

Bogotá D.C.

Señor Magistrado  
**GERSON CHAVERRA**  
Presidente.  
Honorable Magistrados  
Sala de Casación Penal  
Corte Suprema de Justicia  
Ciudad

**Ref. Radicado 110016000000201200397**

**Contra. Alfonso Dávila Abondano.**

Honorable Magistrados:

Como defensor de ALFONSO DÁVILA ABONDANO, dentro del término del traslado, procedo a puntualizar los argumentos presentados en la demanda de casación admitida el pasado 11 de octubre, decisión notificada por estado del 28 del mismo mes.

#### **Antecedentes relevantes**

En la oportunidad legal se interpuso y sustentó recurso de Casación en contra de la decisión adoptada por el H. Tribunal Superior de Bogotá el pasado veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020), que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida, tras aprobar un acuerdo, el 3 de diciembre de 2018 por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá, en la que se condenó a ALFONSO DÁVILA ABONDANO y JUAN CARLOS DÁVILA ABONDANO, a título de intervinientes, por el delito de peculado por apropiación agravado y en modalidad de tentativa.

La condena impuesta tuvo como fundamento un acuerdo, sin embargo, se violaron garantías fundamentales del señor DÁVILA ABONDANO por lo que, en casación, se planteó a la H. Corte un cargo principal de nulidad y dos subsidiarios de aquel.

La demanda apunta a demostrar cómo tanto el H. Tribunal al momento de resolver el recurso interpuesto, como el Juez de conocimiento al momento de aprobar el acuerdo y emitir sentencia de primera instancia, omitieron su deber de verificar los presupuestos establecidos para emitir la condena. En efecto, en el presente caso no se verificó que se procediera por una conducta establecida en la ley como delito; subsidiariamente se pone de presente un error de adecuación típica que incide, entre otras cosas, en la tasación punitiva efectuada; y, finalmente, la defensa de ALFONSO DÁVILA ABONDANO, advierte que se presentó un error en la selección del tipo de peculado, que no fue objeto de control por parte del Juez de primera instancia, generando así un vicio de nulidad que no fue corregido en el fallo impugnado.

### **Del primer cargo**

Este cargo está encaminado a demostrar un vicio procesal originado en una cuestión sustancial que, de acogerse por la H. Corte, conllevaría el reconocimiento de que se emitió fallo condenatorio respecto de conductas que no están previstas en la ley como delito.

Se advierte un palmario quebrantamiento del debido proceso por violación al principio de legalidad. Es claro que la condena dictada en virtud de la aceptación de responsabilidad preacordada debe estar soportada en medios de prueba, lo que cobija, por supuesto, que esté acreditada con suficiencia la tipicidad y los dispositivos amplificadores del tipo. La Fiscalía imputó a ALFONSO DÁVILA ABONDANO el delito de Peculado por apropiación en la modalidad de Tentativa; sin embargo, de haberse efectuado un adecuado control por parte del juez al acuerdo y por el Tribunal al revisar la sentencia, tal como lo solicitó oportunamente su defensa, se habría advertido que la conducta por la que se procedió no es constitutiva de delito, pues a lo sumo resultaría ser una tentativa desistida que no se sanciona por el ordenamiento penal colombiano.

Los antecedentes fácticos son los siguientes: con la Ley 1133 de 2007 se implementó el programa “Agro-ingreso-seguro” (AIS), destinado a proteger los ingresos de los productores y mejorar la competitividad del sector agropecuario. Ese programa incluyó la cofinanciación para adecuación de tierras e infraestructura de riesgo y drenaje. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de ese entonces, y el Instituto Interamericano de Cooperación Agropecuaria (IICA), suscribieron varios convenios de cooperación técnica y científica para viabilizar la entrega de auxilios que se otorgarían en el marco del programa.

