

10 de noviembre de 2021

**HONORABLE MAGISTRADO
DOCTOR
GERSON CHAVERRA CASTRO
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
E. S. D.**

Ref:

CUI: 110016000000-2012-00397-02

NI: 58493

Procesados: Juan Carlos Dávila Abondano y otros.

Asunto: Sustentación por escrito del recurso de casación

Señor Magistrado:

DARIO BAZZANI MONTOYA, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado de JUAN CARLOS DÁVILA ABONDANO dentro del proceso de la referencia, me permito sustentar por escrito los alegatos de sustentación del recurso de casación, conforme a lo dispuesto en auto del 11 de octubre de los corrientes, en los siguientes términos:

En primer término, se debe advertir que los tres cargos formulados presentan un común denominador, cual es su adecuación a la causal segunda, prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por vicios que afectaron sustancialmente el debido proceso. Respecto de la legitimidad y el interés jurídico para recurrir, si bien la sentencia de primera instancia fue producto de un preacuerdo suscrito por mi defendido, durante el trámite posterior al preacuerdo surgieron irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y respecto de las cuales tengo interés para recurrir.

El desarrollo de cada uno de los cargos, no se trata de un evento de retractación del preacuerdo, sino de demostrar que existió por parte del juez de primera instancia un error flagrante al momento de ejercer un adecuado control al preacuerdo suscrito entre mi cliente y la Fiscalía, pues de su contenido surgía claramente una situación fácil de evidenciar consistente en que el procesado si bien aceptó responsabilidad por un delito, o bien era atípico (cargo primero) o bien era atípico parcialmente respecto del agravante (cargo tercero). Igual sucede con el cargo segundo pues se dictó una sentencia condenatoria por un delito que si bien aceptó no podía perseguirse por estar prescrito. Al respecto, puede consultarse la providencia del 15 de julio de 2008 dentro del radicado 28872 mediante la cual esta Alta Corporación consideró que pese a la decisión del procesado de terminar anticipadamente el proceso penal y renunciar al juicio “en manera alguna se desprende de sus derechos y garantías fundamentales, por lo que su situación no queda al arbitrio de los funcionarios judiciales, y tratándose de nulidades, es un hecho que la defensa y el sindicato tiene interés para recurrir extraordinariamente”.

A. CARGO PRINCIPAL. CAUSAL 2º DE CASACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 181 DE LA LEY 906 DE 2004, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 457 DEL MISMO ESTATUTO. NULIDAD DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERO Y SEGUNDO GRADO POR VIOLACION AL DERECHO DEL DEBIDO PROCESO, CONCRETAMENTE POR AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, POR HABER INCURRIDO EN EL DESCONOCIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 6, 9, 10 Y 11 DE LA LEY 599 DE 2000, TODA VEZ QUE AL OMITIRSE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL JUEZ DE OBJETAR EL ACUERDO, EN CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 351 INCISO

4 DE LA LEY 906 DE 2004, CONDENÓ AL PROCESADO POR UNA CONDUCTA ATÍPICA, INCURRIENDO EN UNA IRREGULARIDAD SUSTANCIAL PORQUE DEBIÓ ABSTENERSE DE DICTAR SENTENCIA APROBATORIA POR CUANTO EL PRECUACUERDO DESCONOCIÓ GARANTÍAS FUNDAMENTALES.

Con el fin de plantear el cargo de manera ordenada, se formuló un problema jurídico, cuya respuesta permitirá concluir si se configuró la causal de nulidad consistente en violación al debido proceso por afectación del principio de legalidad en el momento en que el juez de primera instancia impartió aprobación al acuerdo y dictó sentencia de conformidad, la cual fue confirmada en segunda instancia.

