

MARCO RICARDO MARIÑO FAJARDO
ABOGADO PENALISTA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL.
MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRAN.
BOGOTA.

REF. DEMANDA DE CASACION NI. 60165.
CUI. 11001600004920081113301
PROCESADO: CARLOS RAFAEL SAAVEDRA.
DELITO: PECULADO POR APROPIACIÓN Y FALSEDAD.
ACTUACION: ALEGATO DE REFUTACION.

MARCO RICARDO MARIÑO FAJARDO, en mi calidad de apoderado de la Unidad Administrativa Especial, Aeronáutica Civil, a quien represento en su condición de víctima, por medio del presente escrito procedo a presentar alegato de refutación, contra la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

REFUTACION AL PRIMER CARGO, PROPUESTO COMO PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

El demandante lo presenta, así:

“Acuso la sentencia impugnada puesto que es violatoria de la ley sustancial de manera directa por aplicación indebida de los artículos 286, 287 y 31 del Código Penal, lo que conlleva a la falta de aplicación de los artículos 82.4, 83, 84, 86 del mismo plexo legal; y así mismo los cánones 331, 332.1, 333 y 334 de la Ley 906 de 2004.

Se emitió sentencia en contra de CARLOS RAFAEL SAAVEDRA por un concurso material de delitos, esto es, de peculado, falsedad ideológica en documento público -artículo 286- y falsedad material en documento público - artículo 287-, no obstante estar prescrita la acción penal por las conductas contra la fe pública, por lo cual, en aplicación del artículo 31 del Código Penal que regula la forma de dosificar la pena en los eventos de concursos de conductas punibles, se le incremento a CARLOS RAFAEL SAAVEDRA en 24 meses la sanción privativa de la libertad que le fuera impuesta por el delito de peculado”

El cargo propuesto como violación directa de la ley sustancial, ha sido mal formulado, toda vez que, si la acción penal prescribió antes de la sentencia, el cargo de la prescripción de la acción penal ha debido proponerse por vía de la nulidad (causal 2da.), conforme a la causal primera referida a la violación directa.

En tal sentido ha debido deprecarse la nulidad de lo actuado, a partir de la fecha en que se produjo la prescripción de la acción penal los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad material en documento público, al considerar que estaba prescrita la acción penal por la conducta contra la fe pública, en atención a que el Estado habría perdido la facultad de ejercer el ius puniendi, más la demostración corresponde por la causal primera.

Señores Magistrados: Estando el cargo mal formulado por el libelista, está llamado a no prosperar

SEGUNDO CARGO. LO PROPONE ASI EL DEMANDANTE:

“SEGUNDO CARGO: LA FUNDAMENTACIÓN DE LA NEGACIÓN DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA A CARLOS RAFAEL SAAVEDRA

Acuso el fallo impugnado por cuanto se 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; todo lo cual se traduce en la ilegalidad con la cual se le negó la posibilidad a CARLOS RAFAEL SAAVEDRA de acceder a la prisión domiciliaria.

Debo recordar que el demandante propuso dos cargos, por violación directa de la ley sustancial, indicando que estos dos cargos “son conjuntos y que no se excluyen entre si en relación con la prescripción de la acción penal de los delitos contra la fe pública, con la consecuente reducción de la pena de prisión; y, la negativa de la prisión domiciliaria”

En este orden de ideas, atendiendo y siendo congruente por la ya expuesto y peticionado por este apoderado de víctima en relación con el primer cargo, debemos concluir que por sustracción de materia el segundo cargo propuesto no está llamado a prosperar, ya que depende que prosperará el ataque propuesto en el primer cargo y como en concepto de este apoderado ese primer ataque fue mal formulado, mal puede pretender que le prospere el segundo cargo.

No obstante, en el evento que la H. Corte Suprema de justicia, case el primer cargo, no tendría vocación de existo el segundo cargo, por cuanto la pretensión del demandante, conlleva la aplicación de una tercera ley, o ley tertia, la cual no es de recibo, toda vez que la Corte no podría entrar a legislar. En efecto:

MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014, se modificaron los requisitos previstos para la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión preceptuados en la Ley 599 de 2000; por lo que en virtud del canon de favorabilidad a que alude el inciso 2º del artículo 6º del Código Penal, resulta imperativo analizar cuál es la disposición legal que debe ser aplicada en el presente asunto, con miras a morigerar la situación del hoy condenado.

