

Bogotá D.C., 27 de octubre de 2021.

Señores

Magistrados Sala de Casación Penal

M.P. Dr. Diego Eugenio Corredor Beltrán

Corte Suprema de Justicia

Ciudad

Referencia: Alegato de sustentación de no recurrente *-Fiscalía General de la Nación-*, de la demanda de casación, radicado No. 60165.

Honorables Magistrados:

En virtud del Acuerdo No. 020 del 29 de abril de 2020, numeral 3.1, expedido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, respetuosamente se presenta en el asunto de la referencia, dentro del término previsto, **sustentación escrita en calidad de no recurrente**, una vez estudiada la demanda de casación instaurada por el defensor de CARLOS RAFAEL SAAVEDRA, contra la sentencia de segunda instancia del 21 de agosto de 2020, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la emitida el 17 de enero de 2017, por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad, que lo condenó a la pena principal de 120 meses de prisión, 90 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales, como coautor de los delitos de *peculado por apropiación* en concurso heterogéneo con *falsedad ideológica en documento público* y *falsedad material en documento público*.

En la demanda de casación, bajo el amparo de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, se plantearon dos cargos:

1. PRIMER CARGO: *Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 286, 287 y 31 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 82.4, 83, 84, 86 de la misma obra y de los artículos 331, 332.1, 333 y 334 de la Ley 906 de 2004.*

Consideró el casacionista que el Tribunal incurrió en error al aplicar indebidamente los artículos 286, 287 y 31 del Código Penal, lo que conllevó a la falta de aplicación de los artículos 82.4, 83, 84, 86 del mismo plexo legal, asimismo, los cánones 331, 332.1, 333 y 334 de la Ley 906 de 2004, en razón a que no obstante estar prescrita la acción penal por las conductas contra la fe pública, se dio aplicación al artículo 31 del Código Penal que regula la forma de dosificar la pena en los eventos de concursos de conductas punibles y se incrementó a **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA** en 24 meses la sanción privativa de la libertad que le fuera impuesta por el delito de peculado por apropiación.

En desarrollo del cargo, destacó el libelista que los hechos materia de juzgamiento, tuvieron su génesis entre el 2007 y el 2008, y la audiencia de formulación de imputación se realizó el 23 de febrero de 2010, fecha en la que se interrumpió la acción penal y comenzó a contarse un término prescriptivo de la mitad del máximo, es decir, seis (6) años, como plazo que tendría el Estado para agotar el ejercicio de la acción penal por los delitos contra la fe pública que le fueron imputados a **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA**, con la previsión de que cada conducta prescribe de manera independiente, según el inciso final del artículo 84 del Código Penal y, en consecuencia, la acción penal en relación con los delitos contra la fe pública habría prescrito el 23 de febrero de 2016.

Advirtió que, aunque la condición de servidor público ya está prevista en el máximo de la pena y por tanto con efectos en la prescripción de la acción penal; también prescribió la acción penal respecto de los punibles mencionados si se tiene en cuenta la ampliación del término de prescripción prevista en la ley para el delito cometido por servidor público.

Que, el inciso 6° del artículo 84 del Código Penal, prevé: *“Al servidor público que en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte”*, por lo que con dicha ampliación, los punibles habrían prescrito el 23 de febrero de 2018, de manera que al momento de proferir la sentencia de segunda instancia, 21 de agosto de 2020, ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

2. SEGUNDO CARGO: *Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 y falta de aplicación del artículo 38 del Código Penal.*

Acusa el fallo impugnado por cuanto incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, lo que llevó a la falta de aplicación del artículo 38 del Código Penal; lo que se traduce en la ilegalidad con la cual se le negó la posibilidad a **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA** de acceder a la prisión domiciliaria.

Refirió el recurrente que el artículo 68 A, modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, no estaba vigente al momento de la comisión de la conducta punible de peculado por apropiación, ya que solo nació el 20 de enero de 2014, y los delitos imputados a **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA** se contraen a los años 2007 y 2008.

Que, el artículo 68 A que estaba vigente para aquel momento, era el adicionado por la Ley 1142 de 2007, que excluía de los beneficios y subrogados y de la prisión domiciliaria, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores, pero como su defendido no tenía condenas no le era aplicable esa exclusión de la prisión domiciliaria.

