

CASACION ALEGATOS

Paula Andrea Ramirez Barbosa <pramirez@procuraduria.gov.co>

Mié 16/12/2020 8:43 PM

Para: Nubia Yolanda Nova Garcia <Nubiang@cortesuprema.gov.co>; Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Respetada Doctora Nubia Yolanda

De manera atenta y para los fines que en derecho corresponden, me permito allegar los alegatos como no recurrente en el proceso de la referencia que se encuentra adjunto a este correo.

Agradezco su amable atención y les deseo un buen día.

Gracias y cordial saludo



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 16 de diciembre de 2020

Doctor
HUGO QUINTERO BERNATE
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad

Ref. Casación No. 54619
Procesado: Saulo Fabian Pérez Jiménez y Otro.
Delitos: peculado por apropiación

Honorables Magistrados

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en cumplimiento de la función atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Alegatos de refutación, frente a la demanda de casación interpuesta contra el fallo del Tribunal Superior de Valledupar, del 10 de agosto de 2018, decisión que, al resolver el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia, proferida por el Juzgado 2 Penal del Circuito de la misma ciudad, la confirmó en su integridad.

1. HECHOS

Aparecen consignados en el proceso y se encuentran en los fallos de primera instancia, siendo igualmente conocidos por las partes e intervinientes.

2. CARGOS

Frente a los cargos de las demandas de casación aceptadas se hará pronunciamiento, luego de un breve resumen de cada cargo.

3. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL.

3.1. DEMANDA A NOMBRE DE SAULO FABIÁN PÉREZ JIMÉNEZ

3.1.1. AL CARGO PRIMERO: Violación directa de la Ley Sustancial

En el primer cargo, el censor alegó: *“Demando por la causal segunda de casación, ya que existió una violación de las garantías procesales, consistente en una incongruencia por acción, entre la imputación de los cargos que se aceptaron y la sentencia se dictó, ya que agregó cargos que no le fueron imputados por lo tanto solicito que se dicte nuevamente una sentencia de reemplazo.”*¹

Para determinar la prosperidad del cargo y comprobar si le asiste razón al recurrente, se hace necesario tomar como parámetros, la audiencia de imputación de cargos por parte del procesado PÉREZ JIMÉNEZ:² Esta precisión se hace en atención al hecho que la condena se fundó en la aceptación de cargos formulados por la Fiscalía, los cuales, si bien fueron aceptados en audiencia posterior, se mantuvieron en su aspecto factico y jurídico. Al respecto se señaló: *“La fiscalía en audiencias preliminares formuló imputación a SAULO FABIAN PEREZ JIMENEZ, OSWALDO DE JESUS MONTERO MAESTRE, CARLOS MARIO LOPEZ DIAZ y JHOAN OTILIO SALAZAR AMAYA, endilgándoles responsabilidad por los delitos de PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO POR LA CUANTÍA en concurso homogéneo y sucesivo, y ASOCIACION PARA LA COMISION DE UN DELITO*

¹ Fls. 4 y 5 demanda de casación.

² Fl. 5 fallo del a quo.



CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA, definidos los artículos 397 y 434 del Código Penal". Obsérvese como claramente que la imputación de cargos posteriormente aceptada se señaló que era por peculado por apropiación agravado por la cuantía, en concurso homogéneo y sucesivo y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública. Luego entonces, si se especificó que era concurso homogéneo y sucesivo tales expresiones son inequívocas que se trataban del mismo delito cometido varias veces de manera sucesiva y además se señaló el delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, lo que configura otra modalidad de concurso que es el heterogéneo. Así también quedó claro en el acta de verificación de allanamiento llevada a cabo el 24 de febrero de 2017, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Valledupar. (folio 88)

Referente al tema objeto de controversia, tenemos que, en efecto, al procesado PÉREZ JIMÉNEZ se le imputaron los delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía en concurso homogéneo y sucesivo, y el de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, normativizados en los artículos 397 inciso 2 y 434 del Código Penal, respectivamente.³ Precisamente, por estos delitos fue la aceptación de cargo por lo fue condenado el encartado SAULO FABIÁN en las dos instancias, luego, no se advierte la violación del principio de congruencia o del *non bis in ídem*, como sin razón alguna lo propone y ante tal perspectiva, el cargo deberá ser desechado.⁴ Sobre los efectos de la aceptación unilateral de cargos, específicamente cuando ésta ocurre en el escenario de la formulación de imputación ante el juez con función de control de garantías, mediante decisión de la Corte Suprema de Justicia, en el Radicado No. 52.535, expresó:⁵ *"En los dos casos —aceptación negociada o unilateral de la imputación— el juez tiene la obligación de verificar que, en la renuncia del procesado a los derechos a guardar silencio, a tener un juicio oral, público, concentrado y contradictorio, en el cual puede presentar pruebas y debatir las que la Fiscalía aduce en su contra, no se han conculcado garantías, como lo disponen los artículos 131 y 293 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011."*

