

Proceso No 25981

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GOMEZ QUINTERO

Aprobado acta No. 205

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

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor contractual de SAID SÁNCHEZ LÓPEZ contra la sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006), por medio de la cual el Tribunal Superior de Cúcuta confirmó el fallo condenatorio de primera instancia proferido por el Juez Segundo Penal del Circuito de Ocaña, que lo sentenció a las penas de siete (7) años de prisión, multa de dieciocho millones setecientos dieciséis mil trescientos setenta y ocho (\$18 716 378) pesos, inhabilitación para el ejercicio de derechos y de funciones públicas por siete (7) años, “en concordancia con el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política”, indemnización de perjuicios en favor del municipio de San Calixto (N. de S.), en cuantía de trece millones seiscientos cincuenta y dos mil novecientos cincuenta (\$13 652 950) pesos (suma que debe actualizar al momento de efectuar el pago¹) y además le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de prisión efectiva por prisión domiciliaria, por hallarlo penalmente responsable de los delitos de peculado por apropiación (Inciso primero del artículo 133 del Decreto 100 de

1980, modificado por el art. 19 de la Ley 190 de 1995), peculado por aplicación oficial diferente (art. 136 ib., modificado por el art. 32 de la Ley 190 de 1995) y falsedad ideológica en documento público (art. 219 ib.).

HECHOS

SAID SÁNCHEZ LÓPEZ fue alcalde municipal de San Calixto, N. de S., para el período constitucional de 1995 - 1997; en el presupuesto municipal de 1997 se incluyó una partida de \$26 838 088 para la construcción del acueducto de la vereda Guaduales.

De esa partida -según lo denunció el presidente de la junta de acción comunal y se demostró en el proceso- el Alcalde gastó dieciocho millones setecientos dieciséis mil cuatrocientos treinta y dos mil (\$18 716 432) pesos, de los cuales pagó trece millones seiscientos cincuenta y dos mil novecientos cincuenta (\$13 652 950) pesos² a diferentes personas por conceptos de “estudios de factibilidad”, “administración de la obra”, “compras de materiales” (que respaldó con documentos espurios) y “pago de operadores de maquinaria municipal”. Por estos hechos resultó sentenciado por peculado por apropiación.

Destinó cinco millones sesenta y tres mil cuatrocientos veintiocho (\$5 063 428) pesos para arreglo, mantenimiento y operación de maquinaria municipal, sin ejecutarlos en la obra para la que estaban dirigidos.

No obstante, suministró el “acta de recibo final de la obra” que contrató “a todo costo” y una serie de documentos falsos que respaldaron diferentes actividades inherentes a la ejecución de la obra, compra de materiales, suministros, cuadros estadísticos de obra, etc.. (Cfr. Páginas 12 - 14 del fallo de primera instancia).

ANTECEDENTES

La Fiscalía Segunda Seccional de la Unidad de delitos contra la Administración pública profirió resolución de apertura de investigación el 28 de agosto de 2000 (Fl. 262 / 1); recibió la indagatoria de SAID SÁNCHEZ LÓPEZ el 17 de septiembre de 2001 (Fls. 279 - 283).

Cerró la investigación el 7 de marzo de 2002 (Fl. 287), en el traslado para presentar alegaciones previas a la calificación del sumario (art. 393 de la Ley 600 de 2000) las partes guardaron silencio, el 27 de mayo de 2002 profirió resolución de acusación por peculado por apropiación, peculado por destinación oficial diferente y falsead ideológica en documento público (Fls. 301 - 303 / 1), la acusación fue confirmada el 7 de noviembre de 2002 (Fls. 324 - 328 / 1).

El Juzgado Penal del Circuito de Ocaña tramitó el juicio y profirió sentencia condenatoria el 16 de marzo de 2004 (Fls. 403 - 430 / 1), que fue confirmada el 16 de febrero de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (Fls. 6 - 20 / 2).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

En una decisión totalmente inescindible, tanto el Juzgado como el Tribunal encontraron plenamente acreditados los hechos de este proceso:

Así, para el sentenciador individual y colectivo, SAID SÁNCHEZ LÓPEZ se apropió en favor propio y de terceros de una parte del presupuesto destinado para la construcción del acueducto de la vereda Guaduales en el presupuesto del año fiscal de 1997, porque pagó una cantidad por una obra que no se ejecutó y destinó otra cantidad a cuestiones que nada tenían que ver con la ejecución de los trabajos, soportando este tipo de inversiones con documentos falsos.

