

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta N° 353

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil trece (2013)

VISTOS

Verifica la Sala los presupuestos de lógica y adecuada fundamentación de la demanda de casación presentada por la defensora de los procesados Wilson Jaime Ávila Parada y Henry Antonio Ayala Segura, quienes para la época de los hechos se desempeñaban como Patrullero y Sargento Primero de la Policía Nacional, respectivamente, contra la sentencia proferida el 20 de marzo de 2013 por el Tribunal Superior Militar, la cual confirmó la condena proferida por el “Juzgado de Primera Instancia de Departamento de Policía del Meta” el 20 de marzo de 2012, que los condenó como coautores del delito de peculado por apropiación.

HECHOS

Fueron consignados en la sentencia así:

“Tuvo ocurrencia en el municipio de La Primavera (Vichada), el 21 de enero de 2003, cuando durante un patrullaje los señores S.I. Ayala Segura Henry y Pt Ávila Parada

Wilson, interceptaron la motocicleta tripulada por Wilmar Ernesto Flórez y Hamilton Enciso Martínez, a los cuales mediante registro personal se les incautó una motocicleta, una cantidad de sustancia alucinógena y una suma de dinero que se determinó en sesenta y cuatro millones novecientos cincuenta mil pesos (\$64'950.000), pero la referida suma de dinero fue ingresada a la casa del subintendente por parte del patrullero Ávila y solamente fue entregada hasta el día siguiente en horas de la mañana por presión del personal de la estación cuando fue llevada a las instalaciones por parte de la esposa del subintendente, quien fue vista ingresando a la habitación del Teniente Téllez Sánchez Julián Camilo y éste a su turno hizo entrega del dinero al comandante de guardia en consigna (sic)".

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por los hechos antes narrados, los dos policiales fueron vinculados a través de indagatoria, a quienes se resolvió la situación jurídica en decisión de 2 de mayo de 2007, como presuntos coautores del delito de hurto, sin imponérseles medida de aseguramiento.
2. Posteriormente, la Fiscalía Penal Militar N.148 del Departamento de Policía del Meta, con proveído de 5 de diciembre de 2008, profirió contra los entonces miembros de la Policía Nacional, Sargento Primero Henry Antonio Ayala Segura y Patrullero Wilson Jaime Ávila Parada, resolución de acusación como presuntos coautores del delito de prevaricato por omisión en concurso con el punible de hurto.
3. La anterior resolución fue impugnada por la defensa de los acusados, motivo por el que la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior Militar, en decisión de 16 de septiembre de 2009, resolvió decretar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de cierre de la investigación, en orden a que se impartiera como nueva calificación la de peculado por apropiación.
4. Es así que mediante resolución de 30 de noviembre de 2009, se calificó el mérito del

sumario, acusando a ambos procesados como coautores del punible de peculado por apropiación, previsto en el inciso 1º del artículo 397 del Código Penal.

5. Contra el pliego acusatorio, los defensores de los procesados interpusieron el recurso de apelación, el cual fue decidido el 21 de septiembre de 2009, confirmando integralmente la resolución de acusación de primera instancia.

6. La fase de juzgamiento fue adelantada por el “Juzgado de Primera Instancia Departamento de Policía Meta”, autoridad que el 20 de marzo de 2012 emitió sentencia de primer grado en la que condenó a los procesados como coautores del delito de peculado por apropiación previsto en el inciso 1º del artículo 397 del Código Penal, imponiéndoles la sanción mínima de 72 meses de prisión, multa de 16 millones de pesos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad.

Como sanción accesoria se dispuso la separación absoluta de la fuerza pública para ambos funcionarios policiales.

En cuanto a la libertad, les fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por lo que el juez de primer grado dispuso que en firme la sentencia se librasen las respectivas órdenes de captura.

7. Contra el fallo de primera instancia los defensores de los acusados interpusieron recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior Militar en decisión de 20 de marzo de 2013, Corporación que modificó parcialmente la sentencia, en tanto reconoció una causal específica de atenuación punitiva, por el hecho de que el dinero apropiado fue devuelto al otro día del acontecer delictual, motivo por el que redujo la pena a la mitad, ubicándose en el mínimo de 36 meses en lo referente a la pena de prisión, incrementándola en 4 meses más, por razón de que los acusados actuaron en coautoría.

En cuanto a la sanción pecuniaria la fijó en 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tomando como valor del salario mínimo para el año 2003 el de \$369.500, quedando un monto de \$9.237.500.

La sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no fue modificada, por lo que se mantuvo lo que al respecto se indicó en el fallo de primera instancia.

