

SALVAMENTO

PARCIAL DE VOTO

Única 37462

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Con el respeto debido por el criterio mayoritario expongo las razones de mi disentimiento en la decisión adoptada contra ANDRÉS FELIPE ARIAS en el proceso con radicado 37.462.

1. Motivación de la acusación.

Las irregularidades en las que incurrió la Fiscalía en la formulación de acusación y las limitaciones que ésta a su vez le imponen al juez en la sentencia, me obligan primero a precisar las reglas que de ese acto procesal en la Ley 906 de 2004 ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que por no haberse cumplido estrictamente en este caso generan mi postura respecto del fallo aprobado por la mayoría.

El debido proceso, del que hacen parte los requisitos que deben cumplir los actos de la Fiscalía y las decisiones judiciales, son reglas establecida por la ley para todas las partes e intervinientes y a las que los funcionarios judiciales sin excepción deben sujetarse, so pena que su quebrantamiento lesione la Constitución y la Ley 906 de 2004. Esta es la única manera como las actuaciones quedan revestidas de la legalidad y la validez necesaria para que de ellas se desprendan efectos exigibles a los destinatarios.

Los argumentos fácticos comunicados en la imputación son inmutables en su núcleo, por tanto la acusación, las alegaciones y las sentencias de primer o segundo grado o en casación, no pueden adicionarlos, sustituirlos o modificarlos, a menos que con ello se mejore la situación jurídica del procesado.

A mi juicio, los requisitos sustanciales de la comunicación fáctica de la Fiscalía en la imputación y acusación, conforme a la Ley 906 de 2004, tiene corresponder al siguiente criterio: La información de la Fiscalía en la acusación debe ser motivada y no de cualquier manera, tiene que no solamente presentar sino individualizar a cabalidad, en forma completa, inequívoca y específica sus pretensiones fácticas y su incidencia jurídica (circunstancias de modo, tiempo, lugar y sujetos), estas no pueden ser anfibológicas, ambiguas, genéricas, tácitas, equívocas, contradictorias, excluyentes, imprecisas, indeterminadas, dudosas, incomprensibles, ni imposibilitar el conocimiento y comprensión de las partes e intervinientes sobre los elementos del tipo preceptivo y sancionatorio de la conducta delictiva por la que se le investiga o procesa, de ahí que el legislador en el artículo 337 del C de P.P., entendido conjuntamente con el artículo 339 ídem, al referirse al contenido de la acusación, alude a que los acusados, los hechos y la estructura jurídica de los cargos debe ser concreta, clara, sucinta, relevante y comprensible.

La acusación, vista como una actuación que define el aspecto primordial del debate en el juicio, en cuanto precisa de lo que se responsabiliza penalmente al procesado y de lo que debe defenderse, implica una información que por sucinta no puede dejar de ser suficiente y concreta para suministrar las razones de hecho y de derecho por las que se convoca a juicio por un reproche penal al inculcado, para que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y contradicción y para que guarde coherencia la acusación con la sentencia (congruencia).

Los defectos en la motivación de la acusación en la Ley 906 de 2004 por carencia de fundamentación o por ser esta incompleta, ambigua, aparente o sofisticada, difusa, equívoca o ambivalente respecto de las causas fácticas y jurídicas, o cuando la argumentación sobre tales tópicos resulta contradictoria o

no permite concretar los cargos en una hipótesis comunicada o atribuida, imposibilita la condena del procesado frente a cargos estructurados de esta manera.

La debida y necesaria motivación es requisito sustancial de la acusación para impedir que resulten involucradas implícitamente una gama de posibilidades dentro de un número plural de situaciones que pueden presentarse, sin que pueda saberse cuál es la modalidad por la que se vincula al procesado, por lo que se debe concretar la circunstancia fáctica o jurídica que tiene importancia para el juicio de reproche, sólo así hay claridad sobre los parámetros de la acusación, acto procesal que no satisface las garantías constitucionales a través de simples formalismos ni afirmaciones genéricas, contradictorias o tácitos supuestos que conducen a equívocas conclusiones.

Todo lo anterior obedece al deber del juez de hacer control constitucional en los procesos penales y de hacer prevalecer las garantías de las partes e intervinientes, entre ellas, el debido proceso, el derecho de contradicción y de defensa, cuyo menoscabo es innegable cuando los hechos en la acusación no se concretan en las condiciones señaladas.

La jurisprudencia se ha ocupado de estudiar las condiciones que los hechos deben reunir en la imputación y acusación y el deber que tiene el operador judicial de ejercer control sobre tal situación al momento de proferir el fallo correspondiente. A manera de ejemplo se citan las siguientes:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de 8 de junio de 2011 (Rdo.34.022), con ponencia de JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, aludió a la concreción fáctica y jurídica de la imputación y la acusación, en los siguientes términos:

10. Descendiendo el anterior marco conceptual al modelo procesal de enjuiciamiento regulado en la Ley 906 de 2004, se advierte que las diligencias de formulación de imputación y de acusación constituyen actos procesales a los que el legislador les asigna el cumplimiento de determinados requisitos sustanciales que aseguran el debido proceso (en su estructura conceptual) y el derecho de defensa (en cuanto hace al conocimiento previo, expreso, claro y detallado de los hechos que motivan el ejercicio de la acción penal).