LA IMPUGNACION

Cargo único. Nulidad por violación del debido proceso (Artículos 306 – 2, 354, 357 del C. de P.P. y art. 29 de la Constitución Política)

Estimó el libelista que se afectó el debido proceso porque durante la instrucción del sumario no se definió la situación jurídica del imputado SAID SÁNCHEZ LÓPEZ.

Recordó que a la luz del artículo 357 numeral 1° de la Ley 600 de 2000, la definición de situación jurídica para la conducta de peculado por apropiación era obligatoria, por suerte que después de haber escuchado en indagatoria al imputado la ritualidad imponía la definición de situación jurídica en aras de garantizar el debido proceso.

Solicitó declarar la nulidad a partir de la resolución de cierre de investigación, con el objeto de que sea definida la situación jurídica para ejercer el derecho de contradicción, conocer los hechos con precisión, establecer el fundamento probatorio de la providencia y determinar la medida procesal que corresponda al imputado.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Estimó que si bien es cierto en el proceso no se definió la situación jurídica a la luz del artículo 354 en concordancia con el numeral primero del artículo 357 de la Ley 600 de 2000 que rigió este proceso desde su inicio, siendo claro que “...siempre es obligatorio resolver la situación jurídica en los casos del 357”, aunque “...no se imponga medida de aseguramiento” porque no estén acreditados los presupuestos para imponer la medida a la luz de los artículos 355 y 356, la verdad es que el error que denuncia el casacionista no tiene trascendencia de cara a las garantías defensivas del recurrente:

La irregularidad se convalidó por el silencio de la parte defensiva que, en ningún instante procesal “...ni en la notificación de la resolución de cierre de investigación, ni en los alegatos precalificatorios, ni al impugnar la resolución de acusación, ni en el traslado

del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, ni en la audiencia preparatoria, ni en la audiencia pública el procesado o su defensor formularon inconformidad con la aludida omisión” que sólo vino a proponer cuando impugnó el fallo de primera instancia, siendo claro que debió alegar la nulidad –originada en la fase instructiva- en la audiencia preparatoria de que trata el artículo 401 ib., pero no lo hizo.

Los principios de trascendencia y convalidación (art. 310 - 4) que orientan la declaración de nulidad del proceso permiten afirmar que SAID SÁNCHEZ LÓPEZ no sufrió algún perjuicio concreto con la omisión del rito, en la medida que desde la indagatoria conoció la imputación tanto fáctica como jurídica por las conductas de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público, lo mismo que el soporte probatorio de la investigación.

Participó de la tesis del Tribunal, según la cual la resolución de la situación jurídica dejó de ser un presupuesto indispensable para cerrar la instrucción, y por ello estimó que “...su omisión no tiene la trascendencia suficiente para generar nulidad”.

Propuso casar de oficio la sentencia por incongruencia entre la acusación y el fallo, en la medida que al fijar la punibilidad el juzgado incluyó la causal genérica de agravación punitiva del artículo 66-11 del C.P. de 1980, referida a la posición distinguida del Agente, aunque acepta que la acusación “contempló la condición de primer mandatario municipal del procesado al momento de cometer los delitos”; sin embargo, dijo, la sola mención no basta para afirmar que al acusado se le advirtió con claridad que la posición distinguida le representaría una mayor pena, que tasó el juzgado en dos meses más.

LA CORTE CONSIDERA

Es competente la Corte Suprema de Justicia para resolver el recurso extraordinario de casación propuesto por el opugnador contra la sentencia proferida por el Tribunal

Superior de Cúcuta, de conformidad con el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, sin perjuicio del poder oficioso que le confiere el artículo 216 en concordancia con el artículo 206 y el numeral tercero del artículo 207 ib.

Cargo único. Nulidad por violación del debido proceso (Artículos 306 - 2, 354, 357 del C. de P.P. y art. 29 de la Constitución Política)

1) A pesar de ser la propuesta de nulidad por violación del debido proceso una garantía fundamental, de conformidad con el Artículo 29 de la [Constitución Política](#), lo evidente y contradictorio del alegato es que el defensor que ahora (en sede del recurso extraordinario de casación) reclama en favor del procesado la definición de situación jurídica porque era procedente para el delito de peculado por apropiación a la luz del numeral primero del artículo 357 de la Ley 600 de 20003, durante el curso del proceso -tanto en la fase investigativa como en la fase del juicio- la defensa técnica capitalizó en favor del procesado aquella omisión del rito y de esa manera usufructuó el beneficio de libertad durante todo el proceso penal.