8. Contra la sentencia de segunda instancia, la defensora de los procesados presentó y sustentó en término el recurso extraordinario de casación, cuya admisibilidad es el objeto del actual pronunciamiento.

LA DEMANDA

La recurrente plantea un solo cargo contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, el cual denomina “Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”, para lo cual acude a la violación directa de la norma sustancial por falta de aplicación de los artículos 39 y 401 del Código Penal, 11 y 18 de la Ley 522 de 1999 y 11 y 18 de la Ley 1407 de 2010, infracción que a su turno condujo al desconocimiento del principio de favorabilidad en lo que atañe a la dosificación punitiva, lo que conllevó a que se negara la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Luego de hacer una serie de consideraciones en torno al principio de favorabilidad con base en la sentencia C- 592 de 2005, las normas internas y del derecho internacional, pasa a citar los artículos 397 y 401 del Código Penal, los cuales regulan, el primero, la tipicidad y punibilidad del delito de peculado por apropiación, y el segundo, una circunstancia específica de atenuación punitiva para los comportamientos descritos en el Capítulo Primero del Título XV del Código Penal.

Estima que al haberse reducido la sanción a la mitad, en razón a que los procesados devolvieron el dinero al día siguiente al que se configuró la apropiación, el monto mínimo de la sanción que es de 72 meses, tenía que reducirse a 36 meses y no a 40 como lo concluyó el Tribunal, circunstancia que impidió que los acusados accedieran a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Sostiene que se desconoció el artículo 8º de la Ley 1407 de 2010, pues se violó la prohibición de aplicar en forma retroactiva una norma desfavorable.

Seguidamente aborda lo concerniente a la pena accesoria y a la sanción pecuniaria, para decir que no se aplicaron criterios de razonabilidad y proporcionalidad en su determinación, ni tampoco los aspectos que prevé el artículo 39 de Código Penal, añadiendo que el monto de la pena pecuniaria no fue debidamente motivado. Para el efecto alude a la sentencia C-185 de 2011.

Interpreta el artículo 397 del Código Penal en el sentido de que la norma permite que la multa se calcule dentro de un margen de uno a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, para señalar que en este caso teniendo en cuenta el salario mínimo para el año 2012 (\$566.700), ese margen oscila entre \$1.416.750 y \$5.667.000.

De otra parte, afirma que los procesados no requieren tratamiento penitenciario y en esa medida, se hacen merecedores del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dadas sus condiciones personales, sociales y familiares, además de su calidad de padres cabeza de hogar, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002.

En forma subsidiaria, solicita que se sustituya la pena de prisión carcelaria por domiciliaria en aplicación del artículo 38 del Código Penal.

Finalmente, como petición principal, propone que se case la sentencia, en orden a que se

imponga a los acusados la sanción de 36 meses de prisión y el monto mínimo de la “pena accesoria” de multa y se les otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Procedibilidad del recurso

Cabe precisar que de acuerdo con la fecha de comisión de los hechos, enero de 2003, la norma procesal aplicable para este caso resulta ser la Ley 522 de 1999, toda vez que la Ley 1407 de 2010, según su artículo 628, sólo rige para sucesos acontecidos con posterioridad al 1º de enero de 2010, por manera que la procedencia del recurso de casación para el presente asunto, corresponde ser analizada bajo los artículos 368 y siguientes de la Ley 522 de 1999, primera normativa mencionada.

En esa medida, indica la norma en cita que el recurso extraordinario de casación procede contra sentencias de segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

En tratándose del delito de peculado por apropiación, descrito en el primer inciso del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, éste contempla como pena máxima privativa de la libertad la de 15 años de prisión, motivo por el que es clara la procedencia del recurso de casación frente a la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar en contra del Patrullero Wilson Jaime Ávila Parada y Sargento Primero Henry Antonio Ayala Segura al hallarlos coautores de dicho comportamiento, sin que para ello deba acudirse a la casación excepcional.

1. Calificación de la demanda

2.1 De la lectura del libelo con claridad se extrae que la cuestión principal que plantea la recurrente tiene que ver con el desconocimiento del principio de favorabilidad en lo que respecta a la determinación de la pena, para lo cual acude a la trasgresión directa de la norma sustancial derivada de una exclusión evidente del precepto que considera debe regular el caso.