¿Violaron el debido proceso, por afectación del principio de legalidad, los juzgadores de primero y segundo grado, al omitir un efectivo control material excepcional al preacuerdo y proferir sentencia aprobatoria del mismo y no objetarlo, cuando conforme a la imputación fáctica que sirvió de sustento a la imputación, la acusación y el preacuerdo, así como las pruebas que fundamentaron el mismo, la conducta era atípica por corresponder a una tentativa desistida eficaz?

El cargo que se elevó, cuestiona las sentencias de primero y segundo grado, al haberse ejercido por parte de los juzgadores un indebido control del preacuerdo suscrito entre JUAN CARLOS DÁVILA ABONDANO y la Fiscalía General de la Nación, constituyéndose así, una violación al debido proceso por afectación al principio de legalidad, toda vez que los jueces debieron advertir que el preacuerdo erró en la adecuación típica de la conducta, pues de los hechos que fueron objeto de imputación, acusación y base para la suscripción del preacuerdo, se logra advertir que en realidad la conducta configuraría una tentativa desistida, como se observará mas adelante.

Así las cosas, el cargo se configuró por violación al principio de legalidad (desconocimiento de los artículo 29 Superior, 6,9, 10 y 11 de la Ley 906 de 2004) ya que al omitirse la obligación por parte del juez de objetar el acuerdo, en cumplimiento del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, incurrió en una irregularidad sustancial porque debió abstenerse de dictar sentencia aprobatoria por cuanto el preacuerdo desconoció garantías fundamentales.

Con lo anterior, se incurrió en la causal prevista del artículo 457 de la Ley 906 de 2004 que dispone como causal de nulidad la violación del debido proceso, cargo que al tenor de lo dispuesto en los artículo 180 y 181 numeral 2 de la Ley 906 de 2004, configura causal de procedencia del recurso extraordinario de casación.

De la lectura de los apartes transcritos se concluye que el error de los falladores consistió en desconocer que la razón por la cual no se consumó la conducta constitutiva de peculado por apropiación fue la comunicación suscrita por Juan Carlos Dávila el 14 de octubre de 2009, (relacionada en la imputación, acusación y en el acta de preacuerdo en la pagina 48), misiva que de no haber existido inevitablemente hubiese dado continuidad al trámite, permitiendo el giro de los recursos y su apropiación. Tan es así que en el mismo preacuerdo suscrito por los procesados Alberto Francisco Dávila Abondano, Manuel Guillermo Barrios Del Ducca, Jesus Antonio Carreño Granados, Luis Miguel Vergara Diazgranados, Germán Zapata Hurtado, que sirvió de fundamento para la sentencia condenatoria contra ellos, se da fe de que a ellos si les continuaron efectuando pagos, aún con posterioridad a la fecha en que la noticia de prensa contenida en la Revista Cambio de fecha 23 de septiembre de 2009 había cuestionado la forma como se estaba aplicando el programa de apoyo al sector agrícola por parte de Agro Ingreso Seguro, en adelante A.I.S. Dicho de otra forma, si la noticia de prensa hubiese sido la causa eficaz del no desembolso de los dineros correspondientes al proyecto No. 190 Salado II, y no la carta suscrita por Dávila Abondano en la que desiste de continuar con los trámites para el desembolso, a ninguno de los beneficiarios se les

hubiese efectuado pago alguno con posterioridad a la fecha de la publicación de prensa mencionada.

La razón entonces por la cual no se desembolsaron recursos para los proyectos No. 184 y 190, El Salado I y el Salado II, respectivamente, fue el desistimiento eficaz por parte de los solicitantes, puesto que a quienes no desistieron si les desembolsaron los recursos, aún a pesar de la noticia de prensa divulgada con anterioridad.

La jurisprudencia (SP 1 de julio de 2009, rad 21977, SP 20 de septiembre de 2017, rad 46751, entre otros) ha señalado que una de las características de la tentativa desistida es la no producción de un resultado relevante jurídico penalmente cuando la no producción de dicho resultado es producto de la propia voluntad del agente.