Para acceder a tales auxilios se establecieron los términos de referencia y, entre otros, los señores ALFONSO y JUAN CARLOS DAVILA ABONDANO presentaron propuestas dentro de la Convocatoria de riego y drenaje No. 01 de 2009, derivada del Convenio 052/2009,

Carrera 6 No 26B-85. Edificio Sociedad Colombiana de Arquitectos. Piso 18

Teléfonos: (571) 2838174 – 2835102. Fax: (571) 2838210.

E-mail: gbarbosacastillo@yahoo.es

Bogotá – Colombia

propuestas que se conocieron como los proyectos Finca Tequendama El Salado I y Finca Tequendama El Salado II. Para la Fiscalía tal actuación implicó el fraccionamiento de la Finca Tequendama y que, gracias a contratos de arrendamiento ficticios, fue posible viabilizar los proyectos que fueron aprobados por el IICA y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Por lo anterior, la Fiscalía los acusó como intervinientes del delito de Peculado en grado de Tentativa, al considerar que realizaron actos ejecutivos tales como radicar ante el IICA, el 13 de abril de 2009, la Carta de Presentación y Compromiso mediante las que se sometía a consideración del IICA el Proyecto EL SALADO I y EL SALADO II; en dichas cartas se indicaba que para la Financiación del Proyecto se requiere un apoyo económico de determinado valor y los beneficios que se obtendría, de donde se infiere su interés en que el subsidio les fuere otorgado: Se ha indicado igualmente que con tales actuaciones se logró que los proyectos fueran declarados elegibles, tal como se les comunicó el 11 de septiembre de 2009.

Sin embargo, no se valoró adecuadamente que el 14 de octubre de 2009 ALFONSO DÁVILA ABONDANO presentó un escrito de desistimiento al subsidio. Ni la Fiscalía, ni la decisión que aprueba el acuerdo o la sentencia de primera y segunda instancia -que es objeto de este recurso- tuvieron en cuenta que esa es la razón del no pago; afirman, contrario a lo que demuestra objetivamente la evidencia que obra dentro de la actuación, que los recursos no se desembolsan por la presión mediática, en particular el “escándalo denunciado” por la revista Cambio en su edición de 23 de septiembre de 2009, titulado “Programa Agro, Ingreso Seguro ha beneficiado a hijos de políticos y reinas de belleza”. Sin embargo, un control de legalidad del acuerdo, que implica revisar el fundamento probatorio, permite advertir claramente que esa publicación no fue la que motivó a la administración a abstenerse de hacer desembolsos en el marco del programa Agro Ingreso Seguro. Tanto es así que en el mismo acuerdo se hace referencia a por lo menos tres desembolsos en otros casos que tienen lugar después de la mentada exposición mediática que es, según la condena, la razón por la que el Ministerio se abstuvo de desembolsar los recursos al señor ALFONSO DÁVILA ABONDANO.

El Programa sí efectuó desembolsos dentro de otros proyectos luego de tal publicación, pero no al señor ALFONSO DÁVILA ABONDANO lo que pone en evidencia que el hecho no se consuma, pero por su propia voluntad pues renunció expresamente al subsidio, en consecuencia, hubo un desistimiento y se trató de un desistimiento eficaz.

No era conforme al debido proceso reconocer legalidad a un acuerdo sobre un hecho que prima facie no tiene las características de un delito o, como ocurre en el presente caso, en que la conducta es atípica. Ello es contrario al artículo 29 de la Constitución Política y al punto de partida para las atribuciones de la Fiscalía señalado en el artículo 250 constitucional, según el

cual, está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito.

Así las cosas, en este asunto se presentó un error en la adecuación de la conducta al momento de imputar y acusar por parte de la Fiscalía, error que se hubiera corregido si el Juez y el Tribunal hubiesen ejercido un apropiado examen y evidenciado que la conducta desplegada no es constitutiva de delito, que ni siquiera es típica por lo que al condenar se presenta una palmaria violación al debido proceso basada en el desconocimiento del principio de legalidad. La observación efectuada en su momento por la defensa no llevaba implícita alguna forma de retractación, sino que estaba orientada a evitar la vulneración de derechos que finalmente se consolidó. No se planteó una controversia respecto a un aspecto fáctico previamente aceptado, cuando un preacuerdo contiene una evidente vulneración a un derecho constitucional, reclamar la vigencia de ese derecho no puede equipararse a una retractación.