Oportuno resulta recordar que en sede extraordinaria se ataca la posible trasgresión del principio de favorabilidad por vía de la causal primera prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, aplicable a este caso por remisión del artículo 372 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), antes que la tercera (nulidad), “toda vez que la vulneración de este principio así involucre el desconocimiento de una garantía sustancial fundamental de origen constitucional configura un típico defecto in iudicando, encontrando respaldo en dicho motivo y no en la vía de la nulidad”¹

En reciente decisión², frente a la forma de postulación de un reparo como el que propone la recurrente se dijo:

“Al respecto cabe recordarle al censor que cuando se alega la vulneración del principio de favorabilidad, éste debe proponerse como un defecto in iudicando, pues se traduce en un desacierto del juzgador en la aplicación del derecho sustancial al caso concreto en las hipótesis de sucesión de normas, es decir, respecto de la vigencia temporal de la ley.

Igualmente que dicho principio está basado en un supuesto de sucesión de normas, lo que obligadamente impone un juicio comparativo entre dos o más disposiciones cuando hay tránsito de legislación o concurrencia de ordenamientos, para deducir cuál regula de manera más benigna una situación sustancial o procesal con efectos sustanciales”.

Si bien es cierto, la casacionista acierta en la selección de la censura cuando advierte que se configuró una violación directa de la norma sustancial, uno de los supuestos indicados en la causal primera de casación, yerra al momento de demostrar ese presunto desconocimiento, dado que el mismo se basa en un supuesto equivocado.

En efecto, la queja se remonta a que siendo la sanción imponible la de 36 meses de prisión, luego del reconocimiento de la circunstancia atenuante indicada en el inciso primero del artículo 401 de la norma penal sustancial, esto es la mitad de la pena cuando antes de iniciarse la investigación se reintegre lo apropiado, el Tribunal impuso la de 40 meses, después de que fijó la sanción privativa de la libertad en el extremo mínimo de 72 meses.

Lo primero que debe advertirse es que la aplicación favorable de normas posteriores a la comisión del hecho, en el presente caso se limitó a aquellas contenidas en la Ley 1407 de 2010 referentes al proceso de individualización de la pena, por fijar dicha legislación, parámetros más restrictivos de los indicados en la Ley 522 de 1999, sin que la determinación de los extremos de punibilidad del delito de peculado por apropiación, haya sido el resultado de la aplicación retroactiva del primero de los estatutos mencionados, pues en ambas normas, la sanción para este comportamiento contra la administración pública es la indicada en el primer inciso del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, al igual que la circunstancia específica de atenuación punitiva consagrada en el primer inciso del artículo 401 ibídem.

En ese orden, el ad quem, respetando el margen de punibilidad indicado en el referido artículo 397, a saber, 6 a 15 años de prisión, redujo tales extremos a la mitad por razón de la hipótesis indicada en el artículo 401 del Código Penal, fijando como nuevos extremos de imposición de la pena de prisión, los de 36 a 90 meses, ubicándose dentro del primer cuarto de movilidad que oscila entre 36 a 49.5 meses de prisión y a su turno partió del mínimo de 36 meses, los cuales incrementó en 4 meses, dado que los procesados

actuaron en coautoría, quedando como sanción privativa de la libertad el monto de 40 meses de prisión.

Como se observa el Tribunal en manera alguna calculó la sanción con base en normas inaplicables para el caso, pues se precisa, en lo concerniente a los preceptos que fijan el quantum de la pena, no hubo una sucesión de normas o coexistencia de las mismas que impusieran determinar, cuál de las legislaciones resultaba más favorable, habida cuenta que esa situación de temporalidad de la Ley se centra en los criterios para la individualización de la sanción, cualquiera sea el delito que se trate y que eran disímiles a los fijados en la Ley 522 de 1999 y los establecidos en la Ley 1407 de 2010, normatividad ésta última en la que se sigue el sistema de cuartos, implementado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 599 de 2000.

Otro de los errores en los que incurre la casacionista, consiste en afirmar que la sanción de 40 meses de prisión desborda la pena imponible una vez individualizada, pues ésta era de 36 meses; sin embargo pasa por alto que el incremento de 36 a 40 meses obedeció a que para el Tribunal merecía un mayor juicio de reproche el hecho de que los acusados hubieran actuado en coautoría, criterio que resulta válido en consideración a que no se superó el primer cuarto, cuyo máximo es el de 49.5 meses.

Como queda en evidencia, el Tribunal no superó el límite de la sanción legal a raíz del desconocimiento del principio de favorabilidad, como erradamente se plantea en la demanda, sino que respetando la legalidad de la pena, tuvo en cuenta una circunstancia modal de la conducta para derivar un aumento punitivo al ver necesario un mayor reproche frente al comportamiento de los procesados.