Es cierto que los señores Alfonso y Juan Carlos Dávila Abondano presentaron carta dirigida a Daniel Montoya López, Coordinador Convenio AIS IICA de fecha 14 de octubre de 2009, mediante la cual declinaban el perfeccionamiento del proyecto en la finca El Salado 1 y El Salado 2, respectivamente, toda vez que preferían mantenerse al margen de la polémica que se había originado con ocasión de la noticia de prensa.

No obstante, a pesar de ser cierto lo anterior, fíjese como se logra determinar una dicotomía entre la enunciación fáctica del ente acusador y la adecuación típica de la misma. Lo anterior, en razón a que, a juicio de la Fiscalía y de los falladores de primera y segunda instancia, el desistimiento no fue voluntario porque obedeció a la polémica y en vista de que aún si quisieran, el programa ya no les iba a entregar sus recursos.

Así las cosas, al encontrarse verificados los requisitos exigidos para estar frente a una tentativa desistida eficaz, concretamente un desistimiento eficaz y voluntario, es palmaria la errónea adecuación típica contenida en el preacuerdo avalado por los jueces de instancia y no objetado conforme al inciso 4 del artículo 351 de la Ley 906.

Según lo fijado por la jurisprudencia de esta misma corporación se debe ejercer el control material a los preacuerdos por parte de los jueces cuando de conformidad con los enunciados fácticos del ente acusador y una comprobación objetiva, la conducta deviene atípica.

Debe precisarse que no se cuestiona vía casación la enunciación fáctica enrostrada por el ente acusador, ni mucho menos aducir nuevos medios de prueba distintos a los que obran en la actuación procesal y fueron base para suscribir el acuerdo de culpabilidad, pues lo que se pretende es que se compare de manera objetiva la imputación fáctica y los elementos materiales probatorios utilizados por las instancias para avalar la aceptación de responsabilidad de mi cliente, evento en el cual no se estaría planteando una retractación, según la SP 28 de junio de 2017, rad. 45.495.

Finalmente, si bien se reclamó una irregularidad sustancial en que se incurrió por no objetar el preacuerdo viciado de legalidad y por el contrario aprobarlo, constitutiva de nulidad, se propone que la solución no sea retrotraer la actuación sino que, de conformidad con el principio de residualidad, no tendría sentido continuar procesando a una persona por una conducta atípica, siendo el remedio procesal adecuado ejercer un control material al acuerdo y dictar una sentencia absolutoria de reemplazo. Esta solución se propuso siguiendo lo ya resuelto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de julio de 2008, rad. 28.872.

B. SEGUNDO CARGO SUBSIDIARIO DEL PRIMERO. CAUSAL 2o DE CASACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 181 DE LA LEY 906 DE 2004, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 457 DEL MISMO ESTATUTO. NULIDAD DE LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO POR VIOLACION AL DERECHO DEL DEBIDO PROCESO, POR

HABER INCURRIDO EN DESCONOCIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 82, 83, 84 Y 86 DE LA LEY 599 DE 2000, 6, 77, 292 Y 332 NUMERAL 1o DE LA LEY 906 DE 2004, CONCRETAMENTE POR HABERSE PROFERIDO SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EN UN PROCESO EN EL QUE SE HABÍA EXTINGUIDO LA ACCIÓN PENAL AL HABER OPERADO EL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN ANTES DE PROFERIR EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA, POR EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO POR LA CUANTÍA, EN CALIDAD DE INTERVINIENTE Y EN GRADO DE TENTATIVA ATENUADA CONFORME AL INCISO 2o DEL ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO PENAL.

Este cargo se elevó de manera subsidiaria y autónoma del primer cargo, en tanto uno resulta ser excluyente del otro, por lo cual solo en caso de que la Sala no encuentre mérito para emitir una sentencia de reemplazo de carácter absolutorio bajo la premisa del primer cargo, solicito de manera respetuosa se acepte la prosperidad del segundo cargo y se declare la prescripción de la acción penal.