10.1. En efecto, la formulación de la imputación en la sistemática aludida, constituye el acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación ejercita sus facultades como titular de la acción penal en nombre del Estado al comunicar a una persona que contra ella adelanta una investigación por su probable participación en un comportamiento que se acomoda a los supuestos condicionantes de una conducta definida en la ley como delictiva, momento a partir del cual aquélla adquiere la condición de imputada.

La citada legislación señala que la formulación de la imputación procederá cuando del material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida de que disponga la Fiscalía, le permita inferir razonablemente que la persona indiciada es autora o partícipe de la conducta punible motivo de indagación, debiendo cumplirse esa diligencia ante un juez con funciones de control de garantías, en presencia del indiciado o su defensor, y en cuyo desarrollo aquél verificará que el fiscal exprese en forma oral: *i)* la individualización del imputado, con su nombre y todos los datos que permitan identificarlo; *ii)* una relación clara y sucinta de los *hechos jurídicamente relevantes*, en lenguaje comprensible y *iii)* la posibilidad de aceptar los cargos imputados para obtener una rebaja hasta del cincuenta por ciento de la pena eventualmente imponible (Ley 906 de 2004, artículos 153, 154-6, 286, 287, 288 y 289).

10.2. A su turno, el acto de formulación de acusación, en estricto sentido, es el paso subsiguiente, previo y necesario para dar inicio al juzgamiento del imputado en un debate oral, público, contradictorio, concentrado y con inmediación de las pruebas que sustentan, de una parte, los hechos jurídicamente relevantes cuya ejecución (por acción u omisión) la Fiscalía atribuye al sujeto pasivo de la acción penal, y por otra, cuando sea del caso, aquéllas en las que encuentra respaldo la oposición o réplica del procesado a los hechos atribuidos en los que se predica su responsabilidad.

Con el fin de asegurar que esa etapa se adelante con sujeción a esa dinámica, con total respeto de las garantías fundamentales del procesado y en general del debido proceso, la respectiva legislación le impone a la Fiscalía General de la Nación las siguientes obligaciones al presentar por escrito la acusación: *i)* individualizar en forma concreta y completa al acusado, con indicación del nombre y demás datos que sirvan para identificarlo; *ii)* consignar una relación clara y sucinta, en lenguaje comprensible, de los *hechos jurídicamente relevantes*; *iii)* señalar el nombre y lugar de citación del abogado, contractual o provisto por el Estado, que representa técnicamente al procesado; y *iv)* indicar las pruebas que pretende hacer valer en el juicio para acreditar los extremos personal, fáctico y jurídico de la acusación. Tales requisitos para surtir efectos sustanciales vinculantes deben formalizarse en audiencia pública ante el juez de conocimiento, en presencia del acusado, si éste no renuncia ello, y de su defensor cuya asistencia es obligatoria (Ley 906 de 2004, artículos: 8, 336, numerales 1, 2, 3 y 5, y artículo 339).

10.3. Al confrontar los condicionamientos que la ley impone a los referidos actos de imputación y acusación, puede advertirse que en cuanto a la preservación de la estructura conceptual del proceso y el derecho de defensa, son comunes en ambos las exigencias relativas a la inequívoca individualización del procesado (imputado-acusado), así como la de señalar en forma expresa (oral-escrita) los hechos de connotación jurídica que hacen posible concretar una u otra actuación.

Lo primero guarda relación con la conformidad o uniformidad que debe existir acerca de la persona determinada como sujeto pasivo de la acción penal tanto en la imputación como en la acusación (y obviamente en la sentencia).

Y lo segundo, esto es, los "*hechos jurídicamente relevantes*" (Ley 906 de 2004, artículo 288-2 y 337-2), implican un condicionamiento dual: de una parte, la precisión inequívoca del comportamiento humano (de acción u omisión) determinado por circunstancias de modo, tiempo y lugar, atribuido como obra del imputado o del acusado, según sea el caso; y de otra, la ponderación o juicio de valor de esa base fáctica concretada en la atribución de las normas penales sustantivas en las que halla adecuación tal conducta.

La cabal satisfacción de esa segunda exigencia en su doble connotación resulta de significativa importancia, toda vez que

debido a la estrecha relación entre el derecho penal sustancial y el de naturaleza adjetiva, éste únicamente puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas en la ley como delictivas, razón por la cual desde el acto de formulación de imputación es esencial el cariz jurídico de los hechos con base en los cuales la Fiscalía ejercita su derecho de poner en movimiento el aparato judicial.

Consecuente con lo anterior, resulta indiscutible que la Fiscalía General de la Nación, a través de sus delegados, tanto en el acto procesal de formulación de la imputación como en el de la acusación, tiene la obligación de expresar los hechos jurídicamente relevantes, de manera precisa y clara con el fin de que el procesado y su asistencia técnica conozcan sin asomo de duda el concreto comportamiento (de acción u omisión) acaecido en el mundo real y la manera como el mismo se acomoda en los preceptos que definen la hipótesis normativa constitutiva del delito endilgado (relativos, entre otros aspectos, a formas de participación, modalidad de ejecución, circunstancias de agravación o atenuación, etc.) y las correspondientes consecuencias (naturaleza y magnitud de las sanciones a imponer).

