

Proceso No 23272

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 154

Bogotá, D.C, veintisiete de agosto de dos mil siete.

V I S T O S

Resuelve la Corte la acción de revisión promovida contra la sentencia del 2 de junio de 2004, mediante la cual esta Corte Suprema de Justicia condenó al ex congresista ALBINO GARCÍA FERNÁNDEZ a las penas principales de diecinueve (19) meses de prisión y multa de \$60.000 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y enriquecimiento ilícito.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La síntesis que de los hechos fue hecha en la sentencia demandada es del siguiente tenor:

“El Fiscal 262 de la Unidad Móvil de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, quien adelantaba una averiguación contra varios servidores públicos por delitos contra la administración pública, mediante Resolución del 21 de enero de 1994, dispuso la

expedición de copias para que se investigara al congresista Albino García Fernández, por razón del destino que se dio a unos auxilios educativos provenientes del Presupuesto Nacional y gestionados por él para la vigencia fiscal de 1991, en su condición de Representante a la Cámara.

“De otra parte, a esta actuación se unificó el diligenciamiento radicado bajo el número 9612 que cursaba en esta Corporación, el cual tuvo como génesis un informe rendido por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se puso en conocimiento de la Corte que el procesado García Fernández presentó, para los años de 1990 y 1991, un incremento patrimonial y un movimiento en sus cuentas bancarias no justificado.

“Mediante providencia del 2 de marzo de 1995, la Sala consideró que el incremento patrimonial no justificado podría tener como fuente los llamados auxilios educativos que el procesado gestionó, para esa época, en su calidad de Representante a la Cámara, razón por la cual dispuso la mencionada unificación”.

Por tales hechos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió resolución de acusación el 21 de mayo de 1999 contra el doctor ALBINO GARCÍA FERNÁNDEZ, por los delitos de peculado por apropiación y enriquecimiento ilícito, previstos en los artículos 19, inciso 2°, de la ley 190 de 1995 (norma que dijo era más favorable que el artículo 133 del Código Penal vigente para la época de los hechos) y 148 del Decreto 100 de 1980.

Contra algunas decisiones tomadas en la providencia calificatoria, el defensor de GARCÍA FERNÁNDEZ interpuso recurso de reposición, el cual fue despachado negativamente en proveído del 22 de junio de 1999, el cual surtió su ejecutoria el 14 de julio siguiente.

Se advierte que en la sentencia condenatoria la Corte declaró que la cuantía del peculado ascendió a la suma de \$1.278.000, y que el proceso de apropiación se culminó en el mes de enero de 1992.

LA DEMANDA

La acción de revisión presentada por el defensor del condenado ALBINO GARCÍA FERNÁNDEZ se promueve al amparo de la causal 2ª del artículo 220 de la ley 600 de 2000, por considerar que el fallo demandado no podía proferirse en relación con el delito de peculado por apropiación por encontrarse prescrita la acción penal respecto de este hecho punible, fenómeno que dice se operó en la instrucción, con base en las siguientes razones:

Aunque en la sentencia se dijo que la consumación del delito de peculado se extendió hasta el mes de enero de 1992, lo cierto es que el doctor GARCÍA FERNÁNDEZ ejerció la representación en la Cámara hasta el 30 de noviembre de 1991, fecha hasta la cual se le podía endilgar comportamiento como servidor público, pues para los meses de diciembre y enero siguientes era particular y, por tanto, carecía de la calidad necesaria para atribuírsele un tipo penal que exige sujeto activo cualificado.

Por lo tanto, en relación con el delito de peculado por apropiación, se tiene que desde el 30 de noviembre de 1991 hasta el 14 de julio de 1999, fecha en que quedó ejecutoriada la resolución acusatoria, transcurrieron 7 años, 7 meses y 14 días.

Recuerda que en orden a la aplicación de la ley más favorable al procesado, habida cuenta que rigieron tres legislaciones en el trámite procesal, la Sala concluyó que lo era la Ley 190 de 1995, por cuanto el inciso segundo del artículo 19 establecía para este delito una “circunstancia específica de menor punibilidad” que reducía la pena de la mitad a las tres cuartas partes si el valor de lo apropiado no superaba los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en este caso el valor de lo apropiado fue

muy inferior a ese límite.

No obstante, agrega, la aplicación del inciso 2º del artículo 19 de la Ley 190 de 1995 se hizo en relación con el inciso 1º de la misma norma, lo cual conllevó a que se tomara la norma más grave, por cuanto el inciso tomado como referente establece pena de 6 a 15 años, mientras que el inciso 1º del artículo 133 del decreto 100 de 1980, establecía una pena básica para el delito de peculado de 2 a 10 años, norma que se dejó de aplicar sin explicación alguna, apartándose la Corte de la interpretación que sobre el principio de favorabilidad adoptó a partir del fallo del 3 de septiembre de 2001.

La pena básica señalada en el citado inciso 1º del artículo 133 del decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 2º de la Ley 43 de 1982 -2 a 10 años de prisión-, con la reducción del inciso 2º del artículo 19 de la Ley 190 de 1995 (3/4 partes a la 1/2), fijaba un marco legal que oscilaba entre 6 meses y 5 años.