En su momento no aparece constancia que las partes hayan dejado al respecto al momento de la aceptación. No se comprende entonces como en los actuales momentos procesales se plantea que la aceptación de cargos no se corresponde con la imputación si la misma fue conocida oportunamente por las partes e intervinientes. Por todo lo anterior, es diáfano que no se comprobó que se hayan afectado garantías procesales del encartado PÉREZ JIMÉNEZ o la violación de los principios de congruencia y del *non bis in ídem*, como sin razón alguna lo plantea la censura y, ante tal circunstancia, el cargo deberá ser rechazado.⁶

3.2.2. AL CARGO SEGUNDO: Violación indirecta de la ley sustancial

El censor acusó la sentencia, de estar incurso en indebida aplicación del artículo 61 del C.P.: *"Ya que no tuvo en cuenta el inciso segundo del mismo, adicionado por el artículo 3 de la ley 890 de 2004, establece que el sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, lo que se aplica dentro del caso motivo de este recurso, ya que solo existen circunstancias de menor punibilidad"*.⁷

Desde ya se advierte que el cargo deberá ser desestimado, en atención a que el juez aplicó en su verdadera dimensión el artículo 61 del C.P., que instituye los fundamentos legales para la individualización de la pena a imponer, establecido a través del sistema de cuartos, dentro del que deberá determinarse la pena, ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso

³ Fls. 5 y 6 fallo de primera instancia. CSJ. Radicado No. 52.535

⁴ Fl. 25 fallo de primer grado.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de diciembre de 2018. Radicado No. 52.535. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

⁶ Fl. 25 fallo de primer grado.

⁷ Fl. 5 de la demanda.



concreto:⁸ Por ello, el juez de primera instancia determinó que efectivamente aplicaba el sistema de cuartos para la imposición de la pena y estableció para ello los cuartos mínimos, medio y máximos en que se debía mover:⁹ Es así que como claramente puede leerse a folio 215 correspondiente a la página 13 de la sentencia de primer grado el juez establecido el sistema de cuartos específico que el primer cuarto mínimo iba de 96 y 173,25 meses de prisión, solo para el delito de peculado, cuya pena oscila entre 96 y 270 meses de prisión. La que debe aumentarse hasta en la mitad por razón de la cuantía que es superior a 200 salarios mínimos.

En este sentido, el juez de primer grado resaltó que, en atención a que la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad, la pena que le correspondía estaba dosificada dentro del primer cuarto punitivo.¹⁰ Ahora bien, el hecho de partir del primer cuarto para imponer la pena, ello no significa inexorablemente que esta sea estática, al contrario, es un rango dentro del cual se moverá el juez acorde con las circunstancias específicas de cada caso. El fallo del a quo determinó que, ante la presencia de un concurso de conductas punibles, la pena debía incrementarse hasta en otro tanto, conforme al artículo 31 del C.P.¹¹ Siendo por tanto aumentada de 144 meses en 24 más y 8 meses más por el delito de Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, quedando finalmente calculada en 176 meses de prisión. Por tanto, no es cierto que el Juez ignorase partir del cuarto mínimo.

El anterior aspecto, fue ratificado por el fallo del Tribunal, en el cual indicó que el hecho de no haberse imputado al procesado circunstancias de mayor punibilidad, no implicaba que necesariamente se debía fijar como pena, la menor del cuarto mínimo seleccionado, en atención a margen de movilidad con que cuenta el juez de moverse entre los cuartos seleccionados.¹² Obsérvese que el fallo del Tribunal de Valledupar, confirmó el fallo condenatorio del a quo, que condenó al procesado SAULO FABIÁN PÉREZ como autor del peculado por apropiación, toda vez que se apropió de recursos del Estado en más de \$553 millones de pesos, dineros públicos que reposaban en las cuentas del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, Regional Cesar y que fueron a parar a manos de los condenados y además recalcó el *ad quem*, que la pena impuesta se encontraba dentro de los límites del primer cuarto seleccionado y por todo ello, el cargo no deberá prosperar.¹³

3.1.3. AL CARGO TERCERO: Violación directa de la ley sustancial

El censor señaló, que el Tribunal aplicó de manera indebida el inciso 1 del artículo 351 del C.P.P.: *“consistente en aplicación indebida del artículo 351 inciso 1 del código de procedimiento penal ley 906 de 2004, ya que la rebaja realizada de una tercera parte de la pena que concedió y practicó el juez de primera instancia, ya que mi defendido aceptó cargos en audiencia atípica o antes de la audiencia preparatoria, inclusive antes de la presentación del escrito de acusación por lo tanto el descuento que debe aplicarse es del*

⁸ ARTICULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo. El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva. Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda. <Inciso adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

⁹ Fl. 14 fallo del a quo.