El cumplimiento estricto de ese requisito, como ya se advirtió, asegura el eficaz y efectivo ejercicio del derecho de defensa, pues el conocimiento claro de los hechos de connotación jurídico-penal atribuidos y sus correspondientes consecuencias, permite que debido a esa comprensión, desde la imputación, libre y voluntariamente pueda el procesado allanarse voluntariamente a los cargos o preacordar o negociar con la Fiscalía la aceptación de responsabilidad frente a los mismos con miras a lograr una rebaja de la pena, o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los supuestos fácticos condicionantes de la hipótesis delictiva allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las que se aduzcan en su contra.

Con ocasión de la entrada en vigencia del sistema de enjuiciamiento diseñado en la Ley 906 de 2004 (en consideración, entre otros, de los principios: *acusatorio*, según el cual no hay proceso sin acusación proferida previamente por un órgano independiente, *igualdad de armas* o de partes, cuya función es moderar el ejercicio del *ius puniendi* para que la Fiscalía y la defensa cuenten con las mismas facultades y prerrogativas, y el

derecho de defensa), la Corte ha sido reiterativa¹ en precisar que la obligación de formular la imputación, la presentación de preacuerdos o negociaciones y la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto redundan en la efectiva preservación de la garantía de congruencia (elemento sustancial tanto del debido proceso como del derecho de defensa), de acuerdo con la cual *"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"* (artículo 448).

11. La formulación de acusación propiamente dicha, esto es, aquella actuación posterior a la imputación, sin que haya mediado allanamiento, preacuerdo o negociación de responsabilidad, es por excelencia en la sistemática procesal penal de la Ley 906 de 2004 (como igual ocurría en las legislaciones procesales anteriores) el acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio.

De ahí que en reciente pronunciamiento la Sala haya precisado que ese *"acto complejo"* de acusación *"como pliego concreto y completo de cargos, resume tanto la imputación fáctica como la imputación jurídica con miras a que a través de dichas concreciones se permita al acusado conocer los ámbitos y alcances exactos de la acusación, y a partir de estos ejercer el derecho de defensa"*².

Se afirmó en la citada decisión que se trata de un *acto complejo*, porque el mismo está compuesto por la presentación del escrito de acusación, cuyo contenido está expresamente regulado en la respectiva ley (artículo 337) y se integra con los desarrollos de la audiencia de formulación (artículo 339), durante la cual puede aclararlo, adicionarlo o corregirlo *motu proprio* la Fiscalía de manera amplia en cuanto los *hechos jurídicamente relevantes* (conservando desde luego el mismo marco naturalístico de la imputación), o a petición de parte o del Ministerio Público, constituyendo de esa forma un acto material complejo, único y unívoco en el que *"se concreta la imputación de una conducta con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la*

¹ Cfr. Entre otras, sentencias de casación del 28 de febrero y 27 de julio de 2007, radicaciones 26087 y 26468 respectivamente.

² Cfr. Sentencia de 16 de marzo de 2011, radicación N° 32685.

especifiquen, hechos³ que corresponden a la imputación fáctica en la cual se integran las formas de autoría o participación, atenuantes y agravantes genéricas o específicas, con referencia a un tipo (o tipos) básico, especial o alternativo, esto es, las adecuaciones normativas que corresponden a la imputación jurídica⁴.

Y en el mismo pronunciamiento se explicó que ese carácter complejo del acto de acusación obedecía a:

"una doble connotación, de una parte, constituye un acto jurídico insoslayable, en tanto que en el sistema acusatorio no puede existir ningún juzgamiento sin previa acusación, sin que medie un acto en el cual se fije con absoluta claridad la imputación fáctica y jurídica (hechos y delitos) que deben ser completas, no d'ológicas, ambiguas o anfibiológicas, que se atribuyen a una determinada persona, y de otra parte, es un acto jurídico sustancial.

"En efecto, es sustancial pues aquella es el segundo espacio procesal en donde al acusado se le da a conocer de manera concreta las imputaciones referidas a fines de enfrentar el compromiso penal en la etapa del juicio oral, y es expresión de seguridad jurídica en orden a una sentencia congruente.

"La acusación como eslabón del debido proceso penal es insalvable en el procedimiento ordinario, como en la sentencia anticipada (arts. 293 y 352 ejusdem), lo cual implica que la aceptación de la imputación y acusación constituyen los referentes formales, materiales y sustanciales en orden a la congruencia

³ *"Lo precedente implica (i) que el aspecto fáctico en la acusación como jurídicamente relevante es el único que debe soportar la condena, a tono con el material probatorio allegado por las partes, a fin de que le impriman eficacia a los hechos como a la responsabilidad penal; desde luego si el ente Fiscal no es consecuente en sus intervenciones con la imputación o no logra acreditarla en el juzgamiento, campea la inocencia del procesado, (ii) con el escrito de acusación se identifica la congruencia, el que –además– abarca los actos procesales posteriores, en una clara correspondencia jurídica, que finaliza con la intervención de las partes en los alegatos finales y (iii) tanto los hechos como lo jurídico debe ser de contenido elemental, claro, diáfano, que no exista duda sobre los acontecimientos relevantes ni en lo concerniente con las conductas punibles o las circunstancias –si las hay– de menor punibilidad; específicas o genéricas que inciden en la dosimetría penal.*

"Es desde luego una perspectiva jurídico lineal de corte sustancial, en donde la mixtura de los vocablos "hechos" y delitos", marcan la pauta de coherencia entre las decisiones (que jamás podrán estar en choque hermenéutico) emanadas de la fiscalía y los falladores. El ente acusado debe respetar contenido normativo expuesto en el artículo 337 de la Ley 906, plasmando con claridad cada uno de los presupuestos que allí se requieren, en especial aquellos que identifican de manera exacta los hechos jurídicamente relevantes, para a partir de ahí, garantizar el derecho a la defensa y, por ende al debido proceso, en toda su extensión cognoscente". Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de mayo de 2008, Radicado 25.913.

