



Boletín Informativo

4 de Agosto de 2014

El presente boletín contiene un resumen emitido por la Relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de las providencias relevantes recientemente proferidas por la Sala

Providencia. N° SP9225-2014 Rad. (37462)
M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

SENTENCIA CONDENATORIA POR EL CASO DE AGRO INGRESO SEGURO

ANTECEDENTES RELEVANTES

El doctor A.F.A.L., fue acusado por la Fiscalía General de la Nación como presunto autor de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, conductas que se estimaron cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo, material y sucesivo, en las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el art. 58 num. 9° y 10° del C.P.

El primer delito, con fundamento en que, como titular del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entidad encargada de implementar el programa Agro Ingreso Seguro, concebido como una política pública orientada a «...promover la productividad y competitividad, reducir la desigualdad en el campo y preparar el sector agropecuario para enfrentar el reto de la internacionalización de la economía», tramitó y celebró con la Oficina en Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA, convenios especiales de cooperación técnica y científica, «desconociendo los principios de transparencia, planeación, economía y responsabilidad propios de la contratación estatal y los rectores de la función pública». Lo anterior, debido a que «acudió a la contratación directa para celebrar los convenios aludidos, pese a que su objeto no comportaba el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas». «De igual forma, respecto de cada uno de ellos se incumplió la obligación de elaborar los estudios previos que justificaran su celebración, de fijar los términos de referencia de manera completa, precisar la actividad de ciencia y tecnología sobre la cual versaban y su ejecución comenzó antes de que fueran suscritos».

El segundo delito, por cuanto los convenios especiales de cooperación técnica y científica números 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009 permitieron que de manera injustificada, particulares se apropiaran de dineros del Estado destinados a la política estatal Agro Ingreso Seguro.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Fines: El agro como sector importante para su cumplimiento / **AGRO INGRESO SEGURO** - Fundamentos para su creación

«Corresponde al Estado, en todos sus órdenes, orientar su gestión a crear las condiciones necesarias para promover el bienestar general y alcanzar el desarrollo personal, social, económico y cultural de sus integrantes, sin desconocer sus diferencias.

A esta concepción no es ajeno el sector agropecuario.

(...)

Colombia ha sido y es un país con vocación agrícola, circunstancia que incide en las políticas de los diferentes gobiernos, últimamente orientadas a recuperar su producción y a afrontar el proceso de globalización.

(...)

Es evidente, en primer término, que la firma y aplicación de los acuerdos económicos y comerciales con otros países, tienen la mayor incidencia en las actividades del sector agropecuario, por cuanto generan el ingreso de bienes foráneos al mercado nacional, usualmente en condiciones de desigualdad por causa de los subsidios que aquellas economías entregan como incentivo a sus productores agrícolas, pecuarios, agroindustriales y de renglones similares, quienes pueden ofrecerlos a precios significativamente inferiores, circunstancia que desequilibra la competencia en el mercado.

En segundo lugar, que esa realidad obligaba al Estado Colombiano a implementar acciones orientadas a cumplir los artículos 64 y 65 Superiores, que le

imponen, entre otras obligaciones, las de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos, al igual que proteger la producción de alimentos, priorizando, con ese fin, el desarrollo integral de las actividades agropecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, la construcción de infraestructura física, la adecuación de tierras y la investigación y transferencia de tecnología.

Aunque para concretar estos fines se expidió la Ley 101 de 2003, donde se faculta al Gobierno Nacional para otorgar, en circunstancias y condiciones específicas, incentivos y apoyos directos a productores agropecuarios y pesqueros, la administración del entonces Presidente, doctor Álvaro Uribe Vélez, estimó necesario, ante el advenimiento de un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, contar con otro instrumento que le permitiera moderar sus consecuencias y, especialmente, mejorar la competitividad y la productividad del sector agropecuario.

Consecuente con ello, su Ministro de Agricultura, doctor AFAL, presentó al Congreso de la República un proyecto de ley de su autoría, radicado como N° 174 de 2006 - Senado y 024 de 2006 - Cámara, «por medio del cual se crea e implementa el programa Agro Ingreso Seguro - AIS», concebido como una política pública de ejecución sucesiva con dos grandes componentes: uno, de ayudas directas destinadas a apoyar, durante un período fijo, a sectores considerados sensibles, para reforzar su competitividad; otro, de incentivos a la productividad, sin límite en el tiempo, orientado a estimular ese mismo aspecto en todos los sectores.

(...)

Importa destacar que proteger a los actores más vulnerables del sector agropecuario frente a los efectos del TLC con Estados Unidos y disminuir la desigualdad en el campo, propósitos centrales del programa AIS, tuvieron incidencia fundamental en los legisladores quienes, a pesar de las reservas expuestas por algunos de ellos, optaron por aprobar la norma que creó el programa, no como íntegramente asistencialista, pues tal connotación sólo se discutió y señaló respecto del componente de apoyos económicos directos».

AGRO INGRESO SEGURO - Objeto del programa

«Del texto legal finalmente aprobado se extrae que el objeto del programa AIS, como lo asumieron los legisladores, era proteger los ingresos de los productores de las distorsiones derivadas de los mercados externos y mejorar la competitividad de todo el sector agropecuario nacional, dada la

internacionalización de la economía; fines que atienden, como marco general, la necesidad de promover la productividad y competitividad, reducir la desigualdad en el campo y preparar el sector agropecuario para competir globalmente».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Debe seguir al Presupuesto General de la Nación: Contribución por parte del Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional / **CONTRATACION ADMINISTRATIVA** - Debe seguir al Plan Nacional de Desarrollo: Contribución por parte del Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional/ **BANCO DE PROGRAMAS Y PROYECTOS DE INVERSIÓN NACIONAL** – Concepto

«Corresponde destacar que consecuente con los fines constitucionalmente asignados a la función administrativa, el artículo 339 Superior prevé, como marco para ejecutarlos, el Plan Nacional de Desarrollo, integrado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional.

A su vez, el artículo 345 siguiente advierte que no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o por los Concejos Distritales o Municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto, con lo cual es evidente que existe un vínculo inescindible entre el plan de desarrollo y el presupuesto, en tanto aquél se realiza a través de éste.

Por ello, el artículo 13 del Decreto 111 de 1996 erige como principio rector del sistema presupuestal el de planeación, según el cual «El Presupuesto General de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del Plan Nacional de Desarrollo, del Plan Nacional de Inversiones, del Plan Financiero y del Plan Operativo Anual de Inversiones».

A la debida ejecución de los planes de desarrollo y del presupuesto respectivo, contribuye el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, donde se registran las necesidades cuya satisfacción se busca con los programas de gobierno a que aquéllos se refieren.

El Banco de Programas y Proyectos es, entonces, un instrumento de planeación, administración y control de la inversión; es un sistema de información sobre el destino del gasto asignado a solucionar problemas y a satisfacer necesidades de los diferentes sectores. Los programas y proyectos constituyen una de las fases culminantes de la elaboración del plan de desarrollo, en

tanto permiten canalizar los recursos y son garantía de su uso adecuado.

En consecuencia, resulta indispensable que antes de la radicación de los proyectos en el BPIN, la administración adelante una labor seria de indagación y verificación para establecer las necesidades del conglomerado, la forma como pueden satisfacerse, el presupuesto requerido y la solución que aporta al cumplimiento efectivo de los fines del Estado.

Esta es la información que debe incluirse en el Banco de Programas y Proyectos.

(...)

Esos estudios, traducidos en proyectos, constituyen entonces el primer paso de la administración en procura de ejecutar la actividad contractual y sirven de guía para las restantes acciones administrativas; además, ilustran sobre el procedimiento contractual que debe agotarse para el desarrollo de las iniciativas, esto es, si en razón a los recursos involucrados se precisa realizar un proceso licitatorio o si, en cambio, puede acudir a otra forma de selección del contratista.

En tal orden, bien puede afirmarse que esos análisis no son un requisito apenas formal sino sustancial, en tanto constituyen el insumo básico para ilustrar a la administración sobre los requerimientos mínimos que, en armonía con el plan de desarrollo, debe cubrir recurriendo al proceso contractual, pues es a través de éste como la administración pública cumple las metas propuestas.

(...)

Agréguese, por otra parte, que los procedimientos constituyen mecanismos de dicha actividad destinados a servir a los fines del Estado, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, a la protección y garantía de los derechos de los administrados, en los términos señalados en el numeral 3° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Principio de planeación

«El doctor AL dispuso realizar actividades tendientes a apresurar la implementación de una política pública, que si bien se advertía necesaria, en ese momento carecía de un diseño concreto de los instrumentos a través de los cuales podía ejecutarse en forma idónea.

(...)

Se demostró que el Ministro AL impulsó un proyecto de ley cuyo trámite atendió personalmente, como consta en las gacetas legislativas correspondientes, (...).

Su segunda meta se concretó con (i) la inscripción de AIS en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, a donde fue remitido por la Dirección de Planeación y Seguimiento Presupuestal del Ministerio, por solicitud de la Dirección de Comercio y Financiamiento efectuada en memorando (...) del 17 de julio de 2006; (ii) la inclusión de esta política pública en el documento CONPES 3436 del 24 de julio siguiente, que aprobó el Plan Operativo Anual de Inversión, POAI, y (iii) la asignación de una partida para AIS en el Presupuesto General de la Nación liquidado en el Decreto 4579 del 27 de diciembre de 2006 .

La Fiscalía demostró los cuestionamientos que hizo a este trámite centrados en el desconocimiento de los términos legales para adelantarlos.

En ese sentido, ninguna discusión ofrece que un proyecto de inversión puede ser registrado en el BPIN durante el transcurso de todo el año, pues así lo señala el artículo 23 del Decreto 841 de 1990, modificado por el artículo 1° del Decreto 4109 de 2004.

Sin embargo, esta misma norma dispone que «Para la discusión en los comités funcionales de presupuesto que vayan a integrar el POAI, Plan Operativo Anual de Inversión, sólo se tendrán en cuenta aquellos que hayan sido inscritos en el BPIN a más tardar el 1° de abril del año anterior al que se está programando» (Negrilla ajena al texto).

Por tanto, si el proyecto de AIS fue remitido el 17 de julio de 2006 para su inscripción en el BPIN, con el propósito de que fuera tenido en cuenta para el presupuesto de 2007, se advierte que dicha inscripción se efectuó después del término indicado en la preceptiva transcrita.

El registro de la iniciativa superó, además, el 15 de julio, fecha señalada en el artículo 11 de Decreto 4730 de 2005 , para que el Departamento Nacional de Planeación presente para su aprobación, el proyecto de Plan Operativo Anual de Inversiones, POAI, al Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.

También es evidente que, como advirtió la Fiscalía, la anotación del proyecto en el BPIN en la fecha indicada, impidió su estudio por el Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, quien, previa presentación del CONPES, debía analizar y conceptuar sobre las implicaciones fiscales del Plan Operativo Anual de Inversiones, POAI, esto es rendir concepto sobre el plan financiero y la meta de superávit primario, documento que expidió el 15 de junio de 2006.

Por ello, la inclusión de AIS en el CONPES 3436 del 24 de julio siguiente sólo se explica en el trabajo

político atribuido al doctor AL por su Viceministro, pues el programa fue priorizado pese a incumplir los términos propios del proceso presupuestal.

Tal gestión resulta consecuente con la voluntad del Ministro de conseguir de manera urgente recursos para iniciar su gasto en enero de 2007, pese a que ni siquiera existía claridad sobre los instrumentos para ejecutarlos, lo cual denota falta de una planeación seria, respetuosa de la naturaleza, cuantía y destinación de los dineros sobre los cuales recaía dicho gasto.

(...)

Corresponde indicar, en respuesta a un planteamiento de la defensa, que la diligencia demostrada por el titular de la cartera de agricultura para alcanzar los recursos del programa no merecería, en principio, reproche alguno, si no fuera porque está unida de manera evidente, a su designio de gastarlos en forma inmediata sin adelantar la planeación imprescindible para concretar su inversión responsable.

Además, porque significó obviar en la forma atrás señalada, los términos del proceso de planeación presupuestal, hecho ordenado y auspiciado por el Ministro en desmedro del principio de economía, lo cual significó que el 9 de abril de 2007 cuando se aprobó la Ley 1133 que creó el programa y definió sus instrumentos, AIS, tenía asignado presupuesto para esa anualidad y ya se estaba invirtiendo en la convocatoria de riego y drenaje cumplida gracias al convenio 003 de ese año, pero sin contar siquiera con las políticas relativas al componente de riego y drenaje extrañadas por (...) en su informe.

Como bien señala la Fiscalía, que el único norte del ordenador del gasto haya sido la acelerada obtención de recursos para proceder a comprometerlos y ejecutarlos inmediatamente, sin agotar la indispensable planeación, determinó la ocurrencia de irregularidades tanto en el trámite y celebración de los convenios como en su ejecución, principalmente en la forma como se asignaron los recursos.

(...)

Idéntico criterio, la voluntad del Ministro con iguales propósitos, guió la consecución de vigencias futuras destinadas a los convenios 055 de 2008 y 052 de 2009, las cuales fueron requeridas sin un estudio mínimo sobre su real necesidad, sin fundamento técnico, vale decir, sin un proceso de planeación. Aunque ahora esa tarea se atribuye al atraso de los proyectos beneficiados en la convocatoria de 2007, a cuya ejecución ni siquiera se le fijó plazo, lo real es que esa mora no se remediaba con la inversión de más recursos bajo igual esquema.

Sobre la tercera medida dispuesta por el Ministro para impulsar el inicio de AIS, esto es la creación de la Unidad Coordinadora del Programa, CRT explicó que el doctor AL ordenó a su Viceministro FAS, reducir un convenio del fondo de comercialización y destinar su remanente de \$3.098.000.000 a esa tarea, para la cual debía contratar el apoyo de una entidad con conocimiento del sector.

Ésta resultó ser el IICA con quien el Ministro de Agricultura celebró el convenio 078 de 2006, cuyo objeto principal, conforme su cláusula primera era «...desarrollar el diseño y puesta en marcha...» del programa AIS, para lo cual debía recurrir, entre otras acciones, a «1. Conformar y poner en marcha la Unidad Coordinadora del programa objeto del presente convenio, que tendrá a su cargo todas las labores requeridas para el diseño, montaje y puesta en marcha del componente de AMD y APC» (Negrilla ajena al texto).

Esto significa que tareas funcionalmente propias de las Direcciones Técnicas del Ministerio, de quienes se espera un vasto conocimiento del agro, terminaron contratadas con una entidad externa, pese a que las estaban cumpliendo de manera concertada con entidades del sector, con fundamento en que no avanzaban al ritmo que requería el doctor AL para cumplir su inamovible decisión de iniciar el programa AIS desde el 2 de enero de 2007».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA-Principio de transparencia/CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -Principio de legalidad / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA-Contratación directa: Procede para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, requisitos

«En el caso del componente de riego y drenaje, fueron comprometidos a través de los convenios 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009 celebrados entre el Ministerio de Agricultura y el IICA, respecto de los cuales la acusación contra el aforado predica que en su trámite, celebración y ejecución se desconocieron los principios y fines de la contratación administrativa.

