del 24 de febrero del 2004, el Juzgado 3° Penal del Circuito de Neiva, condenó a los señores Patricia Martínez Borrero y Reynel Gutiérrez Arias como autores del delito de peculado culposo, a las penas principales de 6 meses de prisión, multa de \$1.720.050 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión.

Apelada la decisión por los defensores de los procesados, fue confirmada por el Tribunal Superior de Neiva el 30 de junio del mismo año.

Los defensores acudieron a la casación y en decisión del 9 de febrero del 2005 la Corte Suprema de Justicia inadmitió las demandas presentadas, pero advirtió la vulneración del principio de favorabilidad en la imposición de la sanción penal, por lo que dispuso correr traslado al Ministerio Público con el fin de que se pronunciara sobre ese punto.

Recibido el concepto, la Sala decide.

## HECHOS

El 31 de enero de 1997, los señores Reynel Gutiérrez Arias y Patricia Martínez Borrero, en su orden Alcalde y Tesorera de Rivera (Huila), con dineros del municipio constituyeron un certificado de depósito a término fijo (CDAT), por la suma de \$30.000.000, en la Cooperativa Multiactiva Sur Andina Huila Limitada, entidad que no contaba con la autorización del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (DANCOOP) para ejercer actividades financieras, esto es, que no podía recibir recursos de terceros. El dinero no fue recuperado, a causa de la iliquidez de la firma captadora.

## ACTUACIÓN PROCESAL

Adelantada la investigación, el 25 de mayo del 2000 se profirió resolución de acusación contra los procesados, como coautores del delito de peculado culposo.

El agente del Ministerio Público manifestó que apelaba la decisión pero no sustentó el recurso dentro del término legal, razón por la cual fue declarado desierto el 23 de mayo del 2000.

Remitido el expediente a los Juzgados Penales del Circuito de Neiva, se profirieron los fallos reseñados.

## EL MINISTERIO PÚBLICO

Inicialmente solicita la declaratoria de nulidad del trámite de traslado al Ministerio Público, porque el concepto obligatorio que debe emitir está supeditado a la admisión de la demanda, como lo dispone el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal, norma que no acepta interpretación diversa.

No discute la flexibilidad que le ha dado la Corte al recurso de casación y la competencia que se arroga en desarrollo de la Constitución Política, pero se muestra en desacuerdo con la variación al procedimiento establecido.

A renglón seguido emite el concepto solicitado en la decisión del 9 de febrero del presente año.

Señala la Señora Procuradora que el delito de peculado culposo tenía previsto en la normatividad vigente a la fecha de los hechos, Decreto 100 de 1980, las penas principales de arresto de 6 meses a 2 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años. Luego, en la ley 599 de 2000 se fijó una pena de 1 a 3 años de prisión, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

En el presente asunto el sentenciador consideró que por favorabilidad debía dar aplicación al artículo 137 derogado que consagraba una sanción menos drástica y señaló que como la pena de arresto había sido suprimida en la actual legislación, le imponía 6 meses de prisión.

Considera que dentro de las penas privativas de la libertad, la pena de arresto siempre se consideró de menor gravedad. Así las cosas, ninguna de las dos penas podía ser aplicada, la una por ser más grave, la prisión, la otra, arresto, por haber sido suprimida del ordenamiento.

Cita jurisprudencia de la Sala que se ocupa del tema de la pena de arresto y con fundamento en lo expuesto en ella concluye que se vulneró el principio de favorabilidad. Por ello, la Corte debe remediar el yerro para preservar las garantías fundamentales y revocar la sanción privativa de la libertad.

Las penas de multa e interdicción de derechos y funciones públicas no deben ser modificadas pues ambas permanecen en la actual legislación.

## CONSIDERACIONES

Sobre la nulidad.

La Corte ya tuvo oportunidad de manifestarse en decisión del 20 de octubre del 2004, radicado 21302, ante petición similar del Ministerio Público. Allí expuso sus razones, suficientemente conocidas por la entidad de control. Ahora, insiste en los planteamientos allí explicados. Por tanto, no es procedente la declaratoria de nulidad.

Sobre el fondo del asunto.

