

Proceso No 23930

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ Aprobado acta No. 06

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil siete (2007)

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de las procesadas MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO y ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS ROSADA contra la sentencia del 10 de noviembre de 2004, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, modificó la de primera instancia, en el sentido de imponer a las procesadas la pena principal de 63 meses de prisión y multa de \$45'635.000 y \$47'138.000, respectivamente, así como la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y a la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, como autoras del concurso de delitos de peculado por apropiación, confirmándola en todo lo demás.

HECHOS

En la sentencia impugnada, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, hizo la siguiente síntesis:

“Tuvieron origen en el municipio de La Unión, donde a través de denuncia recibida el 4 de marzo de 1998, por personal del C. T. I.F de la ciudad de Pasto, se dio a conocer que Ana Bella Riascos Rosada, quien para la fecha se desempeñaba como cajera principal de la extinta Caja de Crédito Industrial y Minero de ese municipio, al parecer llevaba un

registro ficticio de los depósitos hechos por los clientes a dicha entidad y que por tanto, no reportaba la cantidad real de dinero consignado, mencionándose además, que la ahora procesada, para esa fecha había incrementado su patrimonio notablemente y de forma inexplicable.

Como consecuencia de lo anterior, el Analista de Recursos Humanos de la Caja Agraria, junto con funcionarios de la Contraloría General del Departamento, el día 2 de septiembre de 1998, realizó una visita a la seccional de la entidad mencionada, donde se detectó irregularidades en el arqueo general, arrojando como resultado, un faltante de dinero equivalente a ciento diecinueve millones quinientos cincuenta y cinco mil setecientos noventa y cuatro pesos (\$119.555.794), por haberse manipulado la contabilidad alterando los saldos de los estados financieros y de las cuentas de ahorros, cuentas corrientes y CDTs, irregularidades en las que también se vio involucrada Marta Lucía Montilla Rosero, quien en ese momento cumplía las funciones de directora de la entidad afectada.”

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en las pruebas incorporadas durante el período de investigación preliminar, la Fiscalía 37 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de la Unión (Nariño) ordenó la apertura de instrucción (fl. 95 c # 1), disponiendo, entre otras diligencias, las indagatorias de MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO, (Directora de la oficina de la Caja Agraria) (fl. 489, 683 c # 2) ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS ROSADA (Cajera principal II) (fl. 502 c # 2, 761 c # 3), EDGAR JAVIER ERAZO BURBANO (Oficial Operativo I) (fl. 486 c # 2) y mediante resolución del 11 de marzo de 1999 (fl. 1 c # 2) se ordenó la vinculación de DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA (fl. 462 c # 2), FERNEY CASTILLO (fl. 468 c # 2) y LUIS IGNACIO SANTACRUZ (fl. 476 c # 2, 987 c # 3) a quienes mediante resolución del 28 de septiembre de 1999, se les resolvió la situación jurídica de la siguiente manera: se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de MARTHA

LUCÍA MONTILLA y ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS ROSADA por el concurso de delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica y peculado por uso; se abstuvo de imponer medida de aseguramiento respecto de DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA, LUIS IGNACIO SANTACRUZ CAICEDO, EDGAR JAVIER ERAZO BURBANO y a FERNEY CASTILLO la resolvió con medida de aseguramiento consistente en caución por el delito de peculado culposo (fl. 538 c # 2).

Posteriormente se le recibió indagatoria a RAÚL RAMÍREZ LÓPEZ (fl. 775 c # 3) a quien se le resolvió la situación jurídica el 18 de enero de 2000, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento.

Perfeccionada la instrucción, el 7 de marzo de 2000, la Fiscalía 37 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de La Unión, decretó el cierre parcial de la investigación respecto de ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS ROSADA, MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO, DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA, FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ, EDGAR JAVIER ERAZO BURBANO y LUIS IGNACIO SANTACRUZ CAICEDO, respecto de los numerales 7° por valor de \$30'000.000, numeral 10° sobre el valor de \$16'000.000, numeral 6° por valor de \$1'503.000 y numeral 9° de la resolución de septiembre 28 de 1999 (917 c # 3), contra la cual se interpuso recurso de reposición, siendo resuelto de manera desfavorable, permaneciendo, por contera, la resolución de clausura investigativa (fl. 991 c # 3).

El 30 de mayo de 2000, se produjo la calificación del mérito de la actuación sumarial, con resolución de acusación en contra de MARTHA LUCÍA MONTILLA y ANA RIASCOS ROSADA como probables autoras del concurso de delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica y peculado por uso; FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ fue convocado a juicio como probable autor del delito de peculado. En la misma resolución se precluyó la investigación respecto de DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA, LUIS IGNACIO SANTACRUZ CAICEDO, EDGAR JAVIER ERAZO BURBANO y FERNEY CASTILLO por los delitos

de peculado por apropiación, peculado por uso indebido y falsedad ideológica. Así mismo, se dictó preclusión de la investigación a favor de MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO, ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS ROSADA, DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA, LUIS IGNACIO SANTACRUZ CAICEDO, EDGAR JAVIER ERAZO BURBANO y FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ sobre el pagaré firmado por CÉLIMO MELÉNDEZ y MARÍA RIVERA DE MELÉNDEZ (fl. 1043 c # 4).

La fase de la causa correspondió al Juzgado Penal del Circuito de La Unión, el que una vez agotada la diligencia de audiencia pública, el 28 de enero de 2004, profirió sentencia adoptando las siguientes determinaciones:

- 1.- Condenó a MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO a las penas de 70 meses de prisión, multa de \$45'635.000, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas como autora del delito de peculado por apropiación;
- 2.- Condenó a ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS ROSADA a las penas de 70 meses de prisión, multa de \$47'138.000, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad e inhabilidad para el desempeño de las funciones públicas.
- 3.- Condenó a FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ a las penas de 6 meses de arresto, multa por valor de \$15'635.000 inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, como autor del delito de peculado culposo.
- 4.- Absolvió a MARTHA LUCÍA MONTILLA y a ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS por los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por uso.

El anterior pronunciamiento fue impugnado por MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO y ANA

BELLA (ABELLA) RIASCOS ROSADA siendo modificado en los términos señalados precedentemente mediante sentencia del 10 de noviembre de 2004 por la Sala Penal Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, contra la que los defensores de las procesadas interpusieron el recurso extraordinario de casación.

LAS DEMANDAS

1.- Demanda presentada a nombre de MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO.

El defensor de la procesada postula tres cargos al amparo de la causal primera de casación: el primero, por violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia; y, el segundo y tercero, por la vía directa, de cuyo texto se extraen los siguientes aspectos relevantes:

1.1.- Cargo primero, violación indirecta por falso juicio de existencia.

Sostiene el recurrente que en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal si bien analizó la indagatoria de MARTA LUCÍA MONTILLA para extraer lo perjudicial y que sirvió como fundamento para su propia condena, no se percató que había colaborado con la justicia, confesando su participación activa en los delitos por los cuales fue condenada.

Afirma que la indagatoria es clara y elocuente al referir el destino que le dio a los \$30'000.000 los que fueron cedidos en préstamo a la Cooperativa de Caficultores del Norte de Nariño con sede en La Unión y del otro cargo de peculado planteado en el numeral 9° de la resolución de acusación en el que, además, de la confesión realizó un reintegro de mas de \$10'000.000 de pesos, toda vez que el faltante fue rebajado de \$15.503.000 a \$5'221.668 de acuerdo con el cuadro que elaboró el Juez Penal del Circuito de La Unión.