En este orden de ideas, la enunciación de la censura no encuentra eco en su desarrollo al confrontarse con el contenido de la sentencia impugnada por vía del recurso extraordinario de casación, en la que emerge diáfano que la sanción se impuso dentro de criterios de

legalidad de la pena, en correcta aplicación de los mandatos que regulan la punibilidad para el delito de peculado por apropiación, los cuales no sufrieron modificación por la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, motivo por el que no puede hablarse de un caso de sucesión de normas que es la base que permite abordar la cuestión relacionada con el principio de favorabilidad y que al mismo tiempo es el soporte del cargo principal que se presenta contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, motivo por el que se inadmitirá.

Además, ello es así, porque ni la Ley 522 de 1999, aplicable en este asunto, de acuerdo a la época de los hechos, ni la Ley 1407 de 2010, prevén dentro de las conductas punibles que regulan, la de peculado por apropiación, lo cual no significa que ese comportamiento no pueda atribuirse a los miembros de la fuerza pública, sólo que su tipicidad y punibilidad se rigen por el Código Penal, según se extrae del artículo 195 de la primera de las leyes citadas y el artículo 171 del segundo estatuto, mandatos que consagran la posibilidad de que a los miembros de la fuerza pública que se vean inmersos en la comisión de delitos comunes, se les aplique lo previsto en la Ley 599 de 2000. Así que en tratándose del delito de peculado por apropiación, únicamente ha estado vigente el artículo 397 de la ley recientemente mencionada, es decir, se reitera, no han existido dos ordenamientos que regulen de manera diferente la pena para este comportamiento, como para alegar la aplicación de cualquiera de ellas por resultar más benéfica para el procesado.

Así las cosas, tampoco habrá lugar a estudiar la viabilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la sanción, pues por los motivos que se aducen en la demanda, no es posible redosificarla para reducirla al mínimo permitido de 36 meses y en ese orden, entrar a analizar el presupuesto subjetivo que exige dicho subrogado.

2.2 Otra de las inconformidades que plantea la recurrente se relaciona con la falta de proporcionalidad en la imposición de la pena de multa y en la “accesoria” de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, las cuales en general, basa

en que no se tuvieron en cuenta los criterios para la determinación del monto de cada una de estas sanciones.

No obstante, faltó a las exigencias propias del recurso extraordinario, habida cuenta que no ajustó esos presuntos errores a las causales de casación, pues aunque indica en el inicio de su escrito, la causal de nulidad, cabe señalar que ello fue para referirse a la indebida aplicación del principio de favorabilidad frente a la sanción privativa de la libertad, así que se observa que apenas menciona el artículo 39 del Código Penal, sin exponer las razones por las que considera que esa norma resulta aplicable en este caso.

Bajo tal entendimiento, debió alegar la transgresión directa de la norma sustancial por exclusión evidente del artículo 39, enseñando las razones por las que debía acogerse ese sistema de medición de la pena pecuniaria, a pesar de que la misma norma indica que éste solo se aplica para casos en los que la multa aparece descrita en el tipo penal como modalidad progresiva de unidad multa, lo cual no corresponde a este asunto, dado que además de hacer parte de la pena principal del delito de peculado por apropiación, la sanción pecuniaria está prevista para tasarse en dinero de acuerdo con el valor de lo apropiado sin que pueda superar cincuenta mil salarios mínimos legales, evento en el cual, el mismo artículo 39, excluye su determinación con base en el sistema que regula ese mismo precepto a partir de su numeral 2º.

Es por lo anterior, que la queja de la casacionista en torno a la tasación de la multa carece de los presupuestos de lógica, coherencia y adecuada fundamentación, tanto en su postulación como en su demostración, pues se conforma con alegar que no se aplicaron criterios de proporcionalidad, lo cual corresponde a su particular criterio en torno a la forma en la que debe establecerse la multa.

2.3 Como cuestión subsidiaria la censora solicita que la pena de prisión intramural se sustituya por la de prisión domiciliaria en aplicación del artículo 38 del Código Penal.

En esa medida, es preciso indicar que tal pedimento no se edifica en alguna equivocación en la que haya incurrido el fallador de segunda instancia al negar dicho sustituto y que se ajuste a cualquiera de las causales de casación, sino que simplemente dicha inconformidad se basa en su personal consideración acerca de que los procesados no necesitan tratamiento penitenciario, cuestión que escapa por completo a las exigencias del recurso de casación.

En efecto, en primer término olvida la casacionista que frente al tema de la prisión domiciliaria no se hizo ningún pronunciamiento en la sentencia, toda vez que la alzada se centró en desvirtuar las pruebas que apuntaban a la responsabilidad de los acusados y de manera subsidiaria se planteó la reducción de la sanción derivada de la devolución del dinero apropiado, pedimento en el que se hizo mención al subrogado penal previsto en el artículo 71 del Código Penal Militar o en su defecto la concesión de la prisión domiciliaria bajo los requerimientos del artículo 38 del Código Penal.