Después de hacer un recuento jurisprudencial de la posición asumida por esta Sala a partir del citado fallo del 3 de septiembre de 2001 en relación con la aplicación de la favorabilidad, reiterada, entre otras, en las decisiones del 11 de marzo de 2003, radicado No. 16.188, 8 de julio de 2004, radicado No. 20.437, 19 de agosto de 2004, radicado No. 20.225, 6 de octubre de 2004, radicado No. 19.945 y 25 de febrero de 2004, radicado No. 21.766, concluye que aunque la Corte admite la posibilidad de tomar penas de uno y otro estatuto, para que se impongan de cada uno las sanciones más favorables, se requiere que esa aplicación normativa no desconozca la identidad, la estructura, el contenido y el sentido y alcance del 'instituto jurídico' que en el caso concreto y debidamente particularizado se pretende aplicar, es decir, que la normatividad en cuestión sea precisa, o que el beneficio sea nítido, que no se trate de una simple probabilidad o expectativa.

En este caso, sostiene, el instituto o fenómeno en cuestión es el de la pena privativa de la libertad que como pena principal se establece para el delito de peculado por apropiación. Por lo tanto, se trata de establecer la identidad de las normas en colisión, es decir, las previstas en los artículos 133 del decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 2º de la ley 43 de 1982, el artículo 19 de la ley 190 de 1995 y en el artículo 397 de la ley 599 de 2000.

Su identidad, agrega, está dada por la naturaleza misma del fenómeno allí contenido, es decir, que se trata de penas y para el evento de la privativa de la libertad, que sólo puede comprenderse con ese carácter, bajo la calidad de prisión, y como pena principal, pues la identidad no es nada distinto que lo que identifica algo, lo que hace que sea eso y nada diverso.

Resalta que como quiera que en punto de la técnica legislativa utilizada frente al delito de peculado, se recurre a establecer circunstancias específicas de agravación y atenuación punitiva, resulta obligatorio tener presente que éstas se integran con el tipo básico, en la medida en que la prohibición básica permanece, “circunstanciándose en aquellos casos expresamente previstos por la ley, bien para agravar o ya para atenuar la pena, constituyendo, entonces, la pena dispuesta por el tipo básico y la correspondiente circunstancia de agravación o atenuación, el marco legal de la pena”.

Pero ello no significa, según el demandante, que necesariamente la pena del tipo básico aún siendo más gravosa que la prevista en la norma en conflicto para efectos de la favorabilidad deba aplicarse porque la disminución que prevé la atenuante sea más benigna, pues si todo concierne al mismo instituto que es la pena principal, individualizable entre la pluralidad de las establecidas por la ley para el mismo delito, como sucede en el peculado, es evidente que corresponde establecer primero cuál de las normas potencialmente aplicables resulta más favorable para cada una de las penas respecto

del tipo básico, y acto seguido, confrontar lo relativo a las circunstancias específicas de agravación y atenuación, pudiéndose presentar diversas hipótesis:

O las leyes en cuestión las reconocen, pero cada una con un incremento o disminución, según el caso, distinto cuantitativamente, evento en el cual, habría de escoger la más favorable; o una de esas leyes la consagra y la otra u otras no, caso en el cual si se trata de una circunstancia de agravación no se aplicará la que la prevé, pero si es de atenuación punitiva, el marco legal punitivo se integrará con la que la establece, aplicándose a la pena más benigna que establezca el tipo básico, que es lo que aquí sucede, pues, de no ser así, de una parte, se estará restringiendo la aplicación del mandato constitucional de favorabilidad penal que no establece restricción alguna y desconociendo el mandato del inciso 2º del artículo 6º del Código Penal que dispone su aplicación “sin excepción alguna”, criterio que acertadamente ha entendido la Corte en el sentido de que en aquellos casos en los cuales las leyes que entran en conflicto prevén varias penas, se impone comparar cada una de ellas, con independencia de la ley, código o artículo que las consagre.

Agrega que en cuanto a la estructura de la norma se refiere, el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica se cumple a cabalidad, ya que lo que importa es que estos dos elementos que la integran concurren, sin que interese que vía de la favorabilidad, corresponda cada uno a leyes formalmente entendidas como distintas, pues en cuanto a la pena se refiere, se impone tomar la más favorable y esta, desde luego, es la consecuencia jurídica del supuesto de hecho previsto en la otra ley, teniéndose en cuenta que esa pena de ser múltiple, cada una se deberá individualizar, para aplicar la de la ley que resulta más benigna, integrándose la pena básica más favorable con la circunstancia agravante y atenuante punitivamente más benignas.

Es por ello que en este caso, dice, al aplicarse la pena prevista en el inciso 1º del artículo 133 del decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 2º de la ley 43 de 1982,

disminuida por la atenuante regulada en el inciso 2º del artículo 19 de la Ley 190 de 1995, se conserva la estructura de la norma penal.

Respecto del contenido de la norma, agrega, como este se refiere a la prohibición típica en cuanto al supuesto de hecho y al carácter de la pena, esto es, si es principal o accesoria, a su calidad, si es de prisión o de arresto, y a su cantidad, se tiene que bajo dicha integración legal, se conserva, pues sigue siendo principal, sigue siendo prisión y en su quantum, es el que corresponde en virtud del principio de favorabilidad, no como una probabilidad, sino como un hecho jurídico cierto, que cumple con dichas connotaciones.