A ese respecto, conviene precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, en tratándose de exclusión de beneficios en los delitos contra la administración pública, como lo es peculado por apropiación : «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.».

De cara a lo anterior, en principio, habría lugar a concluir que en el presente asunto lo previsto en el artículo 68 A del Código Penal no tendría vocación de prosperidad; no obstante y pese a la variada postura que frente al tema ha establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que su aplicación no procede de manera automática o discrecional, pues ello supondría, como se pasa a analizar, que se diera curso a una ley tertia, procedente en casos excepcionales, tales cuando se trate de una pena principal o accesoria y se entienda la misma como un todo y no se pretenda utilizar de manera fraccionada unos y otros elementos o requisitos de las leyes en disputa¹.

¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, auto AP4733 -2015 de 19 de agosto de 2015, radicación 44927, M. P.: Dr. Eyder Patiño Cabrera: «En efecto, advera el libelista que es posible emplear lo benigno de las dos normas

MARCO RICARDO MARIÑO FAJARDO
ABOGADO PENALISTA

Con ese panorama, refulge oportuno recordar que, en materia de favorabilidad y, en particular, en tratándose de la concesión de mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, el juez de conocimiento en los eventos que advierta que exista tránsito legislativo, debe aplicar, en su integridad, la norma que resulte más benéfica de cara a la situación del procesado y no, en cambio, escindir las vigentes a efecto de seleccionar lo conveniente de cada una de ellas, a efecto de resolver el asunto propuesto.

Sobre el punto, conviene traer a colación un pronunciamiento proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en un caso similar como el presente, mediante el cual fue analizada la situación de un juez de la República condenado, por vía de allanamiento, como autor responsable del delito de prevaricato por acción y, en consecuencia, le fueron negados los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, tras considerar al respecto que:

«[N]o puede acudirse a una combinación inapropiada de requisitos de una y otra normas, porque si bien, la Corte ha aceptado en algunas ocasiones la posibilidad de aplicar la llamada *lex tertia*, ello opera en circunstancias muy particulares, también desarrolladas ya por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP, 3 sep. 2001,16837), que refieren la posibilidad de realizar esa mixtura cuando los preceptos confrontados remiten a institutos, subrogados o sanciones diferentes, y no en los casos en que se busca aplicar un beneficio concreto a partir de tomar en consideración elementos disonantes de las diferentes normatividades en juego.

Al respecto, señaló la Corte:

sometidas al tránsito legislativo que regulan el instituto sustitutivo de la pena aflictiva de la libertad y desechar lo desfavorable porque la Corte, de vieja data, ha admitido la vigencia del principio de *lex tertia*. No obstante, convenientemente, distorsiona el alcance de la jurisprudencia en que se apoya –la cual transcribe en extenso- pues, como lo enfatiza el letrado, en ella se admite la aplicación de dicho axioma, cuando quiera que se trata de una pena –principal o accesoria-, entendida como un todo, esto es, cuantitativa y cualitativamente y, no fragmentariamente, como lo procura el jurista, frente a uno de los requisitos de la figura sustitutiva de la prisión domiciliaria que contempla nada menos que una prohibición estructurada por el legislador colombiano, en términos de política criminal, respecto de algunas conductas delictuales.

Así las cosas, si bien es pacífica la postura sobre la posibilidad de utilizar, con fundamento en el principio de favorabilidad, el axioma de *lex tertia*, es claro que ello está sometido a la homogeneidad e integralidad del subrogado o de la calidad y cantidad de la consecuencia jurídica prevista en uno y otro ordenamiento sometido a las cláusulas de ultractividad o retroactividad, que no es el caso.

Es así que, la Corte, de manera constante, en punto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria viene denegando la posibilidad de aplicar el postulado de *lex tertia*...».

MARCO RICARDO MARIÑO FAJARDO
ABOGADO PENALISTA

“Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador. A esta distinción de preceptos para efectos exclusivos de favorabilidad (ella supone una ficción), de modo que hipotéticamente puedan separarse en su aplicación, contribuye, verbigracia, el espíritu del artículo 63 del estatuto vigente, según el cual el juez podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y exigir el cumplimiento de las otras (multa e inhabilitación), sin que por ello se convierta en legislador o renegado de la respectiva disposición sustantiva que obliga la imposición de las tres penas como principales y concurrentes, pues la decisión judicial no es norma sino derecho aplicado.”.

Actuar en contrario de lo dicho, vale decir, tomar factores favorables de una y otra normatividades, para así construir el beneficio o subrogado, no solo implica una suplantación ilegal del legislador, sino que finalmente la combinación normativa desnaturaliza por completo la figura del beneficio, desdice de su finalidad y, no por último menos importante, termina por violentar el principio de igualdad.

En efecto, cuando el legislador decidió asumir una nueva forma de regular el sustituto de la prisión domiciliaria, tuvo en mente una finalidad específica y en razón de ello determinó los elementos que deberían necesariamente conjugarse para conducir a concederlo o negarlo.

En ese sentido, debe resaltarse, realizó un ejercicio de pesos y contrapesos que permitiera equilibrar los factores en juego al momento de otorgar el sustituto, para que no se entienda una excesiva largueza que dentro de la política criminal inserta en la modificación termine por sacrificar valores importantes, como podrían señalarse los de la protección de la comunidad, efectividad de la sanción y posibilidad de evitar la reiteración del daño.

Al amparo de ello, entonces, si bien estimó conveniente incrementar el monto de pena que objetivamente faculta acceder al beneficio y eliminar el requisito subjetivo, a la par consideró que para equilibrar esos otros valores que podrían quedar expuestos, era menester, de un lado, recurrir a otro factor objetivo, que denominó arraigo, y del otro, excluir algunos delitos que si bien,

se avienen con esa pena incrementada, representan una tal gravedad que se obliga imponer en todos sus efectos la pena de prisión intramural.

Entonces, si sólo se toma en cuenta la nueva normativa en lo que corresponde al tope de 8 años de pena y el factor de arraigo, pero se deja de lado la naturaleza grave del delito, expresamente imposibilitado del beneficio, se está generando un desbalance ostensible frente a la finalidad del instituto y el querer del legislador, al punto que no solo se le suplanta, sino que se desnaturaliza completamente la nueva figura.

Es necesario tomar en consideración, para efectos de verificar la aplicación objetiva del principio de favorabilidad, que su esencia radica en la posibilidad de hacer valer frente a una persona determinada y en un momento histórico específico, ora la norma vigente para el momento en el cual ejecutó el delito, ya la operante cuando la decisión se toma.

Ello significa, en estricto sentido, que respecto de quien es sujeto al trámite penal se elige el mejor de los momentos normativos en juego, dentro del entendido que alguno de ellos, en efecto, estuvo o está vigente a su favor»²

De cara al anterior criterio jurisprudencial, pasare analizar lo pretendido por el casacionista:

De la prisión domiciliaria

Ahora, en relación con la prisión domiciliaria, resulta más favorable el precepto normativo contenido en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, que exige: «1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (08) años de prisión o menos; 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000; 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; 4. Que la persona no tenga antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores.».

En este caso, pese a que se satisface el requisito objetivo que contempla dicha preceptiva para la procedencia del beneficio, dado que la pena de los delitos por los que se procede no supera el quantum punitivo allí previsto, lo cierto es que el reato contra la administración pública impide la concesión de este su sustituto penal; razón suficiente para negar al procesado la prisión

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SP2998 -2014 de 12 de marzo de 2014, radicación 42623.

MARCO RICARDO MARIÑO FAJARDO
ABOGADO PENALISTA

domiciliaria, sin que, se itera, sea posible aplicar lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, dado que ello implicaría una lex tertia.

Ahora, si en gracia de discusión se acometiera el estudio para determinar la viabilidad de conceder la prisión domiciliaria a la luz de los presupuestos establecidos en la Ley 599 de 2000 que prevé: «1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (05) años de prisión; 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir sería, 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...», la decisión sería exactamente igual a la adoptada, en cuanto uno de los delitos por los que se procede no satisface el requisito objetivo, vale decir, el peculado por apropiación que contempla un quantum punitivo de seis (6) a quince (15) años.

Las anteriores consideraciones, llevan a este apoderado de víctima a solicitar a declarar la falta de vocación del cargo propuesto, para que la decisión que demando respetuosamente sea la de no casar parcialmente la sentencia recurrida.

De los Señores Magistrados,



MARCO RICARDO MARIÑO FAJARDO

C.C. 19.243.014 de Bogotá.

T.P. No. 33.755 del C. S. de la J.

Riardomariño@10yahoo.es