En esos términos, el Tribunal Superior Militar abordó el estudio probatorio propuesto por los impugnantes, despachando en forma desfavorable la solicitud relativa a que se declarara la inocencia de los procesados, pero accediendo a la reducción derivada de la circunstancia posdelictual referida a la devolución del dinero antes de que se iniciara la investigación, sin que hiciera consideraciones en torno a la ejecución de la sanción, la cual se fijó en 40 meses y por ello se ordenó que se cumpliera intramuralmente.

Por lo anterior, la inconformidad propuesta en sede extraordinaria en torno a la prisión domiciliaria, debió ser alegada por vía de la nulidad por falta de motivación, con la carga para el censor de acreditar que esa omisión parcial al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, derivó en consecuencias irreparables para el debido proceso que sólo pueden subsanarse a través de la invalidación del fallo.

Sin embargo, pese al silencio que guardó el Tribunal, no observa la Sala que esa

circunstancia hubiera conllevado a que se negara un sustituto penal o un subrogado al que los acusados tuvieran derecho, pues recuérdese que el ad quem redosificó la sanción en 40 meses, aspecto que de primera mano impedía la aplicación del beneficio consagrado en el artículo 71 del anterior Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, pues dicho precepto exige que la sanción impuesta no supere los tres años de prisión.

Y en cuanto al sustituto de la prisión domiciliaria regulada por el artículo 38 del Código Penal, Ley 599 de 2000, precepto aplicable por remisión expresa del artículo 18 de la derogada Ley 522 de 1999, aquella norma prevé la sustitución de la prisión carcelaria por domiciliaria, siempre que la pena mínima prevista en la ley para el delito que se trate, no supere los 5 años de prisión, que no es el caso del punible de peculado por apropiación, el cual señala un mínimo de pena de 6 años de prisión.

Aquí es oportuno precisar que la circunstancia específica de atenuación punitiva reglada en el artículo 401 del estatuto penal sustantivo, es un aspecto postdelictual, razón por la que no afecta los límites de punibilidad indicados en la norma para el punible de peculado por apropiación, toda vez que la proporción de rebaja allí indicada, se aplica cuando la pena está individualizada.

Es por lo anterior que erró el Tribunal Superior Militar, cuando al reconocer la mentada circunstancia atenuante, la aplicó al mínimo y máximo de la pena, fijando como límites de punibilidad, 36 meses en el mínimo y 90 meses en el máximo, para luego ubicarse en la sanción más benigna posible, incrementarla en 4 meses, pues lo correcto debió haber sido partir de 6 años que es la sanción mínima para el punible de peculado por apropiación, hacerle a este monto el incremento que tuvo a bien hacer el Tribunal derivado de la coautoría, y finalmente, el resultado reducirlo a la mitad, por razón del inciso primero del artículo 401 del Código Penal.

No obstante, con independencia de este desatino, lo cierto es que en nada afecta los

motivos por los cuales no había lugar a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, ya que de todas formas la sanción impuesta por el fallador de segunda instancia, así como el monto mínimo fijado en la ley para la conducta de peculado por apropiación, supera los límites que permiten la aplicación de alguno de estos dos mecanismos alternativos a la prisión intramural.

Es así que la petición subsidiaria propuesta en la demanda adolece de los presupuestos de lógica y adecuada fundamentación, en la medida en que no pasa de ser una solicitud elevada a modo de una alegación de instancia, lo cual impone su inadmisión.

3. casación oficiosa

Por último, aunque la demanda de casación presentada a nombre de los dos procesados, se inadmitió ante su deficiente postulación y sustentación, la Corte, luego de revisado el fallo, advierte la existencia de una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, relacionada con la tasación de la pena realizada por el Tribunal Superior Militar que corresponde ser subsanada en esta sede, según lo indica el numeral 1º del artículo 217 de la Ley 600 de 2000, casando el fallo y dictando el de reemplazo, dado que el error afecta exclusivamente la sentencia de segunda instancia.

1. reformatio in pejus

El juez de primera instancia al emitir el fallo después de culminada la fase de juicio, en cuanto a la tasación de la pena, determinó como margen de punibilidad el de 6 años de prisión en el mínimo y 15 en el máximo, irrogando para cada acusado la pena mínima de 72 meses de pena privativa de la libertad, dieciséis millones de pesos de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

En sede de apelación, siendo recurrentes únicamente los procesados y su defensora, el Tribunal Superior Militar fijó como marco de punibilidad el de 6 a 15 años de prisión, extremos que redujo en la mitad al reconocer la circunstancia atenuante indicada en el primer inciso del artículo 401 del Código Penal, quedando un margen de 36 a 90 meses de prisión.