Advirtió que el artículo 68 A del Código Penal, adicionado por el artículo 28 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, promulgada en el Diario Oficial 48110 del mismo día, esto es, 24 de junio, mediante el cual se ampliaron las prohibiciones de la prisión domiciliaria a los delitos contra la administración pública, tampoco puede ser aplicado en tanto que dicha ley fue promulgada después de los hechos materia de investigación.

Explicó que, posteriormente, el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, frente a las prohibiciones de la prisión domiciliaria, adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, empero, para el momento de la comisión de las conductas por las cuales fue condenado **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA** no estaba prohibida la concesión de dicho beneficio frente a los delitos contra la administración pública, por lo que en este caso fue negada la prisión domiciliaria con fundamento en una norma que no estaba vigente para el momento de la comisión de los delitos.

A criterio de la defensa, en la sentencia se incurrió en una violación directa de la ley sustancial al aplicar indebidamente el artículo 68A del Código Penal con la adición

contenida en el artículo 32 de la Ley 1453 de 2011, error que de no haberse producido hubiera permitido la concesión de la prisión domiciliaria.

3. POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Fiscalía considera que en la demanda de casación, el primer cargo propuesto es el único que tiene vocación de prosperidad, consiguientemente, hay lugar a **casar parcialmente el fallo impugnado**, por las siguientes razones:

Primer cargo: De la aplicación indebida de los artículos 286, 287 y 31 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 82.4, 83, 84, 86 de la misma obra.

El marco fáctico en el que se circunscribió el proceso en contra de **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA** fue reseñado en la sentencia de segundo grado así:

“(...) se atribuye a Carlos Rafael Saavedra y Lisandro Torres López - servidores de la Aeronáutica Civil haber accedido al sistema DJ - Edwards de dicha entidad y apropiarse, durante el periodo de dos mil seis (2006) a dos mil ocho (2008), a través de transferencias electrónicas, de la suma de quinientos sesenta y ocho millones trescientos veinticinco mil ciento nueve pesos (\$568.325.109).

Para lograr su cometido los implicados presuntamente se concertaron con terceras personas, filtraron información restringida, ingresaron al aludido sistema una factura con datos falsos y plasmaron la firma espuria María Esther Alarcón Casallas – Jefe del Grupo de Cuentas por Pagar para obtener las aprobaciones de pago”.

El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá, condenó a **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA** a las penas principales de 120 meses de prisión, 90 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales, al hallarlo responsable en calidad de coautor de los delitos de **falsedad ideológica en documento público** en concurso heterogéneo con **falsedad material en documento público y peculado por apropiación**.

En virtud del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, por regla general el término extintivo de la acción penal corresponde al extremo máximo de la pena prevista para el punible atribuido, el cual no ha de sobrepasar los 20 años, ni debe ser inferior a 5 años. No obstante, dicho lapso puede verse modificado, como se expresa en el inciso 5° del mencionado precepto:

*“Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, **el término de prescripción se aumentará en una tercera parte**”.* (Negrillas nuestras).

Sea lo primero advertir que, no resulta acertada la postura asumida por el censor, al señalar que *“aunque la condición de servidor público ya está prevista en el máximo de la pena y por tanto con efectos en la prescripción de la acción penal”*, lo cual deja de manifiesto que para efectos del cálculo de la prescripción no podía tenerse el aumento de la *tercera parte*.

En reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Penal en sentencia SP932-2020, del 20 de mayo de 2020, Radicación 52.659, con ponencia del Magistrado *José Francisco Acuña Vizcaya*, se pronunció frente a este tema y consideró que el delito perpetrado por un servidor público, en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, justifica el que la pena a imponer sea mayor al delito cometido por un particular, lo que de manera alguna puede significar una doble sanción al momento de realizar el cálculo de la prescripción. Así se indicó:

“(…) (i) Al tenor de una interpretación histórica de la norma aludida, el legislador justificó la imposición del referido aumento en razón a:

“(…) que el delito cometido por persona indeterminada reviste la misma gravedad y produce los mismos efectos independientemente de quien lo cometa. El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, en cambio, además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados, lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza pública, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor. La mayor punibilidad para los delitos cometidos por servidores públicos-reflejada en las causales genéricas o específicas de agravación responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoleedor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas. (C-345-95).