⁴ Cfr. Sentencia de 16 de marzo de 2011, radicación N° 32685.

entre lo atribuido en aquellos y lo derivado en la sentencia" (subrayado ajeno al texto).

Necesario es aclarar que si bien es cierto en la providencia rememorada se adujo igualmente que el acto complejo de acusación se extendía o comprendía también "el alegato final en el juicio oral", tal aseveración debe entenderse relativizada única y exclusivamente a la imputación normativa (conforme así ya lo había definido la jurisprudencia⁵), toda vez que el hecho o núcleo fáctico que restringe la acusación queda establecido de manera inmodificable una vez se delimita en el respectivo escrito y en la subsiguiente audiencia de formulación, sin perjuicio de que con ocasión de la dinámica probatoria en el juicio algunas circunstancias o elementos no esenciales puedan variar, determinando el cambio o modificación de la valoración jurídica, mutación que en todo caso no puede resultar perniciosa o en desmedro de la situación del procesado.

12. Un aspecto más es necesario puntualizar antes de abordar la solución del caso concreto, dada su innegable relación con lo aquí debatido, pues en guarda de los principios de imparcialidad, contradicción y congruencia, al momento de emitirse sentencia, en primera o segunda instancia, e incluso en sede de casación, los respectivos funcionarios están insalvablemente condicionados por el extremo personal y fáctico expuesto en forma diáfana y precisa, detallada y circunstanciada en el escrito de acusación, o con las correcciones, aclaraciones o adiciones puntualizadas en la audiencia de formulación⁶, so pena de trasgredir el perentorio y expreso mandato contenido en la primera parte del artículo 448 de la Ley 906 de 2001, en el sentido

⁵ "La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo si es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora, y así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (el que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad". (subrayados ajenos al texto). Cfr. Sentencia de 25 de abril de 2007, radicación N° 26309.

⁶ Entendiendo que corregir significa enmendar lo errado; aclarar es disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo, y adicionar implica añadir una parte o un complemento a algo, de suerte que so pretexto de esas actividades no se puede en la audiencia de formulación de acusación desconocer el núcleo fáctico naturalístico de la imputación.

de que *"El acusado no puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación"*.

No ocurre lo mismo tratándose del aspecto jurídico o *imputación jurídica actualizada* en el *acto complejo de acusación*, de la cual se pueden apartar los jueces cuando se *trate de otro delito del mismo género y de menor entidad* como efectivamente así lo ha planteado la jurisprudencia de esta Sala⁷ y lo reafirmó en las sentencias de 16 de marzo del año en curso (radicación N° 32685, ya citada) y 4 de mayo siguiente (radicación N° 32370), debiéndose entonces comprender que ese extremo no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica referida por el ente acusador, sino que *"por el contrario hace apertura en sus alcances hacia un comportamiento que haga parte del mismo nomen iuris y que desde luego sea de menor entidad... siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación"*.

Empero, debe aclarar aquí la Sala que una tal facultad del fallador encuentra asiento o respaldo en un antiguo postulado o aforismo que es anejo al derecho procesal de corte dispositivo o adversarial, características que con menor y mayor intensidad irradian la sistemática acusatoria diseñada en la Ley 906 de 2004, y según la cual a las partes corresponde aportar los hechos motivo de controversia, y al juez, atendida su obligación de conocer y respetar la ley, resolver la contienda con base en el derecho aplicable al asunto, aun con prescindencia del invocado por aquéllas⁸.

12.1. La aludida regla doctrinal en manera alguna resulta extraña al ordenamiento jurídico colombiano, pues empezando porque tiene arraigo en la Constitución Política en la que de manera lapidaria está previsto que *"Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley"* (artículo 230).

⁷ Cfr. Entre otros, fallos de casación de 27 de julio de 2007, 3 de junio y 31 de julio de 2009, radicaciones 26468, 28649 y 30838, respectivamente.

⁸ La regla se conoce por su texto en latín, en su versión amplia, como *"Venite ad factum. Curia iura novit"* y en su versión reducida como *"iura novit curia"*. *"La expresión establece con nitidez la actividad de las partes en cuanto a la aportación de hechos y la del juez en relación con la aplicación del derecho"*. *"Contiene armoniosamente y en pie de igualdad el dominio de las partes —aportación de hechos en el proceso— y el del juzgador —aplicación del derecho al sentenciarlo—, a la vez que los distingue con exactitud"*. En ese sentido consultar los artículos publicados en las siguientes direcciones electrónicas: www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf. www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art15.pdf. www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen11.pdf.

