

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado Acta No.336

Bogotá D. C., nueve de octubre de dos mil trece.

Se pronuncia la Corte sobre la admisión de la demanda de casación discrecional presentada por el defensor de NEHIL DE JESÚS SÁNCHEZ DUQUE contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali el 31 de enero de 2013, mediante la cual confirmó con modificaciones la proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad el 26 de marzo de 2012, que condenó al procesado por el delito de peculado por apropiación.

Hechos

Fueron denunciados por la abogada NUBIA LEONOR ACEVEDO CHAPARRO el 28 de agosto de 2003, quien manifestó que el señor NEHIL DE JESÚS SÁNCHEZ DUQUE recibió en condición de secuestre el inmueble ubicado en la calle 71 No.26E-62 de Cali, dentro un proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esa ciudad, el cual entregó en arriendo desde el mes de abril de 2002 por un canon mensual de \$150.000, pero que habían transcurrido 16 meses sin que hubiese sido posible que rindiera cuentas y entregara dineros. Con ocasión de la investigación se estableció que los hechos denunciados empezaron a tener ocurrencia desde el mes de noviembre de 1998.

Actuación procesal relevante

1. La fiscalía inició investigación por estos hechos, vinculó al proceso mediante indagatoria a NEHIL DE JESÚS SÁNCHEZ DUQUE, y el 9 de noviembre de 2005 calificó el sumario con resolución de acusación en su contra por el delito de peculado por apropiación, previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1980, inciso segundo, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995. Esta decisión fue apelada y confirmada por el superior mediante resolución de 17 de julio de 2007.¹
2. Rituado el juicio, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, en sentencia de 26 de marzo de 2012, condenó a NEHIL DE JESÚS SÁNCHEZ DUQUE a la pena principal de 36 meses de prisión y multa equivalente a \$300.000, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad, como autor responsable del delito de peculado por apropiación.²
3. Apelado este fallo por la defensa, para pedir su revocatoria, el Tribunal Superior de Cali, mediante el suyo de 31 de enero de 2013, que ahora el mismo sujeto procesal recurre en casación, lo modificó en el sentido de fijar en (18) meses la pena de prisión, y de aclarar que la pena de interdicción de derechos y funciones pública se imponía en el carácter de principal.³

La demanda

Contiene dos cargos contra la sentencia impugnada, ambos por nulidad, con fundamento en la causal prevista en el numeral 3° del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por prescripción de la acción penal.

Antes de desarrollar los cargos asegura que la casación discrecional que intenta tiene por objeto que se protejan “los derechos fundamentales del debido proceso, acceso a la administración de justicia y principio de legalidad que fueron violados al proferir sentencia de segundo grado en un juicio viciado de nulidad por haber operado la prescripción de la acción penal y a fin que se desarrolle y unifique la jurisprudencia en tal sentido”.

Cargo primero

Después de reproducir los apartes del fallo de segunda instancia donde el tribunal explica la forma como debían ser aplicados los descuentos previstos en el inciso segundo del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, y de concluir que la pena para el delito por el que se procede oscila entre un mínimo 18 meses y un máximo de 7 años y 6 meses (90 meses), sostiene que el juzgador violó el principio de favorabilidad al omitir dar aplicación a los artículos 82 y 84 ejusdem, que tratan de la prescripción del delito cometido por servidor público y de la interrupción del término prescriptivo por virtud de la resolución de acusación.

Argumenta que el tribunal debió partir de la pena máxima, es decir, de 90 meses, y aplicar “la parte pertinente de agravación de la pena de una tercera parte, lo cual le daría un total de 120 meses y aplicando el artículo 84 inciso segundo se rebaja a la mitad lo cual nos da 60 meses, lo que es lo mismo que cinco (5) años para por favorabilidad dar aplicación a la norma en comento y decretar la prescripción para cesar todo procedimiento”.