*Como ha quedado expuesto anteriormente, la diferencia de trato entre empleados oficiales y particulares, en materia de prescripción de la acción penal, **se justifica por la existencia de la potestad estatal para fijar la política criminal frente a determinados delitos según su gravedad, complejidad, consecuencias y dificultades probatorias, sin que sea posible afirmar la vulneración del derecho a la igualdad**”.* (Negrillas del texto).

De lo anterior se colige que el aumento -tanto a la conducta punible como frente a la prescripción- se justifica como medida de política criminal, pero adicionalmente **no configura una vulneración al principio del non bis in idem, respecto de la conducta que se juzga frente al cálculo de la prescripción**¹. (Negrillas y subrayas nuestras).

¹ CSJ. AP AP5276-2018, 5 dic.2018, Rad. 54.190; SP, 30 abr. 2013, Rad. 40.701. Así se decanta también en: C-345/95 y C-229/08.

(ii) En pacífica jurisprudencia de esta Corporación, desde antaño se ha fijado la valoración de esta situación:

“Esto significa que la aplicación del incremento no sólo procede cuando el delito guarda relación directa con las tareas oficiales desempeñadas por el servidor, sino también cuando entre el delito y la función media una relación de ocasión u oportunidad, es decir, cuando el sujeto aprovecha su vinculación funcional para privilegiar o favorecer la comisión del ilícito. (Negrillas y subrayas del texto).

También se ha considerado que la mencionada disposición no tiene por objeto regular ninguno de los elementos estructurales del tipo penal o sus circunstancias agravantes o atenuantes sino un fenómeno inminentemente procesal que tiene que ver con una de las causas de extinción de la acción penal como es la prescripción”². (Negrillas y subrayas nuestras).

Acorde con lo anterior, se tiene que las conductas desplegadas por **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA**, atentatorias contra la fe pública, las realizó en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos y con arreglo al inciso 5° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, el lapso extintivo se incrementa en una tercera parte.

Ahora bien, se tiene que el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6° de la Ley 890 de 2004, señala:

“La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

En el caso bajo examen, aparecen como datos relevantes los siguientes:

- (i) **A CARLOS RAFAEL SAAVEDRA**, se le procesa por los delitos de *peculado por apropiación* en concurso heterogéneo con *falsedad ideológica en documento público* y *falsedad material en documento público*, en los que habría incurrido en ejercicio de las funciones propias de su cargo.
- (ii) Los hechos tuvieron ocurrencia durante el periodo 2006 a 2008, por lo que la penalidad prevista por los artículos 286 y 287 de la Ley 599 de 2000, aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, corresponde entre 64 a 144 meses por haberse realizado por un servidor público.

² CSJ- SP 17 abr. 2013 Rad. 40.938, reiteradas en SP 22 sep. 2005, Rad. 20.818; SP - 19 feb.2009, Rad. 30.074 AP - 10 oct. 2012, Rad. 39.720.

- (iii) La formulación de imputación aconteció el 23 de febrero de 2010 y, en la mencionada fecha, se interrumpió el término prescriptivo, el cual comenzó a descontarse de nuevo por un tiempo igual al de la mitad del señalado en el canon 83 del C.P., sin que pueda ser inferior a 5 años.
- (iv) Atendiendo que la pena para los delitos atentatorios contra la fe pública, aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, corresponde entre 64 a 144 meses por haberse realizado por un servidor público, como ya se indicó, significa que conforme al artículo 86 de la Ley 599 de 2000, la mitad del máximo de la pena serían 72 meses, es decir, seis 6 años.
- (v) Para efecto del cómputo de la prescripción, este último intervalo, seis (6) años, se amplía en una tercera parte (2 años), quedando en ocho (8) años el término prescriptivo a tener en cuenta, como quiera que el delito fue cometido por servidor público en ejercicio de las funciones del cargo o con ocasión ellas, como así lo indica el inciso 6º del artículo 83 de la normatividad penal sustancial.
- (vi) En tanto que, la formulación de imputación ocurrió el 23 de febrero de 2010 y el fallo de segundo grado se profirió el 21 de agosto de 2020, emerge diáfano que entre estos dos momentos procesales transcurrieron más de ocho (8) años, lo que conlleva a predicar que, incluso, para la fecha en que el Tribunal dictó el fallo de segunda instancia, ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal respecto de los delitos atentatorios contra la fe pública.