Además, dicho mandato se encuentra desarrollado en diversos ordenamientos procesales, como el civil y el laboral, y en los siguientes términos en el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio (Ley 906 de 2004), al consagrar entre los "Deberes específicos de los jueces" señalados en su artículo 139, el de:

*"5. Decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables"*⁹.

Es del cumplimiento de ese deber-facultad, que el fallador, de acuerdo con los hechos puntualizados en la acusación y concretados en el juicio luego del debate probatorio, puede seleccionar la hipótesis penal del repertorio normativo que encuentre más ajustada a la realidad que presenta el caso, siempre y cuando, claro está, mantenga la identidad con la plataforma fáctica de la conducta punible endilgada en el pliego de cargos y no sobrepase el límite punitivo expresado en la pretensión sancionadora de la Fiscalía.

12.2. Los tratadistas en materia de garantías procesales en la esfera penal también reconocen la operatividad del comentado aforismo, y al respecto coinciden en señalar:

"Como conclusión, la sentencia debe basarse en los actos del debate (plenario) que tengan conexión directa con el ámbito fáctico de la acusación. Queda excluido el aspecto jurídico no obstante ser manifestación del objeto procesal concretado. La conclusión jurídica del acusador se exige para la efectividad del amplio contradictorio. El iura curia novit es admitido sin discusión en derecho procesal penal.

"Frente al hecho cuya fijación en concreto pide la acusación, y que la defensa pudo reconocer, negar o complementar con elementos circunstanciales excluyentes o atenuantes de la responsabilidad, el

⁹ De manera semejante el Código de Procedimiento Civil en su artículo 37, relativo a los "Deberes del juez" prevé "Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal", y acerca de la misma temática el Código de Procedimiento Laboral señala lo siguiente en su artículo 50 "El Juez ... podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas".

tribunal tiene libertad para concluir sobre su existencia total o parcial a través de la valoración de las pruebas introducidas en el plenario (debate). Fijado el hecho, también tiene libertad el tribunal para obtener de él las consecuencias jurídicas que estime corresponder, sin estar vinculado al ámbito de las conclusiones jurídicas del acusado; y menos a las de la defensa. En lo jurídico, insistimos, no hay correlación.

*"Conclusión: el tribunal conoce el hecho congruentemente con la pretensión acusatoria, salvo circunstancias que favorezcan al imputado; al derecho lo conoce en toda su amplitud, o sea el orden jurídico integralmente constituido"*¹⁰.

Y, la misma Sala, en sentencia de casación de 7 de septiembre de 2011 (Rdo. 35.293), con ponencia de la doctora MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ, sobre la imputación fáctica, señaló:

Como referente de estudio inicial resulta pertinente recordar que según el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 "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 en la acusación deben ser precisados los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta punible por la que se procede, señalando su respectiva calificación jurídica, postulado conocido en nuestro medio como principio de congruencia, también denominado como de correlación¹¹.

(...).

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

¹⁰ Claría Olmedo, JORGE A. Ob. Cit., páginas 243-244; Janchen, EDUARDO M. Ob. Cit., páginas 371-372; y Picó i Junoy, JOAN, Ob. Cit. Página 68.

¹¹ Así, por ejemplo, recibe esa denominación en "Lecciones de Derecho Procesal Penal", Teresa Armenta Deu, señalando que "la sentencia no puede condenar por un hecho punible distinto del que fue objeto de acusación, ni a sujeto diferente de aquel a quien se imputó y posteriormente se acusó, según la delimitación formal de la acusación en los escritos de calificación o acusación...". Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 56-57.

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”¹² (subraya fuera de texto).

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 endilga¹³.

(...).

Sobre esa misma temática se ha indicado:

“Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación.

De lo expresado queda claro que el estudio de la acusación presentada por la Fiscalía por el juez al momento de dictar sentencia, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos sustanciales de ese acto y la congruencia, como ahora lo hago en este salvamento de voto, no es una intromisión oficiosa e indebida del suscrito, sino el cumplimiento de un deber impuesto al juzgador

¹² Sentencia del 28 de febrero de 2007, rad. 26087.

¹³ Sentencias de 24 de abril y 29 de octubre de 2003, rads. 17346 y 19138, respectivamente.

plural (del que hago parte) para resguardar las garantías del debido proceso y los derechos de defensa y contradicción.

2. ACUSACIÓN CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS. En este acápite se dará cuenta de los supuestos fácticos con base en los cuales la Fiscalía estructuró la celebración indebida de contratos en concurso homogéneo y sucesivo en el escrito y audiencia de acusación (artículo 410 del C.P.) y que por ende constituyen el límite de la sentencia y a su vez el marco de referencia para verificar en el fallo de la Sala si los cargos formulados por el ente acusador cumplen los requisitos sustanciales de claridad, concreción, suficiencia, relevancia y comprensión.

Sobre la base que el procesado en los convenios 003, 055 y 052 de 2007, 2008 y 2009 quebrantó los principios de transparencia, selección objetiva, planeación y responsabilidad, la Fiscalía desarrolló los cargos fácticamente por ese reato con los siguientes argumentos:

2.1. Objeto de los contratos.

Los contratos 003, 055 y 052 no fueron de ciencia y tecnología sino de administración de recursos y en el mejor de los casos "*actividades de acompañamiento en la presentación de proyectos*". Esta afirmación se apoya en el objeto de los convenios y las obligaciones que involucran el plan operativo.