¹⁰ Fl. 15 fallo del juez.

¹¹ Fls. 14 y 15 fallo del a quo.

¹² Fl. 33 fallo del ad quem. *“Ahora, el hecho de no habersele imputado al procesado circunstancia de mayor punibilidad, no implica que necesariamente se debe fijar como pena la menor del cuarto seleccionado, en este caso el cuarto mínimo, como lo alega el apelante, debido a que el Juez cuenta con un margen de movilidad que va entre la pena mínima y la máxima del cuarto señalado, y fijar la pena dependerá de la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.”*

¹³ Folio 34 Fallo del ad quem.



50% de la pena a imponer tal como lo establece el artículo 351 inciso 1 del código de procedimiento penal”.¹⁴

Este cargo deberá también ser desatendido, según quedó definido en los mismos argumentos del cargo segundo, toda vez, que el fallo de primera instancia, determinó que le aplicaría una rebaja de la 1/3 parte de la pena establecida al procesado PÉREZ JIMÉNEZ, pues el a quo estableció entre otros aspectos, que los recursos objeto de apoderamiento no habían sido restituidos a las arcas del Estado.¹⁵ Para arribar a esa conclusión, el juez de primer grado estimó que el procesado actuó con dolo, pues se reveló la voluntad de cometer la conducta contraria a derecho con pleno conocimiento de su carácter delictivo, aunado a la innegable grave lesión al bien jurídicamente tutelado y que los recursos objeto de apoderamiento no han sido restituidos a las arcas del Estado.¹⁶

Por su parte, el Tribunal estimó que el procesado no tenía derecho a la rebaja de pena que pedía hasta de un 50% de la condena imponible, por haberse allanado a los cargos con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación, y por ello, debía regirse bajo los parámetros del numeral 5 del artículo 356 del C.P.P. que indica que puede reducirse hasta en una tercera parte, como acertadamente lo decidió el a quo.¹⁷ Con precisión y detalle, el fallo del Tribunal destacó que en atención a que el imputado PÉREZ JIMÉNEZ, se allanó a los cargos con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación, como contraprestación, solo tenía derecho a la disminución de la pena hasta en una tercera parte.¹⁸

Debe tenerse presente que esta rebaja no es automática, sino que corresponde al juez analizar en cada caso el porcentaje al cual haya lugar, pues la pena responde a unos principios, en donde además se debe garantizar el derecho a la verdad, el perjuicio a las víctimas, la reparación del daño entre otros y por ello si los juzgadores no otorgaron la rebaja de pena del 50%. En modo alguno, o puede afirmarse que se irrespetaron las reglas de la aceptación de cargos. Es más, este caso no se vislumbró ningún asomo de arrepentimiento por parte del procesado hacia las víctimas por la apropiación de dineros públicos destinados a la educación de personas de bajos recursos.

Además, el fundamento de la sentencia no se basó únicamente en el allanamiento a cargos, sino que para ese momento contaba con suficiente material de prueba que le permitía someter a juicio con probabilidad de éxito de condena. Al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SP14496-2017, Radicado 39831 de 27 de septiembre de 2017, preciso: *“En este sentido, lo que importa considerar para efectos de establecer el porcentaje de rebaja por concepto del allanamiento a cargos, es que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no le impone al juzgador la obligación de reducir la pena ya individualizada “en la mitad”, sino “hasta de la mitad”, en cuya determinación del porcentaje correspondiente cuenta con criterios de razonabilidad para medir el monto del merecimiento, según las circunstancias particulares del proceso y de cada uno de los acusados, de suerte que bien puede aplicar la rebaja en un 50% o en una proporción inferior a la mitad.”*

Por todo lo anterior, no le asiste razón a la censura en este cargo, pues los fallos aplicaron las reglas legales para las rebajas de pena a que tenía derecho el procesado, como lo ordenan los artículos 351 y 356 del C.P.P. pues conforme precisa la primera disposición, la

¹⁴ Fl. 7 de la demanda de casación.

¹⁵ Fl. 17 fallo de primer grado.

¹⁶ Fls. 15 y 16 fallo del a quo.

¹⁷ Fls. 34 y 35 fallo del Tribunal.