La principal irregularidad atribuida consiste en que se cambió la tipología contractual aplicable a la naturaleza jurídica del objeto que se pretendía desarrollar, para optar por la contratación directa, justificada en que los negocios jurídicos mencionados tenían por propósito actividades de ciencia y tecnología.

Entonces, corresponde verificar si la forma de contratación escogida, atendido el objeto asignado a los convenios, respetó o no el ordenamiento jurídico.

(...)

Al desarrollar el principio de transparencia, el Estatuto citado señala como regla general que la escogencia del contratista debe hacerse por licitación o concurso públicos.

(...)

Las mismas preceptivas consagran la contratación directa como una excepción a esa regla general y por ello su implementación sólo es posible cuando se concreta a cabalidad alguno de los eventos que la viabilizan.

Tratándose de los acuerdos 003 de 2007 y 055 de 2008, conforme el artículo 24, numeral 1— d del estatuto citado, dicho presupuesto consistía en que los negocios jurídicos tuvieran por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas y en el caso del convenio 052 de 2009, la misma preceptiva con las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007.

Para el momento del trámite y celebración de los convenios especiales de cooperación científica y tecnológica 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009, esta forma de obligarse estaba regulada por las normas superiores atrás mencionadas, al igual que por la Ley 29 de 1990, los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991, por la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y en el caso del convenio 052 de 2009, también por la Ley 1150 de 2007.

(...)

Corresponde indicar que los Decretos 393 y 591 de 1991 establecen cuáles son las actividades que deben entenderse como de ciencia o tecnología, susceptibles de ser pactadas a través de contratos o convenios de cooperación por la Nación y sus entes descentralizados con particulares y entidades públicas, naturaleza jurídica del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA.

(...)

Este es el marco previsto en el ordenamiento jurídico patrio para regular cuáles actividades pueden ser objeto de los convenios especiales de cooperación científica y tecnológica, razón por la cual son éstas, no otras, las que justifican celebrar ese tipo de negocios jurídicos.

Dichas normas constituyen así, referencia obligada cuando se pretende implementar ese modelo de contratación, en tanto sólo a partir de ellas es posible determinar si la entidad estatal puede o no sustraerse a la norma general de escogencia del contratista, la licitación o concurso público, para optar, de manera excepcional, por la contratación directa.

(...)

La prueba acopiada revela que el objeto general del convenio 003 de 2007, conforme su cláusula primera, consistió en... *la cooperación técnica y científica entre EL MINISTERIO y EL IICA mediante la unión de esfuerzos, recursos, tecnología y capacidades, para el desarrollo e implementación del programa Agro Ingreso Seguro - AIS, en lo relacionado con la convocatoria para el financiamiento de sistemas de riego, evaluación de impacto, auditoría y socialización entre otras actividades.*

El examen de la enunciación transcrita lleva a concluir, en principio, que ese objeto, realizar una convocatoria pública para asignar recursos estatales, no se ajusta a ninguna de las gestiones calificadas por el legislador como de ciencia y tecnología.

En cuanto a sus objetivos específicos, consignados en la cláusula segunda, se advierte cómo los numerales 1° y 2° reiteran que éste propende por desarrollar e implementar un concurso público para elegir proyectos de inversión en sistemas de riego. Este concepto se desagrega luego en las labores propias de aquél, esto es abrir el proceso de selección, evaluar los proyectos, escogerlos, entregar los recursos para ejecutarlos y ejercer sobre esa ejecución la interventoría técnica y financiera.

Esas actuaciones, por su naturaleza, no se avienen a las de ciencia y tecnología ya enunciadas y lo propio ocurre con implementar las evaluaciones de impacto y auditoría del programa AIS y las atinentes a su divulgación y socialización mencionadas en los numerales 3° y 4°.

(...)

Financiar operadores, controlar o supervisar su trabajo y hacer estudios de impacto de un programa, razonablemente no conllevan a realizar investigación científica, o implementar conocimientos de esa índole o introducir cambios significativos en procesos vinculados con el sector agropecuario.

Es cierto que entre los objetivos específicos se mencionó «promover la cooperación técnica y científica a nivel nacional e internacional», labor que pareciera encajar en el numeral 6° del artículo 2° del Decreto Ley 591 de 1991. Sin embargo, este objetivo carece de un concreto desarrollo en las numerosas obligaciones asignadas al IICA en razón del convenio, las cuales mayoritariamente aluden a la convocatoria que constituye su esencia.

Y si bien en el numeral 14, se asignó al cooperante «Brindar acompañamiento científico, técnico y administrativo al MINISTERIO en la ejecución de las diferentes actividades materia del presente convenio»,

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

la simple redacción de este compromiso lo muestra desligado de la promoción de cooperación que se invoca, sin olvidar que ésta carece de contenido en el Plan Operativo del convenio.

(...)

Importa señalar que no es la forma cómo se desarrolla el negocio jurídico, sino su objeto directo y concreto, lo que define si puede acudirse o no a la contratación directa y a través de qué tipo de relación jurídica. Suponer lo contrario implica aceptar que situaciones posteriores a la celebración del acuerdo pueden variar la naturaleza de una determinada forma de contratación o viabilizarla.

También es preciso indicar, que el juicio de legalidad al proceso de contratación en orden a verificar si en su trámite, celebración y liquidación se ajustó o no a los principios rectores de la contratación estatal, no incluye la etapa de ejecución del contrato o convenio.

(...)

Tampoco ignora esta Colegiatura que en el decurso de la convocatoria se cumplieron algunas labores de apoyo que pudieron conllevar algún intercambio de conocimiento. Pero éstas eran sólo eso, un soporte al objeto central del convenio, la implementación de la convocatoria

(...)

Seguendo el Manual de Oslo, allegado como prueba D 64, «una innovación es la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores».

El mismo documento distingue cuatro tipos de innovación: las de producto, las de proceso, las de mercadotécnica y las de organización.

La segunda categoría, en la cual podría ubicarse la implementación de un sistema de riego, consiste en “la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, proceso de producción o de distribución. Ello implica cambios significativos en las técnicas, los materiales y/o los programas informáticos”.

Consecuente con este concepto, el Manual clarifica que

«544. No se consideran como innovaciones de proceso:

- Los cambios o las mejoras menores
- Un aumento de la capacidad de producción o de servicio por la incorporación de sistemas de fabricación o sistemas logísticos que son muy similares a los ya en uso».

Conforme a lo expuesto por el perito de la defensa, CAER, las distintas formas de irrigación responden a procedimientos tradicionales, algunos diseñados desde tiempo inmemorial y otros en fecha más reciente, razón por la cual sin dificultad se colige que no constituyen innovación alguna, pues responden a sistemas logísticos que son muy similares a los ya en uso.

Esta circunstancia impide acoger la tesis de la defensa, según la cual el convenio tenía por fin la actividad descrita en el artículo 2-b del Decreto Ley 393 de 1991, esto es «apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de recursos naturales».

(...)

Las razones aquí expuestas llevan a concluir que el negocio jurídico analizado no tuvo por objeto desarrollar actividades de ciencia y/o tecnología, ni se tradujo, a términos del Manual de Oslo, en actividades de innovación.

(...)

Razón tiene el ente acusador cuando predica que el IICA se limitó a administrar los recursos públicos asignados a cada uno de los negocios jurídicos celebrados con el Ministerio y que ese objeto impedía celebrarlos acudiendo a la tipología contractual utilizada y a la contratación directa como forma de selección del contratista, por manera que haberlas implementado concreta la vulneración de los principios de legalidad y transparencia».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratos celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales: Se rigen por las normas del organismo, salvo aquéllos relacionados con recursos nacionales

«El artículo 13 - 4 de la Ley 80 de 1993, disponía que los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podían sujetarse a los reglamentos de esas entidades en lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes.

En sentencia C-249 de 2004, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de dicha disposición, en el entendido que

(...) este inciso se refiere con exclusividad a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de

entes u organismos internacionales. Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos (Resaltado original).

(...)

Tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación. Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado.

(...)

Este criterio fue reiterado al reformar la Ley 80 de 1993, pues el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, vigente cuando se suscribió el convenio 052 de 2009, señaló sobre el punto:

«Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional».

Siendo así, la administración de recursos públicos de fuente nacional no podía adelantarse recurriendo a celebrar contratos o convenios con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

La defensa ha indicado que estas disposiciones no resultan aplicables por cuanto se orientan a solucionar un tema de extraterritorialidad de la ley y aquí nunca se pretendió sujetar los convenios cuestionados a normas foráneas.

Aun cuando, estas dos premisas son ciertas, imposible obviar que el objeto principal de los convenios cuestionados fue justamente la administración de recursos asignados en el presupuesto nacional al Ministerio de Agricultura; tampoco que el IICA es un organismo de cooperación internacional y que en esa calidad actuó en los tres convenios.

(...)

En ese orden, no hay razón que conduzca a inaplicar estas disposiciones, en tanto se trata de negocios jurídicos cumplidos con un organismo de cooperación internacional, en virtud de instrumentos internacionales y cuyo objeto fue, precisamente, la administración de recursos del erario».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratos celebrados con organismos de cooperación, asistencia o

ayuda internacionales: Se rigen por las normas del organismo, salvo aquéllos relacionados con recursos nacionales

ADMINISTRATIVA - Principio de selección objetiva

«Como el verdadero objeto de estos negocios jurídicos no permitía, por expresa prohibición legal, contratar de manera directa con el IICA, se recurrió a celebrarlos como convenios especiales de ciencia y tecnología para acudir a esa forma excepcional de elegir al contratista, con lo cual se obvió, de una parte, el deber de selección objetiva y, de otra, que en este concreto evento cualquier negocio jurídico celebrado por el Ministerio debía estar precedido de la licitación o concurso públicos, dada la cuantía de los recursos comprometidos.

Sobre ésta, las pruebas EF 14, EF 21 y EF 28, acreditan que al convenio 003 de 2007, se asignaron \$47.000.000.000 (...); al convenio 055 de 2008, \$140.000.000.000 (...) y al convenio 052 de 2009, \$100.000.000.000 (...).

Estos valores determinan que en los tres acuerdos la selección del contratista debía efectuarse acudiendo a la norma general, esto es a la licitación o concurso públicos, dado que en todos ellos se supera el valor de la menor cuantía, que permite, también por excepción, acudir a la contratación directa o, en el caso del negocio jurídico celebrado en 2009, a otro de los procedimientos señalados en la Ley 1150 de 2007».

ERROR DE TIPO - Vencible e invencible

«De manera reiterada la Corte ha precisado que esta clase de error puede ser invencible, cuando ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, el autor habría podido llegar a otra conclusión. Es vencible cuando la falsa representación podía evitarse o superarse si el autor hubiere colocado el esfuerzo explicativo a su alcance, que le era exigible, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. En este caso, la conducta será punible si está prevista como culposa.

Sobre el tema corresponde indicar que el procesado, según surge de su testimonio, cuenta con una vasta formación académica en ciencias económicas, que unida a su experiencia profesional, acuñada desde sus inicios en el sector oficial, lleva a inferir que conocía la trascendencia de la contratación pública como medio para concretar los fines del Estado, así como la necesidad de adelantarla respetando las normas que la regulan y que ese deber se reclama con mayor razón de quien tiene la potestad de disponer de los recursos estatales.

Por ello, no es posible admitir que el doctor AL, cuyo nivel de preparación académica es superior al promedio y fue caracterizado por quienes trabajaban a sus órdenes como un líder, muy inteligente, empoderado de su cargo y de sus deberes, meticuloso y exigente, no advirtiera la importancia que aparejaba su función de ordenador del gasto.

Por lo demás, ese discernimiento mínimo que cualquier empleado público de su rango y condiciones personales tiene, se incrementó con su designación como Viceministro de Agricultura, cargo en el cual, aunque no ejercía directamente la función contractual, sí tenía la de coordinar las Direcciones Técnicas, responsables de iniciar los trámites precontractuales en esa cartera, con la preparación de las propuestas, justificaciones técnicas y certificaciones de idoneidad.

(...)

Agréguese que a su conocimiento de los procedimientos contractuales que debían agotarse, contribuían dos hechos como antecedentes cercanos. (...). Por ello, no puede asumirse que el doctor A desconocía las normas que regulaban en ese momento la contratación estatal y que ellas debían regir esa actividad que funcionalmente le competía como titular en la entidad a su cargo.

(...)

El doctor AL suscribió directamente estos convenios, momento en el que podía y tenía la ineludible obligación de verificar la conformidad de su trámite con las normas vigentes, citadas de manera profusa en cada uno de aquellos. Tal deber, tiene dicho la Sala, no podía limitarse a una simple revisión de documentos, pues como ordenador del gasto tenía el deber inexcusable de garantizar la legalidad de la actuación, precisamente porque era quien podía comprometer con su voluntad final los dineros del erario.

Esa revisión hubiera bastado, se itera, para alertar al Ministro, sobre la protuberante irregularidad que significaba adelantar las convocatorias acudiendo al modelo contractual indicado.

(...)

Por lo demás, las circunstancias que rodearon la elaboración de los soportes contractuales, al igual que la suscripción de los convenios, apuntan a que el doctor AL, (i) conocía su obligación de acatar el Estatuto de Contratación Administrativa; (ii) sabía que los convenios especiales de ciencia y tecnología sólo pueden tener por objeto las actividades señaladas por el legislador y (iii) pese a ello, voluntariamente soslayó dichas normas al tramitar y celebrar los convenios 03 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009 los cuales no tenían por objeto actividades científicas o tecnológicas.

Actuación cuyo propósito fue legitimar la escogencia discrecional del IICA, determinada por su interés de ejecutar, cuanto antes, los recursos asignados al componente de riego y drenaje, cuyo control aseguraba a través de la organización implementada en ese tipo de negocios jurídicos.

(...)

Concretamente, según esta parte, el error invencible se produjo porque «...todos creían que fomentar el riego en el sector agrario en aras de mejorar las condiciones técnicas de producción mediante un mecanismo concursal era el instrumento adecuado e idóneo para activar uno de los componentes de la Ley 1133 de 2007, concretamente el que trata de apoyo a la competitividad...»; creencia reforzada porque (i) se buscaba implementar esa herramienta legal; (ii) funcionarios del Ministerio en razón de viajes realizados a Chile, Brasil y México, estimaban que apoyar el fortalecimiento del riego mediante transferencia de tecnología era el mejor mecanismo para otorgar los apoyos a la competitividad; (iii) se creía que para lograrlo era preciso asociarse con una entidad que tuviera la experiencia para manejar fondos concursales y (iv) durante los últimos años, el Ministerio venía manejando lo relativo a ciencia y tecnología a través de convenios de asociación, de manera directa.

Esta postura no puede acogerse porque parte de una premisa falsa: que la modalidad contractual aplicable no estaba determinada por el objeto de los convenios, sino por la finalidad del concurso y que ésta consistió en transferencia de conocimientos científicos y tecnológicos.