Ahora, aplicando el sistema de cuartos se ubicó en el primero que oscila entre 36 a 49.5 meses de prisión, y partiendo del mínimo de 36 meses, impuso un incremento de 4 meses al haber actuado los acusados en coautoría, resultando como sanción privativa de la libertad 40 meses, multa de \$9'237.500, monto que dedujo de tomar como salario mínimo el valor de \$369.500, multiplicarlo por 50, dando \$18.475.000 y luego redujo dicha suma a la mitad. Y frente a la pena accesoria guardó silencio.

Como claramente se observa, el ad quem tuvo en cuenta una circunstancia para incrementar el mínimo de la sanción imponible que no fue considerada por el juez de primera instancia, para quien la coparticipación criminal no le mereció un mayor juicio de reproche que justificara la imposición de una pena de prisión superior al mínimo fijado en el artículo 397 del Código Penal, circunstancia que comporta una trasgresión al principio de la no reformatio in pejus, toda vez que el juez de segunda instancia tuvo en cuenta supuestos de dosificación punitiva que no aplicó el a quo, siendo los acusados apelantes únicos.

Al respecto oportuno es traer a colación un pronunciamiento de esta Sala que coincide con la situación que ahora se presenta y en la que se concluyó el desconocimiento de dicha garantía constitucional, lo cual conllevó a que se casara el fallo, manteniendo la sanción impuesta por el sentenciador de primer grado.

“El Tribunal, al individualizar la pena para cada uno de los delitos imputados a los procesados, corrigió los errores cometidos en la sentencia de primera instancia, pero

adicionó el procedimiento de dosificación de la pena con supuestos que, estando legalmente previstos, no fueron tenidos en cuenta en el fallo de primera instancia y que por razón de su naturaleza peyorativa para la situación jurídica de los procesados, el ad quem no podía estimarlos, dado que los procesados fueron apelantes únicos..

En la selección del extremo punitivo, del cual debía partirse para individualizar la punibilidad que correspondía a los delitos contra la fe pública y la administración pública, el a quo partió de los mínimos, no imputó circunstancias específicas ni genéricas de agravación y aunque citó los artículos 61 y 67 del C.P. no aplicó ninguno de sus criterios para modificar el mínimo de la pena prevista para el delito imputado, proceder que no atenta contra la estructura del proceso ni las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

De ahí que, por haber optado el fallo de primer grado por la pena menor de tres años de prisión para el delito de falsedad ideológica en documento público (artículo 219 ibídem) en las condiciones indicadas, y siendo los inculpados recurrentes únicos, no le era dable al ad quem, aducir circunstancias genéricas de agravación, como la gravedad del hecho y la forma de culpabilidad, para adicionar en 12 meses la pena menor y partir de una básica de 48 meses de prisión, pues la situación del fallo recurrido no infringía el principio de legalidad de la pena. Por este error, la Sala está obligada a corregir el fallo impugnado para subsanar el desconocimiento de la reforma peyorativa en la que se incurrió en la decisión de segundo grado, el cual tuvo incidencia en la pena finalmente impuesta”.³

En este orden de ideas, con el fin de restablecer el derecho agredido, la Corte casará parcialmente y de oficio la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar contra el entonces Patrullero de la Policía Nacional, Wilson Jaime Ávila Parada y también entonces Sargento Primero de la misma institución, Henry Antonio Ayala Segura, declarando que la sanción privativa de la libertad a la que se hacen merecedores es la de TREINTA Y SEIS MESES DE PRISIÓN como coautores del delito

de peculado por apropiación descrito en el primer inciso del artículo 397 del Código Penal, luego de suprimir el incremento de cuatro meses que sobre el mínimo hizo el juez de segundo grado, fundado en esa forma de participación y que no fue tomada en cuenta por el juez de primera instancia como criterio para imponer la pena en un monto superior al mínimo legal.

3.2 de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Otro de los reparos que advierte la Corte en el proceso de dosificación de la pena, tiene que ver con la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la cual se establece, en el punible de peculado por apropiación, como parte de la pena principal, cuyo monto es igual al de la sanción privativa de libertad, es decir, 6 a 15 años.