2.2. Procedimiento de contratación.

Debió acogerse el trámite de licitación pública y no celebrarse por contratación directa.

2.3. Irregularidades en el trámite de la inscripción de los programas y planes de AIS en el BPIN.

Se sostiene en la acusación que:

“el MADR se vio en la obligación de registrar el programa Agro, Ingreso Seguro en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional, efecto para el cual se elaboró la ficha EBI.

“Esa ficha EBI fue remitida por la Dirección de Comercio y Financiamiento, a la Dirección de Planeación y seguimiento del MADR, mediante memorando 6277 de 17 de julio de 2006, en el ítem correspondiente a indicadores de ciencia y tecnología se lee: “el proyecto no realizará ninguna actividad de ciencia, tecnología o innovación”.

2.4. Fase precontractual, contractual y ejecución de los convenios 003, 052 y 055.

Precisa el ente acusador que el MADR incumplió los siguientes requisitos: ausencia de estudios previos, elaboración de términos de referencia que no cumplieran los requisitos legales, falta de precisión de la actividad de ciencia y tecnología en el objeto contractual, ejecución del convenio antes de su perfeccionamiento y la inclusión de cláusulas exorbitantes ajenas a la naturaleza del contrato.

2.4.1. Ausencia de estudios previos; y términos de referencia que no cumplieran los requisitos legales.

La Fiscalía para desarrollar este cargo cita el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, específicamente los numerales 7 y 12, que prevén que antes de la

selección del contratista (licitación pública) o a la firma del contrato (contratación directa), se analizan con antelación la conveniencia o inconveniencia, las autorizaciones y aprobaciones y se deberán elaborar "los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones (o términos de referencia)". También se alude al Decreto 2170 de 2002 que se refiere estudios previos de conveniencia y oportunidad y el Decreto 2170 de 2002 que demanda para los términos de referencia de los convenios directos información específica (objeto, características del contrato, presupuesto, factores de escogencia, criterios de desempate, ofertas, evaluación y adjudicación, plazo y forma de pago).

En los convenios 003 y 055, dice la acusación, "el Ministerio estaba obligado a elaborar tanto los estudios previos como los términos de referencia" y en este caso solamente se tiene un "remedo de términos de referencia que no cumplían ni una tercera parte de los requisitos exigidos por la Ley" en dos documentos que produjo el Ministerio.

En el documento titulado "justificación técnica" no se definió con estudios previos cuál era el sector agropecuario a beneficiarse y que resultaba afectado con la internacionalización de la economía y qué personas naturales o jurídicas podían administrar los recursos.

En el documento titulado Términos de Referencia para suscribir un convenio con el Instituto Interamericano de Cooperación Agropecuaria, no se aclaran aspectos como la necesidad, conveniencia de contratación, el fundamento técnico, económico, valor estimado, análisis de riesgos, justificación de los factores concretos de evaluación y la justificación de la modalidad o tipo contractual utilizado.

En cuanto al convenio 052 de 2009 las normas aplicables son los Decretos 2474 de 2008. En este caso sostiene la Fiscalía en la acusación que el

documento para la celebración de contratación directa "si bien nominalmente hace referencia a los elementos mínimos previstos en la norma, debe destacar la Fiscalía que el MADR lo tituló así pero su contenido no responde a lo que según la norma debe ser un estudio de necesidad, conveniencia, factibilidad o perfectibilidad".

2.4.3. Falta de precisión de la actividad de ciencia y tecnología en el objeto contractual.

Luego de referir la Fiscalía que los Decretos 591 y 393 de 1991 refieren las actividades de ciencia y tecnología, señala que en el convenio 003 se refirió el artículo 2° del primero de los Decretos en cita sin "precisar cuál literal o causal específica constituiría la actividad de ciencia y tecnología", lo que se omitió igualmente en los convenios 055 de 2008 y 052 de 2008, estimando que este supuesto no se cumple con la siguiente mención que se hizo en los contratos: *"convocatoria pública que busque mediante un sistema concursal el desarrollo gracias a la implementación de mejoras en sistema de riego"*.

2.4.4. La inclusión de cláusulas exorbitantes ajenas a la naturaleza del contrato.

En el convenio 003 de 2007 se pactó la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato en aplicación del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, disposición inaplicable para los convenios de ciencia y tecnología.

2.4.5. Ejecución antes de que los contratos se perfeccionarán.

Señala la Fiscalía que los convenios comenzaron a ejecutarse incluso antes de que su texto fuera *"elaborado y suscrito"*, con desconocimiento del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 que establece que los contratos estatales se

perfecciona "cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito".

Se precisa en la acusación que las publicaciones de los términos de referencia para el 2008 se subieron a las páginas WEB del IICA y del Ministerio de Agricultura varias semanas antes de que "el convenio 055 de 2008 que fijaba el marco jurídico para esa convocatoria fuera siquiera firmado por las partes".

El convenio 003 de 2007 se firmó el 02 de enero y se inició la ejecución el 23 de noviembre de 2006 porque en el primer informe de ejecución de 28 de febrero de 2007 se dice que se cumplieron por el IICA actividades desde el 23 de noviembre de 2006.