La defensa advierte que este asunto pone de presente el aparente conflicto entre la autonomía de la Fiscalía General de la Nación en su rol acusador y la función de los jueces penales para realizar el control material de los acuerdos, pero además que tal conflicto no existe en tanto las actuaciones del ente acusador están sujetas a controles de legalidad por parte de los jueces, que existen límites previos al control judicial como es la observancia del principio de legalidad y que, en todo caso, las reglas propias del preacuerdo no relevan la exigencia de un mínimo probatorio para constatar la existencia de los hechos y su tipicidad para armonizar los límites del poder punitivo del Estado y los derechos fundamentales con los principios de la justicia consensuada y los fines del proceso penal.

Este asunto fue debatido por el Tribunal al punto que existe un juicioso salvamento de voto a la decisión que se pide casar -la que forma una unidad inescindible con la de primera instancia- en este caso la decisión del Tribunal no podría ser la de confirmar la condena como lo hizo, sino que le correspondía efectuar un análisis de fondo sobre el acuerdo, lo que hubiese implicado una decisión diversa, a su juicio la nulidad de lo actuado.

Se solicita a la H Corte Suprema de Justicia casar la sentencia impugnada en la medida que si el Tribunal Superior hubiese aplicado caros precedentes jurisprudenciales como el señalado dentro de radicado 52.227 de 24 de junio de 2020, hubiese revocado una sentencia basada en un preacuerdo respecto del que no existieron, en relación con ALFONSO DÁVILA ABONDANO, los presupuestos fácticos que pueden adecuarse a una hipótesis delictiva, esto es, un acuerdo alejado de la legalidad.

En conclusión, se solicita casar la sentencia impugnada y en su lugar proferir sentencia de carácter absolutorio, toda vez que hay imposibilidad objetiva de que los hechos satisfagan la tipicidad de la conducta, en consecuencia, no es posible predicar la responsabilidad penal; de

manera subsidiaria se solicita declare nulidad de la actuación desde la acusación efectuada por la Fiscalía.

### **Del segundo cargo subsidiario. Nulidad**

Se destaca que tratándose de una sentencia producto de un preacuerdo, se invoca la causal contenida en el numeral segundo del artículo 181 del estatuto procesal penal, aún cuando la cuestión de fondo radica en un error en la adecuación jurídica, no se cuestionan aspectos de naturaleza probatoria, sino yerros en la selección de las normas de derecho sustancial que menoscabaron garantías fundamentales de ALFONSO DÁVILA ABONDANO.

Conforme a la diligencia de formulación de imputación, la causa eficiente para que no existiera desembolso no fue solamente el desistimiento realizado en forma expresa por el solicitante, sino que concurrió el escándalo suscitado por el programa AIS. El argumento se reitera en el escrito de acusación y es reproducido en el texto del acta de preacuerdo.

No obstante, lo anterior, por un yerro *in iudicando* con efectos *in procedendo*, se aprobó un acuerdo que conlleva un error manifiesto de adecuación típica, pues se encuadraron los hechos en el inciso primero del artículo 27 del Código Penal, en lugar del inciso segundo. El error de adecuación típica es tan evidente, que el fallo de segunda instancia asume que, en efecto, en la sentencia condenatoria se adecuaron los hechos en el inciso 2º del artículo 27 CP, esto es, la tentativa desistida concurrente con un factor externo, pero erradamente se da por entendido que la dosificación punitiva correspondió a la voluntad de aceptar una pena correspondiente a la mínima reducción posible (es decir, al máximo de la pena imponible) en los eventos del inciso 2 del artículo 27 del Código Penal.

