

Proceso No 26440

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

APROBADO ACTA No. 158

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007)

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de revisión que a través de apoderado presentó el ciudadano GUILLERMO HERNANDO ROMO INSUASTY, quien fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Juan de Pasto, a la pena de ocho (8) meses de prisión y multa de once (11) salarios mínimos legales mensuales, al hallarlo penalmente responsable del delito de peculado por aplicación oficial diferente. Dicha decisión fue confirmada íntegramente por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo distrito judicial el 3 de julio de 2001.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito de San Juan de Pasto, narró los hechos así:

“Los Diputados de la Asamblea Departamental de Nariño, aprobaron la Ordenanza 003 de 20 de marzo de 1998, que consagró una prima de localización, vivienda y salud.

El Presidente de la Corporación, señor GUILLERMO HERNANDO ROMO INSUASTY, ordenó

se cancelara esa prima por los primeros meses de ese año, sin que hubiera rubro, ni apropiación, ni disponibilidad presupuestal; y el Tesorero de la Asamblea, señor ALVARO EFRAÍN PÉREZ ROSERO, hizo las cancelaciones, sin hacer observación alguna.

Para los meses subsiguientes, ya el Presidente de la Asamblea era el señor ALBERTO HERNANDO BENAVIDES FUERTES, y ordenó el pago por los meses de abril, mayo y junio de 1998, sin que existiera apropiación ni disponibilidad presupuestal. Y el Tesorero de la Corporación, señor PEREZ ROSERO, hizo la cancelación, nuevamente sin hacer reparo alguno.

Adelantadas las diligencias previas por parte de la fiscalía, consistentes principalmente en varias inspecciones judiciales, el 4 de noviembre de 1.998, se abrió formalmente investigación, a la que se vinculó mediante indagatoria a los señores Diputados que ejercían el cargo para el año de 1.998 y al Tesorero de la Asamblea Departamental de en esa anualidad... ”

LA DEMANDA

El accionante invoca como causal de revisión la prevista en el artículo 220, numeral 6 de la Ley 600 de 2000 y /o en el artículo 192, numeral 7 de la Ley 906 de 2004, según los cuales, hay lugar a la acción de revisión: “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”.

Como fundamento de la acción, expone que la norma del peculado por aplicación oficial diferente ha sufrido numerosos cambios, tanto normativos como jurisprudenciales y doctrinales, tal como se observa en el artículo 399 del Código Penal que adicionó algunos elementos normativos al exigir que la conducta se realice “en perjuicio de la inversión social, o los salarios o prestaciones sociales de los servidores”.

En ese orden de ideas, la nueva redacción de la norma sobre el peculado por aplicación oficial diferente implica i) Que dejó de ser considerado delito de peligro o meramente formal, cuya consumación no requería daño efectivo o perjuicio alguno y, ii) Que ahora, el bien jurídico que se tutela son “las normas del presupuesto”. Por tanto, hoy a la luz de las reformas que se introdujeron en la tipicidad del injusto, no es válido lo afirmado por los funcionarios de instancia, los cuales sostuvieron que no existía prueba del perjuicio causado con la conducta endilgada, pero concluyeron que tal prueba no resultaba necesaria.

Seguidamente, trae a colación apartes de la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 23 de febrero de 2006, en la que se indicó que “La partida presupuestal es elemento del tipo de peculado por aplicación oficial diferente ... Es indispensable para el juicio de tipicidad precisar cuales son los rubros presupuestales constitutivos de inversión social...”

Con fundamento en lo expuesto, concluyó que ahora la tipificación del peculado por aplicación oficial diferente es más exigente y, dado que la sentencia cuya revisión se solicita se fundó en las exigencias de la normatividad y las líneas jurisprudenciales anteriores, debe declararse sin valor y dictarse la de reemplazo, que debe ser absolutoria.

A la demanda de revisión, aportó las siguientes pruebas:

* Fotocopias debidamente autenticadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia.