En este caso el Tribunal Superior Militar al resolver el recurso de apelación interpuesto por los acusados, redosificó la pena reconociendo la circunstancia atenuante descrita en el primer inciso del artículo 401 de la norma penal sustancial, esto es una rebaja de mitad, dada la devolución de lo apropiado antes de que se iniciara la investigación. Sin embargo, dicha diminuyente únicamente la aplicó a la pena de prisión y a la de multa, guardando silencio sobre la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Bajo tal perspectiva el Tribunal debió también aplicar la reducción de la mitad a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, a excepción de aquellas prerrogativas citadas en el inciso 5º del artículo 122 de la [Constitución Política](#), pues el Acto Legislativo 1 de 2004, que modificó dicha norma superior, impuso la intemporalidad de la restricción del ejercicio de los derechos políticos allí reseñados, para quienes hubieran sido condenados en cualquier tiempo por

delitos que afecten el patrimonio del Estado.

Es así que ante la omisión del *ad quem* sobre este aspecto en particular, adquieren vigencia las consideraciones del *a quo*, esto es, que el monto de dicha sanción se mantendría en el quantum por éste fijado que fue de 72 meses, sin tener en cuenta la atenuante específica que sí reconoció el juez de segundo grado con motivo del recurso de apelación elevado por los acusados y su defensora.

En tal medida, la Corte en sede de casación en forma oficiosa y en aras de preservar la garantía fundamental de la legalidad de la sanción, ajustará lo relativo a la pena también principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, igualándola al monto de la pena privativa de la libertad que es de 36 meses de acuerdo con las consideraciones que se hicieron en el acápite precedente, pero únicamente frente a los derechos políticos no incluidos en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, pues frente a éstos, la norma superior dispone su intemporalidad.

Así las cosas, la sanción para el ejercicio de derechos y funciones públicas relacionadas con el derecho a ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, a ser elegido o designado como servidor público y a celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado (Inciso 5º del artículo 122 de la [Constitución Política](#)), se mantendrá en el monto fijado por la primera instancia, 72 meses, sin perjuicio de la inhabilidad que se dispone en el artículo 122 superior que opera de pleno derecho, tal y como lo ha venido reiterando la Sala4.

Y la restricción para el ejercicio de los demás derechos políticos (artículo 40 de la Constitución Nacional), será por 36 meses, igualando la duración de esta pena

principal, al mismo término de la de prisión, tal como lo dispone el primer inciso del artículo 397 del Código Penal.

3.3 pena pecuniaria

Del mismo modo, la sanción de multa, aunque reducida en la mitad por parte del ad quem, fue mal determinada, al tiempo que se desconoció el principio de la prohibición de no reforma en peor, cuando se trata de apelante único.

En efecto, la sanción pecuniaria fue establecida por el juzgado de primer grado en \$16.000.000, atendiendo a que de acuerdo con el primer inciso del artículo 397 del Código Penal, la multa no puede superar los 50.000 salarios mínimos legales.

Por su parte, el sentenciador de segundo grado tomó como valor del salario mínimo para la fecha de los hechos el de \$369.500, el cual resulta de sumar \$332.000 más \$37.500 que era el valor del auxilio de transporte para esa fecha, para luego multiplicar ese valor por 50, llegando al quantum de \$18.475.000, el que finalmente se redujo a la mitad por el reconocimiento de la diminuyente indicada en el artículo 401 del Código Penal, fijándose como sanción pecuniaria la de \$9.237.500.

El primer yerro en el que incurre el Tribunal es el de considerar el auxilio de transporte como factor salarial y tenerlo en cuenta para calcular el monto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2003, pues lo correcto es tomar como base el valor de \$332.000, multiplicarlo por 50 y finalmente reducir ese resultado a la mitad, en donde se arroja para la pena de multa un monto de \$8'300.000.

Ahora bien, con independencia de que el procedimiento para el cálculo de la sanción pecuniaria, se apartó de los criterios de legalidad de la pena, el Tribunal debió respetar la tasación que de la misma hizo el fallador de primera instancia (\$16.000.000), el cual resultó inferior a la pena indicada en la ley para la multa en el delito de peculado por

apropiación, valor aquel que al reducirse a la mitad, arrojaba el de \$8.000.000.

Lo anterior, habida cuenta que al ser los procesados apelantes únicos, debe darse prevalencia al principio de la no reformatio in pejus, frente al de legalidad de la pena, motivo por el que el Tribunal tenía que respetar la tasación hecha por el juez de primera instancia por ser los procesados apelantes únicos y reducirla a la mitad, que en lo relativo a la pena pecuniaria, los \$16.000.000 que se impusieron en la sentencia de primera instancia, debieron rebajarse a \$8.000.000

En este entendido, la sanción de multa que se fija para cada uno de los procesados es la de \$8.000.0000.