Claro es que el objeto de los negocios jurídicos cuestionados radicó en implementar una convocatoria pública, actividad que, ya se analizó, no puede confundirse con su finalidad, esto es asignar a particulares unos recursos públicos para implementar los proyectos de riego diseñados por ellos.

Menos aún puede asimilarse a las actividades cumplidas por los interesados para concretar dichos proyectos, que si bien pudieron aparejar mejoras a la infraestructura agropecuaria, no comportaron desarrollos de ciencia, tecnología o innovación, por las razones expuestas a espacio en acápite anterior, con fundamento en el Manual de Oslo y el testimonio del perito traídos por la defensa.

Estas mismas razones impiden predicar la ocurrencia de un error de tipo superable, en tanto la prueba aportada acredita, no la violación a un deber objetivo de cuidado,

sino la realización de una conducta eminentemente dolosa».

CULPABILIDAD - Elementos básicos de la exigibilidad / **CULPABILIDAD** - Demostración

«En sentencia del 22 de junio de 2011, emitida en el radicado 35943, la Sala se refirió a los elementos de la culpabilidad, así:

Por su parte, la opinión dominante en la doctrina contemporánea no defiende una postura distinta, pero no con base en un fundamento de orden legal, sino propio de la teoría del delito, según el cual la noción de culpabilidad (en tanto límite y sentido de la pena) comprende un reproche de índole personal:

“En el juicio de reproche deben de tenerse en cuenta [...] no sólo todos los elementos objetivos y subjetivos de la acción u omisión típica y antijurídica realizada, sino también todas las circunstancias que rodearon la conducta delictiva y que concurrían en el delincuente. En lo que a éste respecta hay que tener en cuenta su vida anterior -el medio social del que procede, si pudo o no recibir una educación adecuada, si pudo o no conseguir trabajo, sus posibles antecedentes penales... - y su personalidad. [...] No es que el objeto del juicio de reproche sea la vida del delincuente (culpabilidad por conducta de vida) o su carácter, sino que esos datos son relevantes para determinar si la realización de la acción u omisión típica y antijurídica le era o no reprochable y, en su caso, en qué medida le era reprochable”.

La aplicación de esos criterios en este caso, conducen a señalar que el doctor AFAL, además de tener la madurez síquica de un ciudadano corriente, cuenta con formación académica lograda en las más reputadas instituciones, lo que le permitió alcanzar títulos y conocimientos superiores al promedio; ha residido de manera permanente en núcleos urbanos y tenido vinculación permanente con el sector oficial, circunstancias que le permitían conocer la obligación de respetar el ordenamiento jurídico y le brindaban condiciones para obrar ciñéndose a él.

La experiencia del doctor A en el sector oficial, a partir de su desempeño como alto funcionario del Banco de la República, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la Superintendencia Financiera y Viceministro de Agricultura, le permitían saber la trascendencia de la contratación estatal y la obligación de respetar en su desarrollo los principios rectores de la función pública.

En ese contexto, respecto del doctor AL puede predicarse la conciencia de la antijuridicidad de las actuaciones que concretó y la exigibilidad de un

comportamiento diferente, esto es conforme a derecho, respetuoso del alto cargo que desempeñaba y consecuente con la realidad social y económica del país».

PECULADO POR APROPIACIÓN - Disponibilidad jurídica: Ministro

«Aunque con ocasión de los citados convenios el IICA recibió los rubros destinados a las convocatorias de riego y drenaje, el Ministro conservó su disponibilidad jurídica, es decir la facultad de manejarlos en razón de sus funciones, así materialmente no estuvieran a su disposición.

Esto fue posible gracias a la organización dispuesta para administrar los convenios, a que el doctor AL intervino en el diseño y aprobación de los términos de referencia de las convocatorias, a que pudo incidir en el proceso de calificación de los proyectos presentados y a que el Ministerio se reservó la facultad de aprobar los listados de las propuestas elegibles.

(...)

Es claro que el doctor AL tuvo en la Unidad Coordinadora de AIS un instrumento a su disposición para controlar, el desarrollo de los convenios que tuvieron por objeto las sucesivas convocatorias para asignar subsidios destinados a riego y drenaje y, además, la inversión de los recursos públicos desembolsados con ese fin.

(...)

Los comités administrativos estuvieron integrados mayoritariamente por Directivos del Ministerio, con dependencia funcional de su titular, situación que unida a las funciones encomendadas, permitía al doctor AL conservar el control de los recursos asignados a cada convenio, formalmente entregados al IICA para su administración.

(...)

Poco importaba, (...), que el titular de agricultura no fuera miembro del Comité Administrativo. Eso nunca le impidió participar en tal calidad y tomar decisiones en los convenios vinculados con AIS.

(...)

Evidencia adicional de que el Ministro orientó la entrega de los recursos destinados a riego y drenaje es su total injerencia en el diseño y aprobación de los términos de referencia de las convocatorias que constituían el objeto de los convenios reprochados, labor que asumió directamente, pese a que hacían parte de las tareas convenidas con el IICA.

(...)

Se concluye que el IICA no fue autónomo en el establecimiento de las reglas de los concursos y que en esa labor el doctor AL no se limitó a dar lineamientos de política pública como ha aducido su defensa: desde antes de suscribir los convenios que la Fiscalía cuestiona, el Ministro orientó directamente la elaboración de los términos de referencia de las convocatorias que constituían su objeto, es decir las reglas que permitían escoger los proyectos beneficiados con los subsidios de riego y drenaje, labor para la cual tenía toda la idoneidad, dada su calificada formación profesional en economía, que lo habilitaban para señalar variables de ese contenido.

(...)

En esas circunstancias, es claro que al Ministro sólo le interesaba hacer prevalecer su voluntad en el manejo de los recursos, establecida a través de los términos de referencia y orientada a que aquellos se radicaran en los precisos sectores a donde efectivamente llegaron desatendiendo los criterios de equidad indispensables para alcanzar los propósitos de AIS.

(...)

Las maneras a través de las cuales el Ministro permitió esa apropiación ilegal de dineros públicos por parte de terceros, fueron las siguientes:

1. Fraccionamiento ficticio de un inmueble para presentar proyectos vinculados con los predios resultantes como si se tratara de diferentes fincas.
2. Asignación y entrega, en idéntica o en sucesiva convocatoria, de varios subsidios para el mismo grupo familiar y/o empresarial.
3. Obtención de subsidios para proyectos que no satisfacían los requerimientos técnicos de la convocatoria, mediante una recalificación no prevista en el concurso, efectuada por un «grupo de expertos».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Imputación fáctica y jurídica de los cargos, no imputar jurídicamente pero sí fácticamente el grado de tentativa, no vulnera el principio

«La Fiscalía en el escrito de acusación al referirse al punible de peculado, predicó la apropiación de \$3.074.788.651 por parte de este grupo, suma ratificada durante el juicio por el perito, lo cual implica que la suma anotada incluye los \$2.634.703.151 realmente entregados a estas personas por el IICA y los \$440.085.500 no recibidos por los señores DA.

Sin embargo, en la acusación no se indicó que la adjudicación de la última suma aparejaba un peculado por apropiación en la modalidad de tentativa, como si lo hizo en sus alegatos conclusivos.

Con fundamento en esa circunstancia la defensa solicitó excluir este cargo, aduciendo la violación del principio de congruencia consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

Según esta preceptiva, «el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena», lo cual supone que la acusación debe precisar los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta punible por la cual se procede, señalando su respectiva calificación jurídica. Sobre el tema, la Corte ha indicado:

El desconocimiento de este apotegma, mucho se ha dicho por esta Sala, aún en vigencia de estatutos procesales precedentes, no sólo comporta vulneración de la estructura del proceso, sino que además afecta el derecho a la defensa, por cuanto el sujeto pasivo de la acción penal resulta sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas y/o jurídicas respecto de las cuales no ha tenido oportunidad de controversia.

Por consiguiente, la incongruencia, entendida desde la doble perspectiva de garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la Fiscalía, o ya con las conductas punibles atribuidas en el acto complejo de acusación.

En el sistema acusatorio introducido con la ley 906 de 2004, dicha imputación es mixta, esto es, fáctica y jurídica, porque sólo de esta manera podría garantizarse el derecho de defensa y el principio acusatorio, el cual tiene entre sus proyecciones esenciales la comunicación de la acusación al procesado, la que no puede quedar reducida a la simple notificación sobre la existencia del pliego de cargos formulado en su contra, sino que es perentorio informar por el delegado de la Fiscalía sobre la denominación de las conductas imputadas en forma precisa que se le permita la plena comprensión en rededor de sus alcances y consecuencias, garantía que no se logra, sino a través de la conexión entre las imputaciones fáctica y jurídica.

La Sala ha puntualizado en cuanto al primer concepto, es decir, al de imputación fáctica, que se contrae al deber de precisar los hechos constitutivos de la conducta típica objeto de investigación, valga aclarar, el conjunto de circunstancias espacio temporales y modales que la configuran; mientras el de imputación jurídica se relaciona con la determinación, también

clara y concreta, del delito cometido, o especie delictiva que se endilga.

En cuanto a las eventualidades procesales que pueden configurar vulneración del principio de congruencia, se han señalado las siguientes: por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación (según sea el caso) o de acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación (CSJ SP, 7 septiembre 2011, Rad 35293).

Consecuente con estos criterios, la situación descrita carece del alcance pretendido por la defensa, por cuanto el supuesto fáctico a partir del cual la Fiscalía predicó la ocurrencia del peculado por apropiación en favor de terceros, en este caso el (...), se precisó al formular la acusación, al igual que la calificación jurídica que éste merecía y la cuantía concreta de lo apropiado.

Se trata entonces, de una circunstancia que no afecta la esencia de la imputación fáctica o jurídica, que han permanecido inmutables y, en ese orden, ni el acusado ni su defensa, pueden aducir que se les sorprende con este cargo, porque en los alegatos de conclusión se indique que el punible acaeció en la modalidad de tentativa frente a \$440.085.500 de los \$3.074.788.651 atribuidos a este grupo, razón que impide acoger la petición de la defensa».

PECULADO POR APROPIACIÓN - Dolo / DOLO - Demostración

«Los medios de convicción recaudados en el debate muestran al doctor AL como coautor responsable, a título de dolo, de los delitos de peculado por apropiación, cometidos en la forma descrita.

En torno a la demostración del dolo, la Sala ha señalado:

En cuanto se relaciona específicamente con el dolo, es claro que por tratarse de un proceso interno, de naturaleza mental o psíquica, por lo regular no es perceptible o palpable a través de medios de prueba directos (testimonio, confesión, documento, etc.), siendo su fuente común de prueba la indiciaria, lo cual no quiere decir que sea imposible de probar, toda vez que puede evidenciarse a través de los actos externos

que despliega el agente y en general, de la suma de circunstancias que rodearon el hecho, de suerte tal que nada impide que con los mismos elementos con los que se encuentra acreditada la subsunción del comportamiento en la norma (tipicidad) y la contrariedad del mismo con el bien que protege el legislador (antijuridicidad), también pueda inferirse con la observancia de los postulados de la sana crítica el conocimiento y voluntad del sujeto activo en la realización de la conducta punible.(CSJ, SP, 04 Mar 2012, Rad. 38254).

En este caso, las circunstancias en las cuales acaecieron los hechos, acreditadas en la forma expuesta, muestran que el doctor AL, conocía la ilegalidad de su comportamiento y voluntariamente lo realizó.

En el análisis de este tópico impera reiterar que, atendidos sus propósitos, antecedentes y cuantías comprometidas, el programa AIS tenía la mayor importancia para el Gobierno nacional y para la cartera de Agricultura y Desarrollo Rural, cuyo titular, al presentar sus alegatos de conclusión no dudó en aceptarlo así y precisar que los resultados incluso incidían, como es apenas lógico, en su imagen profesional.

De igual forma, que el doctor AL, tiene un estilo de trabajo descrito por sus colaboradores como minucioso, atento al detalle, a la cifra, exigente, que hace seguimiento preciso a los temas y con una memoria impresionante.

En ese contexto, a la demostración del dolo que signó su comportamiento, además de su estricto control al manejo de los recursos, concurre el no atender el informe rendido por la firma (...), con fundamento en su experiencia como calificadora de los proyectos presentados en 2007.

La existencia de ese informe, fechado en junio de 2007, fue comunicada al Ministro A por el Director de la Unidad Coordinadora, JCSR, según reconocieron ambos y su trascendencia, unida a la indiscutible idoneidad del procesado, impide aceptar que éste desconociera sus términos y los desatendiera.

En efecto, no se trataba de cualquier informe, en tanto respondía al desarrollo de los objetivos del convenio 003 de 2007, como sabía el doctor A por haber suscrito este acuerdo; además se orientaba a establecer cómo se había cumplido la convocatoria de ese año y a medir su impacto, asuntos que obviamente interesaban al Ministro como director de AIS, su programa bandera.

(...)

Ahora, JCS dijo y así lo aceptó el doctor A, que éste fue enterado de la observación relativa a la inconveniencia de otorgar un subsidio del 80% del costo asignado al proyecto, porque se podía generar un aumento de su valor real para lograr el pago del 100%. Si el Ministro fue informado de esa situación y había asumido la formulación de los términos de referencia de las convocatorias en asocio de la Unidad Coordinadora, no resulta consecuente que omitiera conocer las «Recomendaciones para convocatorias futuras» contenidas en el informe, las cuales, sin duda, podían contribuir a su tarea.

(...)

La voluntad del doctor A de disponer a su criterio de los dineros públicos se vio también reflejada en su desatención a las cifras del Anuario Estadístico del Ministerio que, como lo precisó el presidente de la SAC, RML, mostraban que las inversiones por hectárea para irrigación en pequeña escala eran de \$1.4 millones, cifra distante de los 7 millones fijados, siguiendo sólo el criterio del Ministro, en las convocatorias para irrigar esa misma unidad.

(...)

A idéntica conclusión lleva su pasividad frente al fraccionamiento de proyectos señalado por (...) en el mismo informe.

(...)

Por lo demás, sólo la conciencia de la ilicitud de su conducta justifica la actuación cumplida por el Ministro una vez se desató el escándalo.

Sobre el particular, la Fiscalía demostró que como en el caso de sus inmediatos colaboradores, frente a quienes ensayó el expediente de adelantar una defensa monolítica, el doctor AL acudió a los beneficiarios de los subsidios reprochados, reunidos en Cartagena con ocasión del congreso de palmicultores, para indicarles que no dieran declaraciones a la prensa pues él se encargaría de dar las explicaciones correspondientes.

Ese no es el proceder de un Ministro de Estado que se sabe ajeno a cualquier irregularidad en la adjudicación de subsidios, que ya para ese momento evidenciaba las situaciones denunciadas por la revista Cambio en su ejemplar 847 del 24 de septiembre de 2009.

(...)

Las razones que se dejaron expuestas permiten radicar en el doctor AL la entrega irregular de subsidios en detrimento del erario público, a título de dolo.