¹⁸ Fl. 35 fallo del ad quem. *“Otro aspecto por el cual el defensor de SAULO FABIÁN PÉREZ JIMÉNEZ, no comparte la pena impuesta a este, es la rebaja aplicada por allanamiento a cargo, es decir una 1/3 parte de la pena a imponer, alegando que dicha cantidad debe ser superior; sin embargo, tal como se anotó precedentemente, la Corte tiene establecido que quien haga la manifestación de allanarse a los cargos con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación, no tienen derecho a la rebaja de pena que va hasta un 50% de la pena imponible, sino que debe “regirse bajo los parámetros contemplados en el artículo 356, numeral 50, de la Ley 906 de 2004, es decir, “hasta en la tercera parte”, tal como acertadamente sucedió en este asunto”.*¹⁸ *“Como en este caso en particular el sentenciado SAULO FABIÁN PÉREZ JIMÉNEZ, se allanó a los cargos con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación, como contraprestación tiene derecho a la disminución de la pena hasta en una tercera parte, optando el juzgador de instancia por la proporción mayor posible, esto es, el 33.33% de la pena a imponer, cuando bien pudo fijarla en una menor cantidad; por estas razones es improcedente lo pretendido por el apelante quien reclama para su defendido una rebaja igual al 50% de la pena a imponer.”*



aceptación de cargos comporta una rebaja hasta la mitad de la pena a imponer y según esta última norma, hasta en la tercera parte, por cuanto debe tenerse en cuenta que se allanó a los cargos con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación, tal y como lo resolvieron adecuadamente los fallos de instancia, y por ende, la formulación del cargo no debe prosperar¹⁹.

3.1.4. AL CARGO CUARTO: Violación indirecta de la ley sustancial

En este cargo, el demandante señaló: *“Acuso la sentencia de segunda instancia de cometer violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, ya que hubo un falso juicio de existencia, que trajo como consecuencia la falta de aplicación del numeral 5 del artículo 314 de la ley 906, que resulta aplicable por remisión del artículo 461 ibídem, regulada también por el artículo 2 de ley 82 de 1993.”*²⁰ Se advierte también, la no prosperidad del cargo, pues no se estructuran los requisitos legales para la sustitución de la detención preventiva, por su condición de padre cabeza de familia, como sin asidero legal alguno lo reclama la demanda, pues según verificó el fallo de primer grado, si bien es padre de dos menores de edad, y que los mismos se encuentran a su cargo custodia, cuentan también con su progenitora:²¹ A su vez, también constató el *a quo*, que la madre de los menores prestaba ayuda económica al hogar, y ante ello, no se cumplía el requisito normativo para reconocer al condenado la condición de padre cabeza de familia.²² *“A lo anterior se adosa que aparece evidenciado que la madre del sentenciado le presta ayuda económica la que le permite solventar las necesidades que tiene en su hogar, lo que hace incuestionable el no cumplimiento del postulado legal para otorgar al sentenciado la condición de padre cabeza de familia.”*

Por su parte, el fallo de Tribunal destacó que, si bien el encartado es padre de dos menores, no es la única persona que está en condiciones de velar por el cuidado de ellos, ya que los niños cuentan también con su propia madre:²³ En efecto, se plasmó por parte del juzgado de primera instancia sin que el recurrente cuestione tal aspecto que además de padre y madre: *“A lo anterior se adosa que aparece evidenciado que la madre del sentenciado le presta ayuda económica la que permite solventar las necesidades que tiene en su hogar, lo que hace incuestionable el no cumplimiento del postulado legal para otorgar al sentenciado la condición de padre cabeza de familia”*²⁴.

La institución de la prisión domiciliaria no busca favorecer al condenado para que cumpla la pena en su residencia, sino evitar que los menores queden en completo abandono, a consecuencia de la privación de la libertad del padre o madre o de la persona que los tenga a cargo o cuidado. Por ello, cuando esto último no sucede, como acaece en el sub examine, bien porque el menor queda bajo la protección de la madre, del padre o cualquier miembro de la familia, el condenado o condenada no califica como padre o madre cabeza de familia, al no concurrir la circunstancia exigida por el numeral 5 del artículo 314 del C.P.P., esto es, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solidaria de la madre y demás familiares para sostener el hogar.²⁵

¹⁹ Sobre el tema CSJ, AP, 27 abr. 2011, rad. 34829 y SP14496-2017, Radicado 39831 de 27 de septiembre de 2017.

²⁰ Fl. 9 de la demanda.

²¹ Fls. 20 y 21 fallo de primer grado.

²² Véase fl. 21 fallo del a quo.

²³ Ver fl. 43 fallo del ad quem.

²⁴ Folio 206 actuación del Juzgado

²⁵ ARTÍCULO 314. SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: (...)

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio. La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5. En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez. El control del cumplimiento de la detención en el lugar de residencia estará a cargo del Inpec, el cual realizará un control periódico sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados para que si se advierten violaciones a las condiciones impuestas por el Juez se puedan adoptar las correspondientes acciones.