1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Por último, habiéndose redosificado la pena en aras de preservar el debido proceso, es claro que su monto obliga al estudio de las demás exigencias que fija el artículo 71 de la Ley 522 de 1999, vigente para la época de los hechos, las cuales se concretan al estudio de la personalidad del procesado, la naturaleza y modalidad del hecho punible con el fin de establecer si el condenado requiere tratamiento penitenciario. Igualmente que no se trate de delitos contra la disciplina, el servicio, el honor contra bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional o a la seguridad de la Fuerza Pública, o el delito de inutilización voluntaria.

En cuanto a la personalidad de ambos acusados, se observa que carecen de antecedentes penales y durante su desempeño como miembros del cuerpo policial, no presentaron ningún tipo de sanción, y específicamente en lo que respecta a Sargento Primero Henry Antonio Ayala Segura, registra varias anotaciones positivas en el formato de hoja de vida⁵ que se allegó al expediente.

Respecto de su comportamiento procesal, es claro que los acusados no han evadido la acción de la justicia, pues siempre han comparecido en forma voluntaria al llamado que se les ha hecho con ocasión de este proceso, notificándose personalmente de las decisiones que se han adoptado, existiendo conocimiento acerca de sus lugares de ubicación, sin que para ello haya habido la necesidad de imponerles algún tipo de medida que asegurara su presencia en el juicio, dado que en su momento el ente instructor se abstuvo de proferirles medida de aseguramiento.

De otro lado, frente a la gravedad del hecho, si bien es cierto se afectó el bien jurídico de la administración pública, al configurarse la apropiación de unos dineros que debía custodiar el Estado hasta que se demostrara su origen ilícito para luego extinguir el derecho de dominio a su favor, la Sala no puede pasar por alto que la apropiación fue momentánea, pues recuérdese que la aprehensión de las personas en posesión de esa millonaria suma, efectuada por parte de los procesados en su condición de miembros de la Policía Nacional, se produjo casi finalizando el 22 de enero de 2003, esto es, a las 22.30 horas y al día siguiente, 23 de enero, se realizó el informe policial poniendo a disposición de la Fiscalía General a los dos individuos capturados, junto con los artículos con los que fueron sorprendidos, entre ellos, una motocicleta, una cantidad de sustancia alucinógena y \$64.950.000 en efectivo.

En esa medida, la afectación al bien jurídico no fue de tal relevancia como para que se imponga el cumplimiento efectivo de la pena de prisión, motivo por el que la Sala suspenderá condicionalmente la ejecución de la pena por el término de tres años, tiempo durante el cual los procesados cumplirán los compromisos a los que se refiere el artículo 72 de la Ley 522 de 1999, lo cuales se garantizarán mediante la suscripción de la respectiva acta y el pago de caución prendaria en el equivalente de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes cada uno.

Finalmente el delito por el que fueron condenados los procesados no es de los

indicados en el numeral 3º del artículo 71 de la misma normatividad que impida la concesión de este subrogado penal.

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

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora de los entonces Patrullero de la Policía Nacional, Wilson Jaime Ávila Parada y Sargento Primero también de la Policía Nacional, Henry Antonio Ayala Segura.

SEGUNDO: CASAR PARCIALMENTE y DE OFICIO, la sentencia del 20 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Superior Militar en la que condenó a Wilson Jaime Ávila Parada y Henry Antonio Ayala Segura. En consecuencia imponerles la pena de TREINTA Y SEIS (36) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000) E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS, DISTINTOS A LOS ENUMERADOS EN EL INCISO 5º DEL ARTÍCULO 122 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, POR EL MISMO TÉRMINO DE LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

TERCERO: La duración de la pena de inhabilitación para el ejercicio de los derechos a ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, a ser elegido o designado como servidor público y a celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado, será SETENTA Y DOS (72) MESES, sin perjuicio de la intemporalidad que dispone el artículo 122 de la [Constitución Política](#).

CUARTO: SUSPENDER CONDICIONALMENTE a Wilson Jaime Ávila Parada y Henry Antonio Ayala Segura, la pena de prisión por el término de tres años, subrogado que se hará efectivo una vez se suscriba el acta de compromiso y se cancele el monto de la caución impuesta en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CASTRO CABALLERO

FERNANDO ALBERTO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
GONZÁLEZ MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ
OTERO

LUIS GUILLERMO SALAZAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Casación 11660 del 18 de julio de 2001. Criterio reiterado en la casación 19412 del 12 de noviembre de 2003.

2 Casación 41417 del 12 de agosto de 2013

3 Casación 15868 del 15 de mayo de 2003

4 Casación 36.511 de 19 de junio de 2013

5 Folios 47 a 50 del cuaderno No. 1