Siguiendo el mismo esquema desarrollado en el cargo principal, se pretendió resolver el siguiente problema jurídico: ¿Podía el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá proferir sentencia de segundo grado por el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, a título de interviniente, en grado de tentativa atenuada (artículo 27 inciso 2 Ley 599 de 2000), cuando la acción penal para ese momento se había extinguido, por aplicación de los términos previstos en los artículos 82, 83, 84 y 86 de la Ley 599 de 2000 y 6, 77, 292 y 332 numeral 1o de la Ley 906 de 2004?

Como puede advertirse de la motivación de la sentencia de segundo grado, la condena contra Juan Carlos Dávila Abondano se profirió por el delito de peculado agravado por la cuantía, a título de interviniente, en grado de tentativa atenuada **conforme al inciso 2o del artículo 27 del Código Penal**, considerando que la disminución punitiva que se aplicó al condenado, respetó el límite mínimo y máximo fijado por el legislador en el inciso 2o del artículo 27 de la Ley 599 de 2000 (Pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo), toda vez que se le reconoció una disminución **de la mitad**. (Pág 17 sentencia de segunda instancia)

Significa lo anterior que si los límites punitivos que se tuvieron en cuenta para proferir condena por parte del fallador de segundo grado fueron los señalados en el artículo 397 inciso 2o del Código Penal (Peculado por apropiación agravado por la cuantía), aplicando la disminución punitiva en razón del artículo 30 del Código Penal (interviniente) y aplicada al mínimo y al máximo correspondiente al artículo 27 inciso 2o del Código Penal (tentativa atenuada), el proceso se encontraba prescrito al momento de proferirse la sentencia de segunda instancia. Así las cosas, las penas en su mínimo y máximo, avaladas por el Tribunal en el fallo de segunda instancia, correspondieron a un mínimo de 72 y a un máximo de 303 meses y 23 días de prisión.

Finalmente, el Tribunal respondió al ataque de este recurrente en apelación afirmando que el acuerdo y el fallo de primera instancia respetaron los rangos punitivos fijados por el inciso 2o del artículo 27 del Código Penal, en tanto conforme a dicha norma, se reconoció una rebaja **de la mitad** de la pena, lo cual respetó los dos extremos de la rebaja allí prevista, los cuales oscilan entre una tercera parte del mínimo y las dos terceras partes del máximo. Significa lo anterior que la pena tenida en cuenta en el fallo de segunda instancia para confirmar el fallo del *a quo* aprobatorio del acuerdo fueron los siguientes extremos punitivos: 24 meses en su mínimo y 202 meses y 16 días en su máximo.

Pues bien, a partir de dicha motivación, se concluyó que el fallador de segunda instancia incurrió en un yerro sustancial que condujo a una violación al debido proceso, puesto que no advirtió que al momento de fallar en segunda instancia el proceso penal ya había prescrito para Juan Carlos Dávila Abondano.

Si se tienen en cuenta las reglas de prescripción señaladas en las normas que regulan la materia en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal se concluye objetivamente que la acción penal prescribió el día 3 de julio de 2020, es decir que para la fecha que se profirió el fallo de segunda instancia, o sea el 24 de julio del presente año, el Estado había perdido la potestad punitiva para actuar sobre tales hechos.

En efecto, habiéndose formulado imputación el día 25 de enero de 2012, se interrumpió con dicho acto el término de prescripción de la acción penal, el cual comenzó a contar de nuevo a partir de dicha fecha por un término igual a la mitad del que corresponde al máximo de la pena a imponer para el caso en concreto.

Teniendo en cuenta que como se advirtió, el máximo de pena aplicable al caso de Juan Carlos Dávila Abondano fue de 202 meses y 16 días de prisión, el nuevo término de prescripción que principió a contabilizarse a partir de la imputación era de 101 meses y 8 días, o lo que es lo mismo, 8 años 5 meses y 8 días, plazo dentro del cual debía proferirse la sentencia de segunda instancia conforme al límite dispuesto en el artículo 189 de la Ley 906 de 2004.