Precisa que en este caso y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, opera la

indivisibilidad que prohíbe al fallador acoger tan sólo lo perjudicial y quedarse callado en cuanto a la favorabilidad para el procesado, pues en el presente caso, no se está frente a una confesión calificada, en el cual no procede la rebaja y, además, en la indagatoria MARTHA LUCÍA MONTILLA aceptó su participación y haber obrado contrario a derecho en los dos delitos de peculado, siendo utilizado en los pronunciamientos adoptados en el proceso; sin embargo, el Tribunal ignoró este medio de prueba, pues no hizo estudio alguno, al menos para rechazarla en forma oficiosa.

Señala que de conformidad con el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal, si la confesión fuere el fundamento de la sentencia, la pena se reducirá en una sexta parte; por consiguiente, pretende que en sede extraordinaria se corrija el yerro como fruto del estudio del cargo, ya que es deber de todos los que imparten justicia valorar todas las pruebas en su conjunto, tanto en lo favorable como en lo desfavorable y que de haberse observado traería para su defendida una aminorante de pena.

1.2.- Cargo segundo, violación directa de normas de derecho sustancial.

Refiere el casacionista que censura la sentencia por violación directa de normas de derecho sustancial “proveniente de un error de existencia con respecto al Art. 299 del C. de P. P., norma que consagra la rebaja de una sexta de la pena cuando medie la confesión por parte del procesado (a) y dicha confesión sirva de fundamento para la sentencia.” (sic).

Sostiene que en la sentencia de segunda instancia se excluyó indebidamente el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal, no obstante que se cumple a la perfección, al punto que recurrió en varias oportunidades a transcribir apartes de la indagatoria y con base en ella encontró la prueba que exige el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, para condenar.

Puntualiza que la trascendencia se establece, si a 63 meses se le resta una sexta parte, la

pena imponible tendría que ser de 52 meses y 15 días de prisión.

1.3.- Cargo tercero, violación directa de normas de derecho sustancial, “proveniente de un error de adecuación de la pena”

Sostiene que en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal al reducir la pena impuesta en la sentencia de primer grado a 63 meses de prisión no advirtió que ANA BELLA (ABELLA) RISCOS fue hallada culpable por tres delitos, mientras que su defendida los fue por dos.

Explica que el juez de primera instancia, al dosificar la pena, señaló que ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS había defraudado a la Caja de Crédito Industrial y Minero en la suma de \$47'138.000 mientras que MARTHA LUCÍA MONTILLA lo hizo en cuantía de \$45'635.000 por cuanto le rebajó la suma de \$1'503.000, en tales circunstancias se equivocó el juez de primer grado al imponer a la procesada MONTILLA ROSERO 70 meses de prisión, que le fue impuesta a la coprocesada RIASCOS quien declarada culpable por el delito de peculado en mayor cuantía.

No obstante lo anterior, el Tribunal decidió confirmar la sentencia “en todo lo demás” de la condena, habiendo rebajado la misma para ambas procesadas a 63 meses, pero tan solo como consecuencia de un reintegro parcial de uno de los peculados, pero que, según el Tribunal, por la prohibición de la reforma en perjuicio, la pena le era aplicable a ANA RIASCOS.

Considera el censor que como las procesadas MONTILLA ROSERO y RIASCOS ROSADA fueron condenadas a una pena igual, habiendo cometido la primera dos delitos contra la administración pública; y, la otra tres conductas ilícitas, en consecuencia, la condena no está avalada por los principios de acierto y legalidad, pues para infracciones iguales penas iguales y para infracciones desiguales las penas deben ser inexorablemente, desiguales como ocurrió con la pena de multa.

Por lo anterior, reclama que la pena que se le debe imponer a MARTHA LUCÍA MONTILLA debe ser inferior, estimándola en 42 meses de prisión, toda vez que esa pena debe ser rebaja en 31 meses. Así mismo, considera que si se tiene acceso a la rebaja de pena por confesión, ésta sería de 52 meses 15 días debe ser rebajada en una tercera parte para quedar ubicada en 35 meses de prisión.

2.- DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE ANA ABELLA RIASCOS ROSADA.

2.1.- Cargo primero, causal primera, violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho debido a un falso juicio de existencia.

Sostiene el libelista que en la sentencia de segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, ignoró pruebas que se encuentran debidamente allegadas al proceso en las que se demuestra que la Directora de la entidad bancaria defraudada, MARTHA LUCÍA MONTILLA, autora de dos peculados, uno en cuantía de \$30'000.000 y, el otro por la suma de \$15'636.000 de cuyos valores reintegró la suma de \$10'423.000, que se hallan definidos en los numerales 7° y 9°, lo cual determina que la participación de ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS fue única y exclusivamente a título de cómplice, lo que hubiera implicado una sanción mas benigna.

Considera que las pruebas que no fueron observadas por los juzgadores de instancia son: la declaración de DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA quien para la época de los hechos se desempeñaba como Oficial Operativo y era la encargada de realizar las transacciones de dinero en las cuentas de ahorro y corriente de la entidad bancaria, cuando en su declaración señala que la Directora “manejaba a su antojo, no solo al personal humano adscrito a la Entidad Bancaria a su cargo, ino (sic) también los dineros de la misma.”, incluso le solicitó que borrara todos los registros de los sistemas, regresándose al año de 1997, tal como consta a folios 462 y siguientes.

Igualmente, hace referencia a la declaración de FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ, quien informa sobre el manejo que la Directora impartía a la elaboración del balance.

Así mismo, se refiere a la declaración de LUIS IGNACIO SANTACRUZ CAICEDO, de quien dice que tuvo el valor civil de oponerse y denunciar las irregularidades que se estaban cometiendo; además, destaca que en la exposición, señaló que la “Directora era la manda más y abusando de su autoridad ordenaba hacer movimientos anormales ante lo cual yo siempre me di cuenta me le opuse...”

De igual manera destaca la importancia de la declaración rendida por AUGUSTO ELIÉCER SOLARTE RODRÍGUEZ Visitador de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y de NILSA CARMINA SOLARTE ERAZO quien se desempeñaba como Cajera- Pagadora de la Cooperativa de Caficultores del Norte de Nariño Ltda., con sede en La Unión quien explica las maniobras realizadas por la Directora de la Caja Agraria, para quedarse con los \$30'000.000 de un sobregiro, destacando que cuando se presentó con el cheque para consignar lo prestado, “La Directora le obligó que le devuelva el dinero en efectivo... pero doña Martha Montilla me dijo que como me había prestado en efectivo, se lo regrese también en efectivo (fls 447)”

Por lo tanto, precisa el actor que para el Tribunal pasaron desapercibidas las declaraciones de AUGUSTO ELIÉCER SOLARTE RODRÍGUEZ y NILSA CARMINA SOLARTE, quienes, como ningún otro personaje, están dando cuenta de los delitos de peculado que han sido materia de penalización.

Puntualiza que con la omisión en la valoración de los mencionados medios probatorios, el ad-quem procedió a confirmar el fallo del juez de primera instancia en contra de ANA ABELLA RIASCOS a título de autora, cuando en realidad su verdadero sitio, es el de cómplice.

A juicio del recurrente, la Directora de la Caja de Crédito Agrario, ha sido el único

cerebro de la alta gama de irregularidades de que da cuenta el proceso, pues manejó a su antojo la entidad, la subgerencia, el área comercial, los balances diarios, el mensual, los extractos, prevalida de la autoridad que en forma déspota imponía a los subalternos y así se apropió de los dineros, cuando quiso hizo reintegros parciales y sus manos fueron el destino final de los dineros.