Para demostrar el yerro, la demanda pone de presente las diversas modalidades y alternativas conceptuales del dispositivo amplificador del tipo, aspecto que no solo es importante desde la función de unificación de la jurisprudencia, sino del todo relevante en punto a advertir la vulneración de garantías en el caso concreto; de tal recorrido se advierte cómo la normativa penal vigente adoptó, por lo menos en sentido formal, la versión mixta del concepto de tentativa.

Se pone de presente lo que ha llegado de los debates político-criminales al derecho positivo colombiano y la forma como la jurisprudencia nacional ha dado alcance a esa normativa. Se resalta entonces cómo ha sido uniforme la jurisprudencia al otorgar a la hipótesis básica de tentativa (la del inciso primero del artículo 27 del C.P.) un carácter mixto, en el que el plan de autor, dirigido inequívocamente a la consumación, se complementa con la exteriorización de actos ejecutivos y cómo a esa hipótesis básica de la tentativa se suma la modalidad desistida

imperfecta o concurrente con un factor externo del inciso segundo del mencionado artículo 27 del Código Penal.

Es claro que en la hipótesis básica de la tentativa el autor no hace nada para impedir el resultado, mientras que en la tentativa desistida imperfecta el autor voluntariamente intenta impedirlo, pero la no consumación no es producto exclusivo de su desistimiento, sino que concurren factores externos; lo anterior tiene incidencia en la punibilidad pues, mientras el descuento punitivo de la hipótesis básica de tentativa implica reducir el mínimo en la mitad y el máximo en sus tres cuartas partes, en la hipótesis del inciso segundo el mínimo de la pena prevista en el tipo penal correspondiente se reduce a la tercera parte y el máximo en dos terceras partes.

Ahora bien, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de ALFONSO DÁVILA ABONDANO, el H Tribunal Superior de Bogotá reconoce que, conforme a la descripción de los hechos jurídicamente relevantes a lo largo del proceso, esto es, desde la imputación, la acusación, el acta de preacuerdo y la propia sentencia, la norma aplicable es el inciso 2 del artículo 27 del Código Penal. Pero de manera equivocada asume que si no se redujo la pena a la tercera parte del mínimo fue porque la pena finalmente impuesta se encuentra dentro del rango que otorga el precepto en cuestión y habría sido expresión de la autonomía de quienes suscribieron el acuerdo. Tal conclusión desatiende, de una parte, el contenido explícito de la calificación jurídica que la Fiscalía le dio a los hechos en el preacuerdo, esto es, tentativa en su modalidad básica del inciso primero del artículo 27. Y, de otra parte, que el acuerdo explícitamente refiere la aplicación de los mínimos contemplados para los delitos imputados

El error es claro, de una parte, asume que el Juez de primera instancia adecuó jurídicamente los hechos al inciso 2 del Art. 27 del Código Penal, lo cual evidentemente no fue así, pero además asume que, si no se aplicó el mínimo contemplado en la norma aplicable, fue porque lo acordado no fue aplicar el mínimo, lo cual objetivamente es contrario a la realidad que surge en forma inequívoca del texto del acuerdo.

Al reconocer que los hechos por lo cuales se emitió fallo condenatorio corresponden a la hipótesis del inciso 2 del Art. 27 del Código Penal, el Tribunal *ad quem* contaba en principio con dos opciones: i) reconocer que el juez de primera instancia no realizó un control de legalidad acertado al contenido del preacuerdo y, en consecuencia, debía decretar la nulidad de lo actuado a partir del acto de aprobación de dicho acuerdo en lo atinente a ALFONSO DÁVILA ABONDANO; o ii) conforme a jurisprudencia desarrollada por la H. Corte Suprema de Justicia, enmendar el yerro mediante la aplicación adecuada de la norma de derecho sustancial correspondiente.

