

Proceso No 22995

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 320

Bogotá, D. C., cinco (5) de noviembre de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, que confirmó la pena principal de cuatro años de prisión y \$488.898 de multa que por las conductas punibles de peculado por apropiación y falsedad en documento privado le impuso el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. La situación fáctica que dio origen a esta actuación fue reseñada por el Tribunal de la siguiente manera:

“El señor ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN se desempeñaba como Alcalde Popular del municipio de Segovia [departamento de Antioquia], cargo del que tomó posesión el 10 de

noviembre de 2000. Fue convocado a participar en el Congreso Nacional de Municipios 'Por los derechos de la gente', evento que se llevó a cabo en la ciudad de Cartagena los días 14, 15 y 16 de diciembre del referido año. Esa oportunidad la aprovechó el burgomaestre para cobrar viáticos por diez días cuando sólo tenía derecho a siete, apropiándose, por tanto, de la suma de \$488.898, y para ello hubo de falsificar el respectivo comprobante de los días que empleó en el desplazamiento a Cartagena y la permanencia allí".

2. Una vez recibió información anónima acerca de lo acontecido, la Fiscalía General de la Nación adelantó una indagación preliminar, ordenó la apertura formal del proceso, vinculó mediante diligencia de indagatoria a ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN y, en resolución que calificó el mérito del sumario, lo acusó de las conductas punibles de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 133 y 221 del decreto ley 100 de 1980, anterior Código Penal.

Dicha providencia fue confirmada en segunda instancia, mediante decisión de fecha 9 de enero de 2004, con la aclaración de que, en razón de la cuantía de lo apropiado (\$488.898), la imputación por el primer delito lo era con base en el inciso 2º del artículo 133 de la normatividad en comento.

3. Correspondieron las diligencias para su conocimiento en la etapa siguiente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, despacho que condenó a ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN por los delitos endilgados a la pena principal de cuatro años de prisión y \$488.898 de multa, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la de la sanción privativa de la libertad.

Igualmente, lo condenó a pagar a favor del municipio de Segovia la suma de \$488.898 por

concepto de daños materiales y lo inhabilitó de por vida para el desempeño de funciones públicas, según lo establece el inciso final del artículo 122 de la [Constitución Política](#). Por último, le concedió la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena privativa de la libertad.

4. Apelada la providencia por el defensor, el Tribunal Superior de Antioquia la confirmó en lo que fue materia de disenso. No obstante, declaró sin efectos la pena accesoria en lo atinente a la inhabilitación de funciones públicas y, en su lugar, dejó en firme la interdicción de por vida consagrada en la norma superior, así como la sanción de cuatro años para la prohibición del ejercicio de derechos políticos.

5. Contra el fallo de segundo grado, el apoderado de ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN interpuso el recurso extraordinario de casación, de manera que la Sala, de los dos cargos por él presentados, no admitió la demanda en lo que hacía referencia al primero, pero sí la declaró ajustada a derecho respecto del segundo, y por consiguiente, las diligencias fueron remitidas a la Procuraduría General de la Nación para que emitiera, como en efecto lo hizo, el correspondiente concepto.

EL CARGO ADMITIDO

Al amparo de la causal primera de casación, formuló el demandante una violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso 2º del artículo 139 del decreto ley 100 de 1980, que dispone que si el sujeto activo de la conducta contra el patrimonio del Estado reintegra lo apropiado antes de dictarse la sentencia de segunda instancia, la pena se reducirá hasta en la mitad.

En el desarrollo del cargo, adujo que el Tribunal, antes de emitir su pronunciamiento, no tuvo en cuenta que el procesado consignó la suma de \$488.898 y, por lo tanto, incurrió en un error de hecho de carácter trascendente, pues de haberlo considerado no sólo la pena se le hubiera reducido a la mitad, sino que además habría podido

reconocérsele la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, debido a que el aspecto subjetivo de la misma se hallaba acreditado.

En consecuencia, solicitó casar el fallo proferido por el ad quem.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante de la Procuraduría General de la Nación sostuvo que le asiste la razón al demandante acerca de que el reintegro del valor total apropiado fue realizado dentro de la oportunidad procesal prevista para acceder a la rebaja de pena contemplada en el inciso 2º del artículo 139 del decreto ley 100 de 1980.

Por lo tanto, concluyó que deberá reconocerse respecto del delito de peculado por apropiación previsto en el inciso 2º del artículo 133 del anterior Código Penal la rebaja a que el procesado tiene derecho, por lo que, partiendo de los mínimos como lo hizo el funcionario de primera instancia, la pena para dicha conducta quedaría en dieciocho meses de prisión, a la que se le sumaría el incremento de doce meses que hizo el a quo en razón del concurso de conductas punibles, para un total de treinta meses de prisión.

Así mismo, consideró que en idéntica proporción tendrán que disminuirse las penas de multa y de prohibición del ejercicio de derechos políticos, pero no la contemplada en el inciso final del artículo 122 de la Carta Política, pues de acuerdo con la sentencia C-652 de 2003 de la Corte Constitucional tiene el carácter de intemporal o perpetua.

En consecuencia, solicitó casar parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de redosificar las penas de prisión, multa y privación de derechos políticos, de conformidad con los términos indicados.

CONSIDERACIONES

1. Del cargo admitido

A pesar que desde el punto de vista formal el demandante formuló en la proposición del cargo una violación directa del inciso 2º del artículo 139 del decreto ley 100 de 1980 y en la sustentación del mismo se refirió a un error fáctico en la apreciación probatoria (y, por consiguiente, a una violación indirecta de la norma en mención), el desconocimiento que trajo a colación no sólo refulge como evidente dentro de la actuación procesal, sino que además su pretensión en ese sentido está llamada a prosperar.

En efecto, el Tribunal, en la providencia objeto de ataque¹, no realizó pronunciamiento alguno acerca del contenido material de un documento que figura en el expediente, allegado el 4 de mayo de 2004² (es decir, antes de haber sido dictada la sentencia de segunda instancia, pero después de ser proferida la de primera), y que consiste en la copia de un recibo de consignación de depósitos judiciales, de fecha 3 de mayo del citado año, a favor del Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, por la suma de \$488.898, esto es, por el valor que de acuerdo con la resolución de acusación³ y la primera instancia⁴ se apropió el procesado en detrimento del patrimonio de la administración.

Dicho yerro fue trascendente, pues el ad quem no sólo ratificó la cuantía del delito de peculado por apropiación⁵, sino que además, en el caso de que hubiera tenido en cuenta la consignación en comento, habría debido reconocer como consecuencia lógica la aplicación del inciso 2º del artículo 139 del Código Penal anterior, que consagra un descuento punitivo de “hasta en la mitad” de la pena imponible cuando en los delitos de peculado el procesado, o una tercera persona, “reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado o su valor”, antes de emitirse el fallo de segunda instancia.

Lo procedente, en consecuencia, será casar parcialmente el fallo del Tribunal con el fin de

modificar la pena en contra del procesado en lo que respecta al delito de peculado por apropiación, teniendo en cuenta la rebaja en comento.

Lo anterior, sin embargo, se efectuará dentro del marco general de la redosificación que en virtud del ejercicio de la facultad oficiosa que le asiste a la Corte encuentra necesario realizar a continuación en este asunto, en atención del principio de legalidad de la pena.

2. De la redosificación punitiva

2.1. En la providencia de primera instancia, el a quo, al establecer los límites punitivos para el delito de peculado por apropiación de que trata el inciso 2º del artículo 133 del decreto ley 100 de 1980, anterior Código Penal (modificado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995), señaló que el mínimo imponible correspondía a tres años de prisión⁶.

Tal conclusión resultó equivocada, pues lo que la norma en comento consagra es que al tipo básico previsto en el inciso 1º ibídem, que se refiere a una pena que oscila de seis a quince años de prisión, se le debe reconocer una disminución de la mitad a las tres cuartas partes, de manera que lo que hizo el funcionario fue aplicarle al mínimo de seis años el descuento de la mitad, para un total de tres años, en lugar de disminuirle las tres cuartas partes a esos seis años, que arroja como resultado dieciocho meses.