Para la Sala Penal de la Corte es claro que si la defensa se percató en la instrucción de que era preciso definir la situación jurídica, en lealtad debió haber solicitado al fiscal que adoptara la medida pertinente; y si advirtió la irregularidad en el juicio debió haber hecho la alegación al juez en el mismo sentido.

Lo paradójico en este caso es que la medida a adoptar en el curso del proceso penal era la detención preventiva del imputado, porque el delito de peculado por apropiación tenía prevista en la ley una pena que “excede de cuatro años” (Art. 357 - 1 de la Ley 600 de 2000 en conc. Art. 133 del Decreto 100 de 1980). Sin embargo, el defensor no hizo la solicitud en momento alguno del proceso.

Entre las conductas objeto de imputación (peculado por apropiación del Inciso primero del

artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, peculado por aplicación oficial diferente del artículo 136 ib., modificado por el art. 32 de la Ley 190 de 1995 y falsedad ideológica en documento público del artículo 219 ib.), la que reviste mayor gravedad y respecto de la que procede la definición de situación jurídica a la luz de los artículo 356 - 1, 357 - 1 de la Ley 600 de 2000, vigente en el Distrito judicial de Cúcuta⁴, es el peculado por apropiación porque es la única cuyo límite mínimo de sanción supera los cuatro años como penalidad mínima, lo que no sucede en relación con las conductas de peculado por destinación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público de los artículos 136 y 219 ib.

En tales condiciones, a pesar de que el presupuesto formal de la censura sea razonable porque es un requisito legal la definición de la situación jurídica (artículo 354), no puede argumentarse que tenga razón el actor porque en verdad ningún perjuicio real acreditó:

2. Existe un antecedente en el que la Sala Penal tuteló el derecho al debido proceso por falta de definición de situación jurídica en la fase investigativa del sumario, donde el sindicado⁵ alegaba que una conducta punible objeto de imputación era de las enlistadas en el artículo 357 y requería de definir la situación jurídica. Esto argumentó la Sala:

“3.3.2. El procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000 para el juzgamiento de los delitos cometidos en vigencia de dicha legislación, específicamente el artículo 354 ídem, impone al funcionario instructor el deber de definir situación jurídica a quienes se vinculen jurídicamente al proceso penal, con indagatoria o declaración de persona ausente, siempre que el cargo corresponda a un delito para el cual resulte procedente la detención preventiva, en tales casos, para los no privados de la libertad, dentro de los 10 días siguientes a la diligencia de descargos se debe resolver situación jurídica.

3.3.3. El artículo 357-1 del C.P.P. establece que la medida de aseguramiento de detención preventiva procede cuando el delito tenga prevista pena de prisión que sea o exceda de cuatro años, de donde se infiere, al hacer su examen junto con el artículo 354 ibídem, la necesidad de resolver situación jurídica en delitos como el de fraude procesal cometido en vigencia de la Ley 599 de 2000”.

El derecho del accionante fue amparado por la Corte en aquella oportunidad, en la medida que el sindicado estaba siendo investigado y que, en lealtad procesal alegó durante la investigación que se había soslayado una parte del rito y en ese orden, durante la investigación penal era prioritario que el instructor analizara y resolviera la situación jurídica de conformidad con el orden jurídico aplicable⁶.

3. En los delitos que tienen establecida en la ley penas no privativas de la libertad, delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea “inferior a cuatro (4) años” ni se resuelve situación jurídica ni se impone medida de aseguramiento de detención preventiva, criterio consignado desde el año 2005⁽⁷⁾, pues, en cualquiera de los sistemas procesales la definición de situación jurídica (L. 600) y la medida de aseguramiento de detención preventiva (L. 600 – L. 906), sólo proceden para conductas que excedan de cuatro (4) años. (Art. 315 de la Ley 906 modificado por el art. 28 de la Ley 1142).