Es claro, en consecuencia, que, al impartir confirmación al fallo de primera instancia, se dio aplicación indebida al inciso segundo del art. 27 del Código Penal por parte de fallador de segunda instancia, evidenciado como está que al hacer ese juicio de adecuación la segunda instancia constató que estaba errado, en desmedro de los derechos fundamentales de dos personas (uno de ellos mi poderdante), debía darse a este vicio procesal el alcance que le correspondía, pues resulta claro que se omitió un control que correspondía realizarse en primera instancia. Se desquició así la estructura del debido proceso penal y se afectaron garantías fundamentales de ALFONSO DÁVILA ABONDANO.

El mencionado yerro tiene consecuencias en punto a los límites de la pena imponible a ALFONSO DÁVILA ABONDANO que resultaron afectados, el Tribunal, para establecer si el fallo de primera instancia se encontraba dentro de los parámetros del acuerdo y dentro del marco legal, debía efectuar un ejercicio integral de dosificación punitiva, esto es, aplicar al caso concreto los límites punitivos previstos en la norma sustancial aplicable, que en este caso es el inciso 2º del artículo 27 del Código Penal.

En este sentido, la pena mínima a imponer dados los criterios acordados y los parámetros legales era de 16 meses de prisión, los cuales resultan de tomar la pena mínima de 96 meses y aplicarle una reducción de 1/4 por la calidad de interviniente, llegando a 72 meses. Al aplicarse el inciso 2 del art. 27 C.P., esta cifra se reduce a 24 meses. Y al reducir este monto en una tercera parte por razón de la aceptación de cargos que involucra el acuerdo, la pena aplicable sería de 16 meses

Ahora bien; este ejercicio, aplicado al máximo de la pena pone de presente una circunstancia que por si misma resquebraja el debido proceso penal. En efecto, al condenarse a ALFONSO DÁVILA ABONDANO por un delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, en calidad de interviniente y en grado de tentativa conforme al inciso 2º del artículo 27 C.P. -como lo acepta el Tribunal-, el máximo de la pena imponible era de 202,5 meses de prisión, cifra que resulta de incrementar la pena básica del peculado en la mitad conforme al agravante, lo cual arroja un máximo parcial de 405 meses de prisión. Dicho monto se reduce en una cuarta parte por la calidad de interviniente (art. 30 inciso final C.P.), llegando a 303,75 meses. Menos una tercera parte de descuento por aplicación del inciso 2º del art. 27 C.P., el máximo imponible sería de 202,5 meses de prisión. Dado que la formulación de imputación tuvo lugar el 24 de enero de 2012, a partir de ese momento se interrumpió el término de prescripción de la acción penal, comenzando a correr nuevamente la mitad del término inicial, esto es, 101, 25 meses. Esto significa que por la aplicación indebida de la norma de derecho sustancial a la que se ha hecho referencia a lo largo del caso, el Tribunal de Bogotá no advirtió que para el momento de emisión de fallo de segunda instancia, habían transcurrido exactamente 102 meses y la acción penal estaba prescrita.

De conformidad con lo expuesto se solicitó casar la sentencia impugnada y en su lugar declarar la prescripción de la acción penal a favor de ALFONSO DÁVILA ABONDANO.

### **Del tercer cargo subsidiario. Nulidad**

Existió un error de adecuación típica de los hechos jurídicamente relevantes respecto de los cuales se fundamentó el preacuerdo y se profirió sentencia condenatoria en contra de ALFONSO DÁVILA ABONDANO; la discusión es estrictamente jurídica y consiste en la viabilidad de agravar el tipo penal de peculado por apropiación cuando se imputa en modalidad de tentativa.

En el acta de preacuerdo y en la condena proferida, se adecuó el comportamiento al tipo de Peculado agravado por la cuantía del inciso 2 pese a que se ha reconocido que no existió apropiación, aspecto sobre el que el apoderado del momento llamó la atención del señor Juez de primera instancia y del Tribunal, lo que en la práctica además de la errónea adecuación típica implica que no es posible la reducción contemplada en el artículo 401, pues no hay lugar a devolución, hecho que comporta un trato discriminatorio, infundadamente menos benigno, para quien no ha consumado el delito respecto de quién sí lo ha hecho y tiene la opción objetiva de reintegrar para disminuir la pena a imponer.