Finalmente, en cuanto se refiere a su sentido y alcance, para el demandante es evidente que no resultan en ninguna forma desconocidos, ya que de lo que se trata es de que a quien infrinja la ley penal, en este caso por el delito de peculado por apropiación, sea sujeto de una pena privativa de la libertad, de prisión, y ello se cumple, debiéndose tener presente que el hecho de que por la aplicación del principio de favorabilidad, en su cantidad sea inferior a la establecida en alguna o algunas de las leyes en conflicto, en ninguna forma está indicando el desconocimiento de los fines ni de la política penal del Estado, ni de los fines político-criminales ni de los fines de la pena propiamente dichos, sino que se conservan dentro de esos límites y en el contexto y teleología que ha reconocido previamente el Estado en la [Constitución política](#) y en la ley.

Por ello, agrega, no podría afirmarse como argumento en contra que cuando el legislador de 1995 dispuso en el inciso 2º del artículo 19 de la ley 190 la circunstancia específica de atenuación punitiva respecto del peculado por apropiación cuando su cuantía fuese inferior a 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo hizo porque

incrementó la pena del tipo básico de 2 a 10 años para fijarla entre 6 y 15 años, y que por ello no sería posible integrar el inciso 1º del artículo 133 del decreto 100 de 1980 con el inciso 2º del artículo 19 en cita, pues debe tenerse en cuenta que los fines político-estatales que inspiran y justifican la concepción y la aplicación del principio de favorabilidad, sustentados en fines políticos, humanitarios y sociales, vienen a sufrir una conceptualización diversa en estos eventos, siendo esta especial forma de concebir estos fenómenos los que en el fondo explican y justifican la inclusión de la expresión “sin excepción”, que se introdujo en el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 599 de 2000.

Se trata, según el revisionista, de aplicar el principio de favorabilidad respecto de la pena privativa de la libertad en la misma forma en que la Corte lo hizo en relación con la multa y la interdicción de derechos y funciones públicas.

En esas condiciones, concluye, si se admite que el marco punitivo que le correspondía al condenado ALBINO GARCÍA FERNÁNDEZ oscilaba entre 6 meses y 5 años, para efectos de la prescripción, por tratarse de servidor público, ese lapso máximo se incrementaría en una tercera parte, obteniéndose un total de 80 meses, es decir 6 años y 8 meses, lapso superado en la etapa instructiva, pues la acusación quedó ejecutoriada el 14 de julio de 1999 y la fecha en que el doctor GARCÍA FERNÁNDEZ cesó en el desempeño de sus funciones como representante, transcurriendo entre uno y otro acto un lapso de 7 años y 7 meses –según se afirma en memorial aclaratorio de la demanda-, de tal forma que la prescripción se consolidó el último día del mes de septiembre de 1997, mucho antes de la ejecutoria de la acusación.

Y si ese lapso se contara en extremo, esto es, atendiendo el último día del mes de enero de 1992, como se dijo en el fallo demandado, el término transcurrido hasta la ejecutoria de la resolución de acusación, sería de 7 años, 5 meses y 14 días, según lo afirma en el mismo memorial aclaratorio.

De esa forma, dice, procede la aplicación de la causal segunda de revisión invocada, que pide sea reconocida en el fallo correspondiente, dejándose sin valor la condena por el delito de peculado por apropiación y, por contera, la cesación de procedimiento por ese hecho punible.

Sostiene que como al tasarse la pena en el fallo demandado, se tomó como pena base para su individualización judicial la correspondiente al delito de peculado por apropiación, ello significa que al prosperar la revisión del fallo por esa conducta, se requiere dictar una sentencia sustitutiva que permita tasar e imponer la pena que le pudiere corresponder al doctor GARCÍA FERNÁNDEZ por el delito de enriquecimiento ilícito.

No obstante, como desde el momento en que cobró ejecutoria la resolución de acusación -14 de julio de 1999- hasta la fecha de presentación de la demanda, han transcurrido más de 5 años y 6 meses que corresponde al término de prescripción para este delito en la etapa de la causa, se impone la cesación de procedimiento también por esta conducta.

ALEGATOS DE LAS PARTES

1. Del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado para la Investigación y el Juzgamiento Penal empieza por señalar que el alcance que la Corte Suprema de Justicia le ha dado al principio de favorabilidad, especialmente al tema relacionado con la Lex Tertia no es el aducido por el demandante, quien pretende desarticular el contenido de la norma penal, específicamente en lo que tiene que ver con las circunstancias de mayor o menor punibilidad, pues la conjugación de normas entre sí, debe respetar las condiciones que impone el juzgador.

Para el Procurador Delegado, bajo las circunstancias en que se desarrolló la conducta, el comportamiento era adecuado al inciso 2º del artículo 133 del Código Penal, vigente para la época de los hechos, que establecía una pena de 4 a 15 años, es decir, desfavorable frente a la señalada en el inciso 2º del artículo 19 de la ley 190 de 1995, que sancionaba la misma conducta con prisión entre 1 año y 6 meses y 7 años y 6 meses.

Esgrime que la diminuyente traída en los incisos segundos de ambas normas, tienen su razón y explicación lógica a partir de los incisos primero de cada norma, es decir, “su existencia depende de éste”, como lo entendió la Corte al aplicar la favorabilidad.

Por lo tanto, considera que no es posible atender la propuesta del demandante, “por cuanto las circunstancias de menor punibilidad consagradas en el tipo penal especial, son elementos inescindibles del mismo”, además de que no es posible aducir que el peculado fue inferior a \$500.000, cuando se sabe que la cuantía ascendió a la suma de \$1.278.000.