4. Otro aspecto que debe abordar la Sala con ocasión de la simultánea pervivencia de la Ley 906 de 2004 (sistema acusatorio) con el sistema de la Ley 600 en los Distritos Judiciales en donde aún no se aplica aquél sistema de enjuiciamiento, es el de la favorabilidad, de cara a establecer –más allá de los aspectos formales y de competencia⁸- si el régimen de la medida de aseguramiento de detención preventiva es favorable en uno y otro sistema, en los casos en los que las penas mínimas establecidas en la ley exceden de cuatro años:

4.1. Para las conductas que exceden ese límite punitivo, en la Ley 600 de 2000 es preciso resolver situación jurídica “con medida de aseguramiento de detención preventiva”, única prevista en ese código, a la luz de los artículos 354, 355, 356 y 357, siempre que, además de los requisitos sustanciales, se satisfagan los fines de la medida.

La detención preventiva es, de hecho, la mayor limitación de garantías individuales, pues implica privación de la libertad física en establecimiento carcelario (Art. 356, 357), pero tiene prevista la suspensión de la medida en los tres taxativos eventos del artículo 362 que es revocable cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen (art. 363).

4.2. La Ley 906, artículo 307 (sistema acusatorio) consagró múltiples medidas de aseguramiento, unas privativas de la libertad (detención preventiva en establecimiento de reclusión⁹, detención preventiva en el lugar de la residencia), otras no (vigilancia electrónica, vigilancia personal, presentaciones periódicas al despacho del juez, obligación de observar buena conducta, limitación de la movilidad y de la comunicación siempre y cuando no afecte garantías defensivas, prestación de caución real).

En las dos legislaciones, en todo caso, para la conducta de peculado que supere la cuantía de cincuenta (50) s.m.l.m.v., la única medida procedente es la detención en establecimiento carcelario, con la salvedad de que la medida es insustituible en el régimen de la Ley 906. (Conc. Art. 27 L. 1142 de 2007).

En últimas, y aunque se trata de procedimientos diferentes, lo que advierte la Sala es que existe una mayor flexibilidad en el régimen que regula la ejecución de la medida de detención preventiva en el sistema de enjuiciamiento de la Ley 906, no obstante que en el sistema acusatorio es preciso identificar cada conducta en particular para determinar los casos de restricción expresa de la ley.

Un comparativo para la conducta de peculado por apropiación en cuantía superior a los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, permite afirmar que si bien en los dos sistemas de enjuiciamiento penal (Ley 600, Ley 906) es preciso imponer la detención preventiva en establecimiento de reclusión, el régimen de suspensión de la medida (L. 600) o de sustitución de la misma (L. 906) tiene mayor flexibilidad en el procedimiento de la Ley 906 que aunque no vigente en el Distrito Judicial de Cúcuta puede ser aplicable por favorabilidad.

5. Con todo, en el caso que ahora atiende la Sala lo palmario es que la defensa de SAID SÁNCHEZ LÓPEZ capitalizó durante el proceso penal el error de procedimiento de cuyos réditos pretende beneficiarse en sede de casación: Usufructuó la libertad -sin derecho- durante el proceso penal, y ahora, en franco abuso del recurso extraordinario de casación pretende la nulidad por omisión del rito para usufructuar de nuevo su pupilo de esa garantía por una conducta que reviste la gravedad suficiente para privar al procesado de libertad desde la instrucción del sumario, siendo claro que en la sentencia y de manera definitiva -ya no con carácter de medida provisional- el juez negó el referido beneficio al condenado.

Se trata sin lugar a dudas -insiste la Sala- de un asunto de deslealtad del sujeto procesal (parte defensiva) y es claro que nadie puede alegar a su favor su propia intención.

Desde ese punto de vista les asiste toda la razón tanto al Tribunal de Cúcuta como al Ministerio Público cuando sostienen que la conducta procesal de la defensa convalidó la irritualidad y que no tiene ninguna trascendencia la alegación en casación porque SAID SÁNCHEZ LÓPEZ no sufrió perjuicio alguno.

El cargo no prospera.

Finalmente: Le asiste razón al Ministerio Público cuando aduce que la

circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 66 - 11 del Código Penal Sustantivo (Decreto 100 de 1980) no fue imputada en la resolución de acusación, aunque en las consideraciones de la providencia se hubiese hecho referencia al cargo de Alcalde municipal de San Calixto N. de S., sin embargo, la sola referencia del supuesto fáctico que configura la circunstancia de mayor punibilidad no es suficiente para que sea deducida en la sentencia.