* Fotocopias de la certificación, en la que consta que con cargo a la cuenta corriente de la Asamblea Departamental de Nariño no se ha solicitado, ni otorgado sobregiro

alguno para pagar la prima de localización.

* Constancia autenticada de la Asamblea Departamental de Nariño sobre la ejecución presupuestal de los rubros 1.1.16 denominado prima de localización y vivienda, y 1.1.17 denominada prima de salud para la vigencia fiscal de 1.998.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La acción de revisión es un instrumento extraordinario, independiente del proceso penal, a través del cual se busca remover la firmeza de la cosa juzgada que ampara el fallo atacado, para dejar sin efectos una decisión injusta y hacer prevalecer la verdad material.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 220 y 222 de la Ley 600 de 2000, la acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas y todos los sujetos procesales están facultados para interponerla; sin embargo, la demanda no constituye un escrito de libre redacción, pues debe cumplir los presupuestos de forma y contenido relacionados en los preceptos citados.

Por tanto, la demanda debe promoverse a través de abogado titulado, estar acompañada de las copias de la sentencia de primera y segunda instancia, con la respectiva constancia de ejecutoria y reunir los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Penal, artículo 222, a saber:

* La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo.

* La conducta o conductas punibles que motivaron la actuación procesal y la decisión.

* La causal que invoca y los fundamentos de hecho y derecho en que se apoya la solicitud.

* La relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición.

2. Tal como se indicó en precedencia, el Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, artículo 222, inciso final, exige que el accionante además de anexar copia de las decisiones de primera y segunda instancia, aporte constancia de la ejecutoria de la providencia cuya revisión solicita, lo cual no constituye un mero aspecto formal, sino que permite establecer la procedencia de la acción. En este evento, el actor no aportó copia de la constancia de ejecutoria de las decisiones judiciales, defecto que conlleva necesariamente a la inadmisión del libelo.

Es que la revisión procede únicamente respecto de providencias ejecutoriadas (sentencias, resoluciones de preclusión o autos de cesación de procedimiento) y por tanto, el demandante está en la obligación de aportar los anexos que así lo acrediten, pues ello constituye presupuesto ineludible para la admisión de la acción y dado el carácter rogado de la acción, no puede la Corte enmendar tal omisión¹

3. Por otra parte, el cambio favorable de jurisprudencia, cuya aplicación retroactiva se persigue, exige: i) Señalar los fundamentos o criterios que sirvieron para sustentar la sentencia condenatoria, ii) Identificar el nuevo pronunciamiento de la Sala de Casación Penal, iii) Verificar que el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, cambió favorablemente mediante pronunciamiento judicial de la Sala y iv) Explicar la manera en la cual mantener el anterior criterio comportaría una clara situación de injusticia, porque la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo.

En este caso, el actor tampoco cumplió con estos requisitos, toda vez que el señor GUILLERMO HERNANDO ROMO INSUASTY fue condenado por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, previsto en la Ley 100 de 1980, artículo 136, modificado por la Ley 190 de 1995, cuyo tenor literal es el siguiente:

“El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, ...”

Luego de que se profirió la sentencia de segunda instancia en contra del accionante ,² el peculado por aplicación oficial diferente fue modificado por la Ley 599 de 2000, artículo 399 así:

“El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresa o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquélla a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.(negrillas fuera del texto)

Es precisamente frente a esta nueva norma que la Sala de Casación Penal de la Corte se pronuncia en febrero 23 de 2006, ³ señalando que:

“Empero, la Ley 600 de 2000, cuya vigencia data de julio 25 de 2001, tipificó el delito de peculado por aplicación oficial diferente en su Art. 399 condicionando la naturaleza

delictiva del hecho descrito en el citado Art. 136 del C. Penal anterior, a la causación de un “perjuicio de la inversión social o de los salalrios o oprestaciones sociales de los servidores”, como con antelación se anticipó...