DECISIÓN:

Condenar

SALVAMENTO DE VOTO: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: Requisitos, relación clara y sucinta de los hechos

CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES-Dolo

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratación directa: Procede para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, requisitos

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: Requisitos, relación clara y sucinta de los hechos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: Imputación fáctica: No puede incluir imputaciones supuestas y / o sobreentendidas

PRUEBA - Apreciación probatoria: Apreciación integral de la prueba

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Imputación fáctica y jurídica de los cargos, requiere de un pronunciamiento en la sentencia

CONCURSO - Diferencia con el delito continuado

SENTENCIA - Motivación: No puede incluir juicios de valor sobre personas no vinculadas al proceso

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Circunstancias de agravación / **LEY 890 DE 2004** - Aumento de penas art. 14: Es una circunstancia de agravación punitiva genérica

Providencia. N° AP3589-2014 Rad. (43696)

M.P. Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

LEY DE JUSTICIA Y PAZ: REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Corte decide la apelación interpuesta contra la providencia que negó la sustitución de medida de aseguramiento de JPJ. Consideró el recurrente que se violó el principio de legalidad puesto que en dicha providencia se establecen criterios adicionales no consagrados en la norma para conceder la sustitución de la medida de aseguramiento.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: Sustitución, requisitos, haber

Carrera 8 N° 12 A - 19. Bogotá D.C.

participado en actividades de resocialización, razonabilidad frente a los derechos a la verdad, justicia y reparación

«En lo que a la readaptación se refiere, el artículo 29 de la Ley de Justicia y Paz contiene como exigencia para que el condenado acceda a la pena alternativa, que “se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad”, lo cual está vinculado con la garantía de no repetición.

Sin embargo, no puede perderse de vista que los derechos a la verdad, justicia y reparación de que son titulares las víctimas, son fundamentales en este proceso transicional. En ese orden, es prioritario que el postulado al tratamiento indulgente previsto por la Ley 975 de 2005, comparezca a todas y cada una de las diligencias que se le programan con el objetivo primordial de desentrañar la verdad de todo el accionar del grupo al que pertenecía, sin que pueda oponerse al cumplimiento de dicha obligación, esencial, se insiste, la participación en las actividades de resocialización ofrecidas por el centro de reclusión; de suyo escasas.

Por tanto, la disponibilidad del desmovilizado para participar en las diligencias que en cumplimiento de la garantía de verdad se programan, no puede interrumpirse o postergarse por la participación en programas de reintegración a la sociedad, disponibilidad que implica el traslado por diferentes centros de reclusión, desplazamiento a distintos despachos judiciales, con lo cual se altera, sin duda, la adecuada participación en los programas de reintegración social, lo que, en todo caso resulta inoponible a ellos, dado que están al servicio, antes que nada, de la verdad.

Como se puede ver, PJ ha participado en innumerables audiencias, al punto que ha confesado 231 hechos delictivos y participado en múltiples versiones colectivas, según se infiere de lo relatado en la actuación, por lo que reprochársele que sólo tenga 22 meses de trabajo, estudio o enseñanza, supone desconocer que su obligación principal es la de contribuir eficazmente con la construcción de la verdad.

En consecuencia, la Sala halla razonables los planteamientos del apelante cuando concluye que no existen elementos de juicio que puedan llevar a considerar que PJ ha rehusado, de manera injustificada, a participar en los programas de resocialización que se le han ofrecido».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: Sustitución, requisitos, haber obtenido certificado de buena conducta

«En relación con la exigencia prevista en el mismo numeral segundo del artículo 18 A de la Ley 1592 de 2012 relacionada con la buena conducta que debe acreditar el desmovilizado para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento, la Sala encuentra necesario recordar que desde la expedición de la Sentencia C-370 de 2006 cuando al declararse inexecutable el artículo 31 de la Ley 975 de 2005, se viene advirtiendo que los establecimientos en que los desmovilizados deben estar reclusos deben ser aquellos sometidos al control penitenciario y carcelario.

Pues bien, dicha consideración supone que lo que se ha pretendido desde entonces es el imperio de la normativa que regula el régimen penitenciario y carcelario previsto en la Ley 65 de 1993 en concordancia con la ley 1709 de 2014, dentro de la cual la calificación de la conducta del interno se realiza de una manera reglada y por tanto, la misma se evalúa tal como allí se señala, por los órganos competentes, en la forma y con los procedimientos allí previstos.

En ese orden, cuando el numeral 2º del artículo 18 A de la Ley 975 de 2005 determina que el desmovilizado que aspira a ser beneficiado con la sustitución de la medida de aseguramiento debe acreditar su buena conducta, no cabe duda que la misma se demuestra tal y como se dispone en dicho plexo normativo; y en ese sentido, así lo ha acreditado el desmovilizado PJ, sin que puedan exigírsele requisitos adicionales. En suma, demostró que durante el tiempo que ha permanecido privado de la libertad, ha mantenido buena conducta tal y como lo indica la norma cuya aplicación se solicita.

Vale la pena advertir que al momento de evaluarse la concesión de la sustitución de la medida de aseguramiento, se debe ponderar con cuidado y consultando la teleología general del instituto, la especie, intensidad y dimensión de la posible falta disciplinaria que haya impedido la obtención del certificado de buena conducta, la cual, para poder utilizarse como motivo para negar la medida liberatoria, habrá de estar íntimamente ligada con el incumplimiento de las obligaciones principales del desmovilizado; así como la forma en que habría de superarse. Esto por cuanto no puede medirse con el mismo rasero el acatamiento de obligaciones relacionadas con la exitosa satisfacción de la verdad, la justicia y la reparación efectiva, con faltas que pueden no revestir una trascendencia tal que con fundamento en su existencia se cierren las puertas de la cárcel, sin

existir una vía jurídica expresa mediante la cual se pueda tasar en tiempo, la trascendencia de dicha sanción.

Porque, de otro modo, la existencia de una falta disciplinaria menor, tendría la virtualidad de producir consecuencias desproporcionadas frente a la libertad, la cual se negaría en su presencia, sin importar que las principales obligaciones del desmovilizado fueron cumplidas cabalmente.

Así, en el asunto de la referencia, los incidentes que se relatan, como el hallazgo de licor en la celda de PJ, y la utilización posiblemente inapropiada de un computador suministrado al parecer para la preparación de sus versiones, no pasan de ser episodios menores frente a la magnitud de los compromisos asumidos por el desmovilizado en referencia con la terminación del conflicto armado y por supuesto con su cumplimiento.

En todo caso, dichos sucesos no han sido calificados como faltas disciplinarias por la autoridad competente, ni tampoco han afectado la calificación de la conducta del desmovilizado, y por tanto, no está acompañado de la razón quien con fundamento en su apreciación, considera incumplida una de las exigencias para conceder la sustitución, cuando el requisito que contiene la norma hace relación exclusivamente a la calificación de la conducta como “buena”».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: Sustitución, requisitos, participación y contribución al esclarecimiento de la verdad

«En relación con si PJ ha colaborado suficientemente con la construcción de la verdad, hay que advertir que tal consideración no se consolida única y exclusivamente con la certificación de todos y cada uno de los fiscales que escucharon las versiones libres que rindió; pero además, hay que recordar que el fiscal tiene una enorme responsabilidad en relación con la actividad que realiza el desmovilizado frente a su obligación de contribuir a dicha construcción, la cual, de no cumplirse, activa en dicho funcionario la legitimidad para perseguir su exclusión.

En otras palabras, carece de legitimidad para oponerse a la sustitución de la medida de aseguramiento, el fiscal que a estas alturas del proceso argumenta que el desmovilizado no ha colaborado de manera suficiente con el esclarecimiento de la verdad; ya que, de ser cierto, lo que debió hacer fue solicitar su expulsión tan pronto como tal comportamiento evasivo quedó evidenciado».

DECISIÓN:

Revocar

**Providencia. N° AP3586-2014 Rad. (43679)
M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL TÉRMINO PARA OTORGAR LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO A QUIEN SE DESMOVILIZÓ INDIVIDUALMENTE ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 975 DE 2005 Y ESTANDO EN LIBERTAD, SE CONTABILIZA A PARTIR DE LA POSTULACIÓN POR PARTE DEL GOBIERNO NACIONAL

ANTECEDENTES RELEVANTES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la providencia que negó la de sustitución de la medida de aseguramiento. Argumenta que ya se cumplió el requisito del término de 8 años, ya que éste debe contarse a partir de la privación de la libertad y no a partir de la postulación.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: Sustitución, requisitos, contabilización del término de privación de la libertad, cuando se desmovilizó individualmente antes de la Ley 975, estando en libertad

«En relación con el momento a partir del cual comienza a contarse el término mínimo de privación de la libertad, se tiene que el Decreto 3011 de 26 de diciembre de 2013 estipula que para aquellos eventos en que el postulado se haya desmovilizado estando en libertad, independientemente de que tal acontecimiento se hubiere materializado antes o después del 25 de julio de 2005, lo será a partir de su reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario.

Por el contrario, respecto de aquél postulado que se encontraba detenido al momento de la desmovilización, señala la norma que los ocho (8) años de reclusión se contarán “...a partir de su postulación a los beneficios que establece la presente ley...”.

De otra parte, es necesario tener en cuenta la forma en que se produjo la desmovilización, esto es si individual o colectiva, toda vez que, según se trate una u otra, así mismo operan las orientaciones previstas en la normatividad para efectos de contabilizar el lapso en cuestión.

En ese orden, los desmovilizados en forma individual, es decir quienes dejaron las armas producto de una decisión personal, autónoma y voluntaria, desligada del proceso de negociación del Gobierno con el grupo

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

ilegal al que perteneció, pueden acogerse al trámite de Justicia y Paz y optar por el beneficio de la pena alternativa, siempre y cuando cumplan las exigencias previstas en el mencionado artículo 11 y sean postulados por el Gobierno Nacional, en la medida en que éste último acto constituye condición esencial para ingresar a la justicia transicional, pues sin él, así se haya producido la desmovilización, no hay posibilidad de acceder a dicha jurisdicción.

(...)

Cuando la desmovilización se produjo de manera individual, el momento a partir del cual el desmovilizado puede acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz es el de la postulación por parte del Gobierno Nacional, pues sólo una vez producido este acto adquiere la expectativa razonable de obtener el beneficio de la pena alternativa.

Así lo expresó la Corte Constitucional mediante Sentencia C-015 del 23 de enero de 2014, al declarar exequible el parágrafo del artículo 18 A de la Ley 1592.

(...)

JPB se desmovilizó de forma individual antes de la expedición de la ley de Justicia y Paz con el propósito de obtener los beneficios consagrados en la Ley 782 de 2002. En ese orden, sólo con su postulación adquirió la expectativa de obtener los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, por manera que ese es el hito a partir del cual debe contarse el término de 8 años para la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva de que trata el artículo 18 A de la Ley 1592 de 2012».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: Sustitución, requisitos, contabilización del término de privación de la libertad, cuando se desmovilizó individualmente antes de la Ley 975, estando en libertad / JURISPRUDENCIA - Precedente: Fuerza vinculante

«Sostiene el peticionario que en esta oportunidad es procedente aplicar lo decidido por la Sala en auto del pasado 9 de abril del año en curso, radicado 43178, en cuanto expresa que “...Quienes gozando de libertad se desmovilizaron, el plazo de sus ocho años empieza a contarse desde el ingreso al centro de reclusión correspondiente; y, para quienes estaban privados de la libertad para cuando se desmovilizaron bajo las expectativas ofrecidas por la Ley 975 de 2005, el lapso de los ocho años necesarios para tener derecho a la sustitución de la medida privativa de la libertad, se contabiliza desde el momento de su postulación por parte del Gobierno Nacional, con independencia de que

se trate de desmovilizaciones individuales o colectivas, ya que la norma en cita no hace distinción alguna...”.

Sin embargo, es del caso advertir que el mencionado pronunciamiento no constituye un precedente judicial, razón por la cual carece de fuerza vinculante para los operadores judiciales.

Lo anterior teniendo en cuenta que si bien conforme con la sentencia de inexequibilidad C- 836 de 2001, la Corte Suprema de Justicia, según el marco constitucional y legal, es la encargada de establecer la interpretación del ordenamiento jurídico, en tanto se trata del máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, conforme a sus salas especializadas, lo cierto es que la fuerza normativa de las decisiones adoptadas por esta Corporación deviene:

- a) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria;
- b) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades;
- c) el principio de la buena fe, entendido como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; y dado el carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que la Sala ha construido, de acuerdo con la realidad social que se pretende regular.

Adicionalmente, no se puede perder de vista que, según se desprende de la decisión emitida por la Sala el 1° de febrero de 2012, radicado 34853, la Sala consideró como motivo para derivar fuerza vinculante a la jurisprudencia el postulado de coherencia, según el cual, “no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra, pues comportaría una transgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables”.

Ello sin perjuicio que los Jueces de la República también puedan ser creadores de derecho, siempre y cuando expongan de manera clara y razonada los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en tanto en Colombia opera un sistema relativo de jurisprudencia, habida cuenta que los operadores de

justicia en el ámbito de resolver los conflictos puestos en su conocimiento pueden apartarse de las decisiones de las altas Cortes, salvo de los fallos de inexequibilidad dictados por el Tribunal Constitucional, pero bajo unos condicionamientos claros y específicos "...que no obedecen simplemente a su capricho o a la mera disparidad de criterios, bajo el argumento del respeto de imparcialidad y autonomía judicial...".

En tales condiciones, es claro que la decisión de la Corte adoptada el 9 de abril de 2014, no constituye un precedente judicial, toda vez que las partes de las providencias que tienen fuerza normativa son las relacionadas con los principios y reglas jurídicas sustento del pronunciamiento, con base en las cuales se resuelve el caso concreto.

Es decir, no todo el texto de las motivaciones resulta obligatorio, teniendo en cuenta la distinción conceptual entre las afirmaciones dichas de paso -obiter dicta- y los fundamentos jurídicos suficientes que son inescindibles de la decisión acerca de un punto de derecho -ratione decidendi-, puesto que sólo estos últimos son de imperioso acatamiento, en la medida en que están relacionados de manera directa y necesaria con la solución del caso, dándose las razones para resolver el punto concreto en uno u otro sentido.

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que el auto de segunda instancia dictado por la Corte y que cita el defensor, estaba enfocado a solucionar lo atinente a la sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad de un postulado quien se desmovilizó de manera colectiva con el "Bloque Catatumbo" de las Autodefensas Unidas de Colombia el 10 de diciembre de 2004, aspecto éste que constituye la razione decidendi de la providencia.

Mientras que el tópico de la posibilidad de emitir idéntico pronunciamiento pero en esta oportunidad respecto de quienes se desmovilizaron de manera individual, no hacía parte del problema jurídico planteado en sede del recurso de apelación, ni tampoco estaba inescindiblemente vinculado con la decisión.