En definitiva, ninguna objeción le cabe a la postura de las dos instancias, que convergen en declarar la inviabilidad del subrogado de la condena de ejecución condicional, toda vez que como lo verificaron los fallos de primero y segundo grado, al contar los menores con su progenitora, es palmario que el condenado no califica como padre cabeza de familia, al no concurrir la circunstancia exigida por el numeral 5 del artículo 314 del C.P.P.²⁶ y, por ello, el cargo no debe prosperar.²⁷

3.2. DEMANDA A NOMBRE DE JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA

3.2.1. AL CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

El demandante señaló que el fallo del Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial: *“por la aplicación indebida del artículo 434 del C.P, (Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública) y en consecuencia, la falta de aplicación de los artículos 86 del C.P y 292 del C.P.P.”*²⁸ En la postura del cargo, el actor reclama que el delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, tipificado en el artículo 434 del C.P. está prescrito. Se denota que el fallo de primer grado condenó al procesado SALAZAR AMAYA, como interviniente de los delitos de peculado por apropiación agravado, en concurso con asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.²⁹

En efecto, el inculpado SALAZAR AMAYA, fue acusado en primera instancia en calidad de interviniente por los delitos de peculado por apropiación agravado, en concurso con asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.³⁰ En esa medida, es claro que la imputación jurídica deducida al inculpado se concretó a los delitos de peculado por apropiación, consagrado en el artículo 397 del Código Penal, en calidad de interviniente³¹ en concurso con el delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, previsto en el artículo 434 ídem.

Entonces, para dilucidar frente al tema de determinar si ocurrió el fenómeno de la prescripción, se tiene como parámetro o punto de referencia que la audiencia de formulación de imputación interrumpe la prescripción y comienza de nuevo por la mitad del término que no podrá ser inferior a 3 años, artículo 292 de la Ley 906 de 2004.³² Es aquí entonces, el punto de partida para contabilizar el término de prescripción alegado por la recurrente. Del texto del artículo 434 del Código Penal se establece que la pena para ese delito oscila de 16 meses a 54 meses de prisión, sin importar si quien lo comete es un servidor público o un particular, ya que el inciso final de esta norma sin distinción alguna así lo precisa, cuando señala que si interviniere un particular se le impondrá la misma pena.³³

Por lo tanto, como la audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo el día 19 de junio de 2015 es a partir de ese momento que se interrumpió la prescripción de la acción

²⁶ *...recogiendo ese criterio, y bajo el entendido que los artículos 314, numeral 5, y 461 de la Ley 906 de 2004 no derogaron los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 en lo atinente a la figura de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, la Sala ha venido sosteniendo de manera pacífica que para su otorgamiento se requiere de la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en esta norma, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales”.*

²⁷ Fl. 9 de la demanda.

²⁸ Fl. 4 de la demanda

²⁹ Fl. 26 fallo del a quo.

³⁰ Fl. 6 fallo del a quo.

³¹ Fls. 5 y 6 de los fallos de instancia.

³² Ley 906 de 2004. ARTICULO 292. INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.

³³ Ley 599 de 2000. ARTICULO 434. ASOCIACION PARA LA COMISION DE UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración pública, incurrirá por ésta sola conducta en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, siempre que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si interviniere un particular se le impondrá la misma pena.



penal y se comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal que no podrá ser inferior a tres (3) años.

Así las cosas, desde el 19 de junio de 2015 debe contabilizarse tres años más que sumarían hasta el 18 de junio de 2018. Por tanto, como el fallo de segunda instancia se profirió por el Tribunal Superior de Valledupar el día 10 de agosto de 2018 y se aprobó el día 3 de ese mismo mes y año, para esa fecha en relación con este delito estaría prescrito. Así las cosas, es pertinente señalar que como el procesado JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA, no tiene la condición de funcionario público para la fecha de los hechos, por lo cual no se puede aumentar el término de prescripción como lo dispone el inciso del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011.³⁴ Así lo precisó el fallo de primera instancia en la página 4, donde se anotó que en el caso específico de JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA, quien como se sabe no tenía la condición de servidor público; pues, jamás tuvo vínculos laborales, comerciales o contractuales con el Sena regional Cesar.

En consecuencia, si la Honorable Corte Suprema de Justicia, considera que el delito asociación para la comisión de un delito contra la administración pública por el que fue imputado Salazar Amaya, se encuentra prescrito debe ajustarse el monto de la sentencia impuesta a este procesado. Con las precisiones anteriores, se estima que le asiste razón a la censura y se deberá casar parcialmente la sentencia por el cargo propuesto, pues la conducta de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, que se endilgó a JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA, a la fecha del fallo de segunda instancia (10 de agosto de 2018) se encontraba prescrita.