El convenio 055 de 2008 fue suscrito el 10 de enero de 2008 y según el primer informe de interventoría de ese año comenzó a ejecutarse el 4 de enero de la anualidad en mención. "El mismo día el Ministro Arias firmó la resolución 05 de aprobación de términos de referencia para la convocatoria pública de riego y drenaje, que fueron publicados en la misma fecha en las páginas Web" de AIS, el IICA e INCODER.

El convenio 052 se firmó el 16 de enero y su ejecución se inició en noviembre de 2008, sin hacerse especificación alguna al respecto.

2.4.6. Ejecución de los contratos antes de la aprobación de las pólizas de garantías.

Se sostiene en la acusación que los contratos se comenzaron a ejecutar antes que "el Ministerio aprobara las pólizas de seguro otorgadas por el IICA como garantía de sus obligaciones contractuales". A este respecto se cita el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 que establece que para la ejecución "se

requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras".

En el contrato 003 de enero 2 de 2007 la garantía se prestó el 3 de enero siguiente y se aprobó en esta misma fecha.

El convenio 055 de 10 de enero de 2008 empezó su ejecución el 4 de enero de ese año y la póliza de garantía es del 11 de enero de 2008 y en esta última fecha se aprobó. El Comité Administrativo el 10 de enero de 2008 con acta 01 autorizó la apertura de la primera convocatoria de riego y drenaje para esa anualidad y autorizó al IICA para que contratara y conformara la Unidad Ejecutora para la implementación correspondiente de esa contratación.

En el convenio 052 de 16 de enero de 2009 la garantía se otorgó el 22 de enero de 2009 y se aprobó en esta misma fecha y su ejecución se comenzó en noviembre de 2008.

2.4.7. Ejecución del convenio antes de su perfeccionamiento.

El IICA no realizó actividades propias de un convenio de cooperación técnica y científica, no hizo una visita técnica en el terreno, su asesoría corresponde al 1% de los proyectos, los potenciales beneficiarios presentaron los proyectos para evaluación y pagaron sus asesores.

El aporte del IICA era del 0.66% de los recursos suministrados por el Estado y se representaba en las especies *"experiencia, gestión, desarrollo de proyectos, apoyo logístico y el trabajo de los equipos técnico y administrativo de la entidad"*, aportes que según la Fiscalía "no existió".

No obstante lo anterior se refiere en la acusación que el IICA en el 2007 contaba con una planta de personal de 26 personas y que las actividades se cumplieron efectiva y materialmente por *"el propio Ministerio o por personas subcontratadas por el IICCA"*, citando como ejemplo el convenio suscrito con la empresa Econometría Consultores S.A., o los subcontratos con personas para evaluar *"los puntajes para selección de proyectos" o "interventoría", "evaluación de resultados" "de impacto", "etc"*.

2.5. Control del programa AIS.

Se cuestiona por la Fiscalía la presencia de funcionarios del MADR en la Unidad Coordinadora del Programa, los Comités Administrativos o los de Interventoría, así como que el Ministro haya dado opinión favorable para que el Comité Administrativo del convenio 078/2006 hubiese contratado al Asesor Jurídico del Programa Julián Gómez, quien posteriormente fue Director de AIS. El Ministerio y el IICA intercambiaban funcionarios bajo la modalidad de prestación de servicios, citándose como ejemplo a JUAN CAMILO SALAZAR que llegó como contratista del IICA y luego terminó de Viceministro a Javier Enrique Romero que pasó a ser Director de Desarrollo Rural del MADR y miembro del Comité Interventor o de Andrés Fernández que se designó Ministro finalmente.

Se reprocha a ANDRÉS FELIPE ARIAS que hubiese utilizado el programa AIS como plataforma política para la campaña presidencial, invocándose como soporte que la cartiila publicada por la Fundación Colombia Cambió exalta la gestión del Ministro en ese programa.

3. ACUSACIÓN PECULADO POR APROPIACIÓN. Supuestos fácticos con base en los cuales se estructuró la acusación por el peculado por apropiación en concurso homogéneo (artículo 397 del C.P.).

3.1. En provecho del ministro Andrés Felipe Arias.

Se acusó al Ministro de haber consentido el pago con recursos de AIS de servicios de publicidad, transporte, tiquetes aéreos, vuelos chárter, banquetes, entre otros servicios, no derivados del objeto contractual.

3.2. Peculado en favor de terceros.

Para la Fiscalía los pagos hechos con base en los contratos irregulares 003, 055 y 052 generó la apropiación ilícita de recursos públicos a favor de los adjudicatarios de los contratos.

El fraccionamiento de predios y la utilización espuria de documentos en materia de arrendamientos generó daño patrimonial en los recursos del Estado al adjudicarles contratos de AIS en tales condiciones.

Igual ilicitud se cometió con las personas a las que se asignó dos a o más veces beneficios, vulnerando el tope máximo autorizado.

3.3. Peculado en favor del IICA.

Se consumó este reato, para la Fiscal, con los pagos hechos con base en contratos que no cumplían los requisitos legales.

Igualmente se incurrió en el delito contra la administración pública de marras, a decir de la Fiscalía, con los pagos hechos dos veces por el mismo concepto y con cargo a los presupuestos de los contratos 078, 018 y 0037 los convenios 003, 052 y 055.