Además, mírese como el discurso argumentativo plasmado en ese pronunciamiento, no hizo una verificación de las decisiones emitidas por la Sala en anteriores oportunidades y cuyos apartes pertinentes se transcribieron en párrafos anteriores, en orden a (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales, sino que se limitó a señalar una pauta

para la contabilización del término de ocho (8) años de privación de la libertad de que trata la norma.

Por tanto, frente al tema que se debate en esta providencia, la dictada el 9 de abril de 2014 dentro del radicado 43178, no constituye un precedente judicial que impusiera el acatamiento de los funcionarios judiciales en los términos indicados anteriormente, motivo por el cual no le asiste razón al libelista en torno a la afirmación contraria que hace al respecto».

DECISIÓN:

Confirmar

**Providencia. N° AP3135-2014 Rad. (41052)
M.P. Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: CONSIDERACIONES
ACERCA DE LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS**

(APLICACIÓN DE LA LEY 1592)

ANTECEDENTES RELEVANTES

«Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los postulados, contra la decisión, mediante la cual la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial (...), se pronunció sobre la solicitud de acumulación de procesos impetrada por los Fiscales delegados ante la Unidad Nacional de Justicia y Paz».

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Acumulación de procesos (Ley 975): Procesos ordinarios con otros de justicia transicional, oportunidad / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Acumulación de procesos (Ley 1592):** Procesos de justicia ordinaria con otros de justicia transicional, oportunidad

«La forma y oportunidad para acumular procesos en curso de la justicia ordinaria a la transicional están expresamente reguladas en la Ley de Justicia y Paz, sin necesidad de acudir a otro ordenamiento, el cual, no obstante, ha sufrido variaciones conforme a las modificaciones.

Así, en un comienzo, en vigencia del artículo 11 del Decreto 3391 de 2006 (derogado por el decreto 3011 del 26 de diciembre de 2013), la actuación procesal suspendida en la jurisdicción ordinaria se acumulaba definitivamente al proceso que se rige por la Ley 975 de 2005, respecto del postulado, después de declarada la legalidad de la aceptación de cargos por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior (CSJ AP, 17 oct. 2012, Rad. 39269, reiterado en la providencia del 29 de mayo de 2013, Rad. 41035).

Ahora, bajo la Ley 1592 de 2012, es el artículo 22 el que regula tal situación, conforme con la cual, la actuación procesal suspendida en la jurisdicción ordinaria se acumulará definitivamente al proceso que se rige por la Ley 975 de 2005, si el postulado acepta los cargos en la audiencia concentrada de legalización respectiva, realizada ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior, luego de lo cual, la Sala continuará con el respectivo trámite referente al control material y formal de la aceptación total o parcial de cargos para culminar con el incidente de identificación de las afectaciones causadas a las víctimas.

Con el Decreto 3011 de 2013, los artículos 19 y 25 señalan que cumplido el trámite de suspensión de procesos en la justicia ordinaria, que se debe realizar hasta antes de la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos, tales actuaciones se acumularán definitivamente al proceso penal especial de justicia y paz respecto del postulado, una vez sea admitida la aceptación de cargos por parte de la Sala en la sentencia».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Acumulación de procesos (Ley 1592): Procesos de justicia transicional, oportunidad

«En lo concerniente al momento procesal para unificar actuaciones que cursan en justicia y paz, ya sea para agrupar bloques, frentes o cuadrillas, aunque nada específico dice la ley, la Corte, en sentencia CSJ SP, 22 enero 2014, Rad. 42520, señaló que una mejor comprensión de los contextos de macro-criminalidad y macro-victimización se obtiene a través de la acumulación de las distintas actuaciones por frentes, con miras a emprender de manera conjunta la respectiva audiencia concentrada de formulación, aceptación y legalización de cargos.

(...)

Lo anterior sugiere que es al inicio de la audiencia concentrada y a instancias de la Fiscalía, que se debe solicitar la acumulación de procesos, para que previa motivación acerca del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículos 22 de la Ley 1592 de 2012 y 51 de la Ley 906 de 2004, relativos a que los delitos se hayan cometido durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado al grupo armado ilegal y sean conexos, resuelva la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz.

En caso de que decida unificarlos, dispondrá se continúe con la audiencia concentrada, para que de forma conjunta se realice la formulación, aceptación y

legalización de cargos, prosiga con el incidente de reparación integral y culmine con la sentencia.

Además, si la unificación no se dispusiera en este momento, carecería de utilidad para cumplir los principios procesales, en especial los de celeridad y economía, pues, lo que se pretende, bajo los lineamientos que ha fijado la Corte, es que la actuación se lleve de manera conjunta e ininterrumpida y que se legalicen en un solo acto los cargos previamente formulados y aceptados.

Esta hermenéutica armoniza con el hecho de que la Ley 1592 de 2012 modificó la competencia para conocer de la formulación y aceptación de cargos y la radicó en las Salas de Conocimiento de Justicia y Paz de los distintos Tribunales. Es entonces a partir de allí cuando procede el requerimiento de acumulación por la Fiscalía, que es a la que corresponde fijar la estrategia procesal para implementar el procesamiento conjunto de las actuaciones, con miras a cumplir los fines de la Ley 975 de 2005, solución que satisface el interés preponderante de las víctimas.

(...)

Observa la Sala que los procesos que se pretenden acumular ya cumplieron con todas las etapas ante el Magistrado de Control de Garantías, sea porque culminaron las audiencias de imputación y formulación de cargos bajo la Ley 975 de 2005, o por lo menos con la primera, teniendo en cuenta que la segunda se hizo innecesaria por la entrada en vigencia de la Ley 1592 de 2012, que la suprimió.

Entonces, le asiste razón al recurrente, pues están en el mismo estadio procesal, es decir, para dar curso a la audiencia concentrada de formulación y legalización de cargos ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, el cual se erige como el momento oportuno para implementar el procesamiento conjunto de las actuaciones, con miras a cumplir con los fines de la Ley 975 de 2005, satisfaciendo de paso el interés preponderante de las víctimas.

(...)

De esta manera, no encuentra la Sala escollo alguno para que se acumulen y continúen bajo la nueva Ley, más aún cuando está descartada la tesis del Tribunal de que la Ley 1592 de 2012 constituye un proceso independiente e irreconciliable con el previsto en la Ley 975 de 2005. Al efecto, obsérvese el proyecto de Ley 096 de 2011 que cursó ante el Congreso, el cual hacía referencia a “modificaciones a la ley 975 de 2005”, “reforma parcial a la Ley 975 de 2005”, o incluso el título de la ley, que no deja dudas sobre ese particular: “Por medio de la cual se introducen modificaciones a la

Ley 975 de 2005...”; por ello, resulta acertada la manifestación del recurrente al afirmar que las leyes en mención no son incompatibles, sino complementarias».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Acumulación de procesos: Improcedencia, cuando el postulado siguió delinquiendo después de su desmovilización

«En cuanto al pronunciamiento del Tribunal negando la acumulación de los procesos seguidos contra los ya sentenciados EYAC, JACR, MCA, EFGC y JERV, la Corte lo considera acertado, ya que continuaron delinquiendo luego de su desmovilización y se encuentran condenados con sentencia en firme.

Ahora, pese a que el conocimiento de tal situación lo obtuvo por parte de otro postulado y no de la Fiscalía, no se duda sobre el particular, pues, el a quo relató en forma detallada los hechos y fechas de las sentencias, lo cual no fue desmentido o controvertido por la fiscalía o los defensores. Así, registrada esta situación como cierta, es innegable que a más de evidenciarse la falta de lealtad y compromiso de los desmovilizados, la acumulación devendría inane, pues desatendería sus caros objetivos cuales son propiciar la materialización de los principios de justicia, verdad y reparación de forma celeré y oportuna a través de una sola sentencia, y por el contrario retrasaría el procedimiento transicional al pretender acumular para luego excluir.

Acerca de este punto, es innegable la falta de diligencia de la Fiscalía, ya que debe estar al tanto de las situaciones de exclusión de los postulados, teniendo la obligación de acudir ante la Sala de Conocimiento a fin de obtener su desvinculación y evitar actuaciones que a la postre tan solo devendrían dilatorias de otros procesos».

DECISIÓN:

Revocar y Confrmar

**Providencia. N° AP3873-2014 Rad. (44076)
M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ
MUÑOZ**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: CONSIDERACIONES
ACERCA DEL TRÁMITE CUANDO HAY
CONTROVERSIA EN CUANTO AL JUEZ
COMPETENTE PARA CONOCER DE UN ASUNTO**

ANTECEDENTES RELEVANTES

Después de ejecutoriada la sentencia de justicia y paz contra ECT y UEBM, una de las víctimas solicitó aclaración de la misma ya que la reparación que correspondía a su familia, fue adjudicada a un sujeto que no tiene nada que ver con el lazo familiar.

La solicitud se hizo ante el Tribunal, órgano que emitió la sentencia de primera instancia, el cual argumentó carecer de competencia porque la misma ya se encontraba ejecutoriada y por lo tanto correspondería al Juzgado de Ejecución de Penas. Éste a su vez rechazó la competencia por considerar que ésta se circunscribe a la vigilancia de la pena. En consecuencia, propuso un conflicto de competencia que ahora decide la Sala.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Definición de competencia: Cuando la competencia se disputa entre magistrados de justicia y paz /**LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Colisión de competencia:** Cuando la competencia se disputa entre magistrado de justicia y paz y juez que se rige por Ley 600 /**LEY DE JUSTICIA Y PAZ- Definición de competencia:** Cuando la competencia se disputa entre magistrado de justicia y paz y juez que se rige por Ley 906

«La Corte ha sostenido de manera reiterada (Cfr. CSJ AP, 14 Abr 2010, Rad. 33718) que las controversias sobre competencia, suscitadas al interior de un proceso de justicia y paz, deben dirimirse mediante el trámite de la definición (Ley 906), no el de la colisión (Ley 600).

Es necesario referir que en tres pronunciamientos (CSJ AP, 17 Nov 2011, Rad. 40048; CSJ AP, 20 Feb 2013, Rad. 40716; y CSJ AP, 22 Feb 2013, Rad. 40724), la Sala se abstuvo de resolver los incidentes de definición de competencia promovidos, por cuanto en vez de éstos, debían haberse propuesto y tramitado como incidentes de colisión de competencia.

La aparente contradicción se desvanece si se tiene en cuenta que en estas tres oportunidades, el conflicto se presentaba entre juzgados penales que conocían determinados procesos bajo la égida de la Ley 600, de una parte, y Salas de Justicia y Paz, por la otra.

Por lo tanto, la regla que debe extraerse de la doctrina jurisprudencial en cita es la siguiente: cuando la controversia sobre la competencia se presenta entre una autoridad que hace parte de la jurisdicción de justicia y paz y otra que pertenece a la penal ordinaria, el estatuto procesal por el cual se rige la actuación surtida ante esta última, es el que determina si debe acudirse al incidente de definición (Ley 906) o al de colisión (Ley 600). Pero, si el conflicto respecto de la competencia se suscita entre dos despachos que conforman la jurisdicción consagrada en la Ley 975, (verbi gratia, entre dos salas de justicia y paz de distintos tribunales), se resolverá siempre por los cauces del estatuto adjetivo del 2004.

En consecuencia, el sub examine corresponde a un incidente de definición de competencia, habida cuenta de que los dos extremos involucrados hacen parte de la jurisdicción de justicia y paz».

DECISIÓN:

Asignar competencia

Providencia. N° AP3481-2014 (42597)
M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

S.P.A. TÉRMINO PARA PRESENTAR Y DECIDIR EL MECANISMO DE INSISTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

Ante la solicitud del mecanismo de insistencia, la Procuraduría Delegada para la Casación Penal respondió positivamente el pedido del defensor e insistió ante la Corte para que se admitiera la demanda. La Sala se *abstiene* de conocer sobre la misma, por cuanto la misma fue presentada de manera extemporánea.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Mecanismo de Insistencia: Término, la Corte tiene legitimidad para establecerlo

«La Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la insistencia del Ministerio Público, por cuanto la misma fue presentada de manera extemporánea, lo cual equivale a no haberla allegado dentro del término de ley, generándose con ello la ejecutoria de la providencia que inadmitió la demanda de casación.

(...)

Ni la norma en cita, ni ninguna otra del estatuto procesal, hizo desarrollo alguno sobre aspectos trascendentes como la oportunidad de presentar la insistencia, razón por la cual, desde la providencia del 12 de diciembre de 2005 (CSJ SP, Rad. 24.322), la Sala ha reiterado de manera pacífica los siguientes lineamientos sobre ese “recurso de insistencia”:

(I) La insistencia no es un recurso propiamente dicho, sino un mecanismo especial, que únicamente puede ser promovido por el demandante dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual se decide no admitir la demanda de casación.

(II) La solicitud de insistencia puede ser elevada ante el Ministerio Público por intermedio de cualquiera de sus delegados para la casación penal, o ante uno de los magistrados que hubiese salvado el voto o que no

hubiese intervenido en la discusión ni suscrito el referido auto.

(III) Es facultativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en el que informará de ello al solicitante dentro de un plazo de 15 días.

(IV) El auto mediante el cual no se admite la demanda trae como consecuencia la firmeza de la sentencia contra la que se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conduzca a la admisión del escrito, o que la Corte actúe de oficio.

Sobre esos derroteros, que hoy se reiteran, deben hacerse las siguientes precisiones:

Lo primero que se advierte es si el juez (en este caso, la Sala de Casación Penal de la Corte) se encuentra legitimado para fijar términos.

La respuesta es afirmativa, por cuanto del artículo 158, pero especialmente del 159, de la Ley 906 del 2004, surge que el juzgador se encuentra habilitado para fijar un término judicial “en los casos en que la ley no lo haya previsto”.

No constituye obstáculo que la última disposición señale que tal lapso no pueda exceder de 5 días, como que tratándose de rodear de mayores garantías a las partes en temas en extremo técnicos como el de la casación, coincide con los conceptos de justicia y equidad el que el plazo se extienda más allá de tal límite, cuando, además, normas rectoras y prevalentes imponen al juzgador el deber de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (artículo 10 del Código de Procedimiento Penal), así como ceñirse a criterios de necesidad y ponderación (artículo 27), postulados que explican la necesidad de extender el lapso.

(...)

No admite discusión, entonces, la legitimidad de la Corte para establecer los precisos términos dentro de los cuales debe intentarse la insistencia, plazos que, por derivarse de una facultad legal, se constituyen en ley para las partes».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Mecanismo de Insistencia: Término, para ser presentado por el magistrado habilitado o el Ministerio Público

«A partir de la notificación efectiva que se haga al demandante de la providencia que inadmitió su demanda de casación, cuenta con 5 días para pedir al magistrado disidente o al Ministerio Público que

ejercite la insistencia. Expirado en silencio tal lapso (usarlo de manera extemporánea equivale a lo mismo), se entiende que renunció a su derecho y, por tanto, la providencia adquiere ejecutoria.