En tales circunstancias considera que el juez de primera instancia, no hizo el análisis del comportamiento de la procesada imputándole erróneamente la autoría de los hechos. Precisa que ANA BELLA (ABELLA) no se apropió, ni de los \$15'635.000, ni de los \$30'000.000 del sobregiro, pues hay suficiente claridad que la primera suma la tomó en "autopréstamo" la Directora y por ello reconoció su falta ante la comisión visitadora y reintegró las dos terceras partes. En cuanto a los \$30'000.000 luego de obligar a la cajera pagadora de la Cooperativa de Caficultores del Norte de Nariño a que se los devolviera en efectivo, los recibió en el Banco Cafetero, para luego desaparecer dicha suma de dinero.

Estima, entonces, que es equivocada la calificación de autora que se le impuso en las sentencias de instancia, como es innegable la participación de RIASCOS ROSADA en la realización de la conducta ilícita, porque sin su concurso la Directora no hubiera podido sustraer el dinero.

2.2.- Segundo cargo, violación directa de la ley sustancial.

Señala el censor que demanda la sentencia, por incurrir en "VIOLACION DIRECTA DE NORMAS DE DERECHO SUSTANCIAL provenientes de un ERROR DE EXISTENCIA por falta de aplicación del Art. 30 inciso 2° del Código Penal", norma que consagra la rebaja de un sexta parte a la mitad de la pena imponible para la infracción a favor de los cómplices.

Sostiene que la procesada RIASCOS ROSADA participó en la comisión de los dos

peculados, como cómplice de la Directora de la entidad bancaria: uno en cuantía de \$30'000.000 y, el otro, por valor de \$15'635.000 en razón de los cuales recibió sanción igual que su jefe de la oficina, quien en realidad fue la autora de los dos delitos antes referidos.

Precisa que no tendría derecho a recurrir si en el proceso existiere prueba indicativa que entre la procesada RIASCOS ROSADA y la directora de la entidad bancaria hubo acuerdo de voluntades y actuaron de consuno para desfalcar a la entidad bancaria.

La repercusión de esta falta de aplicación, en desmedro de los intereses de ANA BELLA (ABELLA) no se puede dejar pasar, toda vez que la sanción para los autores jamás es igual a la de los cómplices, por consiguiente la dosificación de las penas deben ser rebajadas en el máximo previsto en el artículo 30 del Código Penal.

Afirma que por el peculado por valor de \$1'503.000 que cometió su defendida, le correspondería una pena de 21 meses de prisión que resulta de dividir los 63 meses de prisión en los 3 peculados investigados en el proceso y, en relación con la pena correspondiente a los dos peculados restantes, se debería rebajar la mitad, es decir, la mitad de 42 es 21; en consecuencia, la pena a imponer sería de 42 meses de prisión por los tres delitos de peculado que fueron materia de juzgamiento.

Respecto de la pena pecuniaria, sostiene que debe imponérsele la suma de \$1'503.000 valor equivalente a lo apropiado y de la suma de \$45'635.000 le reduce la mitad para un guarismo de \$22'817.500 al cual se le adiciona \$1'503.000, quedando en definitiva un valor igual a \$24'320.500 a cargo de la procesada.

Solicita, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de condenar a la acusada RIASCOS ROSADA a una pena de 42 meses de prisión y multa en el equivalente a \$24'320.500.

SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE

El apoderado de la Parte Civil, en escrito presentado dentro del término previsto para los sujetos procesales no recurrentes, solicita a la Corte no casar la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en primer lugar, porque los cargos fueron indebidamente propuestos; en segundo lugar, los defectos en la invocación y desarrollo de los mismos se distancian de la técnica exigida en el recurso extraordinario de casación; y, finalmente, los argumentos de fondo carecen de razón como se desprende del acervo probatorio y las sentencias de instancia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.- En relación con la demanda presentada a nombre de ANA ABELLA RIASCOS ROSADA, destaca, en primer lugar, las deficiencias técnicas que presenta la demanda y, además, ninguno de los dos cargos propuestos que refieren al tema jurídico de la complicidad, tienen vocación de prosperidad por los defectos de argumentación o desarrollo adecuado a lo que se suma la falta de razón.

En efecto, en el primer cargo, la pretensión del casacionista tiene como finalidad el grado de participación por el cual se le condenó, pero simplemente se limita a manifestar su inconformidad por la decisión del juzgado, lo cual deja en claro que su intención es la de anteponer su particular punto de vista en torno a este aspecto mediante el simple disenso de una valoración razonable de las instancias, sin demostrar la existencia de algún error manifiesto del sentenciador por no haber hecho mención expresa de los medios de prueba cuya valoración reclama.

Recuerda que el sentido del mandato procesal no indica que el operador jurídico deba evaluar todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, sino que las empleadas para fundamentar la sentencia deberá analizarles razonadamente su mérito de manera expresa para cada medio probatorio, lo que no significa que en relación con las

pruebas cuya expresión resulten contrarias a las tenidas en cuenta, el operador jurídico tenga la obligación de volverlas a abordar para explicar por qué se desechan cuando esta determinación se da ya de manera implícita con la estimación de las primeras. Agrega, que eventos como el que se estudia paralizarían el ejercicio diario de la jurisdicción con una labor insustancial y enfadosa, que no cumpliría ningún fin en la protección de las garantías procesales.

Respecto del segundo cargo, soportado sobre la falta de aplicación del inciso 2° del artículo 30 del Código Penal, parte de una realidad distinta a la que determinó el sentenciador como quiera que se opone enfáticamente a la autoría y considera que sólo a título de complicidad participó su defendida en los delitos contra la administración pública y en esas condiciones tan sólo se lo puede entender como la conclusión de los errores de apreciación de la prueba, esto es, condicionado a la prosperidad del primer reproche por violación indirecta que deja de indicar expresamente la infracción de dicho precepto de carácter sustancial.

Señala que se evidencia en toda su manifestación que carece de desarrollo adecuado, ya que la violación directa no propugna por la modificación del contexto situacional o supuesto de hecho que el Tribunal ha declarado probado.

2.- Respecto de la demanda presentada a nombre de MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO, advierte que los tres cargos propuestos tiene el claro propósito de la modificación de la pena. El primer cargo, lo alega por la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia, que en el criterio del Procurador Delegado, debió proponerse por falso juicio de identidad; sin embargo, su propósito no es el de acreditar que fue fragmentaria o parcializada la indagatoria, pues el mismo actor reconoce que no se está frente a una confesión calificada.

En efecto, de la indagatoria de la procesada se advierte que ésta se declaró responsable

únicamente en cuanto a la imputación del faltante de \$15'635.000 porque de la otra defraudación del orden de \$30'000.000 sus explicaciones fueron evasivas, pues se limitó a decir que tan sólo consistió en el préstamo irregular a la Cooperativa de Caficultores del Norte de Nariño, debido a la presión psicológica de la gerente y el sano propósito de captar un cliente calificado, asegurando que cuando la secretaria de la entidad lo canceló se reintegró a las arcas del banco, situación que fue desvirtuada por los Visitadores de la entidad.