3.2.2. AL CARGO SEGUNDO: Violación directa de la ley sustancial

En este cargo, la censura alegó: *“El presente error se estructura por la violación directa de la ley sustancial, por la interpretación errónea del artículo 434 del C.P. (modalidades) y en consecuencia, la falta de aplicación sistemáticamente con los artículos 6 del C.P (legalidad) y 12 del C.P.P., (lealtad y buena fe).”*³⁵ Este cargo no debe prosperar, toda vez que no quedó acreditada la interpretación errónea que alega la censura, del artículo 434 del C.P. que tipifica el punible de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, que le fue imputado en calidad de interviniente, pues los fallos de instancia comprobaron que el encartado (particular), efectivamente, se asoció con los otros condenados (servidores públicos) para cometer el delito de peculado por apropiación, para apoderarse de dineros públicos pertenecientes al Sena, Regional Cesar, pues le fueron transferidos de manera ilícita, dineros oficiales a cuentas bancarias que tenía a su nombre.³⁶

En efecto, quedo claro del resultado de la investigación que fue el procesado Salazar Amaya, quien presto sus cuentas bancarias para hacer las transferencias ilícitas de dinero que eran sustraídas del dinero público perteneciente al Servicio Nacional de Aprendizaje Sena y sin ninguna justificación eran depositadas allí, para luego retirarlas y repartirse proporcionalmente con los demás partícipes en la acción delictiva.

Ello sin lugar a duda implica un acuerdo, concertación previa entre el particular Salazar Amaya y los funcionarios públicos que, al interior del Sena, aprovechaban de este privilegio de acceso a la información para redireccionar un dinero sin justificación a sus cuentas para luego dividírselo entre ellos. Esto sin lugar a duda demuestra de lejos la connivencia delictual, máximo cuando ello ocurrió por varios años. Así lo plasmo el fallo recurrido cuando se dejó sentado que: *“Empero, el mayor número de transferencias electrónicas las hizo PEREZ JIMENEZ, a las cuentas No. 116235292 del Banco de Bogotá y 67300011193 del Banco Davivienda, que según demostró documentalmente la fiscalía pertenecen a JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA. En efecto durante los años 2008 y 2009, hizo depósitos en la*

³⁴ <Inciso modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

³⁵ Fl. 8 de la demanda.

³⁶ Fl. 2 fallo de primer grado.



primera cuenta por valor de \$24.865.641, \$29.211.599 y \$42.768.120, y en el 2010 las consignaciones virtuales sumaron \$1.968.510 y \$114.822.739 en la segunda cuenta, y en año 2011 alcanzó a depositarle \$102.105.465.”

Ante esta perspectiva, el juez de primera instancia fundó la condena contra el requerido OTILIO SALAZAR, al aceptar su responsabilidad en los delitos imputados y allanarse a los mismos y por ello, no se entiende que ahora pretenda endilgar una supuesta interpretación errónea del citado artículo 434 del C.P. cuando cabalmente aceptó la comisión de dicho delito en su calidad de interviniente y por esa misma razón se allanó a cargos:³⁷ *“La audiencia de formulación de imputación en contra JHOAN OTILIO SALAZAR AMAYA, se celebró el 19 de junio de 2015, en donde la Fiscalía le imputó cargos como interviniente de los Delitos de PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO POR LA CUANTÍA en concurso homogéneo y sucesivo, y ASOCIACIÓN PARA LA COMISIÓN DE UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, momento en el que el imputado no se allanó a cargos, sin embargo el 27 de julio de 2015, ante la Jueza Cuarta Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías aceptó su responsabilidad y se allanó a los cargos imputados; la Fiscalía le ofreció la rebaja de hasta el 50% de la pena.”*

Ahora bien, respecto a la rebaja por aceptación de cargos, tal como fue planteado para el cargo tercero del procesado SAULO FABIÁN PÉREZ y Como claramente quedo consignado en el acta anterior y en la audiencia del 24 de febrero de 2017, denominada audiencia de verificación de allanamiento, en lo que respecta a JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA, se dejó consignado que “la pena será disminuida a la luz del inciso 3 del artículo 30 del C.P. en tanto la responsabilidad se atribuye a título de interviniente, además se aplicará una rebaja de hasta el 50% de la pena que resulte imponible. Luego entonces correspondía al Juez aceptado el allanamiento proceder a fijar la pena y aplicar la rebaja de hasta un 50%.