Desde el momento en que el magistrado habilitado o el Ministerio Público reciban la petición del recurrente en casación, cuentan con 15 días no solo para informar su decisión al solicitante, sino para presentar ante la Corte el escrito de insistencia, con la misma consecuencia: expirado en silencio ese término, la decisión adquiere firmeza, en el entendido de que no se encontró viable insistir.

Mal podría admitirse que los 15 días de que se trata están dados exclusivamente para informar al peticionario que no se accede a su reclamo y que, como consecuencia de ello, el servidor público cuenta con un término indefinido para dirigirse a la Corte insistiéndole en la admisión de la demanda de casación.

La decisión final del asunto, que en el caso analizado dependería de la ejecutoria del auto inadmisorio de la demanda, no puede depender de que una parte o interviniente decida, o no, ejercer determinada actividad cuando a bien lo tenga.

Si los recursos, ordinarios o extraordinarios, deben ser postulados y sustentados en los perentorios plazos de ley, con la consecuencia de que, resueltos, o habiendo expirado esos términos en silencio, las providencias judiciales puedan ser ejecutadas, igual se impone que suceda con el mecanismo de la insistencia, en tanto cumple como un medio especial de gravamen que impide que el auto de rechazo de la demanda de casación adquiera firmeza y, con ello, que se ejecute la sentencia.

Por tanto, el destinatario de la solicitud del demandante no se encuentra habilitado para ejercer su postulación ante la Corte en forma indefinida en el tiempo, sino que se impone lo haga dentro del lapso de 15 días establecido por la jurisprudencia desde los albores de la Ley 906 del 2004.

Un entendimiento contrario implicaría el absurdo de que respecto de un mismo asunto de derecho el funcionario contaría con dos términos, así: (1) uno de 15 días para no insistir y así comunicarlo al impugnante, acontecer este que en sí mismo ya comporta una actuación, y (2) uno indefinido para presentar la insistencia. Lo evidente es que, tratándose de una misma actividad, el lapso para pronunciarse sobre la insistencia debe ser el mismo, sin que para el caso interese que su decisión sea positiva o negativa».

DECISIÓN:

Abstenerse

**Providencia. N° AP4085-2014 Rad. (43005)
M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ
MUÑOZ**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL MAGISTRADO NO
ESTÁ FACULTADO PARA FUNGIR COMO
INSTRUCTOR, ACUMULAR PROCESOS, EXCLUIR
POSTULADOS O DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO**

ANTECEDENTES RELEVANTES

Frente a la exclusión oficiosa de ciertos postulados, dentro del proceso transicional hecha por la sala mayoritaria de justicia y paz del Tribunal Superior de Medellín, la Fiscalía, el ministerio público y el representante legal de las víctimas, impugnaron tal decisión en virtud a que se declare la nulidad por violación al debido proceso y derecho de defensa.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Investigación: Competencia de la Fiscalía General de la Nación / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Acumulación de procesos: Procede a petición de la Fiscalía (acto de parte) / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Exclusión de la lista de postulantes: Procede a petición de la Fiscalía (acto de parte) / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Pruebas: Iniciativa de las partes, excepcionalmente del Magistrado de Justicia y Paz

«La separación de la función investigativa de la de juzgamiento en justicia transicional armoniza con el mandato constitucional del artículo 250 Superior que atribuye a la Fiscalía General de la Nación la obligación de adelantar “el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito”, de forma que es la llamada a procurar el esclarecimiento de la verdad (art. 15 Ley 975 de 2005, modificado por art. 10 Ley 1592 de 2012), previa aplicación de criterios de priorización, para lo cual deberá establecer el patrón de macro criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley a fin de develar sus contextos y causas.

En ese orden, no le compete a la magistratura ejercer funciones netamente instructivas como ocurrió en el evento bajo examen donde se invadió el campo de acción de la Fiscalía y la Sala de Conocimiento se convirtió en instructor adicional, en tanto i) acumuló motu proprio diversos procesos y ii) excluyó oficiosamente a los postulados.

Adicionalmente, el Magistrado Ponente en el Tribunal, en autos proferidos fuera de audiencia, rubricados exclusivamente por él, decretó numerosas pruebas de

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

oficio para lo cual invocó facultades conferidas en la Ley 600 de 2000 y en el Decreto 2700 de 1991, normativa esta derogada y sin ninguna vigencia desde el 24 de julio de 2001. Incluso, decretó inspección judicial sobre las quejas de víctimas del punible de desplazamiento, instauradas en la Procuraduría Regional de Antioquia, diligencia que concretó sin que los compañeros de Sala suscribieran esa decisión y sin que las partes conocieran con anticipación su realización.

Ese proceder no se ajusta a la estructura propia de la Ley de Justicia y Paz, pues si bien la jurisprudencia de la Sala ha establecido la posibilidad de que la magistratura decreta pruebas de oficio en aras de garantizar la construcción de la verdad, tal facultad se entiende orientada a complementar la información suministrada, aclarar temas controversiales o precisar aspectos específicos, pero no como la prerrogativa de realizar una nueva instrucción a partir de la cual construir un contexto contrario al planteado por la Fiscalía General de la Nación o para adoptar decisiones oficiosas que no han sido demandadas por las partes e intervinientes.

(...)

Entonces, no resulta acorde con el esquema diseñado en el ordenamiento transicional que las Salas de Conocimiento asuman funciones propias del ente investigador como construir contextos, priorizar investigaciones, acumular trámites, excluir postulados y terminar el proceso de Justicia y Paz sin previa solicitud del fiscal del caso, entre otras, pues estas funciones están deferidas en la normativa transicional a la Fiscalía General de la Nación.

(...)

En ese orden, la potestad de solicitar la exclusión quedó taxativamente atribuida a la Fiscalía General de la Nación y la decisión de la misma se le asignó a la Sala de Conocimiento de los Tribunales de Justicia y Paz, razón por la cual éstos operadores jurídicos no pueden expulsar oficiosamente a los postulados, pues siempre deberá mediar petición del ente acusador. Proceder de forma contraria, como lo hizo el Tribunal a quo, comporta afectar de manera trascendente la estructura procesal diseñada por el legislador en punto del trámite transicional.

(...)

Si la Colegiatura a quo consideraba ausentes los requisitos para legalizar los cargos, podía devolver la actuación a la Fiscalía para que procediera a reexaminar la situación, ajustar las imputaciones a las observaciones de la Sala o, si era del caso, solicitar la exclusión en una audiencia precisa y específicamente

convocada para el efecto en la que las partes, intervinientes y la judicatura pudieran analizar la causal o causales aducidas. Lo anterior teniendo en cuenta las graves implicaciones que tal determinación conlleva para los desmovilizados, las víctimas e incluso para la sociedad.

Excluir oficiosamente a los postulados sin adelantar debate previo al respecto, también vulnera las garantías de defensa y contradicción de las partes e intervinientes porque no se les brinda la oportunidad de pronunciarse sobre un tema que afecta profundamente sus pretensiones, como se manifestó en las impugnaciones propuestas».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Oralidad en los procedimientos

«El proceder del magistrado sustanciador de acumular motu proprio procesos de diversos postulados y decretar pruebas de oficio por fuera de la audiencia pública en autos rubricados exclusivamente por él, contraviene el mandato contenido en el canon 13 de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012, dado el claro mandato de emitir las decisiones en el curso de la vista pública».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Auto interlocutorio: Debe ser proferido por la Sala de Justicia y Paz

«Resulta irregular que esas decisiones fueran decretadas exclusivamente por el magistrado ponente, dada la naturaleza interlocutoria que impone su adopción por la Sala, sin que sea posible su convalidación con la posterior firma de los otros miembros de la Colegiatura porque no tomaron parte en la discusión y aprobación de la cuestionada determinación, pues si así hubiese sido habrían suscrito el auto respectivo».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación y aceptación de cargos: Participación de los intervinientes, para la construcción de la verdad

«Si en desarrollo de la formulación y aceptación de cargos se concluyera, luego de debatirse el tema en la audiencia, que el contexto presentado por el fiscal del caso se aparta de la realidad, lo procedente es concordarlo y ajustarlo con las pruebas decretadas y practicadas en esa vista pública a instancias de las partes, intervinientes y complementariamente con la ordenadas de oficio, pues recuérdese que todos los intervinientes en el trámite transicional están habilitados para intervenir en la construcción de la verdad.

En efecto, el establecimiento de lo acontecido inicia con la confesión del postulado, prosigue con la necesaria actividad de verificación e investigación de la Fiscalía y continúa en la audiencia de legalización de cargos

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

donde las víctimas e, incluso la magistratura, pueden complementar y/o cuestionar el contexto presentado, evento en el cual surgirá la necesidad del decreto probatorio a efectos de construir entre todos la verdad que se incluirá en la sentencia.

(...)

En ese escenario, la magistratura debe velar porque la verdad consignada en la sentencia se ajuste a las causas, motivos, consecuencias y tipología de la especie de violencia perpetrada por el grupo armado al margen de la ley examinado en cada caso en particular; sin embargo, ello no implica que esté facultada para asumir funciones netamente investigativas no conferidas por la ley, pues tal proceder no se aviene a la estructura transicional, caracterizada por la separación de la instrucción y el juzgamiento. Por ende, la facultad oficiosa debe utilizarse con el objeto de complementar la información suministrada y/o para garantizar los derechos de las partes e intervinientes en la actuación, en particular los de las víctimas».

DECISIÓN:

Declarar la nulidad

Providencia. N° SP9235-2014 Rad. (41800)
M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO
FERNÁNDEZ

LA ESTAFA PUEDE CONCURSAR CON EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES

(ESTAFA A TRAVÉS DE RIFA, LOTERÍA O JUEGO)

ANTECEDENTES RELEVANTES

EC, TCG y MACG fueron condenados en primera y segunda instancia por los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares, estafa y concierto para delinquir. La defensa apeló, pero esta fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, elevándose el recurso extraordinario de casación, pendiente a resolver. Los defensores presentaron demandas de casación argumentando, entre otros, aplicación indebida del tipo de Enriquecimiento ilícito de particulares no podía concursar con el de Estafa y aplicación indebida del art. 186 del D.L. 100/80, por haberse desnaturalizado un componente esencial del Concierto para delinquir.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

ESTAFA - En lotería, rifa o juego: Elementos

«La segunda modalidad de la conducta ilícita, que fue la realizada por los procesados según las sentencias de instancia, presupone algunas particularidades:

1. El agente no induce o mantiene a la víctima en error, sino que se asegura un determinado resultado en la lotería, rifa o juego.
2. Ese resultado lo asegura a partir del despliegue de mecanismos fraudulentos que eliminan el azar propio de tales juegos.
3. El agente o un tercero obtiene un provecho económico ilícito que equivale al premio de la lotería, rifa o juego.
4. El perjuicio correlativo es tanto para el organizador u operador del juego de azar que realiza un pago que tiene causa ilícita, como para los apostadores y/ ahorradores que ven burladas la expectativa en el azar y la igualdad de oportunidades para aspirar al premio».

ESTAFA - Concurra con Enriquecimiento ilícito de particular / **ESTAFA** - Elementos: Bien jurídico tutelado / **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULAR** - Bien jurídico tutelado

«Tal y como se infiere de la ubicación de las respectivas normas prohibitivas en el Código Penal, pero sobre todo de la idoneidad de las conductas allí restringidas para producir determinados resultados indeseables; la Estafa se enlista entre los delitos que afectan el patrimonio económico de las personas y el Enriquecimiento ilícito de particulares entre los que lesionan o ponen en peligro el orden económico y social. El primero, es un bien jurídico de carácter individual que busca garantizar la propiedad y demás relaciones jurídicas con contenido económico de las personas con las cosas, servicios o derechos; mientras que, el segundo es un bien jurídico colectivo o supraindividual que busca la salvaguarda del régimen de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios y, en general, los principios básicos del sistema económico imperante (libertad de empresa, libre competencia, entre otros).

Ya en concreto, la prohibición y sanción del Enriquecimiento ilícito se vincula con la garantía de un mínimo de eticidad en la adquisición de la propiedad y en su incremento, en el Estado Social de Derecho, el cual se concreta en el concepto jurídico de “justo título” y persigue evitar los graves desajustes que en el sistema económico produce el ingreso y circulación de bienes con origen ilícito.

(...)

Con la transcripción de los hechos jurídicamente relevantes que fueron conocidos en el proceso desde el acto inicial de la denuncia, que fueron declarados como probados en diferentes momentos de la actuación, incluido el definitivo de la sentencia en las dos instancias, y que, entre otras cosas, fueron aceptados

por los demandantes al invocar la violación directa de la ley y no la indirecta; no queda duda alguna respecto de que el concurso entre los delitos de Estafa y el de Enriquecimiento ilícito de particulares es de carácter real o material, lo cual implica que tuvo su origen en conductas ópticamente separables, a pesar de la íntima conexión existente entre ambas y que podría describirse como “fuente-resultado”.

En efecto, los comportamientos constitutivos de Estafa fueron descritos como el aseguramiento de resultados en los sorteos realizados por la (...) a favor de unos ahorradores previamente contactados en el período comprendido entre 1994 y 2005, a partir de lo cual se le recompensaba al ganador del sorteo con una mínima proporción del premio y el restante se repartía entre los procesados. Por su parte, el Enriquecimiento ilícito se configuró a partir de las actuaciones posteriores tendientes a asegurar y a multiplicar la ganancia ilícita a través de su incorporación al mercado inmobiliario, al sistema financiero y al comercio en general, lo cual ocurrió, principalmente, a través de la circulación de dineros en cuentas de ahorro y corrientes, de la adquisición constante de bienes muebles e inmuebles, y de la creación y fortalecimiento de sociedades comerciales.

Se descarta, entonces, una eventual vulneración al principio del non bis in ídem, pues si bien existe identidad de sujetos en las imputaciones por los delitos de Estafa y de Enriquecimiento ilícito de particulares, por lo menos en cuanto hace a los procesados cuyos defensores interpusieron los recursos de casación que ahora se analizan (EC y TCG), no ocurre lo mismo con el objeto y la causa del concurso de delitos que son diferentes. Como antes se dijo, el objeto de las imputación por los dos delitos son conductas separables y el fundamento de la sanción es la efectiva vulneración a bienes jurídicos diversos.

De otra parte, si bien resulta problemática la tesis del concurso ideal de la Estafa y de cualquier otro delito que implique en su estructura típica la obtención ilícita de bienes o dineros, con el de Enriquecimiento ilícito de particulares, por la eventual violación al principio del non bis in ídem; no ocurre lo mismo cuando la imputación concursal deviene de conductas diferentes (concurso material), cada una de ellas con la idoneidad necesaria para vulnerar, de una parte, el patrimonio de una o varias personas individualmente concebidas, y de la otra, la economía de la sociedad en general, a través de la introducción, distribución y multiplicación de bienes ilícitos en distintas esferas del sistema económico imperante.