Corolario de lo anterior, dice, es que el término de prescripción para la conducta juzgada era de 10 años, dado que el delito se cometió por servidor público en ejercicio de sus funciones y con ocasión de ellas, razón por la cual el máximo de la pena aplicable -7 años y 6 meses- debió aumentarse en una tercera parte. Aquel lapso, agrega, no transcurrió en la instrucción. Y en el juicio tampoco alcanzó a transcurrir el mínimo para que operase el fenómeno tratándose de servidor público, a saber, 6 años y 8 meses, según antecedente jurisprudencial que cita al respecto.

Concluye así el Procurador Delegado que la acción penal por el delito de peculado que fue objeto de juzgamiento en este proceso, no se encontraba prescrita para cuando se dictó la sentencia, razón por la cual la acción de revisión promovida por el apoderado de ALBINO GARCÍA FERNÁNDEZ no está llamada a prosperar, y así solicita sea declarado

por la Sala.

2. Del apoderado del condenado

El apoderado del accionante retoma los planteamientos expuestos en la demanda para reiterarlos con el fin de obtener la declaratoria de la prescripción de la acción penal y la consecuente cesación de procedimiento tanto en relación con el delito de peculado por apropiación como por el enriquecimiento ilícito.

Insiste en que en la sentencia demandada la Corte desconoció el principio de favorabilidad a la hora de determinar las normas positivas aplicables al caso respecto del delito de peculado por apropiación, porque desconoció que el inciso primero del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, establecía una pena básica entre 2 a 10 años de prisión, mientras la norma que aplicó señalaba una punibilidad básica de 6 a 15 años de prisión, siendo evidente la mayor benignidad de la primera, la cual debía ser disminuida de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes por concurrir la circunstancia de atenuación específica prevista en el inciso 2º del artículo 19 de la Ley 190 de 1995, por ser la cuantía de lo apropiado menor de los cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes.

Cita a continuación las posiciones jurisprudenciales que históricamente ha desarrollado esta Corte alrededor del principio de favorabilidad, destacando que en la actualidad se reconoce, a partir del fallo del 3 de septiembre de 2001, el fenómeno hermenéutico conocido como de la Lex tertia, lo cual permite conjugar normas sustantivas y procesales, bien unas con otras o entre ellas, siempre y cuando “el instituto jurídico en particular mantenga su identidad, estructura, sentido y alcances jurídicos”; “se aplique siempre lo que haya dicho el legislador, no lo que a bien tenga idear el funcionario judicial”; y se respete la “exactitud normativa”, pues “es imprescindible tener nítido el beneficio que la (ley) escogida efectivamente

aporte al procesado”, según se afirma en el antecedente que cita.

De esa forma, agrega, la circunstancia específica de atenuación punitiva señalada en el citado inciso 2º del artículo 19 de la Ley 190 de 1995 se imponía ser aplicada, pero no en relación con el inciso 1º del mismo precepto, sino con el inciso 1º del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 2º de la Ley 43 de 1982, pues es el que corresponde a la pena básica más benigna, sin que sea óbice para ello el hecho de que la circunstancias específica de atenuación punitiva se encuentre consagrada en un estatuto distinto a aquél en el que se prevé la pena básica más favorable, pues precisamente en ello consiste la aplicación de la ley favorable en los términos constitucionales del artículo 29 y en los legales del artículo 6º de la Ley 600 de 2000, pues tiene que primar la aplicación de la ley permisiva o favorable ante la restrictiva o desfavorable “sin excepción” alguna como lo reconoció la Sala en el aludido fallo del 3 de septiembre de 2001, del cual trae múltiples citas.

En esa lógica, agrega, la acción penal estaba prescrita para cuando se calificó el mérito del sumario, pues el máximo de la pena fijada en la ley para la conducta imputada a su representado sería de 6 años y 8 meses, muy inferior al transcurrido desde la fecha en que se consumó el delito hasta la ejecutoria de la acusación, esto es, 7 años, 7 meses y 14 días.

Pero además, dice, si se tomare como fecha de consumación de los hechos la del 26 de diciembre de 1990, cuando se aprobó la Ley de Presupuesto para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1991, que fue la 46, como se da a entender en la resolución de acusación, la prescripción es más evidente, pues al contabilizar los términos a partir de allí, habrían transcurrido hasta el 14 de julio de 1999, 8 años, 6 meses y 18 días, es decir, un tiempo extremadamente superior al de 6 años y 8 meses, requerido para la prescripción de la acción penal en la instrucción.

Agrega que también la acusación deja entrever que los hechos se dieron cuando se expidió el Decreto 31066 del 28 de diciembre de 1990, por medio del cual se “liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1991, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”, lo cual significaría que habían transcurrido ocho (8) años, seis (6) meses y veinte (20) días, lapso superior al requerido para la prescripción.

Dentro de ese contexto de alternativas, sostiene, no se puede descartar que esa disponibilidad jurídica pudo surgir el 28 de junio de 1991 cuando el Director de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público profirió la Resolución No. 148, modificadora de la Resolución No. 113 del 5 de junio de 1991, disponiendo que los auxilios se atenderían exclusivamente por el ICETEX, y si así fuera se tendría que habrían transcurrido 8 años y 16 días, tiempo con el cual también prescribió la acción penal.