La censura alegó en el cargo, que tenía derecho a un descuento del 50% de la pena impuesta.³⁸ No le asiste razón a la censura, toda vez que el Tribunal, con fundamento en la tasación de la pena efectuada por el a quo, estimó que el juez partió del cuarto mínimo y atendió, además, los parámetros legales establecidos en el tercer inciso del artículo 61 del C.P.³⁹ Adicionalmente, el fallo de segunda instancia destacó que, no observó irregularidad alguna y que el juez a quo disminuyó la pena impuesta en 1/3 parte, toda vez que ese era el porcentaje que correspondía legalmente, debido a que el sentenciado SALAZAR AMAYA, se allanó a los cargos después de la audiencia de formulación de la imputación:⁴⁰

Por lo demás, el fallo de la corporación judicial destacó que la rebaja de pena a tenía derecho el procesado por la aceptación de los cargos, como quiera que la misma acaeció con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación, la rebaja sería hasta una tercera parte de la pena imponible y no del 50% como sin razón lo reclama la demanda y por ello, el cargo no tiene vocación de prosperidad:⁴¹ *“Ahora, en punto al porcentaje de rebaja de pena a que tiene derecho el procesado que acepta los cargos, que es lo que de manera concreta interesa en este caso, la jurisprudencia ha establecido que independientemente de que el allanamiento unilateral se debe manifestar en cualquiera de las tres (3) oportunidades procesales indicadas, cuando ello ocurre con posterioridad a la audiencia de formulación de la imputación, la rebaja será hasta una tercera (1/3) parte de la pena imponible”.*

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar, aseveró que no se tenía derecho a la rebaja de pena hasta de un 50% que se reclamaba, sino de una tercera parte, toda vez que la manifestación de allanarse a los cargos la hicieron con posterioridad a la audiencia de imputación:⁴² *“En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, es evidente que los procesados no tienen derecho a la rebaja de pena que reclaman, esto es, hasta un 50% de la pena imponible, toda vez que la manifestación de allanarse a los cargos la*

³⁷ Fl. 6 fallo de primera instancia.

³⁸ Fl. 8 Demanda de casación.

³⁹ Fl. 25 fallo de segundo grado.

⁴⁰ Fls. 25 y 26 fallo del ad quem.

⁴¹ Fls. 28 y 29 fallo del Tribunal.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de julio de 2009. Radicado No. 31.063.



hicieron con posterioridad a la audiencia de imputación, razón por la cual la misma debía regirse bajo los parámetros contemplados en el artículo 356, numeral 5, de la Ley 906 de 2004, es decir, "hasta en la tercera parte", tal como acertadamente sucedió en este asunto".

Con fundamento en lo anterior, es claro que el procesado solo tenía derecho al descuento punitivo de una tercera parte, como acertadamente lo definieron los fallos de instancia, acorde con lo preceptuado por el ordinal 5 del artículo 356 del C.P.P. en tanto que el imputado OTILIO SALAZAR, solo efectuó la manifestación de allanarse a los cargos, con posterioridad a la audiencia de imputación y por ello, el cargo segundo deberá ser rechazado.⁴³ *"Armonizando lo anterior, el imputado únicamente será acreedor a una rebaja de hasta un 50% de la pena imponible, si se allana a los cargos en la audiencia de formulación de la imputación; si lo hace con posterioridad, la disminución será hasta una la tercera (1/3) parte de la pena imponible, de ahí que la rebaja aplicada a la pena impuesta por el concurso de delitos a JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA, se encuentra ajustada a derecho, sin que sea jurídicamente viable que el porcentaje sea mayor a una 1/3 parte de la pena cuantificada, como lo pretende el apelante."*

Téngase en cuenta, además, que se trató de un descuento de pena ponderado y generoso habida cuenta que ninguno de los procesados que se allanaron a cargos reintegro como lo señala el artículo 349 de la Ley 906 el 50% del valor o monto de lo apropiado.

3.2.3. AL CARGO TERCERO: Violación directa de la ley sustancial

El demandante alegó que el Tribunal incurrió en la violación directa por aplicación indebida de la Ley 1474 de 2011: *"El presente error se estructura por la violación directa de la ley sustancial, por la aplicación indebida de la Ley 1474 de 2011 y, en consecuencia, la falta de aplicación de la Ley 890 de 2004."*⁴⁴ No le asiste razón a la censura, toda vez que no es cierto que el fallo se haya basado únicamente en la Ley 1474 de 2011, o Estatuto Anticorrupción, el cual estableció entre otras, unas medidas de carácter penal y modificó algunas normas del C.P. y del C.P.P., orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.⁴⁵

Por ello, el artículo 13 de esa normativa, excluyó algunos beneficios a los condenados por los delitos contra la administración pública relacionados con corrupción, como acaece en el sub examine, y ordenó que no se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional y tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley.⁴⁶

En el sublite, se comprobó que se condenó al procesado por la comisión del delito de peculado por apropiación agravado, conducta que atenta contra el bien jurídico tutelado de la Administración Pública:⁴⁷ *"TERCERO: Declarar a CARLOS MARIO LOPEZ DIAZ y JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA, de condiciones personales, civiles y sociales conocidas en la actuación, responsables en calidad de intervinientes de los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO POR LA CUANTÍA en concurso homogéneo, EN*

⁴³ Ver. Fl. 29 fallo de segunda instancia.