En su criterio, “la favorabilidad se concreta en que resulta más benéfico a la (sic) procesado la aplicación del agravante punitivo por su condición de servidor público para cesar procedimiento que aplicar el incremento a partir de los cinco años”, metodología que fue acogida por esta Sala en decisiones de 27 de mayo de 2003 (radicado 17448) y de 7 de diciembre de 2001 (radicado 14354), de acuerdo con la cual “primero se suma la totalidad de la pena fijada en la ley con su agravante y luego se procede a reducirla a la mitad y sobre su resultado se aplica la norma que beneficia al procesado en la prescripción”.

Sostiene que en el presente caso la resolución de acusación causó ejecutoria el 17 de junio de 2007, por lo que atendiendo a lo dispuesto en los artículos 82 y 84 del Decreto

100 de 1980, el incremento de la tercera parte por la condición de servidor público debe hacerse sobre la pena máxima, es decir, 7 años y 6 meses, lo que da 10 años, menos la mitad, arroja cinco (5) años.

Concluye su disertación afirmando que el principio de favorabilidad “es un principio supralegal, es un derecho fundamental constitucional, derecho reconocido al hombre frente al poder del Estado, el cual es inviolable que no puede ser desconocido por ninguna norma legal”.

Cargo segundo

Explica que este cargo deriva del primero. Cita doctrina sobre el ejercicio de la jurisdicción, y sostiene, con fundamento en jurisprudencia de la Corte, que adelantar un juzgamiento después que el Estado ha perdido la potestad sancionatoria por extinción de la acción, constituye una grave transgresión a las garantías constitucionales sobre la legalidad del juicio, con violación del debido proceso y el derecho de defensa.

Esto, para concluir que en el presente caso el tribunal dictó la sentencia cuando ya había perdido toda potestad para juzgar, puesto que la prescripción de la acción penal operó el 17 de junio de 2012, por favorabilidad, según se dejó anotado y explicado en el cargo anterior.

Sustentado en estas consideraciones solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y declarar la extinción de la acción penal por prescripción.

SE CONSIDERA

La Corte inadmitirá la demanda de casación examinada, por no satisfacer las condiciones mínimas de fundamentación requeridas para su selección a estudio por la vía de la casación discrecional, y por no advertir que su intervención sea necesaria para la

realización de los fines del recurso.

Cuando se acude a la casación discrecional es obligación del libelista demostrar, de una parte, que la intervención de la Corte es necesaria para el desarrollo de la jurisprudencia o la protección de las garantías fundamentales, y de otra, presentar una demanda en forma, sustancialmente apta para la obtención de los objetivos que persigue.

Sobre los motivos que justifican la procedencia del recurso, el casacionista se limita a sostener que tiene por finalidad que la Corte desarrolle y unifique la jurisprudencia, pero no indica en qué sentido debe la Sala cumplir dicho cometido, ni qué posturas antagónicas o discordantes de orden interpretativo debe analizar con el fin de adoptar una postura unificada.

Podría decirse, a juzgar por el contenido de los cargos, que su pretensión se orienta a que la Corte retome la línea jurisprudencial fijada en la decisión de 7 de diciembre 2001,⁴ en la que acogió la tesis que sirve de sustento a los cargos de la demanda, y abandone la actual, vigente desde el 25 de agosto de 2004,⁵ que entiende que el término prescriptivo para delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo, o por ocasión de ellos, en ningún caso puede ser inferior a 6 años y 8 meses,

“En síntesis, recapitulando, la Sala de Casación Penal recoge las diversas posturas vertidas en autos y sentencias a partir de la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2000, y en su lugar sostiene que en la sistemática jurídica colombiano si un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, bien que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción (antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación), bien que acaezca en la fase de juzgamiento (después de alcanzar firmeza la resolución acusatoria); no importando

que el delito se sancione con pena no privativa de la libertad, o que la pena máxima de prisión -si la hubiere- fuere inferior a cinco (5) años”.⁶