Dice que como tampoco se descartó que el delito pudo consumarse el 2 de agosto de 1991, cuando el Director General y el Subdirector Técnico del ICETEX, profirieron la resolución No. 001374, por la cual se reglamentó los aportes para el Desarrollo Regional con cargo al Presupuesto Nacional y de los Fondos Educativos Especiales administrados por el ICETEX, se tendría un lapso transcurrido de 7 años, 11 meses y 12 días, tiempo también superior a los 6 años y 8 meses exigidos para que opera la prescripción.

Y en últimas, si se tomara como punto de partida el último día del mes de enero de 1992, cuando se afirma en el fallo que se adjudicaron las ayudas educativas a los beneficiarios que cumplieron con los requisitos preestablecidos para el efecto, se tendría como tiempo transcurrido el de 7 años, 4 meses y 14 días, esto es, un lapso igualmente superior al requerido para la prescripción de la acción.

Así las cosas, concluye que en relación con esta conducta se impone declarar sin valor el fallo cuya revisión está impetrando, por haberse proferido en una acción prescrita, y, consecuentemente, que se ordene la cesación de todo procedimiento por el delito de peculado por apropiación.

En relación con el delito de enriquecimiento ilícito, insiste en que al cesar procedimiento por el peculado, se impondría la vigencia de la pena por esa conducta, pero ello es un imposible de llevar a efecto, porque la pena para el enriquecimiento ilícito no fue individualizada ni en su marco legal ni judicialmente para su tasación final, pues se tomó como base la señalada para el peculado, que fue incrementada en 3 meses por el enriquecimiento ilícito.

Por lo tanto, agrega, lo que correspondería es proceder a tasar la pena por la última conducta, pero ello tampoco es posible porque en relación con el mismo sobreviene la prescripción, pues desde la ejecutoria de la acusación a la fecha de los alegatos, han transcurrido 6 años, 1 mes y 8 días, tiempo necesario para que opere la prescripción, cuyo término en el juicio para ese delito es de 5 años y 4 meses, que corresponde a la mitad de la pena máxima incrementada en una tercera (1/3) parte, razón por la cual también procede la cesación de procedimiento por este delito.

Concluye su alegato, solicitando que, conforme a las determinaciones que deben adoptarse, las mismas se informen a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes y demás autoridades que sea del caso, una vez cobren ejecutoria, para los fines pertinentes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con la causal segunda del artículo 220 del Procedimiento Penal aplicable a este caso (Ley 600 de 2000), la acción de revisión procede contra fallos ejecutoriados, cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga

medida de seguridad en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, entre otras hipótesis.

El planteamiento del demandante en este caso se contrae a sostener que el fenómeno extintivo de la acción penal operó antes de que la resolución de acusación proferida por la Corte contra ALBINO GARCÍA FERNÁNDEZ obtuviera firmeza, en tanto no se aplicó en debida forma el principio de favorabilidad de la ley penal sustantiva, por cuanto la rebaja de pena señalada en el inciso 2º del artículo 19 de la Ley 190 de 1995 (de la mitad a las tres cuartas partes), debía tener como referente el inciso primero del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, en cuanto establecía una pena básica entre 2 a 10 años de prisión para el peculado por apropiación, mientras la norma que se aplicó -inciso 1º del precepto inicialmente citado- señalaba una pena básica de 6 a 15 años de prisión, desfavorable a los intereses del procesado.

Por el camino que se propone, dice el demandante, la pena máxima para el delito de peculado por apropiación en cuantía inferior a 50 salarios mínimos mensuales, no sobrepasaba los 5 años de prisión (la mitad de 10), que incrementados en una tercera parte por haberse ejecutado el delito por funcionario público con ocasión al cargo, arrojaba un término máximo de 6 años y 8 meses para efectos de la prescripción, el cual se cumplió antes de la aludida ejecutoria de la acusación, considerando cualquiera de las hipótesis posibles frente a la fecha de ejecución de la conducta punible.

Con tal finalidad, el demandante, valiéndose de la tesis jurisprudencial que hoy promulga la Sala frente a la aplicación del principio de favorabilidad, propone una muy conveniente combinación de preceptos sustanciales, de cuya incorrección se ocupará la Sala después de hacer las siguientes precisiones alrededor de tan importante temática.

Es cierto, como lo recuerda el demandante, que a partir del fallo del 3 de septiembre de

20011, la Corte asumió un importante avance jurisprudencial frente a la forma de concebir el principio de favorabilidad, que hasta entonces sólo podía entenderse como una unidad de instituciones, para admitir que es posible, para efectos de establecer la ley más favorable, “conjugar normas sustantivas y procesales”, bien unas con otras o entre ellas, siempre y cuando “el precepto conserve su identidad y sentido jurídicos, por más que en su aplicación concreta deba relacionarse con otras normas”.

Lo importante, dijo la Corte en el aludido antecedente, es que identificada una previsión normativa como precepto, cualesquiera sea su conexión con otras, “se aplique en su integridad”, porque no sería posible, por ejemplo, tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, porque un precepto así no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propias del legislador, lo cual no es posible en el sistema constitucional que nos rige.

El paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, lleva a señalar que el ejercicio del poder público debe ser practicado conforme a los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la Ley, no existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que pueda actuar al margen de la normatividad que rige la actividad del Estado.

En ese contexto, el principio de legalidad y la seguridad jurídica se tornan en elementos fundamentales del Estado de Derecho, en el que las funciones públicas se ejercen a través de competencias y procesos con base en normas preexistentes ajustadas al orden constitucional vigente, marco dentro del cual toda actuación judicial debe adelantarse conforme con las leyes preexistentes llamadas a regular el caso.