Por último, debe advertirse que el delito de Estafa no es complejo frente al de Enriquecimiento ilícito de particulares, por las siguientes razones:

Primera, porque el Enriquecimiento ilícito no es de menor relevancia jurídica que la Estafa; por el contrario, aquél vulnera un bien jurídico supraindividual y es pluriofensivo, por lo que, inclusive, la respuesta punitiva es superior.

Segunda, porque el juicio de desvalor de la Estafa no consume el juicio de desvalor del segundo delito. En aquél, el enriquecimiento del agente sólo es el elemento típico que determina la consumación de una lesión a un patrimonio económico particular, más no presupone una mayor sanción penal en la que se entienda cobijado el reproche por una afectación al orden económico y social.

Tercera, porque el enriquecimiento del agente de la Estafa es consecuencia directa del empobrecimiento de un patrimonio económico particular que, por sí solo, no es idóneo para lesionar el bien jurídico colectivo en cuestión. Y, Cuarta, porque la Estafa no consume ningún acto copenado posterior. En efecto, la obtención del provecho económico es un elemento estructural del tipo, el que determina su consumación, no es un acto posterior a ésta. De otra parte, si llegare a concurrir el delito de Enriquecimiento ilícito, esta conducta es autónoma y vulnera un bien jurídico diferente, por lo que ningún sentido puede otorgar a una Estafa originaria».

TIPICIDAD - Principio de lesividad / CONCURSO -
Procedencia: Análisis a partir del principio de lesividad

«La adecuación típica de una conducta dependerá de su idoneidad para producir el resultado normativo consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En ese orden, el bien jurídico es un criterio delimitador de la tipicidad, pues excluye del ámbito típico aquellos comportamientos que no tengan aptitud para vulnerarlo. Esta conclusión deviene no de consideraciones teóricas abstractas sino del precepto consagrado en el artículo 27 del Código Penal que al definir la tentativa circunscribe los comportamientos penalmente relevantes, de los cuales se excluyen aquellos actos ejecutivos inidóneos para la consumación del delito.

En conclusión, la imputación de un concurso de conductas punibles sin vulnerar el principio de tipicidad o el de lesividad, dependerá de la existencia de una o más conductas (activas u omisivas) que, simultánea (concurso ideal) o sucesivamente (concurso real), sean idóneas para lesionar o poner en peligro distintos bienes

jurídicos (concurso heterogéneo) o varias veces el mismo (concurso homogéneo). Adicionalmente, es este un criterio determinante para establecer la autonomía e independencia de las conductas punibles realizadas que descarta la apariencia de un concurso».

CONCURSO APARENTE DE TIPOS - Principio de consunción

«Como quiera que en el caso bajo examen se alega que es imperativa la aplicación del principio de consunción para descartar el concurso entre la Estafa y el Enriquecimiento ilícito de particulares, se traen a colación dos pronunciamientos adicionales sobre tal principio:

Primero:

(...). En virtud de este último - que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada - si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento.

Dentro de tal categoría se encuentra el referido hecho posterior co-penado, según el cual, el primer delito no tiene sentido para el agente sino en la medida que cometa el segundo, como ocurre con el delito de hurto y la receptación, en el cual, el apoderamiento de la cosa mueble ajena interesa al autor del delito, sólo en la medida que pueda enajenarla y concretar el provecho ilícito pretendido, esto es, agotar el delito, y por ello el legislador descartó como autor del ilícito de receptación a quien haya tomado parte en la conducta punible inicial.

Segundo:

Oportuno se ofrece señalar que respecto del criterio de consunción como solución al concurso aparente de delitos, y más especialmente en cuanto se refiere al denominado hecho típico acompañante, de lo que se trata es de que el juicio de desvalor de uno de los comportamientos en aparente concurso, consume el juicio de desvalor del otro delito, dado que la entidad de este último no trasciende ni cobra autonomía en punto de la lesión al bien jurídico tutelado, en la medida que su punición ya ha sido establecida por el legislador al tipificar el otro comportamiento. En caso contrario, como ocurre en el caso de la especie, que ambos comportamientos violan de manera ostensible y autónoma diversos bienes jurídicos (patrimonio económico y libertad personal), no hay duda que la valoración de la finalidad perseguida por el acusado

resulta inane, pues sin dificultad se advierte la configuración de un concurso material de delitos.

(...)

En particular, acudir al principio de consunción es acertado siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

1. Existe un tipo penal cuya definición contiene todos los elementos constitutivos de otra conducta típica. Aquél recibirá el nombre de delito complejo o consuntivo.
2. El tipo penal consumido es de menor relevancia jurídica.
3. El juicio de desvalor del delito complejo consume el juicio de desvalor del delito menor.
4. No es necesario que los tipos concurrentes en apariencia vulneren el mismo bien jurídico»

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO - Concurso con otras conductas punibles: Procedencia

«Esta Corporación ha sido del criterio que el Enriquecimiento ilícito, en cualquiera de sus modalidades, concursa necesariamente con el delito fuente, aún cuando éste implique per sé incremento patrimonial como ocurre con el Peculado y el Cohecho, y aún cuando vulneren el mismo bien jurídico (orden económico y social) como ocurre con el Lavado de activos. Es más, en relación a la especie delictiva propia de funcionarios, cuyo carácter subsidiario hace más difícil el concurso material o ideal, la Corte ha aceptado mayoritariamente esa opción siempre que exista prueba suficiente para condenar por el delito fuente».

DECISIÓN:

No casar

Providencia. N° SP9853-2014 Rad. (40871)
M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

S.P.A. EL JUEZ DE CONOCIMIENTO NO PUEDE HACER CONTROL ALGUNO FRENTE A LA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA AL MOMENTO DE EVALUAR UN PREACUERDO

ANTECEDENTES RELEVANTES

CAHCH fue condenado por el delito de homicidio en concurso con Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones. La Fiscalía presentó un preacuerdo celebrado con el acusado, el cual fue improbadado debido a la violación al principio de la estricta tipicidad. Posteriormente, se presentó un segundo preacuerdo, pero también fue improbadado. Durante la audiencia preparatoria, el acusado aceptó los cargos formulados

en la acusación, la cual tampoco fue atendida por el juez.

Adelantado el juicio, CAHCH resultó condenado por los precitados delitos.

La defensa alegó la nulidad ante la violación a las garantías del debido proceso y de defensa.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: Control por el juez de conocimiento, no puede hacerlo frente a la tipificación de la conducta, salvo violación flagrante a garantías fundamentales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Allanamiento a cargos: Control por el juez, no puede hacerlo frente a la tipificación de la conducta, salvo violación flagrante a garantías fundamentales

«La Sala ciertamente pudo constatar, como lo manifestaron al unísono el casacionista, y los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público, que en el proceso existieron varias irregularidades, originadas todas en que los juzgadores tenían su propia teoría del caso y querían imponerla sobre la de la Fiscalía, y en esas condiciones se opusieron a cualquier vía consensuada orientada a evitar el juicio.

(...)

Los jueces de instancia hicieron control material de la acusación, al negarse a aceptar el segundo preacuerdo y la aceptación de cargos realizada en la audiencia preparatoria, con lo cual agravaron el debido proceso previsto para los procesos abreviados.

Esto por cuanto en el sistema adversarial no se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos -su propia teoría del caso-, mediante la cual obligue al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, dado que con ello se desestructura la sistemática adversarial, toda vez que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, demostrarla .

De ser así, se comprometería al juez con el programa metodológico, y por sobre todo, con la iniciativa y responsabilidad de la Fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio y argumentativo de cara al juicio, a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.

Respecto de la ausencia de control material de la acusación, ya la Sala se ha ocupado en extenso. Sentó el criterio según el cual de acuerdo con lo ordenado en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal del 2004, solo el fiscal está autorizado para realizar la “tipificación circunstanciada” de los hechos.

(...)

Se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

Ahora bien, en el presente asunto, la Sala ha podido establecer que los jueces de instancia se negaron a aceptar el segundo preacuerdo y la aceptación de cargos realizada en la audiencia preparatoria, con lo cual ejercieron control material de la acusación agravando el derecho fundamental al debido proceso previsto para formas abreviadas de terminarlo al suplantar al fiscal en la función de acusar.

(...)

De manera que no cabe duda que el control material de la acusación realizado por los juzgadores, se convirtió en una irregularidad sustancial que afectó gravemente el debido proceso, por cuanto impidió la terminación anticipada del proceso, presupuesto operativo del sistema adversarial, de imprescindible acatamiento para el éxito del ejercicio del ius puniendi en dicho modelo procesal.

(...)

En suma, constata la Sala la violación del derecho fundamental al debido proceso por el ejercicio del control material de la acusación de la Fiscalía, por parte del juzgador en los términos anteriormente referidos, al improbar el segundo preacuerdo ».

NULIDAD - Principio de residualidad / **CASACIÓN** - Nulidad: Cuando prospera corresponde a la Sala de Casación Penal dictar fallo de reemplazo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: Aprobación por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación

«Las vulneraciones al debido proceso que se presentaron en el asunto objeto de decisión darían pie a que se analizara la posibilidad de invalidar la actuación, sino fuera porque, en atención al último de los mencionados principios, el de residualidad, la Corte observa que no es necesario acudir a esa medida extrema para restablecer el debido proceso de HC; más aun cuando el casacionista concreta su inconformidad

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

en la desaprobación de los acuerdos, por lo cual solicitó a la Corporación casar la sentencia y dictar el fallo de reemplazo, precisamente reconociéndole validez al primero, o en su defecto al segundo, petición en la que coincidieron los representantes, tanto de la Fiscalía como del Ministerio Público en el curso de la sustentación oral de este trámite extraordinario.

Le corresponde ahora a la Sala analizar la legalidad del segundo preacuerdo alcanzado entre la Fiscalía y el acusado.

(...)

El mencionado preacuerdo se considera ajustado a derecho y por tanto se le imparte aprobación, toda vez que en su confección se cumplen los parámetros previstos en los artículos 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, normas cuya falta de aplicación se encuentran en el sustrato de la censura contenida en el primer cargo de la demanda que ahora se resuelve.

La decisión de esta Sala de proferir el fallo de reemplazo impartiendo la aprobación del mencionado preacuerdo no violenta el eventual derecho de las víctimas de manifestarse sobre el mismo, ya que han tenido toda la posibilidad de referirse a aquel desde su presentación, a lo cual han renunciado guardando silencio permanente; más aún cuando la Corporación ya se ha ocupado del interés que tienen para solicitar una pena más alta; al señalar (AP de 30 de noviembre de 2011 Radicado 36901):

Como nítidamente se expresa en el precedente citado, es claro que en aquellos asuntos en los que la investigación y juzgamiento de un delito termina -por la vía normal o anticipada- con sentencia condenatoria, la parte civil no siempre tiene interés para impugnarla, sobre todo si lo hace con el exclusivo propósito de que se irroque una sanción más gravosa y se niegue cualquier sustituto o subrogado al penado, pues los valores de verdad y justicia, no tienen relación intrínseca con el monto de pena o el modo de ejecución de la sentencia. En verdad, siempre que la adecuación típica sea la correcta y la sanción penal se determine discrecionalmente dentro de los límites punitivos y los criterios de individualización consagrados por el legislador, los fines superiores reseñados quedarán satisfechos con la declaración de responsabilidad penal del procesado por el juzgador y la imposición de la pena correspondiente».

DECISIÓN:

Casa Parcialmente

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: Sólo puede haber una única rebaja

Providencia. N° SP8849-2014 Rad. (27198)
SALA DE CASACIÓN PENAL

LA PENA INTEMPORAL DE QUE TRATA EL ART. 122 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA NO ES APLICABLE A PERSONAS CONDENADAS POR DELITOS POLÍTICOS Y/O CONEXOS, QUIENES NO QUEDAN IMPEDIDOS PARA EJERCER LOS DERECHOS POLÍTICOS CONSAGRADOS EN EL ART. 40

ANTECEDENTES RELEVANTES

Se le imputó a PNPR, en su calidad de ex representante, se acogió a sentencia anticipada por las conductas de constreñimiento al sufragante y rebelión.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS - Pena intemporal: No aplica cuando se trata de delitos políticos y/o conexos

«La Constitución Política cada vez que dispone condicionamientos en su propio texto o en la ley, al igual que ésta misma lo hace, prevé distinciones legítimas según las cuales, no siempre la condena penal o la pena privativa de la libertad, conlleva la de inhabilitación permanente, intemporal o vitalicia, porque existen razones de política criminal que la atemperan, negando su carácter perenne. Una de esas reservas está en los delitos políticos (otra en los culposos), amén de su especialidad, porque tanto en la Carta Superior como en la ley, son motivo recurrente de excepciones.

Con respecto a la inhabilitación intemporal prevista en el artículo 122, inciso 5°, de la Constitución Política (Modificado. A.L. 1/2009, art. 4°), la Sala debe precisar, que no obstante la condena estriba en la pertenencia a grupos armados ilegales, entendiéndose por tales tanto a las guerrillas como a las autodefensas (Art. 8°. Parágrafo 1°, Ley 782 de 2002, y art. 1°. Ley 975/2005), se torna necesario diferenciar la delincuencia común de la política, porque por virtud de la misma Carta Superior (Arts. 67 Transitorio -del Acto Legislativo 1° de 2012, 179-1, 197, 232, 264, 249 y 267), esta categoría de consecuencia vitalicia, sólo aplica para la primera; no para delincuentes políticos, como por esencia son los rebeldes.

Si bien la exégesis del artículo 122, inciso 5°, de la Constitución Política (Modificado. A.L. 1/2009, art. 4°), no distingue entre delitos comunes y políticos, otras normas de la Carta, que con análoga jerarquía integran

Carrera 8 N° 12 A - 19. Bogotá D.C.

la sistemática del Estado, sí contrastan estas dos tipologías delictivas. Reivindican los delitos políticos como categorías privilegiadas respecto de las demás, porque inspirados en ideales de justicia llevan a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, justamente para conseguir esas altruistas finalidades. Por eso, contrario a los delitos comunes, tienen un tratamiento especial y de modo excepcional, legítimamente, no les aplican tales inhabilidades.

(...)

Entonces, viendo cómo una interpretación sistemática de la Constitución Política, otorga tratamiento diverso a los delitos políticos, se concluye que la inhabilidad intemporal prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la misma, aplica a quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, o por delitos relacionados con la pertenencia, promoción, o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico, excepción hecha de delitos políticos, quienes en tales condiciones no quedan impedidos para ejercer la integridad de derechos políticos consagrados en el artículo 40, también de la Carta Superior.

(...)

Vale aclarar que las excepciones a las inhabilidades por “delitos políticos y culposos”, para quienes hayan sido condenados en sentencia penal, no impactan las de carácter temporal que prevé la ley (Arts. 44 y 52 de la Ley 599/00), como penas accesorias o acompañantes, sino exclusivamente a las intemporales, establecidas por la Constitución Política (Art. 122 inc. 5°. Modificado. A.L. 01/09). Así lo dejó sentado la Corte Constitucional, lo retomó la Sección Quinta del Consejo de Estado estudiando el caso de un alcalde condenado por peculado culposo, y ahora lo hace la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

La Corte deja claramente establecido que los delitos culposos -y los políticos agrega la Sala Penal-, no están exentos de inhabilidad, ni el legislador puede eximirlos de inhabilidad, pues se estaría violando el artículo 122 de la Constitución; lo que no puede el legislador es atribuirles una inhabilidad perpetua. Existen, entonces dos límites, uno hacia abajo, que consiste en que debe existir inhabilidad (o sea que no pueden quedar sin habilidad) y otro hacia arriba consistente en que la inhabilidad no puede ser perpetua; dentro de esos límites el legislador tiene una amplia capacidad de configuración tratándose de delitos culposos -y políticos se agrega-.