Dicho límite no se acató por el funcionario de segunda instancia, pues debía haber proferido su decisión antes del 3 de julio de 2020, cuestión que como se evidenció no ocurrió y en cambio, habiéndose extinguido la potestad punitiva del Estado, transgredió el derecho fundamental al debido proceso al proferir su sentencia el día 24 de julio de 2020.

La irregularidad evidente y objetiva en que incurrió el fallador de segundo grado se enmarca en la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual constituye causal de casación el “2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”, lo que a su turno, se enmarca en la causal de nulidad prevista en el artículo 457 del Estatuto Procesal conforme al cual “es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales”.

La razón por la cual se presentó el cargo de esta manera es porque al extinguirse la potestad punitiva del Estado, carecen de validez todos los actos posteriores que se hayan proferido, derivando dicha irregularidad en una nulidad por violación al debido proceso, toda vez que las formas propias del juicio se desconocen violentando el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal ante el decaimiento de la facultad sancionadora del Estado, conforme lo normado en los artículos 82, 83, 84 y 86 de la Ley 599 de 2000 y 292 de la Ley 906 de 2004, normas que dejó de aplicar el juez de segunda instancia, ya que su obligación era declarar la prescripción, conforme lo preceptuado en los artículos 77 y 332 numeral 1o del estatuto adjetivo que debió aplicar.

C. TERCER CARGO. CAUSAL 2o DE CASACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 181 DE LA LEY 906 DE 2004, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 457 DEL MISMO ESTATUTO. CARGO SUBSIDIARIO DE LOS CARGOS PRIMERO Y SEGUNDO. NULIDAD DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERO Y SEGUNDO GRADO POR VIOLACIÓN AL DERECHO DEL DEBIDO PROCESO, CONCRETAMENTE POR AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, POR HABER INCURRIDO EN EL DESCONOCIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 6, 9, 10, 11, 27 Y 397 DE LA LEY 599 DE 2000, TODA VEZ QUE AL OMITIRSE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL JUEZ DE OBJETAR EL ACUERDO, EN CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 351 INCISO 4o DE LA LEY 906 DE 2004, CONDENÓ AL PROCESADO POR EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO POR LA CUANTÍA, EN EL GRADO DE TENTATIVA, CUANDO LA NORMA APLICABLE CONFORME AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

DEBIÓ HABER SIDO LA DEL PECULADO TENTADO SIN CONSIDERACIÓN A LA CUANTÍA. OMISIÓN (NO OBJETAR EL ACUERDO) CON LA QUE SE INCURRIÓ EN UNA IRREGULARIDAD SUSTANCIAL PORQUE DEBIÓ ABSTENERSE DE DICTAR SENTENCIA APROBATORIA POR CUANTO EL PREACUERDO DESCONOCIÓ GARANTÍAS FUNDAMENTALES.

El cargo por afectación al debido proceso, concretamente por una irregularidad que afecta el principio de legalidad, al haberse proferido sentencias de primera y segunda instancia dejando de ejercer un control material adecuado al acuerdo de culpabilidad, en tanto debió haber proferido condena por el delito de peculado por apropiación en grado de tentativa sin agravante, se elevó de manera subsidiaria de los cargos primero y segundo, en tanto si prospera el primero de ellos, la conclusión no es otra distinta que la absolución y, en caso de no estar llamado a prosperar dicho cargo, se abordaría el estudio del segundo cargo por medio del cual se cuestiona el proferimiento de una sentencia de segunda instancia respecto de una acción penal en imposibilidad de continuar con la acción penal por haber operado el fenómeno de la prescripción.