Por modo que, la nueva normatividad frente a la derogada no sólo exige la indebida aplicación, afectación, inversión o utilización de un rubro, sino también la producción de un perjuicio para la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, tal como lo destaca la agencia del Ministerio Público cuando respecto al asunto a examen argumenta certeramente:

“(...) predicar peculado por aplicación oficial diferente porque una parte de la partida destinada al mantenimiento de la Casa de la Cultura se destinó al suministro de botones publicitarios para la biblioteca Isolda Echavarría, o que dineros para el mantenimiento de vías urbanas se empeñaron en la adquisición de arena para la construcción del parque Diego Echavarría Misas es un juicio de tipicidad válido si se trata de adecuar la conducta a la descripción contenida en el artículo 135 del derogado Código Penal en el que no se hacía distinción alguna sobre la naturaleza de la partida afectada, pero no para predicar la tipicidad del artículo 399 del Código Penal hoy vigente porque debe existir certeza respecto de la naturaleza social de las partidas afectadas, calidad que está fijada en el Plan de Desarrollo del municipio como lo ha reconocido la Corte.”

2.2. Para lo que interesa a la decisión a adoptar, significa lo anterior que en investigaciones de la naturalaza como la que aquí ocupa la atención de la Sala resulta menester establecer qué partidas presupuestales responden a aquellos contenidos, por lo que deviene imperioso allegar el respectivo plan de desarrollo económico, en el caso específico, el del ente territorial supuestamente afectado, por ser indispensable para el juicio de

tipicidad precisar cuáles son los rubros del presupuesto constitutivos de inversión social...” (negrillas fuera del texto)

Acorde con lo expuesto, resulta evidente que en este caso lo que se presentó fue una modificación en el tipo de “peculado por aplicación oficial diferente” y que la nueva regulación adicionó algunos elementos normativos al exigir que la conducta se realice “en perjuicio de la inversión social, o los salarios o prestaciones sociales de los servidores”. Por tanto, la causal invocada queda sin fundamento, pues no fue un cambio doctrinario de esta Corte lo que se presentó.

Es que la causal de revisión, consistente en el cambio favorable de jurisprudencia, resulta procedente cuando la posición doctrinaria ha variado frente a una misma disposición o frente a su reproducción en norma diferente, no frente a una modificación de la norma que se analiza, como ha ocurrido en este evento, en el que la Sala interpretó un texto nuevo en el cual se incluyeron unos elementos adicionales al tipificar la conducta y, por ende, se hizo más exigente que la disposición derogada.

Al referirse al cambio favorable de jurisprudencia, como causal de revisión, sostuvo la Sala que: “dice relación con aquellos casos en los cuales un fenómeno jurídico sustancialmente igual por razón de una nueva postura de la Sala al someterlo a estudio, ha sido contemplado y definido de manera diversa por ella, pero no tiene que ver con los efectos de favorabilidad que se puedan entender derivados de tránsito legislativo”⁴

En síntesis, la acción de revisión propuesta no reúne los requisitos de admisibilidad porque no aportó constancia de la ejecutoria de las decisiones judiciales y alegó un cambio de jurisprudencia cuando realmente se presentó un tránsito legislativo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. Inadmitir la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado GUILLERMO HERNANDO ROMO INSUASTY, de conformidad con lo planteado en la parte motiva de esta providencia.
2. Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Notifíquese y Cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
GONZÁLEZ DE LEMOS

MARÍA DEL ROSARIO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

Comisión de servicio

IMPEDIDO

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Al respecto se pronunció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia de agosto 4 de 2004, radicado No. 22.562.

2 La sentencia de segunda instancia fue proferida en julio 3 de 2001.

3 Radicado No. 20.740, en que se fundamenta el accionante y cuya copia aportó a fls. 73 y ss.

4 Cfr. Rev. Dic. 6 de 2001, radicado No. 18331