En efecto, cuando la pena se reduce en dos proporciones, la mayor deberá aplicarse al mínimo y la menor al máximo, no sólo porque así lo contempla el numeral 5 del artículo 60 de la ley 599 de 2000, actual Código Penal, sino porque además es una cuestión tanto de lógica como de sentido común, pues de lo contrario se obtendrían resultados matemáticamente imposibles, en los que el límite mínimo terminaría siendo superior al límite máximo (piénsese, por ejemplo, en aplicar la rebaja de la mitad a las tres cuartas partes con el otro criterio para una pena que oscila de los cuatro a los seis años de prisión).

En este orden de ideas, el mínimo de la pena imponible para el delito de peculado por apropiación no equivalía a la mitad de seis años, sino a la rebaja de las tres cuartas partes de dicho guarismo, que equivale a dieciocho meses, así como el máximo correspondía a la mitad de quince años, o sea, a siete años y seis meses de prisión.

En consecuencia, como los límites punitivos oscilan de dieciocho meses a siete años y seis meses de prisión, y como el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia individualizó la pena para el delito de peculado por apropiación en el mínimo por imponer, ésta tendría que equivaler a dieciocho meses de prisión.

Igualmente, respecto de tal monto debía reconocerse como fenómeno post-delictivo el descuento de que trata el inciso 2º del artículo 139 del Código Penal anterior, el cual hace referencia al descuento de hasta la mitad de la pena imponible. Por lo tanto, la pena en contra de ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN debería quedar individualizada por el delito en comento en nueve meses de prisión, y no en dieciocho meses de prisión como equivocadamente lo estimó el representante del Ministerio Público.

2.2. Ahora bien, debido a que el a quo partió en todo momento de los mínimos imponibles, la pena más grave ya no puede ser la del delito de peculado por apropiación, que como se acabó de ver debía quedar individualizada en nueve meses, sino la de falsedad en documento privado, que de acuerdo con el artículo 221 del decreto ley 100 de 1980 ostenta una pena mínima de un año o, lo que es lo mismo, de doce meses de prisión.

De ahí que la Sala, para efectos de la dosificación del concurso de conductas punibles, partirá de la pena de doce meses para el delito de falsedad en documento privado, y no de la pena de nueve meses correspondiente al delito de peculado por apropiación.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el funcionario de primera instancia le incrementó doce meses a un monto de treinta y seis meses de prisión, la Corte, respetando proporcionalmente ese criterio, le aumentará cuatro meses a la pena de doce meses, para un total de dieciséis meses de prisión.

2.3. En lo que respecta a la pena de multa por el delito de peculado por apropiación, la Sala, mediante sentencia de fecha 4 de febrero de 2003, radicación 16481, había precisado que en relación con las sanciones punitivas que figuran en el artículo 133 del decreto ley 100 de 1980 la pecuniaria es de naturaleza invariable, pues equivale al valor de lo apropiado:

“El artículo 133 cp de 1980, con la modificación introducida por el 19 de la ley 133 de 1995, fija en el primer inciso como pena de multa la suma equivalente al valor de lo apropiado, como igual lo hace el 397 cp vigente. En el inciso 2º, cuando el objeto de la ilicitud no es superior a 50 salarios mínimos, se señala una disminución de la pena “de la mitad ($\frac{1}{2}$) a las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes”, porciones éstas que naturalmente están referidas a la prisión y a la interdicción de derechos, porque cada una afecta un extremo punitivo. Pero no pasa lo mismo con la multa, que es fija y corresponde, por lo tanto, al valor de lo apropiado, sin que exista ninguna razón para disminuirlo en las eventualidades en las que el peculado no sobrepase la cuantía mencionada” 7.

Sin embargo, la Corte, en sentencia de fecha 5 de julio de 2007, radicación 23405, varió tal postura, en el sentido de que el descuento del inciso 2º del artículo 133 del Código Penal (esto es, cuando la cuantía es inferior a los cincuenta salarios mínimos) debería oscilar, para la pena de multa, entre el valor de una cuarta parte de lo apropiado (como quiera que la rebaja es de las tres cuartas partes) y la mitad del máximo previsto por el legislador en el artículo 39 de la ley 599 de 2000 (esto es, cincuenta mil salarios mínimos), para un total de veinticinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Sala, no obstante, cambió en reciente decisión dicho criterio al considerarlo desproporcionado:

“Si, como ya se precisó, es claro que la intención del legislador fue la de sancionar de manera más benévola las conductas que se encuadraran en el inciso 2º del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, en atención a que es menor el agravio al patrimonio estatal, disminución que se refiere tanto a la pena privativa de la libertad y a la interdicción de derechos y funciones públicas como a la pecuniaria, no se llama a duda que lo importante es establecer un mecanismo que de la manera lo más objetiva posible permita al sentenciador tasar la referida disminución de la pena de multa.

“En tal cometido se observa que por regla general el legislador dispone un ámbito de movilidad punitiva dentro del cual debe el juzgador tasar la sanción de conformidad con unos parámetros dispuestos de manera general en el artículo 61, tanto del Decreto 100 de 1980 como de la Ley 599 de 2000, como en los artículos 46 y 39 de las mismas legislaciones, respectivamente, en cuanto se refiere puntualmente a la pena multa.

“Por tanto, parece razonable concluir que si el inciso 2º del artículo 133 de Decreto 100 de 1980 establece que “Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes”, tales proporciones deben ser aplicadas al monto objeto de apropiación y a partir de allí, entonces, se establecerán los extremos punitivos que darán lugar al ámbito de movilidad dentro del cual debe tasarse la pena de multa.

“Con la referida interpretación consigue garantizarse, de una parte, el principio de legalidad, pues se mantienen los límites taxativamente dispuestos por el legislador y dentro de ellos resultaría en todo caso ubicado el quantum de pena imponible, y de otra, se materializa el principio de proporcionalidad, pues quien resulte condenado en virtud del mencionado inciso tendrá una sanción pecuniaria menor respecto de quien es

sancionado por el inciso 1º del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, que como atrás se dilucidó, fue una de las motivaciones del legislador en la creación del analizado inciso 2º del precepto citado”8.

En este orden de ideas, la Corte, en la actualidad, considera que la rebaja del inciso 2º del artículo 133 del Código Penal anterior es procedente tanto para la sanción privativa de la libertad como para la pecuniaria, de manera que en este último evento las proporciones allí indicadas deberán reconocerse respecto del monto de lo apropiado.

Y, si lo anterior es así en lo que al tipo básico se refiere, también habrá de concluirse que el descuento previsto en el inciso 2º del artículo 139 ibídem igualmente deberá aplicarse para la sanción de multa.

En consecuencia, el monto que por el valor de \$488.898 fuera sentenciado ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN deberá convertirse, en razón de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 133 del decreto ley 100 de 1980, en una pena que oscila de \$122.224,5 (es decir, el monto de lo apropiado reducido en las tres cuartas partes) a \$244.449 (o sea, la mitad de lo apropiado).

Por lo tanto, como en el proceso de dosificación punitiva el a quo siempre partió de los mínimos imponibles, la pena de multa en contra del procesado ascenderá a \$122.224,5.

Y como dicho monto también se disminuye debido a la concurrencia del reintegro como fenómeno post-delictivo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 139 ibídem, la pena quedará reducida a la mitad, para un total de \$61.112,25.

En conclusión, la Corte fijará la pena debidamente redosificada para ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN en dieciséis meses de prisión y \$61.112,25 de multa por

el concurso de conductas punibles de falsedad en documento privado y peculado por apropiación.

Así mismo, aclarará que la pena accesoria de privación del ejercicio de derechos políticos tendrá un término igual al de la pena de prisión aquí modificada (dieciséis meses) y que, por otro lado, la pena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas será de por vida, pues así lo prevé el inciso final del artículo 122 de la [Constitución Política](#).

3. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

Debido a que en virtud de la modificación punitiva considerada en precedencia la sanción que se impondrá quedará en un monto inferior a los tres años de prisión, y como quiera que la primera instancia negó la procedencia del mecanismo sustitutivo contemplado en el artículo 63 del Código Penal únicamente por el factor objetivo allí previsto, le corresponde a la Sala analizar en consecuencia si el procesado tiene derecho de acceder a la suspensión condicional de la pena por causa del factor subjetivo.

Para estos efectos, es menester recordar que la Corte ha señalado que el numeral 2 del artículo 63 de la ley 599 de 2000 no sólo tiene que estudiarse a la luz de las funciones de la pena señaladas en el artículo 4 ibídem, sino además ha indicado, en un caso similar al presente asunto, que la suspensión condicional no procede cuando media la ejecución del delito de peculado por apropiación proveniente de un alcalde municipal, debido al fin de la prevención general positiva:

“Conforme a dicha preceptiva, la Corte advierte que si bien en este evento se cumple el presupuesto objetivo del cuántum de la pena, no sucede lo mismo respecto al factor subjetivo, en la medida en que la conducta atribuida al acusado es de naturaleza grave. En efecto, no puede perderse de vista que [...] cuando cometió la conducta punible de peculado por apropiación se desempeñaba como alcalde municipal, precisamente persona en quien la comunidad depositó a través del voto popular en procura de elegir a

un representante que le administrara de la mejor manera su patrimonio comunitario y éste, traicionando tal cometido, procedió a apoderarse de los dineros públicos.

”De ahí que por tratarse de un servidor público la comunidad exige que su comportamiento en el desempeño de la función se cumpla dentro de los marcos estrictos de la legalidad, eficiencia y transparencia, y cualquier atropello de dicha función causa desazón en la comunidad. Por manera que la hipótesis de suspenderle la ejecución de la pena causaría asombro y desarmonía dentro de la estructura social, puesto que vería premiada la conducta ilícita del acusado, aspecto que traduciría un serio compromiso de la finalidad de la prevención general positiva de la pena (afianzamiento del orden jurídico), por la pérdida de confianza de la comunidad en la persona que por su investidura debía ser un ejemplo ciudadano”⁹.

En este orden de ideas, la Sala no le concederá a ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, por lo que deberá pagar la misma en su propio domicilio, tal como lo estipularon las instancias, y, en consecuencia, se precisará que la decisión proferida por el Tribunal permanecerá incólume en todo lo demás que no fue objeto de modificación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en razón del cargo admitido por la Sala.
2. CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia impugnada, en virtud del principio de legalidad de la pena.

3. Como consecuencia de las anteriores decisiones, FIJAR la pena principal en contra de ALBERTH JOSÉ RODRÍGUEZ LUJÁN en dieciséis (16) meses de prisión y sesenta y un mil ciento doce coma veinticinco pesos (\$61.112,25) de multa.

4. ACLARAR que la pena accesoria de privación de derechos políticos tendrá un término igual al de la sanción privativa de la libertad y que la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas será conforme lo señala el inciso final del artículo 122 de la [Constitución Política](#).

5. PRECISAR que el fallo objeto de impugnación permanecerá incólume en todo lo demás que no fue objeto de modificación.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

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

Impedido

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Comisión de servicio

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Comisión de

servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 354-363 de la actuación principal.

2 Folio 340 ibídem.

3 Folio 287 ibídem.

4 Folio 331 ibídem.

5 Folio 360 ibídem.

6 Folio 333 ibídem.

7 Sentencia de 4 de febrero de 2003, radicación 16481, ratificada en las sentencias de 29 de junio de 2005, radicación 19093, y de 9 de febrero de 2006, radicación 21620, entre otras.

8 Sentencia de 30 de enero de 2008, radicación 25818.

9 Sentencia de 5 de diciembre de 2007, radicación 24976.