En virtud de lo anterior, la Fiscalía solicita respetuosamente, **casar parcialmente la sentencia recurrida**, al prosperar este cargo formulado por el defensor del procesado, el cual sustentó, en que el fenómeno prescriptivo, en cuanto a los delitos atentatorios contra la fe pública, se produjo antes de la decisión de segundo grado.

Segundo cargo: *Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 y falta de aplicación del artículo 38 del Código Penal.*

En cuanto al sustituto de la prisión domiciliaria, consideró el fallador de primer grado que, *“aplicando por favorabilidad el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, se tiene que el acusado cumple el requisito objetivo, habida cuenta que la conducta por la que se procede tiene prevista una pena que no supera los 8 años de prisión; no obstante, los*

delitos contra la administración pública se encuentran enlistados en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal”.

Por su parte, el Tribunal se abstuvo de realizar cualquier consideración en cuanto a la negativa en el otorgamiento de los subrogados penales y a la orden de cumplir la sanción en establecimiento carcelario, en tanto que no existió reparo alguno en el recurso vertical.

Para la Fiscalía, el *a quo* planteó un tema de favorabilidad que **no existe**, habida cuenta que la norma citada, *artículo 23 de la Ley 1709 de 2014*, fue emitida con posterioridad a los hechos y aplicada retroactivamente cuando no ostenta beneficio alguno para el sentenciado.

Frente al sustituto de la prisión domiciliaria, se advierte que para el caso en concreto, **no es procedente dar cabida a los lineamientos de la Ley 1709 de 2014**, pues el legislador al modificar el artículo 38 del Código Penal, prohibió expresamente la concesión de esta clase de beneficios tratándose de conductas como la investigada,³ por tanto, se deberá acoger retroactiva y favorablemente el original **artículo 38 de la Ley 599 del 2000**, vigente para la fecha de los hechos, que preveía los siguientes requisitos:

1. *“Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*
2. *Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*
3. *Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones...”*

Lo anterior debido a que, se reitera, por la vía del artículo 38 B *ídem*, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, **la prisión domiciliaria está prohibida** para condenados **por delitos en contra de la administración pública** (artículo 68 A del Código Penal), por lo que es desfavorable.

³ “Artículo 23. Adiciónese un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: Artículo 388. Requisitos *para* conceder la *prisión domiciliaria*. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado...”.

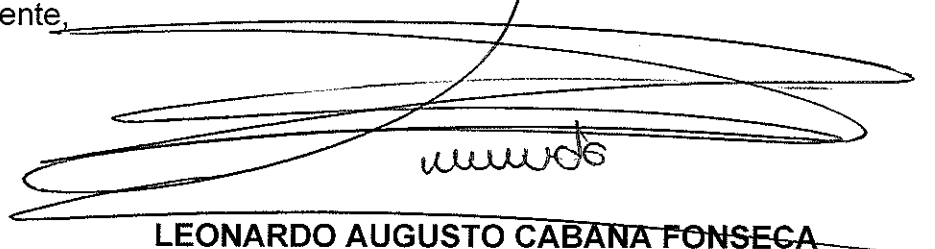
De manera que, le asiste razón al defensor al señalar que para negar la prisión domiciliaria fue citada una norma posterior a los hechos, sin embargo, lo cierto es que tampoco con base en la disposición vigente para cuando tuvieron lugar los sucesos procedía el otorgamiento de dicha sustitución punitiva, en tanto que el delito de *peculado por apropiación* tiene una pena mínima prevista en la ley superior a cinco (5) años y entonces no cumple las exigencias del artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

Así las cosas, a criterio de la Fiscalía, el acusado **CARLOS RAFAEL SAAVEDRA** no tiene derecho a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, ni con fundamento en las normas vigentes para la fecha de ocurrencia de los hechos, o a partir de disposiciones posteriores.

Y si bien, se configura una aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 y falta de aplicación del artículo 38 del Código Penal, lo cierto es que la pretensión de la defensa encaminada al otorgamiento de la prisión domiciliaria, **no prospera**.

Por las razones expuestas, la Fiscalía General de la Nación se permite sugerir, de manera respetuosa, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, **casar parcialmente** el fallo impugnado y dictar la sentencia de reemplazo que corresponda.

Atentamente,



Handwritten signature of Leonardo Augusto Cabana Fonseca, consisting of several overlapping loops and a central scribble.

LEONARDO AUGUSTO CABANA FONSECA

Fiscal Octavo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia