

SUSTENTACIÓN DE ALEGATOS DEMANDA DE CASACIÓN RAD: 110016000049200901332 02 - NÚMERO INTERNO 56363

Marleny Saldaña <marleny_davidson1@hotmail.com>

Jue 26/05/2022 14:25

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

CC: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>; cegap73@gmail.com
<cegap73@gmail.com>; luz.torresp@fiscalia.gov.co <luz.torresp@fiscalia.gov.co>; Daniela Franco Deossa
<daniela.franco@fiscalia.gov.co>; macosta@procuraduria.gov.co
<macosta@procuraduria.gov.co>; fjmejial@hotmail.com
<fjmejial@hotmail.com>; erika.sabogal@cundinamarca.gov.co <erika.sabogal@cundinamarca.gov.co>; liliana
cano <notificaciones@cundinamarca.gov.co>; Daniel Largacha Torres
<largachatorresyabogados@gmail.com>; dafeltgobernacion@gmail.com
<dafeltgobernacion@gmail.com>; largacha.garzonyabogados@gmail.com
<largacha.garzonyabogados@gmail.com>; anafrancisca-1956@hotmail.com <anafrancisca-
1956@hotmail.com>

Buenas tardes, por medio del presente correo electrónico envío adjunto archivo en formato PDF, a través del cual respetuosamente allego a su Despacho la sustentación de alegatos dentro del proceso de la referencia.

Atentamente,

JULIO CÉSAR GALINDO POVEDA
C.C. 79.655.368 DE BOGOTÁ D.C.
T.P. 110.301 DEL C.S. DE LA J.



Libre de virus. www.avast.com

Bogotá D.C., mayo 13 de 2022

Señores Magistrados

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Referencia: Proceso Penal con radicación No. 110016000049200901332 02
Jurisdicción: Penal ordinaria
Delito: Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (Art. 408 del C. P.)
Enjuiciada: Ana Francisca Linares Gómez (y otros)

Asunto: Alegato de sustentación demanda de casación

Julio César Galindo Poveda, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado-defensor de la señora *Ana Francisca Linares Gómez*; procedo a presentar alegato de sustentación respecto del cargo principal del recurso de casación.

ALEGATO

Por vía de causal primera de casación se reclamó en la demanda por la interpretación errónea cometida por parte de los jueces de instancia al analizar el artículo 408 del código penal.

El tipo penal de *violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades* es un tipo penal en blanco porque para su proceso de adecuación se requiere recurrir a una norma de complemento. En concreto, es su elemento “[servidor público que] en ejercicio de sus funciones” el que debe ser complementado por ser vago o indeterminado.

Ese complemento de la norma, junto con su núcleo esencial, conforman una sola norma que está atada, por supuesto, al principio de legalidad. Además de cumplir con los axiomas de *ley previa* y *ley escrita*, núcleo y complemento “deben ser claros, ciertos e inequívocos (*ley cierta*)”¹. Así entonces, su validez depende de que exista certeza, claridad y precisión en la unidad de la norma y “debe también respetar el principio de definición taxativa, pues sólo así el juez penal y los ciudadanos pueden conocer inequívocamente cuál es la conducta penalizada”².

Por otra parte, si el reenvío a una norma complementaria es de rango administrativo se debe cumplir con cuatro reglas: (i) la remisión debe ser precisa, (ii) la norma a la cual se remite debe existir previamente, (iii) la norma de complemento debe ser de conocimiento público y (iv) ésta norma debe respetar los principios y valores constitucionales³.

Pues bien, ninguno de los jueces de instancia cumplió con esas directrices hermenéuticas y en eso consiste el reclamo del cargo: En que dentro del proceso **nunca se acreditó la existencia de norma** (resolución, acto administrativo, reglamento) **de complemento escrita** que, en torno a las funciones, obligara al cargo que ocupaba mi representada a revisar la documentación que habilitara a los aspirantes laborales **y, sin embargo, a quo y ad quem la infirieron** a través de unas metodologías bien novedosas, por no decir, extravagantes.

¿Cómo interpretaron la norma (Art. 408) los jueces de instancia?

Como no existía ninguna norma escrita (taxativa) que complementara el núcleo del tipo penal, que precisara las funciones del servidor público, la juez de primera instancia (posteriormente avalada por el *ad quem*) exacerbó los alcances de la norma mediante un método que creyó encontrar en la sentencia No. 34.852 de la Sala Penal

¹ CSJ SP, 20 Sep. 2016, P. Salazar, Rad: 13.448-2016 (48.262).

² CConst, C-091/2017, M. Calle.

³ CConst, C-605/2006, M. Monroy.

de la Corte Suprema de Justicia⁴. De una manera desfasada la juez *a quo* considera que esta jurisprudencia resuelve el problema jurídico de la norma de complemento cuando no hay norma de complemento. Y transpolando inadecuadamente un dilema bien diverso que solventaba la jurisprudencia concluyó que la solución consistía en considerar como suficiente “la inclusión verificable o refutable del deber de proceder en las circunstancias particulares de cada asunto”⁵.

El problema jurídico que en realidad resuelve la sentencia No. 34.852 es el siguiente: ¿Es obligatorio para el fiscal o el juez indicar expresamente, dentro del proceso de imputación, cuál es la norma (ley o reglamento) que concreta el deber funcional del servidor público? Y a esto responde: no, pues basta con que se mencione el deber funcional y este sea verificable o refutable. Verificación o refutación que se logra, obviamente, buscándola en el ordenamiento jurídico. Pero la juez de primera instancia, y también el *ad quem* consideran erradamente (y por eso extrapolan inconscientemente) que el problema jurídico que zanja la Corte en dicha jurisprudencia es este: ¿Es necesario que exista una norma (ley, reglamento, estatuto) taxativa que concrete el deber funcional del servidor público? Y creen que la Corte lo soluciona diciendo, no, porque es suficiente con verificar o refutar el deber de proceder teniendo en cuenta las circunstancias particulares del asunto.

Ahora bien, como el método que inapropiadamente extrapolaron los jueces de instancia indica que la verificación o refutación del deber de proceder se realiza teniendo en cuenta las circunstancias particulares del asunto, naturalmente ese cometido fue el que realizaron. —En este punto debo hacer un paréntesis para que no se me malinterprete, fueron los jueces quienes, para inferir la norma de complemento, examinaron las circunstancias particulares del asunto analizando las pruebas (hechos). De manera que la mención que haré ahora es meramente descriptiva, no valorativa. —. Continúo: Entonces concluyeron erradamente que sí existía ese deber funcional para la Directora de Pensiones de la Secretaría de

⁴ CSJ SP, 27 Jun 2012, J. Socha, Rad: 34.852.

⁵ Juzg. 28 P. del C., sentencia de primera instancia. p. 49

Hacienda de Cundinamarca porque según su interpretación de “las circunstancias particulares del asunto” eso era lo que se deducía de tres acaecimientos: (i) la existencia de la invitación a presentar propuesta fue dirigida a Sergio Armando Fresneda Zambrano; (ii) se previó el deber de comunicación a Ana Francisca Linares Gómez por parte de Fresneda Zambrano si aceptaba la invitación, que implicaba, entre otros, anexar sus antecedentes disciplinarios, y (iii) había una declaración de Fresneda Zambrano en el sentido de haber presentado sus antecedentes disciplinarios. Entonces, en conclusión, estas tres circunstancias particulares del asunto, según los jueces de instancia, permitían inferir que la regla nuclear del artículo 408 del código penal se complementaba con el deber funcional de Ana Francisca Linares Gómez consistente en “revisar la documentación aportada para cada uno de los contratantes”⁶ [del proceso de contratación No. SH- 037 – 2008].