Sostiene el Ministerio Público que los beneficios por confesión que reclama el recurrente, sólo procederían respecto de uno de los delitos, siempre que hubiera sido el fundamento único de la condena, lo que tampoco ocurrió porque si bien se aludió a las manifestaciones de la procesada la convicción de la responsabilidad respecto del auto-préstamo y posterior apoderamiento de la cantidad de \$15'635.000 también se soportó en lo dicho por Deyi Amparo Chávez Montilla, Luis Ignacio Santacruz Caicedo, Ana Abella Riascos Rosada y Ferney Castillo, todos empleados del Banco.

Considera que el eventual reconocimiento de la rebaja de pena, por tratarse la confesión únicamente de un delito, carecería de trascendencia porque no conllevaría a ninguna modificación de la pena definitiva, toda vez que se condenó por el concurso homogéneo de dos delitos de peculado por apropiación por valor de \$30'000.000 y \$15'635.000, respectivamente, ambos en cuantía superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos.

De acuerdo con los criterios de dosificación que se adoptaron, el mínimo legal se incrementó en 6 meses, lo cual arroja un total de 78 meses, respecto de uno y otro delito, en consecuencia, la pena que le correspondería efectuados los descuentos por reintegro parcial y confesión frente al delito de peculado por apropiación por \$15'635.000 sería de 48 meses y 22 días.

En ese orden de ideas la pena imponible a la acusada sería de 78 meses (por el delito de \$30'000.000) y 48 meses, 22 días (por el de \$15'635.000); empero, de conformidad con el artículo 31 del Código Penal, atinente al concurso, el sentenciador partiendo de la pena mas grave la incrementó en 6 meses, cantidad muy inferior a la que le correspondería por la otra conducta concurrente.

En relación con el tercer cargo, refiere el Ministerio Público, que la censura se encauza por la violación directa de la ley sustancial originada en la infracción de los principios de proporcionalidad de la pena, la equidad y la igualdad.

Bajo tales parámetros, reclama el actor que la pena de su representada debe ser menor, en relación con el número de conductas punibles cometidas por la procesada RIASCOS ROSADA; sin embargo, el Ministerio Público, apoyado en la dosificación punitiva efectuada por los juzgadores de instancia, desestimó, inicialmente, la postura numérica adoptada por el casacionista y consideró, así mismo, que el sentenciador no aplicó la reducción de la pena en relación, exclusivamente, al delito de peculado por apropiación en cuantía de \$15'635.000, apenas una de las conductas por las cuales se incrementó la pena en virtud de la concurrencia de delitos, sino que la dedujo de la pena definitiva, pero de acuerdo con ese criterio adoptado que, aunque errado, se debe mantener por la prohibición de la reforma en peor. La resta que se debe hacer de 81 meses es una proporción de una cuarta parte, equivalente a 20 meses, 8 días, por razón del reintegro parcial deja la pena en 60 meses.

Bajo ese entendimiento, el reproche debe prosperar, sugiriendo a la Sala casar en forma parcial el fallo objeto impugnación respecto de la procesada MONTILLA ROSERO para modificar la pena prisión al igual que la de interdicción de derechos y funciones públicas, reduciendo en 3 meses el incremento por el concurso de delitos.

CASACIÓN OFICIOSA

Sugiere el Ministerio Público casar oficiosa y parcialmente la sentencia respecto del procesado FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ, dado que, fue condenado en calidad de autor del delito de peculado culposo a las penas de arresto y multa. La sanción privativa de la libertad se le impuso cuando ya regía la Ley 599 de 2000, que eliminó la pena de arresto, pues en términos del artículo 400 el delito de peculado culposo consagra como penas principales la de prisión de 1 a 3 años y multa en cuantía de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo anterior, porque no se le puede imponer la pena de prisión, por ser abiertamente desfavorable, como tampoco se le podía sancionar con la de arresto de la anterior legislación, tal como lo ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ y, en consecuencia, condenarlo únicamente a la pena principal de multa.

Solicita, entonces, de oficio casar en forma parcial la sentencia en relación con FERNEY CASTILLO RIVERA y se deje tan solo la pena principal de multa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Demanda presentada a nombre de MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO.

1.1.- Cargo primero violación indirecta por falso juicio de existencia y, segundo, por violación directa de la ley sustancial falta de aplicación del artículo 283 (anterior artículo 299) del Código de Procedimiento Penal.

El defensor de la procesada MARTHA LUCÍA MONTILLA afianza el primer cargo sobre la supuesta violación en que incurrió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la apreciación de la diligencia de indagatoria, pues a su juicio considera que el juzgador de segunda instancia extractó lo perjudicial que sirvió como fundamento para su propia condena, sin percatarse que había colaborado con la justicia, confesando su participación activa en los delitos por los cuales fue condenada; y, con el mismo propósito elabora el

segundo reproche reclamando la aplicación del artículo 283 (anterior artículo 299) del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, a su juicio, la procesada es merecedora a la rebaja de la sexta parte por confesión.

Es evidente que conforme al material probatorio incorporado en la actuación, al recurrente no le asiste razón en la pretensión que formula en los dos cargos, toda vez que, como lo destaca el Ministerio Público, los funcionarios de instancia realizaron el análisis de la indagatoria rendida por la procesada MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO en la que concluyó que si bien es cierto, la procesada se refirió al trámite impartido que culminó con la entrega ilegal de los dineros, en su condición de Directora de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero con sede en La Unión, también es verdad, que su responsabilidad se dedujo del abundante material probatorio incorporado al proceso, tal como lo señaló el Tribunal en la sentencia impugnada en los siguientes términos:

“Como si lo anterior no fuera suficiente, en el proceso, obran múltiples dictámenes periciales elaborados por el Investigador Judicial del C. T. I., Señor Oscar Antonio Estrella Muñoz, Coordinador del Grupo de Contaduría Judicial y por Eduardo Alfonso Campo Cabal, Jefe de la Unidad de la Contraloría, donde se ve, claramente que la procesada Martha Lucía Montilla Rosero, como Directora de la Extinta Caja Agraria, es señalada como responsable directa de las irregularidades que se precisan en esos documentos.”²

La apreciación del ejercicio contable llevado a cabo por los Investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación, fue ampliamente corroborada por las declaraciones de DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA, LUIS IGNACIO SANTACRUZ CAICEDO, y las indagatorias de ANA ABELLA RIASCOS ROSADA y FERNEY CASTILLO, todos empleados de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero con sede en La Unión.

Así mismo, es inocultable que los juzgadores de instancia realizaron transcripciones de

aportes de la diligencia de indagatoria de la procesada MONTILLA ROSERO; empero, no por ello debe inferirse, necesariamente, que hicieron un estudio fragmentario y parcializado en contra de los intereses de la acusada; y, menos, que se pretenda, como lo sugiere el casacionista, socavar sus beneficios procesales, pues se insiste, el fundamento de la sentencia no fue la confesión de la procesada.

Ahora bien, para la estructuración del delito de peculado por apropiación, no es imprescindible que los caudales oficiales respecto de los cuales el servidor público ostenta una relación funcional de administración jurídica o material, ingresen a su esfera patrimonial o de dominio, siendo el momento consumativo el acto externo de disposición de los bienes públicos, los que fueron distraídos por los procesados en su condición de empleados de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de La Unión, tal como fue establecido no sólo, a través de la prueba pericial, sino con los peritajes rendidos por funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación.

Respecto del segundo cargo que el censor lo soporta en la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 283 (anterior artículo 299) del Código de Procedimiento Penal, resulta abiertamente improcedente, pues para el éxito del cargo en el sentido que lo postula el recurrente, resultaba imprescindible que los juzgadores de instancia, hubiesen considerado la hipótesis de la confesión por parte de la procesada MONTILLA ROSERO, haciendo caso omiso, seguidamente, de la aplicación del precepto en el sentido de disminuir la sexta parte de la pena a imponer.

Sin embargo, tal como se señaló precedentemente los funcionarios judiciales no consideraron la figura de la confesión y adicionalmente, el fundamento de la sentencia no fue la admisión de la responsabilidad de la procesada, habida consideración que existen plurales medios probatorios que hacen referencia a la forma como MARTHA LUCÍA MONTILLA dirigía la sucursal de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero con sede en La Unión, que conllevó al detrimento patrimonial de la institución conforme lo

aseguran DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA, LUIS IGNACIO SANTACRUZ CAICEDO, entre otros, en sus respectivas declaraciones, afectación que fue cuantificada por el ejercicio contable llevado a cabo por funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación.

Adicionalmente, adviértase que la procesada MONTILLA ROSERO, no admitió su responsabilidad en la comisión del delito de peculado por las cuantías de \$16'000.000 y \$30'000.000, como lo sugiere su defensor lo que se desprende del siguiente pasaje de su indagatoria:

“PREGUNTADO: Diga todo lo relacionado con el uso de \$16'000.000 aparentemente retirados por funcionarios o empleados de la cuenta titular de la Cooperativa Solidarios, cuyo comprobante se le pone de presente. CONTESTO: En esa ocasión la cajera me manifestó que ella había prestado esa plata al señor JESUS CALAUDIO MUÑOZ HERNANDEZ (sic), en esa entonces era oficial operativo de la Caja, me refiero al señor Muñoz Hernandez y estaba como cajera Ana Bella Riascos y me dijo que le daba temor que venga auditoria y encuentre ese faltante y me presentó ese retiro para que se le colaborara para cruzar esa plata y no aparezca faltante. PREGUNTADO: Diga quien elaboró ese faltante que se le pone de presente. CONTESTO. No se ella presentó ya elaborado, pero la letra del contenido es de ella, el sello de pagado es del cajero y el sello de directora es mio y la firma. Las firmas y todo ya estaba.”

Nótese, en consecuencia, que las respuestas suministradas por la procesada MARTHA LUCÍA MONTILLA ROSERO no conducen de manera expedita a inferir, su participación activa en el delito de peculado por apropiación, pues en el fondo lo que afirma es que en su condición de Directora de la Sucursal de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero con sede en La Unión, avaló con su firma y el sello de Directora el retiro ilegal que había realizado la cajera ANA ABELLA RIASCOS ROSADA pues, es enfática en afirmar que el comprobante cuando llegó a sus manos se encontraba elaborado y su intervención se limitó a firmar el documento y colocar el sello, circunstancias que descartan la posibilidad

de estructurar la figura de la confesión y su consecuencia benéfica en el quantum punitivo, pues no es desatinado colegir de ese relato pretende ubicar a la procesada como víctima de la cajera.

Análogas consideraciones deben realizarse en torno a su actividad realizada en relación con el retiro de los \$30'000.000 de pesos, tal como con acierto lo señala el Ministerio Público, al considerar que, en este caso, sus explicaciones fueron evasivas ya que se limitó a decir que tan sólo consistió en el préstamo irregular por esa cantidad a la Cooperativa de Caficultores del Norte de Nariño, debido a la presión Psicológica de la Gerente Regional y el sano propósito de captar un cliente tan calificado.

Por consiguiente, los cargos primero y segundo no tienen vocación de éxito.

1.2.- Cargo tercero, violación directa de normas de derecho sustancial, “proveniente de un error de adecuación de la pena”

El defensor de la procesada discrepa de la dosificación punitiva efectuada en las instancias, toda vez que su representada fue condenada por dos delitos, en tanto que la coprocesada RIASCOS ROSADA lo fue por tres, por lo tanto, resulta inadmisibile que las dos acusadas fueran condenadas a penas iguales, por lo que sugiere para su defendida una pena de 35 meses.

No le asiste razón al censor en la propuesta punitiva que eleva a favor de su representada MONTILLA ROSERO, pues si bien es cierto la dosificación punitiva llevada a cabo en las instancia, no es lo suficientemente clara, también es verdad que la apreciación se distancia ostensiblemente de los parámetros para determinar la sanción.

En efecto, es preciso recordar que el Juzgado Penal del Circuito de la Unión (Nariño) para determinar el quantum punitivo señaló:

“Teniendo en cuenta los criterios de ponderación que para fijar la pena establece el artículo 61 del Código Penal, y en consideración a que los procesados son delincuentes primarios, ya que ninguno de ellos registra ninguna clase de antecedentes, además de haberse realizado un reintegro parcial (atenuación que solo será procedente frente a las modalidades de peculado en las que la conformación estructural permite tales actos, no siendo aplicable en el peculado culposo), el Juzgado en aplicación del principio de proporcionalidad considera que la pena justa a imponerse a las procesadas MARTHA LUCÍA MONTILLA y ANA ABELLA RIASCOS, será de SETENTA Y OCHO (78) meses de prisión, las que se incrementará en SEIS (6) meses por el concurso homogéneo de conductas punibles para un total de OCHENTA Y CUATRO (84) meses de prisión que luego de rebajarse en una sexta parte por el reintegro que no fue muy significativo, a las dos procesadas será de SETENTA (70) meses de prisión ...”

Tales parámetros fueron modificados por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en los siguientes términos:

“En cuanto a esa rebaja por concepto de reintegro, con la cual el apelante también se muestra inconforme, es de anotar que por el principio de favorabilidad, el juzgador debió dar aplicación a la norma consagrada en el artículo 401 del actual Código Penal, la que es impositiva al decir, que cuando el reintegro fuere parcial, como el realizado por Martha Lucía Montilla Rosero, “el juez deberá proporcionalmente, disminuir la pena en una cuarta parte”, es por ello que con observancia de esas disposiciones, se reducirá la pena impuesta, veintiún (21) meses, lo cual da un total de 63 meses de prisión...”

De las anteriores transcripciones se concluye que el juez de primer grado facultado en la discrecionalidad que le permite el artículo 61 del Código Penal, no partió del mínimo establecido para el delito mas grave (72 meses), sino que, lo hizo de 78, según la motivación expuesta, guarismo al cual le adicionó seis (6) meses por razón del concurso homogéneo del delito de peculado por apropiación, para arribar a un total de ochenta y

cuatro (84) meses de prisión a los cuales le redujo la sexta parte por razón del reintegro, para quedar en definitiva una pena de setenta meses de prisión; empero, el Tribunal en una interpretación rigurosa del artículo 401 del Código Penal, dedujo la cuarta parte, por razón del reintegro quedando, en definitiva, una pena para las procesadas de sesenta y tres (63) meses de prisión, que si bien no comparte los criterios jurisprudenciales expuestos por la Corte, cuando opera el reintegro parcial, tampoco resulta lesivo para las garantías de las procesadas, al punto que deba la Sala ocuparse de redosificar la pena para dejar intangibles los derechos fundamentales de las mismas.

En efecto, la Corte al referirse al reintegro parcial, señaló:

“Reintegro parcial: La oportunidad procesal para esa clase de retorno no se indica en la ley, pero dada la redacción del artículo 401, no puede generar consecuencias sino cuando se realiza hasta antes de dictarse sentencia de segunda instancia, entendido “dictarse” con prescindencia del término de ejecutoria o de los actos de notificación de esa actuación, es decir, que el tiempo límite es el de la fecha del fallo de esa categoría. Y, como aquí lo apropiado fueron diez millones (\$10'000.000.00) y lo devuelto solo dos millones (\$2.000.000.00) debe concluirse entonces que el factor reintegro - el primero - es del 20%.