Se elevó el presente cargo cuya consecuencia también es la declaratoria de prescripción como se reclamó en el segundo cargo, pero por una razón distinta y previo reconocimiento de que la conducta por la que se condenó no contenía la calificación correcta desde el preacuerdo. Lo anterior en tanto frente a este tercer cargo se solicitó que se ejerza en sede de casación la depuración del trámite procesal, advirtiendo que el juez de primera instancia incurrió en error al no ejercer un control material al acuerdo para verificar si violaba o no garantías fundamentales y, como consecuencia de ello, sentenció aprobando un acuerdo ilegal que modificó los extremos punitivos, específicamente por permitir que se modificara el máximo de la pena, ya que se acordó aceptar responsabilidad por el delito de tentativa agravado cuando dicha agravante por razón de la cuantía es incompatible con el delito imperfecto, error que al ser corregido conduce a la prescripción.

La irregularidad por la cual se elevó el tercer cargo, consistió en haberse emitido una sentencia aprobatoria de un acuerdo de culpabilidad que reconocida responsabilidad por el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía en grado de tentativa, por cuanto el juez de primer grado debió objetar dicho preacuerdo al encontrar soslayado el derecho al debido proceso, concretamente al principio de legalidad, por cuanto la adecuación típica consignada en el preacuerdo aprobado se realizó con el dispositivo amplificador de la tentativa y, en consecuencia, al no haber consumación, no era procedente tener en cuenta de manera simultánea el agravante específico de la cuantía para efectos de la calificación jurídica.

Se recordó en la demanda que este mismo punto fue objeto de pronunciamiento de la segunda instancia al ser incluido dentro del disenso contra la sentencia de primera instancia presentado por este abogado. Y se precisó que la sustentación de alzada no estuvo dirigida a considerar que la posibilidad de reintegrar contenida en el artículo 401 del Código Penal, dependiera de la concurrencia de la causal específica de agravación por la cuantía del inciso 2 del artículo 397 del mismo estatuto, como equivocadamente lo había entendido el Tribunal. Por el contrario, estaba destinada a cuestionar la afectación al principio de proporcionalidad y antijuricidad, pues no me resulta lógico, de una parte, que la cuantía agrave una conducta que no se consumó y, en consecuencia, no causó lesión al patrimonio público y, de otra parte, que merezca la misma pena quien se apropie y devuelve que quien nunca se apropió e incluso, que eventualmente reciba menos pena el primero que el segundo.

Precisamente ese mensaje que entendió el juzgador de segundo grado, era el cuestionado por este defensor, en el sentido de que el legislador en ningún momento quiso poner en la misma situación jurídica o en mejor situación a quien se apropiaba y reintegraba en un acto, que entre cosas no exige el arrepentimiento como afirma el fallo

de segunda instancia, sino la simple devolución, respecto de quien no lograba consumir su conducta, allí si mediando el arrepentimiento, como lo aceptó el juez de segunda instancia al condenar por inciso 2 del artículo 27 del Código Penal.

Se reiteró que si la intención del legislador fuera premiar mas la devolución que la no apropiación, el mensaje consistiría en privilegiar la apropiación de recursos sobre el desistimiento así vaya acompañado de otra causa externa, por cuanto quien se apropia y reintegra se hace acreedor a la rebaja del artículo 401 C.P., mientras que quien no se apropia habiendo hecho lo posible para no consumarse el hecho, no tiene posibilidad ya que no se puede devolver lo que nunca se apropió.

Se pusieron de presente dos ejemplo hipotéticos, el primero que si una persona se apropiara de una cuantía superior a 200 salarios mínimos y reintegrara lo apropiado, su pena oscilaría entre 48 y 405 meses de prisión y el segundo que si una persona pretende apropiarse de un bien en la misma cuantía pero hace todo lo posible para que ese hecho no se consume y este no se produce por circunstancias externas, la pena correspondería al igual que el primer evento a 48 meses en su mínimo y a 303 meses y 23 días en su máximo.