En el caso de la conducta de ALFONSO DÁVILA ABONDANO, no existió apropiación, así se reconoce en cada uno de los momentos procesales e inclusive en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. No se verificó un detrimento al erario, pese a lo cual se aplicó la modalidad agravada que comporta una sanción mayor como si en efecto lo apropiado fuese una cifra superior o igual a los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de los hechos y no el tipo del inciso tercero que es el que recogería la conducta, de considerarse delictiva.

En los casos de tentativa, el reproche se dirige a una intención frustrada pero exteriorizada a través de actos ejecutivos. El injusto es sustancialmente distinto al del delito consumado, en el cual el resultado puede condicionar un reproche mayor o menor.

No se cuestionó, para los efectos del cargo, la existencia de un comportamiento tentado; lo que se advierte es que el objeto material del tipo de manera errada se ha determinado por la solicitud inicial del actor respecto del subsidio, pero sin tener en consideración que tal pretensión resulta insuficiente al momento de determinar la cuantía de la apropiación que determina el tipo en el que se adecúa el comportamiento. En efecto, se ha indicado que el monto del proyecto presentado por ALFONSO DÁVILA ABONDANO ascendía a la suma de ciento noventa y dos millones quinientos noventa y dos mil setecientos pesos (\$192.592.700) y,



por tanto, de acuerdo con esa tesis el valor de la pretensión equivale al valor de lo apropiado, lo cual constituye un error de naturaleza jurídica, no probatoria.

Lo inicialmente pretendido fue obtener un subsidio por la mencionada cifra, sin embargo, el resultado no se verificó; señalar que en consecuencia el monto de lo apropiado coincide con lo pretendido lleva a la determinación de la cuantía de acuerdo con el plan del autor sin observar la afectación del bien jurídico, en este caso, el detrimento patrimonial sufrido por la administración. En modo alguno se sostiene que en la actualidad no resulte posible sancionar el Peculado en la modalidad tentada cuando concurren todos los presupuestos de la tentativa (propósito, principio de ejecución, idoneidad y carácter inequívoco de la conducta y no producción de un resultado por circunstancias ajenas a su voluntad del actor). Lo que se discute es que el objeto material se determine de acuerdo con factores diversos a la constatación objetiva del resultado. Es irrazonable decir que no pueda darse la tentativa por ausencia de resultado, porque precisamente en este último es el que le da tal carácter. Parece igualmente irracional agravar la tentativa con aspectos objetivos que sólo pueden predicarse del delito consumado.

En síntesis, la adecuación de la conducta en el tipo penal de peculado en grado de tentativa, en el presente caso, impide que se atribuya agravación por la cuantía, dado que ese es un factor objetivo que solo puede predicarse del resultado concreto; este error, tal como se presentaba en el cargo anterior, implicó una errada selección de la pena del tipo al imputado y de haberse realizado el control de legalidad pertinente, antes de impartirse aprobación al acuerdo suscrito con la Fiscalía, la sentencia habría impuesto una pena significativamente inferior, al punto que por la aplicación indebida de la norma de derecho sustancial a la que se ha hecho referencia a lo largo del cargo, el Tribunal de Bogotá no advirtió que para el momento incluso del acuerdo la acción penal se encontraba prescrita.

Con fundamento en las anteriores consideraciones puntualizo los argumentos del recurso de casación interpuesto con la solicitud respetuosa de casar el fallo impugnado.

De la H. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Atentamente,



**GERARDO BARBOSA CASTILLO**

C.C. 79.378.794 de Bogotá

T.P. 55. 405 del CS de la J

Carrera 6 No 26B-85. Edificio Sociedad Colombiana de Arquitectos. Piso 18

Teléfonos: (571) 2838174 – 2835102. Fax: (571) 2838210.

E-mail: gbarbosacastillo@yahoo.es

Bogotá – Colombia