Así como la Constitución permite que la ciudadanía se suspenda en virtud de decisión judicial, «en los casos que determine la ley» (Art. 98), también acepta que en

todos los casos, a las condenas penales accedan inhabilidades temporales para el ejercicio de derechos políticos (Art. 52 Ley 599/00), y las vitalicias (excepto en delitos políticos y culposos), también en los precisos términos de la ley, como lo dice la jurisprudencia constitucional y contencioso- administrativa, pues aunque es verdad que las personas condenadas, reclusas o no en establecimientos carcelarios, son sujetos de derechos, el ejercicio de los derechos políticos «puede estar limitado y restringido en casos especiales por la Constitución y la ley, como es el de las cárceles» .

En conclusión, recapitulando, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia encuentra, que a la luz de las normas constitucionales y legales analizadas, así como la jurisprudencia comentada, a los condenados por delitos políticos como el de rebelión, no es imponible la pena de inhabilidad intemporal referida en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política (Modificado. A.L. 01/2009); aunque sí les aplica temporalmente la pérdida de derechos políticos (Art. 40 C.P.), por el mismo lapso de la pena de prisión, como accesoria o acompañante (Arts. 44 y 52 Ley 599/00), por exigencia de un mínimo constitucional, como acaba de verse.

En ese sentido se modula la hermenéutica de la Sala (CSJ SP, 20 nov. 2013, rad. 36040). En adelante se impondrá la inhabilidad vitalicia prevista en el artículo 122, inc. 5° de la Constitución Política (Modificado. A.L. 01/2009), por delitos que afecten el patrimonio del Estado (excepto culposos); por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales (excepto políticos); por delitos de lesa humanidad; y por delitos de narcotráfico, cometidos en Colombia o en el exterior. No se impondrá como pena, la pérdida vitalicia de derechos políticos, por delitos políticos».

DECISIÓN:

Condenar

Providencia. N° SP9245-2014 Rad. (44043)

M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

S.P.A. LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN LA ETAPA DE JUICIO DEBE ESTAR FUNDADA EN RAZONES SOBREVINIENTES A LA ACUSACIÓN

ANTECEDENTES RELEVANTES

El señor FCMA está siendo investigado por los delitos de prevaricato por acción y por omisión. Su defensa solicitó la preclusión de investigación, conforme al

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

artículo 332 del CPP. Sin embargo, en primera instancia se le negó tal solicitud en virtud a “... *que en sede del juicio la defensa solo puede invocarla por vía de las causales 1º (imposibilidad de iniciar o continuar la acción penal) y 3ª (inexistencia del hecho investigado).*”

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación: Durante el juicio, debe ser por razones sobrevinientes a la acusación

«Un aspecto previo a considerar surge de la redacción del párrafo transcrito, el cual determina que la postulación en sede del juzgamiento se supedita a que en esa fase “sobrevengan” las causales reseñadas. De conformidad con el uso normal de las palabras, por “sobrevenir” se entiende un acaecer, suceder una cosa después de otra, o algo que surge de repente, sin prevención ni previsión.

En esas condiciones, si en sede de investigación la Fiscalía no encuentra motivos para reclamar la preclusión, al punto tal que radica acusación, en la fase del juzgamiento los facultados para reclamar ese instituto, no solamente están condicionados para hacerlo únicamente respecto de los dos motivos señalados, sino que deben hacerlo exclusivamente con fundamento en hechos, sucesos, acontecimientos que surjan con posterioridad, esto es, que hayan sobrevenido, sean “nuevos”, en el entendido de que son diversos a los elementos precisados en la acusación.

La razón de ser del mandato es apenas obvia. En efecto, si, previo a su decisión de acusar, la Fiscalía cuenta con un elemento que acredite la estructuración de una de las dos causales objetivas de que se trata, surge obvio que, encontrándose habilitada (facultad que, a la vez, comporta un deber) para reclamar la preclusión, así lo haga para evitar su propio desgaste y el de la justicia si decide acusar y agotar un juicio en donde, finalmente, la decisión será la misma.

En ese contexto, conlleva incontrastable que si la Fiscalía radica acusación es porque no cuenta con elemento alguno que acredite la existencia de uno de los dos motivos objetivos de preclusión señalados, contexto dentro del cual en la fase posterior del trámite hay lugar a postular el instituto única y exclusivamente con fundamento en elementos que sobrevengan, que surjan después de la acusación.

3. En el caso revisado, la parte defendida no adecuó su petición a ese lineamiento, como que la sustentó en la necesidad de que el Tribunal valorase los elementos probatorios de que trata la acusación, esto es, el

expediente penal en donde -dice la Fiscalía en sus cargos- se incurrió en las actuaciones y omisiones manifiestamente contrarias a la ley.

De tal manera que la pretensión apunta a que en el juzgamiento, antes de que se adelante la audiencia de debate oral, se ordene la preclusión, pero no con soporte en hechos o elementos que hubiesen surgido con posterioridad a que la Fiscalía radicara su escrito, sino, por el contrario, se aspira a que se valoren los mismos expuestos en la acusación, de tal manera que se desatiende el mandato legal en tanto no se enuncia ni demuestra que las causales pretendidas hayan sobrevenido».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación: Durante el juicio

«Los lineamientos reseñados, esto es, que en el juzgamiento se puede invocar la preclusión únicamente por las causales 1ª y 3ª del artículo 332 procesal, cuando se estructuren por hechos que sobrevengan a la acusación, surgen del entendimiento de que en las fases previas es viable declarar el instituto por cualquiera de los motivos reglados, pero en el juicio solamente puede hacerse por causales que no exigen valoración alguna, cuya constatación es simplemente objetiva.

Ello sucede con la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la prescripción, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, la retractación, supuestos en los cuales, una vez verificados, exigen la preclusión por vía de la causal 1ª, por cuanto en tales casos es imposible iniciar la acción penal, o continuarla. Lo propio ha de hacerse ante la inexistencia del hecho (causal 3ª).

La situación difiere cuando se está ante motivos que pueden denominarse subjetivos, en cuanto exigen del juez la valoración de las pruebas para desentrañar su estructuración. Mal puede el juzgador hacer tal ejercicio de estimación probatoria en estos eventos, como que el mismo es la razón de ser del juicio, del debate oral, luego en tales supuestos ha de agotarse el procedimiento para que el asunto sea resuelto en la sentencia.

(...)

De las largas exposiciones del señor procesado y de su defensor, tanto en su petición como al sustentar sus apelaciones, deriva incontrastable que si bien argumentan la inexistencia del hecho, lo cierto es que acuden, una y otra vez, a la revisión y valoración de las pruebas para concluir que la actuación del señor fiscal acusado se ajustó a derecho que no contrarió el ordenamiento jurídico, que no fue manifiestamente contraria a la ley.

Nótese, entonces, que la pretensión de la parte defendida es que se tenga por demostrado que dentro del trámite censurado por la acusación no se recorrieron los elementos de la conducta punible de prevaricato, lo cual, de una parte, hace referencia, no al motivo esgrimido, sino a la atipicidad, causal de preclusión que no procede en sede del juicio.

De otra, que para concluir si existe o no razón a la postulación se impone (como los peticionarios se vieron obligados a hacer reiteradamente) la valoración de las pruebas, lo cual solo puede hacerse en la sentencia, luego del aporte legítimo de los elementos de convicción en la audiencia pública.

(...)

La redacción de los artículos 333 a 335 de la Ley 906 del 2004 parece referirse al trámite en fases previas al juicio, como que aluden a la petición del Fiscal, al imputado, a que las diligencias regresen a la Fiscalía y a que el juez que conozca de la preclusión queda impedido para conocer del juicio.

De ahí, entonces, podría inferirse que la prohibición para solicitar y practicar pruebas, a que alude el artículo 333, está relacionada con las etapas de indagación e investigación, no a la del juzgamiento, luego, en sentido contrario, que en la última fase sí habría lugar a un debate probatorio antes de resolver sobre la preclusión.

Ese no puede ser el alcance, porque admitir que en etapas anteriores al juicio oral se practiquen pruebas, desnaturalizaría el sistema procesal de la Ley 906 del 2004, donde, se ha dicho con insistencia, solo tienen carácter de pruebas las que se alleguen dentro de ese debate en presencia del juez.

Pero tampoco puede admitirse la tesis extrema propuesta por la Fiscalía y admitida por el Tribunal de que no hay lugar al aporte ni a la apreciación de ningún elemento, debiéndose entender que el alcance del procedimiento es el mismo reglado cuando de actuaciones ante el juez de control de garantías se trata, esto es, que se pueden indicar elementos materiales probatorios y evidencia física que sustenten la petición, sobre los cuales podrán pronunciarse las partes e intervinientes y serán sopesados por el juez para resolver.

Pero no puede tratarse de cualquier elemento, sino exclusivamente de aquellos que surjan con posterioridad a la acusación y que apunten única y exclusivamente a acreditar la estructuración de las causales objetivas de preclusión de que tratan los numerales 1° y 3° del artículo 332 procesal.

(...)

De lo anterior surge que en el caso analizado no se vulneró ningún derecho, como que los elementos allegados por el procesado y que el Tribunal devolvió negándose a apreciarlos, no solamente son los mismos base del juicio (el expediente penal en donde se dice se prevaricó), de donde deriva que su estimación compete hacerla exclusivamente en la sentencia, sino que apuntaban a que se apreciaran para, con base en ello, concluir en la atipicidad de la conducta».

DECISIÓN:

Confirmar

**Providencia. N° AP4073-2014 Rad. (43591)
M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ
MUÑOZ**

«LO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, EN VIRTUD DE LA EXPEDICIÓN DE UNA LEY NUEVA, LE CORRESPONDE DEFINIRLO A LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD CUANDO EL TEMA NO HAYA SIDO MATERIA DE DECISIÓN EN EL FALLO OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN POR NO ESTAR VIGENTE EN ESE MOMENTO LA MENCIONADA DISPOSICIÓN LEGAL»

(APLICACIÓN LEY 1709)

ANTECEDENTES RELEVANTES

La representante legal de (...) Ltda., denunció a AMP, en su calidad de vigilante interno, por haberse apropiado de objetos de valor y dineros de la empresa, el cual fue condenado por hurto agravado. Como la demanda se presentó por vía de casación discrecional, el demandante argumentó la falta de capacidad razonadora como regla de la experiencia en la valoración probatoria, además de la aplicación indebida de los artículos 239, 241.2 y 31 del C.P.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS - Competencia para resolver sobre el principio de favorabilidad: Aplicación Ley 1709, salvo que haya sido decidido en la sentencia de casación

«Durante varios años la Corte sostuvo que lo relativo a la aplicación favorable de una nueva ley, cuando el tema no era objeto de postulación en el recurso extraordinario de casación, correspondía definirlo al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

(...)

Ese criterio había sido también expuesto en SP, 5 de sept. de 2001, rad. 1300, y ratificado luego, entre otras

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

decisiones, en SP, 10 de abr. de 2003, rad. 14528 y en SP, 5 de may. de 2004, rad. 42840. Incluso, en reciente decisión (AP, 26 de feb. de 2014, rad. 42840), con ocasión en particular de la expedición de la Ley 1709 de 2014, se insistió en dicha postura cuando se dijo lo siguiente:

“Ahora, como luego de presentado el libelo de casación, el propio procesado allega memorial en el que pide que al resolver el recurso se le aplique por favorabilidad la Ley 1709 de 2014, bien para que se le conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena en razón de que la de prisión que se le impuso fue de 34 meses o que se le otorgue la sustitutiva de la prisión domiciliaria, es del caso señalar que no siendo dichos temas objeto de la impugnación extraordinaria, no es posible pronunciarse sobre ellos... Lo anterior, sin perjuicio de que el inculpado eleve solicitud en sentido semejante ante el juez de ejecución de penas que controle el cumplimiento de la sentencia”.

Pese a lo anterior, en posteriores pronunciamientos la Sala optó por dejar a un lado el pacífico criterio expuesto al respecto, abordando en sede de casación la aplicación favorable de la Ley 1709 de 2014. Así lo hizo, entre otras decisiones, en SP, 9 de abr. de 2014, rad. 40174 y SP, 2 de abr. de 2014, rad. 43209.

Pues bien, estima ahora la Corte que es necesario variar nuevamente su jurisprudencia y retornar a la postura inicial, para señalar entonces que lo relativo a la aplicación del principio de favorabilidad, en virtud de la expedición de una ley nueva, le corresponde definirlo a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad cuando el tema no haya sido materia de decisión en el fallo objeto del recurso extraordinario de casación por no estar vigente en ese momento la mencionada disposición legal. Ello atendiendo las siguientes potísimas razones:

En primer lugar, porque así lo establece el numeral 7° del artículo 79 de la Ley 600 de 2000 al asignar a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la competencia para aplicar el principio de favorabilidad. Norma de idéntico contenido, es de anotar, también está prevista en la Ley 906 de 2004 (art. 38, numeral 7°), lo cual supone la ejecutoria de la sentencia.

En segundo lugar, por razón del principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario, en virtud del cual la Corte solamente puede ocuparse de los motivos casaciones postulados por los sujetos procesales, salvo si se trata de restablecer garantías fundamentales, situación que, desde luego, no resulta viable predicar cuando, por la no vigencia aún de una ley nueva, la

sentencia de segunda instancia no tuvo oportunidad de abordar el tema allí regulado.

En tercer lugar, por cuanto absteniéndose la Corte de pronunciarse sobre una materia que no fue objeto de debate en el curso del proceso, garantiza la plena vigencia del principio de la doble instancia al permitir que la decisión del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, favorable o desfavorable al reo, sea objeto de controversia por las partes a través del recurso de apelación.

Y, en cuarto término, porque en particular, frente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, uno de los aspectos objeto de reforma sustancial en la Ley 1709 de 2014, se tiene que el artículo 63 del Código Penal impone emitir pronunciamiento sobre ese subrogado en las sentencias de primera, segunda o única instancia, sin incluir los fallos dictados en sede de casación, lo que no excluye, desde luego, su estudio cuando, por ejemplo, el tema ha sido objeto de decisión en el fallo de segundo grado y, por ende, materia del recurso extraordinario o cuando como consecuencia del ejercicio de la competencia de la Corte se torna imperioso su análisis en virtud de haberse redosificado la pena, o de oficio cuando se observe una violación flagrante de derechos fundamentales».

DECISIÓN:

Inadmitir