Se requiere precisar la imputación de la circunstancia de tal manera que no se abrigue duda acerca de su sentido, criterio y alcance, porque ello determinará incrementos punitivos en el fallo que se legitiman sólo y en la medida que aparezcan inequívocamente definidos en los cargos¹⁰.

En tales condiciones, como el juzgado partió del mínimo de seis (6) años y cuatro (4) meses en concordancia con el artículo 61 del Decreto 100 de 1980 y a esa condena incrementó dos (2) meses por la circunstancia genérica de agravación punitiva del artículo 66-11 ib., éste incremento punitivo (que porcentual equivale al 2.5% de la pena) será excluido por la Sala.

Dedujo además un incremento punitivo de seis (6) meses con ocasión del concurso de conductas punibles (peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público) que se reducirá en la misma proporción anterior (2.5%); es decir, en cinco (5) días.

Así, la condena a imponer a SAID SÁNCHEZ LÓPEZ por los delitos de peculado por apropiación (Inciso primero del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el art. 19 de la Ley 190 de 1995), peculado por aplicación oficial diferente (art. 136 ib., modificado por el art. 32 de la Ley 190 de 1995) y falsedad ideológica en documento público (art. 219 ib.) queda establecida así:

Por la conducta de peculado por apropiación, hecha la deducción de los dos meses

ilegítimamente deducidos en el fallo queda en seis (6) años y cuatro (4) meses, a los que se agregan cinco (5) meses y veinticinco (25) días por razón del concurso de conductas punibles (peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público). En definitiva, deberá pagar una pena de prisión de seis (6) años, nueve (9) meses y veinticinco (25) días.

La pena de interdicción de derechos y funciones públicas a la manera como la determinó el Juez Segundo Penal del Circuito de Ocaña se mantiene en los términos del fallo impugnado por tratarse de una conducta que lesionó el patrimonio público, lo que implica que la inhabilitación para el desempeño de funciones públicas es permanente, de conformidad con el artículo 122 inciso 5 de la [Constitución Política](#).

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1.- CASAR de manera oficiosa la sentencia del 16 de febrero de 2006 proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta N. de S. En razón de lo anterior, se fija la pena de prisión en seis (6) años, nueve (9) meses y veinticinco (25) días que deberá pagar en definitiva el señor SAID SÁNCHEZ LÓPEZ.

No casar la sentencia por razón de la única censura propuesta.

2.- SOLICITAR al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Ocaña (de ejecución de la pena) que surta las comunicaciones de que trata el artículo 472 del la Ley 600 de 200011 y que de “estricta aplicación al artículo 188 del C.P.P.”, de conformidad con el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1Cfr. Numeral cuarto de la parte resolutive del fallo de primera instancia.

2Los trece millones seiscientos cincuenta y dos mil novecientos cincuenta (\$13 652 950) pesos equivalían a 79.37 s.m.l.m.v. de la época; en el año de 1997 el salario mínimo era igual a \$172 005 (Decreto 2334 de 1996)... Cfr. Página 19 del fallo de primera instancia.

3Porque la conducta tenía prevista una pena de prisión cuyo mínimo es de seis años -Art. 133 del Decreto 100 de 1980.

4Cfr. Art. 530 inc. Tercero de la Ley 906 de 2004: "...Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008).

5Cfr. Artículo 126 de la Ley 600 de 2000.

6CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, sentencia de Tutela Rad. núm. 25512 del 13 de junio de 2006.

7Conc. Auto de Segunda Instancia Rad. núm. 24152 de 20/10/2005

8En L. 600 la definición de situación jurídica con detención preventiva la define el fiscal instructor mediante resolución interlocutoria (Artículo 354 y stes. En conc. con art. 169 - 4); en la Ley 906 la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva opera por solicitud del fiscal al juez de control de garantías y se define en audiencia preliminar (art. 306 en conc. con el art. 154 - 4).

9Para el listado de conductas referidas en el párrafo del artículo 314 (adicionado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007), entre las que se encuentra el peculado por apropiación superior a 50 s.m.l.m.v., no procede la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria.

10Id. Sentencia del 18/04/2007 Rad. Núm. 26388; Rad. Núm. 25889, 26/04/2007; sentencia del 03/05/2007, rad. Núm. 20809, entre otras.

11Cfr. Página 110 del fallo de primera instancia.