El error entonces es evidente, de una jurisprudencia que resolvía el problema de la no necesidad de indicar expresamente, durante el proceso de imputación, cuál es la norma que concreta el deber funcional del servidor público, porque esto se puede verificar con las circunstancias particulares del asunto; los jueces concluyen que esa clase de verificación sirve para hallar la norma de complemento de un tipo penal en blanco. Vulnerando así estrepitosamente el principio de legalidad.

Por otra parte, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, después de reconocer que en el manual de funciones (Resolución No. 1400 del 31/07/2006) no se “especifica quién era el funcionario encargado de recibir, revisar y valorar la documentación allegada por los aspirantes a ser contratador por la entidad”⁷, indica que lo realmente “trascendental es el fenómeno de la *disponibilidad jurídica* que le asiste al servidor público de cara a la concreta atribución funcional deferida [...] por fuerza de la delegación [...]”⁸. Esta interpretación, también muy original, asegura el

⁶ Ibid. P. 50

⁷ TSB SP, sentencia de segunda instancia. p. 14

⁸ Ibid.

Tribunal se deriva de la jurisprudencia, jurisprudencia que infortunadamente omitió identificar.

El caso es que la figura de la “disponibilidad jurídica” es un requisito importante para uno de los elementos estructurales del tipo penal de *peculado por apropiación* que no debería aplicarse por analogía, y en *malam partem*, para los delitos contra la administración pública. Especialmente porque los términos sobre los que se predica la disponibilidad jurídica son de carácter económico, no sobre documentos requeridos para una contratación.

Entonces, el *ad quem*, solventando el dilema de la norma de complemento y utilizando el mismo método de la juez de primera instancia, indica que “ante la ausencia de funcionario expresamente facultado para recibir, revisar y valorar documentos [...] tal labor debía ser asumida por los empleados que tuvieran contacto directo con la documentación allegada por los aspirantes, carga que si bien puede considerarse del resorte exclusivo del secretario de hacienda (sic), a la sazón encargado de firmar el contrato de prestación de servicios, también lo es que aquel optó por delegar esa función a la señora ANA FRANCISCA LINARES, concretando su gestión en la revisión de los documentos que habilitaran a los aspirantes laborales [...]”⁹.

Acatando el argumento de la Corte en la original inadmisión de la demanda¹⁰ no tocaré el punto de la configuración de la delegación que dio por satisfecha el Tribunal. Pero sí, recalco que, al igual que la juez de primera instancia, es una exégesis desbordada de la jurisprudencia 34.852. Esta vez el *ad quem* vincula las circunstancias particulares del asunto al fenómeno de la “disponibilidad jurídica”, por fuerza de una delegación. Así es como logra edificar esa unidad normativa que exige el tipo penal en blanco descrito en el artículo 408 del C. P.

⁹ Ibid. p. 15 y 16

¹⁰ En la demanda había tomado la norma sobre la delegación como la norma de complemento, esa era la razón porque que discutía la incomprensión del Tribunal al no interpretar adecuadamente que no se aceptaba una delegación no escrita, como en el caso de marras.

De manera que son ambos jueces quienes vulneraron flagrantemente los principios de legalidad y tipicidad cuando, en vez de identificar una norma de complemento, elucubran una función de una servidora pública a partir de un método como el de analizar las circunstancias particulares del asunto, que en este caso se decantaron en una disponibilidad jurídica de documentos (o, por ejemplo, por el conocimiento del nombre del destinatario de una invitación). Como si el contexto de una situación se convirtiera en una novedosa fuente normativa de carácter penal.

Por las anteriores razones es que se consideró en la demanda que ha debido decantarse la declaratoria de atipicidad que conduciría necesariamente a la resolución de un fallo favorable a mi representada. De manera que reiteramos la solicitud, a la H. Corte, para que case el fallo de segunda instancia y, en su lugar, profiera la sentencia de reemplazo de carácter absolutorio.

Atentamente,



Julio César Galindo Poveda

—Abogado de *Ana Francisca Linares Gómez*—
C.C. 79.655.368 de Bogotá
T.P. 110.301 del CSJud