Por lo tanto, el principio de legalidad se formula sobre la base de que ningún órgano del

Estado puede adoptar una decisión que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior. Siendo ello así, constituye un imperativo constitucional la observancia del ordenamiento jurídico por todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, los cuales guardan entre sí una estrecha relación. De acuerdo con el primero, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible. También debe predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, el término, la naturaleza, la cuantía cuando se trate de pecuniaria, el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición.

Aunado a lo anterior, la separación de poderes es un mecanismo esencial para evitar la arbitrariedad y mantener el ejercicio de la autoridad dentro de los límites permitidos por la Carta. La voluntad constitucional de someter la acción Estatal al derecho, así como el principio de la separación de poderes, llevan a pregonar que la ley juega un papel trascendental en la regulación y restricción de los derechos constitucionales y legales.

Por ello, las normas que conforman el sistema tienen un marco básico dentro del cual se llevan a cabo los juicios de valoración y apreciación por parte de los jueces, y unas fronteras mas allá de las cuales la judicatura no puede transitar. Así, por ejemplo, en

materia de penas, los límites máximos y mínimos, su clase, su naturaleza principal o accesoria, son impermeables, porque en tales eventos la legalidad funciona como barrera de contención para el aplicador de la ley.

Ahora bien, es incuestionable que el principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso, tal como se deduce de su expresa consagración constitucional en el inciso 2º del artículo 29 de la Carta. Pero ello, no conlleva a dejar de lado que su reconocimiento, por ser un problema de aplicación de la ley y no de producción legislativa, debe estar siempre dentro de los límites de la legalidad, al punto que, en el caso de las penas, aunque es posible que en el proceso de su individualización se tomen segmentos de uno u otro estatuto para que se imponga independientemente la más favorable, esa combinación, como lo admite el demandante, no permite la transformación de la identidad y sentido jurídicos del precepto de que se trata, y menos que se desconozca o transforme la consecuencia jurídica para un determinado supuesto de hecho que exige su aplicación, pues so pretexto de una favorabilidad sin cortapisas, el juez no puede convertirse en legislador.

Esa la razón por la cual advirtió la Corte en la sentencia que abrió camino a la combinación de preceptos favorables, que lo importante es que “identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador”².

En el camino que propone recorrer el demandante en este evento, no se respeta el ámbito de aplicación del precepto que se dice desconocido, porque deja de lado la consecuencia jurídica al supuesto de hecho exigido en la hipótesis que consagra la norma

cuya combinación se pretende, buscando la aplicación de una pena que no se corresponde con la predeterminada por el legislador, tal como se entra a verificar.

Como se advirtió en los antecedentes del caso, en la sentencia se declaró que la cuantía del delito de peculado por apropiación por el cual se condenó al ex parlamentario ALBINO GARCÍA FERNÁNDEZ ascendió a la suma de \$1.278.000 y que el proceso de apropiación de tales dineros, provenientes de los llamados auxilios parlamentarios, se culminó en el mes de enero de 1992.

Atendiendo esos presupuestos fácticos, en la sentencia demandada la Corte reconoció que desde la época en que se consumó el peculado, tres normatividades distintas regularon el caso, a saber:

a) El Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 43 de 1982, que preceptuaba:

“ARTÍCULO 133 (Modificado por el artículo 2° de la Ley 43 de 1982). Peculado por apropiación. El empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del estado o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte o de bienes particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años, multa de un mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

“Cuando el valor de lo apropiado pase de quinientos mil pesos la pena será de cuatro (4) a quince (15) años de prisión, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años”.

b) La Ley 190 de 1995, que establecía:

“ARTÍCULO 19. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de

empresas o de instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

“Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)”.

c) El actual Código Penal (Ley 599 de 2000), que reza:

“ARTÍCULO 397. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios legales mensuales vigentes.

“Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación

para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al calor de lo apropiado”.

Como la cuantía ascendió a la suma de \$1.278.000, la Sala concluyó “de la simple lectura de las preceptivas transcritas”, que la norma más favorable a los intereses del procesado GARCÍA FERNÁNDEZ, respecto de la pena principal de prisión, era la contenida en el inciso 2° del artículo 19 de la Ley 190 de 1995, pues al no superar el valor de lo apropiado los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año de 1991 (época para la cual, advirtió, el salario mínimo era de \$51.720), la sanción señalada en el inciso primero del mismo precepto debía rebajarse de la mitad a las tres cuartas partes, lo que arrojaba una pena de prisión de 18 meses a 7 años y 6 meses, inferior a la señalada para el mismo supuesto fáctico en los artículos 133, inciso 1º, del Decreto 100 de 1980, reformado por la Ley 43 de 1942 (de 2 a 10 años) y en el artículo 397, inciso 3º, de la Ley 599 de 2000 (de 4 a 10 años).

La impecable lógica de la Corte puede resumirse en el siguiente cuadro comparativo:

Decreto 100 de 1980, reformado por la ley 43 de 1982 (art. 133)

Ley 190 de 1995

(art. 19)

Ley 599 de 2000

(art. 397)

Cuantía

Pena

Cuantía

Pena

Cuantía

Pena

Hasta \$500.000 (87,71) salarios mínimos mensuales)*

De 2 a 10 años de prisión

Hasta 50 salarios mínimos mensuales

De 18 meses a 7 años y 6 meses de prisión

Hasta 50 salarios mínimos mensuales

De 4 a 10 años de prisión

Mas de \$500.000 (87,71 salarios mínimos mensuales)*

De 4 a 15 años de prisión

Entre 50 y 200 salarios mínimos mensuales

De 6 a 15 años de prisión

Entres 50 y 200 salarios mínimos mensuales

De 6 a 15 años de prisión

Mas de 200 salarios mínimos mensuales

De 6 a 22 años y 6 meses de prisión

Mas de 200 salarios mínimos mensuales

De 6 a 22 años y 6 meses de prisión

* En la sentencia de casación de 12 de junio de 2000, radicado No. 9976, la Sala interpretó el inciso 2° del artículo 133 del decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 43 de 1982, para señalar que la suma de \$500.000, correspondían a 87,71 salarios mínimos legales mensuales para la fecha de expedición del precepto, por lo que sólo a partir de dicho valor, actualizado a la fecha de los hechos, se generaba el agravante.

Como puede observarse, en todas las normatividades que han regulado el delito de peculado, la cuantía opera como un factor determinante de la punibilidad, de tal manera que la menor o mayor proporción de la pena de prisión dependerá siempre del valor de lo apropiado.

En esa lógica, en el Código Penal de 1980 (con la reforma introducida en la Ley 43 de 1982), el peculado en cuantía inferior a los 50 SMLM (y hasta los 87,71 SMLM) estaba sancionado con una pena de 2 a 10 años de prisión; para ese mismo supuesto fáctico (peculado en cuantía inferior a los 50 SMLM) la Ley 190 de 1995 señaló una pena entre 18 meses y 7 años y 6 meses de prisión; y, finalmente, la Ley 599 de 2000 determinó, para la misma conducta, una pena que oscila entre 4 a 10 años de prisión.

Bajo ese contexto, para el caso de autos, atendiendo el supuesto fáctico de un peculado en cuantía inferior a 50 SMLM, la sanción más favorable al procesado era sin duda la determinada en la Ley 190 de 1995, como lo reconoció la Corte en la sentencia demandada, sin que tenga cabida la combinación de las escalas punitivas que cada

precepto contiene atendiendo el valor de lo apropiado, ya que ello conduciría al desconocimiento de la consecuencia jurídica establecida por el legislador en cada tiempo para el supuesto fáctico de que se trata, al generar un doble reconocimiento del elemento “cuantía inferior a 50 SMLM” para un mismo efecto punitivo, pues lo que pretende el demandante es que, de un lado, se aplique la pena señalada en el inciso primero del artículo 133 del Decreto 100 de 1980 para el peculado en cuantía inferior a los 50 SMLM, y, al mismo tiempo, que se reconozca la disminución señalada en el inciso 2º del artículo 19 de la Ley 190 de 1995 para el peculado en cuantía inferior a 50 SMLM.

La combinación que propone el demandante se convierte así en la creación de una nueva ley, porque termina modificando la consecuencia jurídica que en los distintos tiempos -1982 y 1995- previó el legislador para un determinado supuesto de hecho -peculado en cuantía inferior a 50 SMLM-, lo cual no puede auspiciar la Corte, ya que ello implicaría la invasión abusiva del ámbito de producción de normas propio del legislador, porque un tal precepto, con la consecuencia punitiva que se pretende, nunca estuvo clara y expresamente consagrado en ninguna de las dos leyes sucesivas.

En efecto, ni el legislador de 1982 ni el de 1995, previeron una pena entre 6 meses y 5 años de prisión para el delito de peculado por apropiación en cuantía inferior a 50 SMLM, según se obtiene de la combinación del inciso 1º del artículo 103 del Código Penal de 1980, reformado por la Ley 43 de 1982, con el inciso 2º del artículo 19 de la Ley 190 de 1995, esto es, una pena de 2 a 10 años, rebajada de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Por lo tanto, contrario a lo alegado por el demandante, no se cumple con una de las condiciones necesarias para proceder a la combinación de normas en la forma propuesta, porque ella llevaría a transformar la estructura del precepto, específicamente la consecuencia jurídica determinada por el legislador en los distintos tiempos para el

supuesto de hecho de que se trata.

Consecuencia de los anteriores razonamientos es que la Corte entre a declarar infundada la causal de revisión alegada, toda vez que desde la fecha en que se consumó el delito de peculado por apropiación objeto de la condena (enero de 1992), hasta la ejecutoria de la resolución de acusación (14 de julio de 1999), no transcurrió un término de 10 años, necesarios para que hubiese operado el fenómeno jurídico de la prescripción en el sumario, porque es el término obtenido de aumentar en una tercera parte el máximo de la pena señalada en la norma aplicada por favorabilidad (7 años y 6 meses, según el artículo 19 de la Ley 190 de 1995).

Finalmente, no sobra advertir que el demandante no estaba autorizado a rebatir la fecha en que en el fallo se determinó consumado el delito de peculado objeto de la condena, pues la acción de revisión no constituye una prolongación del juicio ni corresponde a un instrumento ordinario que permita dar cabida a particulares consideraciones tendientes a cuestionar los soportes de la declaración de justicia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y por ello está amparada por el doble carácter de definitiva e inmutable. Finalizado el proceso, mediante la invocación de la causal segunda de revisión, sólo subsiste la posibilidad de demostrar la existencia de las causales objetivas de improseguibilidad de la acción, puesto que, en primer lugar, únicamente en relación con ellas el legislador ha previsto su ejercicio y, en segundo término, como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Sala, el extraordinario instrumento no permite la continuación del debate con los mismos argumentos probatorios o jurídicos que sirvieron de apoyo a la definición del juicio, ni cuestionamientos relativos a la adecuación típica del comportamiento, las formas de culpabilidad, las circunstancias de comisión del hecho o cualquiera otra que pudiera incidir en el proceso de individualización judicial de la pena.