Asumiendo que este fuera su propósito, debió ocuparse de explicar los motivos por los cuales la Corte debía apartarse del precedente actual y retornar al del 7 de diciembre de 2001, en el que se dijo que el término de prescripción en la fase del juicio se establecía aplicando el incremento de la tercera parte al tiempo de prescripción previsto para el delito en la fase instructiva, y dividiendo esta cifra por dos, sin que en ningún caso pudiera ser inferior de cinco años; pero el demandante no asume esta carga demostrativa, y la Corte no encuentra ninguna razón que la impulse a variar su postura.

El único argumento que el censor aduce en apoyo de sus alegaciones es que la aplicación del precedente actual viola el principio de favorabilidad, pero este razonamiento resulta impertinente, porque la aplicación de este principio implica, (i) un tránsito legislativo que involucre normas materiales o normas adjetivas de efectos sustanciales, y (ii) que la regulación que contienen las nuevas normas sea sustancialmente favorable frente a las anteriores, situación que no es la que el casacionista plantea en la demanda.

La Corte tiene dicho que la prescripción de la acción penal opera en un término igual al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para el delito por el que se procede, contados a partir de su consumación, cuando no media resolución de acusación en firme, y en la mitad de ese término cuando este acto procesal existe, contabilizados a partir de su ejecutoria, sin que en ningún caso el tiempo de prescripción pueda ser inferior de cinco (5) años.⁷

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el procesado fue juzgado y condenado por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1980, inciso segundo, que adscribe pena privativa de la libertad que oscila entre dieciocho

(18) y noventa (90) meses de prisión.

Esto significa que el término de prescripción en la fase de la instrucción es en principio de 7 años y 6 meses, y en la fase del juicio o de juzgamiento de 5 años. Pero como los artículos 82 del Decreto 100 de 1980 y 83 inciso quinto de la Ley 599 de 2000 ordenan aumentar este término en una tercera parte cuando el delito ha sido cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo, o con ocasión de ellos, se concluye que la prescripción para dicho ilícito en la instrucción opera en 10 años y en el juicio en 6 años y 8 meses.

La resolución de acusación causó ejecutoria el 17 de julio de 2007. Contados desde entonces los 6 años y 8 meses del término prescriptivo, se establece que no se han cumplido, y por tanto, que las alegaciones referidas a que la sentencia del tribunal desconoció el debido proceso porque se dictó hallándose prescrita la acción penal y cuando el Estado había ya perdido la potestad jurisdiccional para continuar el juzgamiento, carecen de fundamento.

Visto, entonces, que el casacionista no logra persuadir a la Corte de la necesidad de su intervención para proteger garantías fundamentales o desarrollar la jurisprudencia, se inadmitirá la demanda y se ordenará devolver el proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a las garantías fundamentales que la Corte esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de NEHIL DE JESÚS SÁNCHEZ DUQUE.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CASTRO CABALLERO

FERNANDO

ALBERTO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
GONZÁLEZ MUÑOZ

MARÍA

DEL

ROSARIO

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
OTERO

LUIS GUILLERMO SALAZAR

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 70, 84-92, 196-205, 220-228 del cuaderno original 1.

2 Folios 421-448 del cuaderno original 2.

3 Folios 472-484 ídem.

4 C. S. J., Segunda Instancia 13774, auto de 7 de diciembre de 2001.

5 C. S. J., Casación 20673, fallo de 25 de agosto de 2004. En el mismo sentido: Segunda Instancia 15131, auto de 27 de septiembre de 2002. Única Instancia 17765, sentencia de 17 de septiembre de 2003. Casación 35919, auto de 6 de marzo de 2013. Revisión 40079, auto de 22 de marzo de 2013, entre muchas otras.

6 Ídem.

7 Artículos 80 y 86 del

Decreto 100 de 1980 y 83 y 86 de la Ley 599 de 2000.