El Juzgado 3° Penal del Circuito de Neiva, en la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal Superior de Neiva, expresó:

“Al haber desconocido Reynel Hernández Arteaga y Patricia Martínez Borrero la prohibición contenida en el artículo 137 del C. Penal de 1980, vigente por la época de los hechos y que punía el delito de peculado culposo, en forma menos drástica a como lo hace el art. 400 del Código penal en vigor, -luego por favorabilidad se aplicará aquella norma -, son merecedores a arresto de 6 meses a 2 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de los hechos (\$172.005.00), e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años.

...

Luego las sanciones principales a irrogar serán: seis (6) meses de prisión, pues el legislador de 2000 suprimió el arresto; multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes en 1997, es decir, un millón setecientos veinte mil cincuenta

pesos (\$1.720.050.00); e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la prisión impuesta”.

De este modo, con la pretendida aplicación del principio de favorabilidad a los procesados, se les impuso una pena privativa de la libertad que no estaba contemplada en el tipo penal que les fue atribuido y que, en consecuencia, resultaba lesiva del principio de legalidad y mucho más gravosa.

Como acertadamente se expresó en la providencia, la pena de arresto fue suprimida por el legislador para este tipo penal, de manera que no podía ser aplicada en el caso que se analiza. Pero tal situación no autorizaba a que se impusiera la pena de prisión, por no estar expresamente consagrada para el delito en el momento en que tuvieron ocurrencia los hechos. Como es obvio, aplicarla retroactivamente vulnera la garantía fundamental.

No era posible, entonces, acudir a la prisión actualmente vigente para el peculado culposo, así se hubiera impuesto por un término menor al mínimo que actualmente porta la prisión (6 meses en vez de un año).

Sobre este tema, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones<sup>1</sup>

. En la primera de ellas dijo:

“7. De otro extremo, debe señalarse con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), la pena a imponer para el delito de peculado culposo es la de 1 a 3 años de prisión, multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo tiempo.

Las variaciones que el legislador introdujo evidentemente resultan desfavorables al

procesado, a quien el fallador de instancia le impuso la pena de seis (6) meses de arresto e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y multa por el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, según lo establecía la anterior codificación.

Resulta necesario precisar que ante la eliminación de la pena de arresto para los delitos contenidos en la parte especial del actual estatuto punitivo, no hay lugar a imponer pena privativa de la libertad porque, en virtud del principio de favorabilidad, no es posible aplicar una pena que no está contenida en la norma que describe y sanciona la conducta respectiva, ni tampoco la contenida en el actual Código Penal no solo porque resultaría evidentemente más gravosa que la dispuesta en la legislación derogada, sino porque solo puede ser aplicada a delitos cometidos dentro de su vigencia”.

En el expediente que examina la Sala, era menester, entonces, exonerar a los procesados de la pena privativa de la libertad y fijar como sanciones principales exclusivamente la multa, en la suma estimada, y la interdicción de derechos y funciones públicas por seis (6) meses.

La Corte, por tanto, casará oficiosamente la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Neiva y fijará la sanción que corresponde.

Con base en lo explicado, a Reynel Gutiérrez Arias y Patricia Martínez Borrero, se les impondrá las penas de multa, en cuantía de \$1.720.050, y de interdicción de derechos y funciones públicas, durante seis (6) meses.

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

RESUELVE

1. No declarar la nulidad de lo actuado.

2. Casar oficiosamente la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, para revocar la pena privativa de la libertad individualizada, y fijar en forma definitiva a Reynel Gutiérrez Arias y Patricia Martínez Borrero las penas de multa por valor de \$1.720.050 y la interdicción de derechos y funciones públicas por seis (6) meses.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Comisión de servicio

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

Salvamento parcial de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

(Casación No. 23.132)

He salvado el voto porque la Corte ha debido declarar la nulidad de lo actuado y entrar a definir directamente lo relacionado con la vulneración de derechos fundamentales, sin necesidad de traslado al Ministerio Público.

Las razones del pensamiento del suscrito aparecen ya en el expediente, en los folios 14 y 15 del cuaderno de la Corte.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

25. 7. 2005.

1 Decisiones del 21 de enero del 2004, Rad. 17012; 17 de septiembre del 2003, Rad. 19398; 16 de febrero del 2005, Rad. 21174.