Por ello, se reitera, no tienen cabida los argumentos del demandante dirigidos a

cuestionar la sentencia en aquellos aspectos relativos a la fecha en que se consideró consumado el delito de peculado, aspecto frente al cual se dijo claramente en el fallo demandado que:

“...en cuanto se refiere al ilícito de peculado, es incuestionable que en el año de 1990, cuando el doctor Albino García Fernández desempeñaba el cargo de Representante a la Cámara, en ejercicio de dicha calidad, adelantó las diligencias necesarias para que en la Ley de Presupuesto General de la Nación correspondiente a la vigencia de 1991, se incluyera una partida por la suma de \$44.066.000,00, con destino a becas, subsidios y ayudas educativas en todos los niveles, dineros públicos que estaban autorizados por el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Política anterior y que se conocían genéricamente como auxilios parlamentarios.

“Incluida dicha partida en el ítem denominado “aportes para el plan y programa de fomento a empresas útiles y benéficas de desarrollo regional y los del sector central”, según la Ley 46 del 26 de diciembre de 1990, expedidos los decretos y las resoluciones correspondientes a los procedimientos y requisitos para la ejecución y gasto de esos dineros públicos y una vez éstos girados al ICETEX, Seccional Cúcuta, los que se consignaron en el “Fondo Educativo Presbítero Manuel Calderón García”, constituido entre aquella entidad y el doctor Albino García Fernández, tales ayudas educativas se adjudicaron a los beneficiarios que cumplieron con los requisitos preestablecidos para el efecto, trámite que se cumplió entre los meses de noviembre de 1991 y enero de 1992.

“Así las cosas, es claro que el doctor Albino García fue gestor de la citada partida, esto es, en su condición de Representante a la Cámara y por su iniciativa se incluyó en el Presupuesto Nacional para la vigencia de 1991 la suma de \$44.066.000,00 con destino al otorgamiento de ayudas educativas. Sin embargo, la intervención del acusado no se limitó a este sólo aspecto, pues es evidente que, contrario a lo expuesto por la defensa, las actuaciones posteriores realizadas por García Fernández, quien a partir de diciembre de

1991 ya no era congresista, estuvieron íntimamente ligadas con la primigenia actividad, es decir, la entrega de los formatos de solicitud, la selección de los beneficiarios y el pago de los dineros obedeció a la facultad derivada de su carácter de gestor como congresista.

“En otras palabras, la inclusión de la partida en el Presupuesto Nacional, los trámites, la adjudicación y los pagos de los auxilios no se llevaron a cabo porque fuera simplemente el ciudadano Albino García Fernández, sino, por el contrario, porque se trataba de aquél que en su condición de miembro del Congreso y, por lo mismo, gestor de los dineros con destino a la región que representaba, estaba facultado para distribuir las ayudas educativas, para lo cual constituyó en el ICETEX de Cúcuta el “Fondo Educativo Presbítero Manuel Calderón García”. Si las ayudas pudieron ser entregadas fue porque éstas estaban supeditadas a la función congresal del hoy acusado, condición sin la cual no se hubiera podido materializar el gasto ordenado en la Constitución y en las leyes de entonces.

“Por ello, así el doctor García Fernández no fuera congresista para el momento en que se pagaron los auxilios, etapa final del trámite en general, de todos modos, desde el inicio como gestor de los mismos, poseía la disponibilidad jurídica que le atribuyó, por virtud de la ley, su administración” (páginas 54 a 56 del fallo demandado. Se ha resaltado).

De allí que es una verdad material, judicialmente declarada, que la conducta por la cual se condenó al ex parlamentario ALBINO GARCÍA FERNÁNDEZ se consumó totalmente en el mes de enero de 1992, independientemente de que para ese momento no contara ya con la investidura congresional, aspecto que, se insiste, no es posible cuestionar al amparo de la causal segunda de revisión, puesto que las causales de extinción de la acción penal a que se refiere dicho motivo son únicamente la prescripción, la caducidad de la querella, la ilegitimidad en el querellante o peticionario, el desistimiento, la

conciliación, la indemnización integral en los casos en que la ley le asigna a dichas figuras la potencialidad de concluir el proceso, la amnistía o el indulto, es decir, fenómenos de demostración objetiva.

Por sustracción de materia, no procede pronunciamiento alguno en relación con la pretendida prescripción de la acción penal por el delito de enriquecimiento ilícito, que según el demandante, se operaría en caso de que prospera la invalidación del fallo por la prescripción del delito de peculado por apropiación.

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

Declarar infundada la causal de revisión invocada.

Notifíquese y cúmplase

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

FRANCISCO ACUÑA VISCAYA

JAIME CAMACHO FLÓREZ

Conjuez - Excusa justificada

Conjuez

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Conjuez

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

ALFONSO PINILLA CONTRERAS

Conjuez

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Radicado No. 16.837

2 Sentencia del 9 de marzo de 2001, radicado No. 16.837