Así mismo, se tiene establecido que la pena dosificada es de 6 años de prisión (segundo factor) y como es un evento de devolución parcial de lo apropiado la reducción es de una cuarta parte (1/4) cifras que cruzadas generan un resultado de disminución máxima de pena de 1 año y 6 meses (11/2) años -tercer factor- Y,

Es ahora cuando se precisa el alcance de la expresión “proporcionalmente” que refiere el inciso final del artículo 401 del Código Penal, entendiendo que la reducción de pena en el caso de devolución parcial debe expresar una proporción equitativa entre el porcentaje de lo reintegrado, que es el que debe disminuirse, y el total de la disminución

máxima...”3

En consecuencia, el cargo no prospera.

2.- DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS ROSADA.

2.1.- Cargo primero, causal primera, violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho debido a un falso juicio de existencia y Segundo, violación directa de la ley sustancial.

Sostiene el libelista, en el primer cargo, que en la sentencia de segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, ignoró pruebas que se encuentran debidamente en el proceso en donde se demuestra que la Directora de la entidad bancaria defraudada, MARTHA LUCÍA MONTILLA, autora de dos peculados, en cuantía de \$30'000.000 y \$15'636.000 de cuyos valores reintegró la suma de \$10'423.000, demuestran que la participación de ANA BELLA (ABELLA) RIASCOS fue única y exclusivamente a título de cómplice, lo que hubiera implicado una sanción mas benigna y, en el segundo, que su representada es merecedora a la rebaja, dada la condición de cómplice.

Como quiera que los cargos primero y segundo, en el fondo, pretenden la condición de cómplice de la procesada RIASCOS MONTILLA y consecuentemente la rebaja atendiendo la forma de participación que promueve la Sala, abordará su estudio de manera conjunta.

Fundamenta el cargo en la preterición del examen de las declaraciones de DEYI AMPARO CHÁVEZ MONTILLA, FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ, LUIS IGNACIO SANTACRUZ CAICEDO, AUGUSTO ELIÉCER SOLARTE RODRÍGUEZ y NILSA CARMINA SOLARTE ERAZO a quienes les consta la manera como la Directora de la Sucursal de la Caja de Crédito Agrario Industrial y

Minero, orientaba la entidad; sin embargo, siendo evidente que los juzgadores de instancia no puntualizaron cada una de los medios de convicción que relaciona el censor, es claro que en el fondo no le asiste razón en sus pretensiones, habida consideración que los funcionarios judiciales, realizaron un estudio en conjunto del material probatorio incorporado en el proceso, para llegar a la conclusión de la responsabilidad que le asiste a la procesada RIASCOS ROSADA en la autoría de los delitos de peculado por apropiación por los cuales fueron acusadas y condenadas en las instancias.

Por consiguiente, no se precisa ningún yerro cuando el funcionario judicial omite mencionar la totalidad de los medios de prueba, a condición de que se haga una valoración en conjunto ajustada a las reglas de la sana crítica. De otra parte, es notorio y, así lo reconoce el recurrente, que los testimonios que menciona como omitidos, hacen referencia a la forma como la coprocesada MONTILLA ROSERO dirigía la sucursal de la Caja de Crédito Agrario, a tal punto, que fue considerada como déspota por los demás empleados de la institución e incluso suscitó de renuencia de algunos en cumplir sus órdenes; empero, que la orden fuera forzosamente aceptada no implica que los obligara a participar en las conductas ilícitas, tal como lo entendió la Fiscalía en el pliego de cargos, al señalar que la participación de la cajera ANA BELLA (ABELLA) fue trascendental para la toma de los dineros en efectivo, no de simple subordinación. Adicionalmente, se señaló que la orden del superior jerárquico para se acatada por el subalterno debe ser legítima y lícita, condiciones de las cuales carecían las impartidas por la Directora.

De acuerdo con la preceptiva del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 (anterior artículo 24 del Decreto 100 de 1980, vigente para la fecha de los hechos) cómplice es la persona que contribuye a la realización de la conducta antijurídica o que presta una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma. La Sala ha señalado que el cómplice por no realizar la acción descrita en el tipo, no tiene dominio en la producción del hecho, es decir, que su conducta no es propiamente la causa del resultado antijurídico.

Desde esa perspectiva, es evidente que el acervo probatorio incorporado resulta lo suficientemente claro para inferir que la actividad comportamental de la procesada RIASCOS ROSADA responde a la autoría, tal como fue convocada a juicio y condenada en las instancias, además, los funcionarios judiciales desestimaron dicha forma de participación, razón por la cual el cargo por la vía directa de la ley sustancia, carece de sentido y razón.

En estas condiciones los cargos no prosperan.

CASACIÓN OFICIOSA

Al descorrer el traslado de rigor, el Ministerio Público insta a la Corte, para que case la sentencia impugnada de oficio y parcialmente, en relación con la pena impuesta al coprocesado FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ quien fue condenado en las instancia como autor y penalmente responsable del delito de peculado culposo a las penas de arresto y multa, para dejar como sanción únicamente la multa, teniendo en cuenta que la Ley 599 de 2000, eliminó del ordenamiento jurídico la pena de arresto.

Sin embargo, atendiendo los avances jurisprudenciales de la Sala, la petición del Procurador Delegado no resulta pertinente en el presente caso, teniendo en cuenta que los precedentes en que afianza su solicitud, fueron recogidos en decisión mayoritaria del pasado 19 de julio, para adoptar la tesis de que en estos casos debía aplicarse la pena de arresto, atendiendo que en ambos estatutos la conducta punible estaba sancionada con pena que comporta la privación de la libertad. Al respecto señaló:

“Un nuevo examen del punto, sin embargo, lleva a la Sala a reconsiderar esa tesis, para sostener ahora que como en todo caso, tanto en el anterior Código Penal como en el actual, la ley previó pena privativa de la libertad para el peculado culposo, debe mantenerse la

de arresto (...)

En efecto, si en aquella legislación el hecho estaba sancionado con arresto y en la de hoy con prisión, se debe partir de que el legislador quiso hacer más severas las consecuencias punitivas incrementando cualitativamente la medida corporal.

En este evento, sin embargo, entran en pugna la normatividad pretérita y la actual, conflicto de leyes que impulsa hacia la pasada para utilizarla ultractivamente pues es más benéfica que aquella que ahora rige el tema.

Como es claro, en los dos articulados se ha previsto pena privativa de la libertad, que por tanto, se debe sostener pues en estricto sentido no hubo despenalización radical. Y como la anterior es menos gravosa que la vigente, a ella se debe acudir.”⁴

En tales condiciones, no resulta atendible la solicitud del Ministerio Público.

Contra la presente decisión 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

NO CASAR la sentencia impugnada de fecha, origen y contenido referidos en el cuerpo de este pronunciamiento.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZON

Aclaración de voto

Salvamento de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN
QUINTERO MILANÉS

JORGE LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aclaración de voto

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Antes de reiterar las razones de mi disenso a la posición mayoritaria, debo advertir que esta aclaración de voto está lejos de desconocer la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución. Mi línea de pensamiento jamás me llevaría a semejante dislate jurídico, sólo que no puedo cohonestar que so pretexto de tal prohibición un juez de la República pueda aplicar, a un caso concreto, una ley que no existe, haciendo de lado la normatividad vigente en Colombia.