A su vez se indicó que en ese sentido debía llamarse la atención sobre el hecho de que frente al caso en concreto, quienes se apropiaron y devolvieron recibieron una pena igual a los que no se apropiaron, precisamente por la forma como se entendió debían fijarse los parámetros punitivos, como consecuencia de atribuir la agravante por la cuantía a quienes no se apropiaron. Si el criterio hubiese sido el de no imputar la agravante por razón de la cuantía a quienes no se apropiaron, aplicando el principio de antijuricidad y dejando a salvo la proporcionalidad, mi cliente, quien no se apropió, hubiera acordado una pena menor a la impuesta.

Y se indicó que aceptar que se puede preacordar la aceptación de responsabilidad por un delito tentado con aplicación de la agravante por la cuantía, afectó también el derecho sustancial al debido proceso, puesto que al modificar el término máximo de pena imponible por virtud del agravante (hasta 405 meses de prisión, los que se disminuyeron a 202 meses y 16 días en el presente caso por el reconocimiento de la calidad de interviniente y la tentativa) implicó que el término de prescripción correspondiera a la mitad de esa pena máxima después de formulada la imputación, es decir 101 meses y 8 días. Si en cambio se hubiese advertido el error por parte del juez y hubiese evidenciado que no podía aceptarse responsabilidad por el delito de peculado en grado de tentativa y al mismo tiempo aceptarse responsabilidad por la agravante por razón de la cuantía, el extremo máximo punitivo habría variado y con ello se habría modificado el plazo máximo de prescripción, el cual en este caso ya no sería de 101 meses y 8 días, sino que la acción habría prescrito una vez transcurridos 45 meses contados a partir de la formulación de imputación, pues este es el lapso que corresponde a la mitad del máximo de pena que correspondería para un peculado tentado (del inciso 2 del artículo 27 del Código Penal), en calidad de interviniente, sin consideración a la cuantía (inciso 3 del artículo 397 del Código Penal).

El atropello a la desproporcionalidad de las penas de quien es imputado bajo la modalidad de tentativa y quien se apropia y reintegra, se vio reflejado a todas luces en este caso en particular, pues los señores Luis Miguel Vergara Diazgranados, Guillermo Barrios del Ducca, Alberto Francisco Dávila Abondano y Jesús Antonio Carreño Granados en su calidad de coimputados en esta actuación procesal, fueron condenados a la pena de 24 meses de prisión, es decir a la misma pena del señor Juan Carlos Dávila Abondano, pese a la sustancial diferencia consistente en que este último no ejerció actos consumativos de la conducta y, en consecuencia, no afectó el patrimonio público. Es más, aceptó el fallo de segunda instancia, que llevó a cabo actos de desistimiento.

Nótese que en el presente caso resulta trascendente, para efectos de no ser procedente imputar el agravante por la cuantía, el hecho de que tanto el fallador de primero como segundo grado, reconocen que el procesado desistió de la conducta antes de su consumación, lo que sucede es que avalan el argumento de que dicho desistimiento fue motivado por un elemento externo, cual fue la publicación periodística (artículo 27 inciso 2), evento distinto de aquel que no se apropia por una circunstancia externa pero que hasta el final pretende apoderarse de una suma concreta (artículo 27 inciso 1). Es decir, aún aceptando en gracia de discusión que el agravante por la cuantía se aplica al delito tentado, por cuanto el sujeto activo mantiene hasta el final el propósito de apropiarse de una suma en concreto, debe excluirse de tal apreciación el evento contemplado en el artículo 27 inciso segundo, porque allí el sujeto desiste de la consumación y con ello abandona el propósito de obtener un resultado concreto, contribuyendo con eficacia a la no producción del mismo acompañado de hechos externos.

En ese mismo sentido, tal y como se explicó en el primer cargo la jurisprudencia de la Sala actualmente acoge la tesis según la cual el juez de conocimiento tiene la obligación de ejercer un control formal y, excepcionalmente material al preacuerdo en el evento de quebrantamiento de garantías fundamentales.