⁴⁴ Fl. 12 demanda de casación.

⁴⁵ Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."

⁴⁶ ARTÍCULO 13. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONADOS CON CORRUPCIÓN. El artículo 68A del Código Penal quedará así:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores. Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.

⁴⁷ Véase Fl. 26 fallo de primera instancia.



CONCURSO CON ASOCIACIÓN PARA LA COMISIÓN DE UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, de conformidad con lo esbozado en esta sentencia.”

Por su parte, la Ley 890 de 2004, “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”, de la cual se duele el enjuiciado su falta de aplicación por parte del Tribunal,⁴⁸ en su artículo 14 aumentó las penas para todos los delitos del Código Penal, en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo.⁴⁹ Al respecto, el fallo del *a quo*, destacó que el condenado JOHAN OTILIO SALAZAR, no tenía derecho a la concesión del sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, por expresa prohibición del artículo 68 A del C.P. al ser precisamente declarado responsable de un delito contra la Administración Pública.⁵⁰ *“Los sentenciados, no tendrán derecho a que se le conceda el sustituto de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, ni la prisión domiciliaria, que regula el artículo 38 del C.P., por expresa prohibición del artículo 68 A ídem, que excluye de toda clase de beneficios y subrogados penales, para los condenados por Delitos dolosos contra la Administración Pública, y los Delitos por los que aquí se condenan así los son.*

Resaltó también el fallo de primer grado, las diversas modificaciones legislativas que sufrió el citado artículo 68 A del C.P., en las cuales el propósito del legislador estaba dirigido a excluir beneficios penales, cabalmente, a los condenados por delitos contra la Administración Pública.⁵¹ *“Resaltase que la citada norma fue adicionada al Código Penal por el artículo 32 de la ley 1142 de 2007, y sucesivamente modificado por la ley 1453 de 2011, artículo 28; modificado a su vez por la ley 1474 de 2011, artículo 13; Modificado por la ley 1709 de 2014, artículo 32; modificado por la ley 1773 de 2016 artículo 40; y desde la ley 1474 de 2011, que entró en vigencia el día 12 de julio de 2011, la voluntad inequívoca del legislador es que para Delitos contra la Administración pública, catalogados como delito de corrupción, no procedan los aludidos beneficios.”*

Aspecto que fue ratificado por el Tribunal, en la medida en que indicó que el único beneficio a que tenía derecho el imputado, era la rebaja de una tercera (1/3) parte de la pena imponible, por cuanto el allanamiento a cargos se efectuó con posterioridad la audiencia de formulación de la imputación y, por todo ello, el tercer cargo tampoco deberá ser despachado favorablemente.⁵² *“Armonizando lo anterior, el imputado únicamente será acreedor a una rebaja de hasta un 50% de la pena imponible, si se allana a los cargos en la audiencia de formulación de la imputación; si lo hace con posterioridad, la disminución será hasta una la tercera (1/3) parte de la pena imponible, de ahí que la rebaja aplicada a la pena impuesta por el concurso de delitos a JOHAN OTILIO SALAZAR AMAYA, se encuentra ajustada a derecho, sin que sea jurídicamente viable que el porcentaje sea mayor a una 1/3 parte de la pena cuantificada, como lo pretende el apelante.”*

En consecuencia, se solicita de manera respetuosa a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no casar la sentencia del Tribunal de Valledupar, que condenó al procesado, PÉREZ JIMÉNEZ, a 9 años, 9 meses y 9 días de prisión, como autor del delito de peculado por apropiación en calidad de autor, en concurso con el de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.

⁴⁸ Ley 890 de 2004, “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”.

⁴⁹ ARTÍCULO 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2o. de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.

⁵⁰ Ver Fl. 18 fallo de primer grado.

⁵¹ Fl. ídem.

⁵² Véase fl. 29 fallo de segunda instancia.



De igual manera, se solicita casar parcialmente la misma sentencia que condenó a SALAZAR AMAYA, a la pena 88 meses de prisión, en calidad de interviniente de los delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía en concurso homogéneo, en concurso con asociación para la comisión de un delito contra la administración pública⁵³ decretando a su favor la prescripción de la acción penal por este último delito.

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

⁵³ Ffs. 25 a 28 fallo del juez a quo.