El principio constitucional de la separación de poderes es uno de los presupuestos configurativos del Estado de Derecho y por ende un elemento fundamental del orden constitucional, sin el cual ningún funcionario pudiera actuar con legitimidad. Nuestra Constitución lo consagra en el artículo 113 cuando señala:

“Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

“Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

Conforme a ello, los órganos del Estado se encuentran separados funcionalmente, pero deben colaborar armónicamente para realizar los fines del Estado (artículos 2 y 365 ídem). Pero como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, la exigencia de colaboración armónica entre los órganos del Estado no puede dar lugar a una ruptura de la división de poderes ni del reparto funcional de competencias, de modo que determinado órgano termine ejerciendo las funciones atribuidas por la Carta a otro órgano. Sobre el punto, ha dicho la Corte Constitucional:

“Cada órgano del Estado tiene, en el marco de la Constitución, un conjunto determinado de funciones. El desarrollo de una competencia singular no puede realizarse de una manera tal que su resultado signifique una alteración o modificación de las funciones que la Constitución ha atribuido a los demás órganos. Se impone un criterio o principio de “ejercicio armónico” de los poderes, de suerte que cada órgano se mantenga dentro de su esfera propia y no se desfigure el diseño constitucional de las funciones”⁵

La separación de funciones entre los distintos órganos del Estado sirve a su vez de límite al ejercicio del poder, de tal forma que ninguna de las ramas que integran el Estado de derecho puede sustraerse a la sujeción que le debe a la [Constitución Política](#) y a la ley. En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional afirmando que:

“En un Estado democrático se hace indispensable como garantía de la libertad y de los derechos fundamentales de los asociados, que se ejerzan por distintos órganos y de

manera separada las funciones de legislar, administrar y juzgar. De la misma manera, el Estado democrático supone la adopción de recíprocos controles entre las ramas del poder, para que no impere la voluntad aislada de una de ellas. Es, pues, esencial que quien ejerza el poder, a su vez sepa que es objeto de control en su ejercicio. Es esa la razón por la cual al Ejecutivo lo vigila y controla desde el punto de vista político, el Congreso de la República que, además de la función de legislar ejerce como representante de la voluntad popular esa trascendental función democrática. Así mismo, la rama judicial, a su turno, no escapa a los controles establecidos en la Constitución Política. En síntesis, en una democracia, ninguna de las ramas del poder público puede sustraerse a la sujeción que le debe a la Constitución Política y a la ley. De lo contrario, desaparecería el Estado de Derecho”.⁶

Todo ello permite concluir que en virtud del principio de separación de poderes, el Congreso, la Judicatura y el Ejecutivo ejercen funciones separadas, aún cuando deben articularse para colaborar armónicamente en la consecución de los fines del Estado, y que ésta separación no excluye sino que, por el contrario, conlleva la existencia de mutuos controles, entre ellos, los que impone la Constitución a los jueces, quienes en su ejercicio están sometidos al imperio de la ley, por lo que al tasar las penas, necesariamente, deben hacerlo dentro de los parámetros señalados por la normatividad, siendo claro que bajo ninguna circunstancia pueden deducir penas por fuera de los mínimos o máximos legales.

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, en virtud de lo dispuesto por el artículo 121 de la Carta política, las autoridades

públicas sólo pueden ejercer las funciones que le atribuyan la Constitución y la ley, norma esta que armoniza a plenitud con lo dispuesto en el artículo 6º ídem en cuanto en él se establece la responsabilidad de los servidores públicos por infracción de la misma o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En ese contexto, cuando el superior jerárquico advierte que se impuso una pena inexistente, o una de las prohibidas constitucionalmente, o se dejó de aplicar la legalmente prevista, o se tasó por fuera de los límites previstos en la ley, se encuentra en la obligación constitucional de adecuar el fallo a la normatividad existente; deber que ha de cumplir el juez de segunda instancia y con mayor celo el de casación, por cuanto una de sus finalidades fundamentales es garantizar la legalidad del proceso.

El paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, lleva a comprender 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.

El principio de legalidad y la seguridad jurídica se tornan, en ese contexto, 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 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.

Nuestra [Constitución Política](#) señala que el Estado colombiano es un Estado de Derecho (artículo 1º), lo cual quiere decir que la actividad estatal está sometida a reglas jurídicas. Sobre los fundamentos filosóficos de la importancia de someter la actividad estatal al derecho, la Corte Constitucional ha precisado que:

“La constitución rígida, la separación de las ramas del poder, la órbita restrictiva de los funcionarios, las acciones públicas de constitucionalidad y de legalidad, la vigilancia y el control sobre los actos que los agentes del poder llevan a término, tienen, de modo inmediato, una única finalidad: el imperio del derecho y, consecuentemente, la negación de la arbitrariedad. Pero aún cabe preguntar: ¿por qué preferir el derecho a la arbitrariedad? La pregunta parece necia, pero su respuesta es esclarecedora de los contenidos axiológicos que esta forma de organización política pretende materializar: por que sólo de ese modo pueden ser libres las personas que la norma jurídica tiene por destinatarias: particulares y funcionarios públicos.”⁷

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 predeterminedinar 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.

Por ello, en materia penal, cuando el artículo 29 de la Carta Política preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, esta declarando implícitamente, que a nadie se le puede imponer una pena no prevista por el legislador para el hecho por el cual fue oído en juicio. Admitir que en un evento dado el juez puede marginarse de ese mandato, bajo la consideración de una prevalencia de la prohibición de reforma en peor, es tanto como validar la vía de hecho, pues a pesar de la ilegalidad el superior no podrá corregir la inobservancia de la ley.

Para el suscrito, en un Estado de derecho como el nuestro no puede aceptarse que se hagan efectivas decisiones arbitrarias o, lo que es lo mismo, proferidas sin la estricta observancia de la ley y la Constitución, pues la vigencia del Estado de Derecho no se agota con la expedición de un catálogo de reglas que guían la conducta de los individuos, sino que supone, además, que dicha normatividad sea ejecutada y aplicada. De allí que, si quien tiene el deber constitucional de aplicar las normas al caso concreto para definir el derecho, se aparta de ellas, hace inoperante el sistema jurídico e imposible la organización política en que el mismo se funda.

Estos principios llevan a sostener que frente a una decisión que se aparta del contenido de la ley, no es posible aducir la existencia de la prohibición de la reformatio in pejus, pues la legalidad no se agota en la recortada perspectiva de la protección del procesado en un determinado caso, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley a fin de que el Estado, a través de sus operadores de justicia no pueda sustraerse de los marcos señalados por el legislador para regular las distintas situaciones jurídicas.

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 mínimo y máximo, su clase, su naturaleza principal o accesoria, son

impermeables, aún frente a disposiciones como la prohibición de la reforma en peor, pues en tales eventos la legalidad funciona como límite impenetrable para el aplicador de la ley.

La garantía que implica la prohibición de la reformatio in pejus no puede convertirse en coartada para tolerar o convalidar una sentencia que pase por encima de la ley, pues si la Constitución reconoce una garantía como ésta, es porque parte de la base de que el acto jurisdiccional no desborde la legalidad básica.

Una decisión judicial al margen de la ley sólo puede ser calificada como una vía de hecho, y frente a ella no puede aducirse argumento alguno que pretenda garantizar su incolumidad. En esos eventos, en los que se rompe de manera incontestable el hilo de la juridicidad, el juzgador de segunda instancia, o la misma Corte en sede de casación, están llamados a restaurar esa fidelidad a la ley, de la que ningún juez puede liberarse sin abjurar de su misión.