En consecuencia, la omisión de ejercer el correspondiente control al acuerdo de culpabilidad suscrito entre Juan Carlos Dávila y la Fiscalía General mediante el cual aceptaba la responsabilidad del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en grado de tentativa y no objetar el mismo por la violación al principio de tipicidad, constituye una irregularidad sustancial por afectación al derecho del debido proceso, concretamente al principio de legalidad.

Una vez abordados los requisitos para que proceda la declaratoria de nulidad por el tercer cargo, se indicó que una vez determinado el yerro, se deriva una nueva consecuencia directa – *ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal* - en cuyo caso, no tendría sentido nulitar la actuación procesal hasta el momento en el cual se produjo la irregularidad, sino que lo procedente es declarar la preclusión de la investigación de la acción penal de conformidad con el artículo 332 numeral 1o, como consecuencia de haber corregido el yerro – *es decir, producto de reconocer que el juzgador de primera instancia se equivocó al aprobar el acuerdo y que si dicho error no se hubiera cometido, no se hubiera podido proferir sentencia condenatoria* -.

Finalmente, siguiendo la misma lógica de la Corte Suprema de Justicia, se advirtió que no resulta adecuado nulitar y retrotraer la actuación hasta la sentencia de primera instancia de conformidad con el principio de residualidad, pues existe otro remedio procesal menos traumático que es el de proferir decisión, mediante la cual se declare la preclusión de la investigación penal por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, producto de reconocer que el juez debió haber objetado el acuerdo de culpabilidad y tener en cuenta para contabilizar los términos de la prescripción los extremos punitivos del delito por el cual se debió haber proferido sentencia condenatoria – *esto es, peculado por apropiación (inciso 3 del artículo 397 del Código Penal), en grado de tentativa (inciso 2 del artículo 27 del Código Penal), a título de interviniente (inciso final artículo 30 del Código Penal)* – como veremos a continuación:

El delito de peculado por apropiación contenido en el inciso 3o del artículo 397 del Código Penal tiene una pena de prisión de 64 meses en su mínimo y de 180 meses en su máximo, cuando la cuantía no supera los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, norma que debió tenerse en cuenta en el preacuerdo pues de las tres modalidades de peculado por apropiación es la que mas se ajusta a aquella persona a la cual no se le debería tener en cuenta la cuantía del delito.

Como conclusión, solicito declarar la transgresión al debido proceso por violación al principio de legalidad y dictar sentencia absolutoria por prosperar el primer cargo. De manera subsidiaria, solicito a la Corte declarar la prescripción directa de la acción penal, la cual debió haberse declarado de manera objetiva, a partir del 3 de julio de 2020. En defecto de la prosperidad de los cargos anteriores, solicito a la Corte declarar el quebrantamiento jurídico del debido proceso por violación del principio de legalidad y disponer que el juez de primera instancia debió haber advertido el error en la calificación jurídica del comportamiento y como consecuencia de ello advertir que la acción se encontraba prescrita.

Finalmente y en relación con los demás principios que orientan la declaratoria de las nulidades, en la demanda de casación se demostró que en los tres cargos que fundamentan la nulidad, se cumple a cabalidad con las exigencias en torno a la taxatividad, protección, no convalidación, trascendencia, instrumentalidad, residualidad y ejecutoria material, por cuanto la ausencia de control material generó violación de la garantía fundamental de legalidad, se alegaron en la audiencia de verificación del preacuerdo y en el recurso de apelación los yerros, el procesado no fue responsable de los mismos y en tanto se trata de una sentencia de segundo grado, no existe remedio distinto para enmendar el error que declarar la nulidad. Igualmente se demostró en cada cargo la consecuencia que se deriva de la declaratoria de nulidad en cada uno de los escenarios producto de prosperar cada cargo.

Atentamente,



DARÍO BAZZANI MONTOYA

C.C. No. 79.504.868 de Bogotá D.C.

T.P. No 63.758 del C. S. de la J.