La vinculación que los órganos del Estado deben al derecho, obliga a desestimar y proscribir las acciones judiciales que se logren identificar como vías de hecho, esto es al margen de la ley, pues el Estado de Derecho deja de existir si un órgano del Estado pretende y puede situarse por encima del derecho establecido.

La competencia que la Constitución le otorga a los jueces de la República, se insiste, sólo les permite obrar dentro del marco del derecho, y no puede sustituirlo arbitrariamente por sus propias concepciones. La igualdad en la aplicación de la ley está íntimamente ligada a la seguridad jurídica que descansa en la existencia de un ordenamiento universal y objetivo, que con idéntica intensidad obliga a todos, autoridades y ciudadanos.

El principio de legalidad obliga al juez a aferrarse estrictamente a la norma legal (sea constitución o ley), so pena de que si lo desconoce su conducta sea una clara rebeldía

contra el Estado de derecho.

Cuando nos referimos a los mandatos del constituyente (primario o derivado), debemos comprender que en su fuero interno no se concibe nada que esté por fuera de la institucionalidad. Por manera que cuando consagra que no se podrá agravar la pena impuesta, ese mandato le significa al superior o juez de casación la obligación de mantenerse dentro de los límites del fallo impartido en las instancias, entendiendo, desde luego, que lo que el constituyente salvaguarda es la que se impuso conforme a los parámetros legales.

Téngase en cuenta que el constituyente no puede referirse a nada distinto que al marco de la ley, pues si no fuera así, de modo simultáneo crearía un Estado de derecho y a renglón seguido lo borraría, al facultar al juez a que actúe por fuera de la ley, lo que se contradice con el claro mandato del artículo 230 de la Constitución Nacional.

Cuando el juez impone una pena que no está establecida en la ley (en cuanto a sus límites mínimos y máximos, naturaleza, etc), desconoce de entrada el Estado de derecho y la esencial función del legislador, entrando a suplirlo con la sentencia, generando anarquía y causando la quiebra del orden establecido. Ese juez que así actúa se aparta del Estado de derecho, se convierte en legislador y juez, inducido por la arrogancia y la arbitrariedad de sus actos. Esas decisiones así concebidas, jamás podrán estar ajustadas al principio de legalidad.

La consecuencia de un tal proceder generaría que para los demás ciudadanos naciera el derecho a reclamar por virtud del principio de igualdad, a que en lugar de la pena que conforme a la ley se les irrogó, se les impusiera una proporcionalmente igual a la que se le dedujo a quien se le aplicó una por debajo del mínimo legal o se le señaló una en proporción y naturaleza más benigna que la establecida por el legislador para la conducta delictiva.

En un escenario semejante se vendría a legitimar toda decisión producto de una conducta ilegal del juez de instancia, incluso el prevaricato que haya servido en determinados casos para imponer penas por debajo del marco legal o desconociendo la naturaleza fijada por el legislador.

Si lo anterior fuese posible, se avasallaría el Estado de derecho y el reconocimiento de la legitimidad establecida en los tratados internacionales, especialmente de aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por lo tanto, el suscrito Magistrado reafirma su criterio de que la prohibición de la reformatio in pejus no rige frente a una sentencia que ha fijado la pena violando el principio de legalidad, pues la conclusión contraria lleva a aceptar que la persona condenada con base en el desconocimiento de la ley, estaría en una situación, que si le resulta favorable, sería invulnerable a pesar de su franca ilegalidad, lo cual, como se acaba de ver contraría los fines propios de un Estado de Derecho.

Concluyendo, donde no hay legalidad no hay prohibición de reforma en perjuicio, pues una es presupuesto de la otra.

Con todo respeto,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

(Casación No. 23. 930)

Me he apartado parcialmente de la decisión tomada por la Sala porque me identifico con la petición del Ministerio Público en cuanto FERNEY CASTILLO MARTÍNEZ solamente podía ser sometido a sanción de multa⁸

, es decir, porque no se le podía imponer ni prisión ni arresto, primero, con fundamento en la aplicación del principio de favorabilidad; y, segundo, con base en la favorabilidad de la jurisprudencia más benigna. En un caso similar, expresé lo siguiente, que ahora reitero:

He salvado el voto porque estimo que se ha debido casar la sentencia en lo relacionado con la pena corporal pues si antes la pena era de arresto y luego de prisión, la más favorable sería aquella. Pero como fue suprimida en el nuevo estatuto penal, tampoco se puede imponer toda vez que al hacerlo la Corte se aparta de la legalidad. Es como difícil entender que si el “arresto” ya no existe, se someta a alguien a él por “favorabilidad”.

Agrego. Esto último era lo que sostenía la Sala, hasta el 19 de julio del 2006, cuando, infortunadamente, varió su criterio.

Si este fallo de casación, el que hoy ocupa la atención de la Sala, del 3 de agosto del 2006⁹

, se hubiera dictado antes de aquella fecha, la procesada habría sido sometida al criterio jurisprudencial pasado. Pero como no se hizo, la Corte la cobija con la reciente variación.

Pero aún así, la Sala ha debido aplicar por favorabilidad la “jurisprudencia” más benigna, pues la pretérita rigió durante el trámite del proceso. Sobre este tema, en un caso con efectos similares, he expresado esto, que ahora reitero:

De otra parte, para recabar en lo mismo, no se puede olvidar lo siguiente:

Si los hechos ocurrieron mucho antes del 25 de agosto del 2004...fecha en la cual la Corte -en contra de los intereses de los procesados- cambió su criterio sobre la operación que se debe hacer para efectos de la prescripción de la acción, es apenas obvio que se ha debido resolver el punto con fundamento en la tesis judicial que por importante tramo acompañó el decurso del proceso y que resulte más benigna para el procesado.

Se hace esta precisión con fundamento en que, como frente a la ley, y con mayor razón, en todo caso se debe aplicar la jurisprudencia favorable, ya por retroactividad, ya por ultractividad, incluido el fenómeno conocido como “jurisprudencia intermedia”.

Es cuestión de apreciar en toda su integridad e intensidad el principio de favorabilidad que debe operar, siempre, también, y especialmente, en materia de tránsito de jurisprudencia. Y con ello, naturalmente, la acción por los ilícitos mencionados está prescrita.

Y no se diga que es imposible porque la variación de la jurisprudencia es viable sólo en materia de revisión, por cuanto esta opera cuando el cambio favorable sucede después de la ejecutoria de la sentencia.

Si la transformación ocurre dentro del proceso, sin duda, es imperativo entrar en el debate de cuál de los criterios jurisprudenciales es más favorable.

En síntesis, si durante el desarrollo de un proceso penal surgen varios criterios jurisprudenciales, al final el juez debe acoger, por cualquiera de las vías de la permisibilidad, aquél que sea mejor para el procesado, lo mismo que se hace en torno de la benignidad de la “ley”.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

(5-2-2007)

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencias, 17012 enero 21 de 2004, 23132 junio 1 de 2005.

2 TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO. Sentencia 2ª instancia, noviembre 10 de 2004, página 2.223.

3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia, 22778 octubre 13 de 2004.

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia, 22223, julio 19 de 2004.

5 Sentencia C-615 de 1996.

6 Sentencia C-317 de 2003.

7 Sentencia C-179 de 1994. Fundamento e.1.

8 Autor de peculado culposo.

9 El de ahora, del 24 de enero del 2007.