4. En los capítulos siguientes de este salvamento parcial de voto se hace un examen por el suscrito del supuesto fáctico comunicado en la acusación, lo demostrado en el juicio oral y lo decidido en la sentencia por la mayoría de la Sala, para poner de presente que, en algunas situaciones los cargos no se atribuyeron en la acusación con los requisitos que demandaba la motivación de los mismos como expresión del debido proceso, o también las circunstancias a las que se refirió el acusador no corresponden exactamente a las que se probaron y se estimaron en la condena, amén que en otras eventualidades los errores dimanarían del falso juicio de identidad con el que se valcaron algunas pruebas, estimación probatoria que fue sugerida por la Fiscalía, todo lo cual incidió sustancialmente en la orientación del fallo.

5. El objeto de los contratos 003, 055 y 052 no fue exclusivamente para administrar recursos y hacer la divulgación de las convocatorias, fueron para instalar riego y drenaje en áreas rurales y esta actividad corresponde a adaptación o incorporación de ciencia y tecnología.

La acusación afirmó categóricamente que no eran de ciencia y tecnología sino de administración de recursos, pero también hizo afirmaciones admitiendo la hipótesis de que fuesen de ciencia y tecnología para sostener que aún en este caso solamente se ejecutaron *“actividades de acompañamiento en la presentación de proyectos”*.

Pero, además de la ambigüedad que entraña la construcción de una premisa acusatoria en un proceso penal en las condiciones de ambivalencia referidas en el párrafo anterior, las razones que me llevan a señalar que para los efectos de este proceso se debe admitir que el objeto de los convenios 003, 055 y 052 era la ciencia y tecnología en el campo de riego y drenaje, son las siguientes:

-En la propuesta de Cooperación técnica del IICA al MADR de 21 de noviembre de 2006 se presentaron como objetivos generales la operación de la convocatoria para cofinanciar iniciativas para la *"instalación, ampliación y/o mejoramiento de sistemas prediales de riego y drenaje"*, supuestos para los cuales no solamente administraría los recursos sino que también prestaría **"seguimiento" y acompañamiento** o **asesoramiento** para **"divulgación"** y **"evaluación"**, incluyendo **"procesos de calificación y selección de proponentes"** y en las **"etapas previas y posterior a la adjudicación"**. Me pregunto, serán estos actos (seguimiento, asesoramiento, evaluación, calificación y selección) manifestaciones únicas y exclusivas de administración de recursos?

-En la acusación reconoce la Fiscalía que el IICA además de la divulgación, elaboración de términos de referencia, recepción de proyectos, evaluación, calificación y selección de beneficiarios y entrega de recursos, también prestaría *"interventoría técnica y financiera"*. Al examinar por ejemplo en el Plan Operativo del convenio 055 se especifica que esa interventoría se extiende también a los aspectos administrativos y legales.

Con respeto pero con decidida convicción he de señalar que la interventoría técnica, por su naturaleza y actividades que implica, niega que el IICA fuese un simple administrador de recursos.

-Los términos de referencia que corresponden a la evidencia 32 estipulada, da cuenta que la evaluación y acompañamiento del IICA no era solamente la divulgación de la convocatoria, también comprendía la **evaluación** de los documentos jurídicos, **factibilidad técnica** (climatología, hidrología, calidad del agua, agrología), **diseños de obras** (geotecnia, captación, conducción y distribución, estaciones de bombeo, obras y equipos de adecuación predial, presupuesto y cronograma, aspectos ambientales y

financieros), entre otros, siendo suficientes las citadas menciones para despejar cualquier duda que el programa implicaba obligaciones para el IICA en aspectos técnicos de tecnología para el riego y drenaje en las fases previas y de ejecución de las obras, cuya construcción no estaba a cargo de dicha entidad sino de los beneficiarios, pero con el seguimiento y acompañamiento de dicho organismo.

La evaluación sobre factibilidad técnica y diseños de obras son obligaciones contractuales que a mi criterio dejan sin soporte la premisa que el IICA en este caso únicamente fue un instrumento para manejar el dinero y no más.

-El primer informe de avance de 28 de febrero de 2007 del convenio 003 específica que el objeto de éste es la selección de proyectos de inversión en sistemas de riego, el fomento de la tecnificación en ese campo y **ejercer labores de control en la ejecución**. En la verificación de resultados se estableció que se **contrató personal** para el acompañamiento, se puso en funcionamiento la plataforma de instrumentos y actividades de acompañamiento.

En mi sentir, la contratación de personas para evaluar y ejercer labores de control en la fase precontractual, contractual y de ejecución, no son meros actos de un administrador de recursos.

La Fiscalía y el sentencia de primera instancia admiten que una de las tareas, entre muchas otras, que le correspondía al IICA era ejercer interventoría técnica y financiera en la ejecución del contrato, lo que conlleva de suyo según los informes transcritos actividades de campo para verificar el cumplimiento de los contratos según las especificaciones contratadas, haciendo las observaciones para aprobar o improbar la liquidación, y ello es seguimiento a la inversión.

El objeto general y específico de los convenios no solamente fue convocatoria sino también ejecución del programa AIS en su componente de riego y drenaje y por ende se relacionan con propuestas de ciencia y tecnología para el agro.

Los comités e informes de avance o interventoría dieron cuenta que el IICA brindó acompañamiento al Ministerio y a la Unidad Operativa para el plan operativo o términos de referencia y desarrollar el programa, lo que es más que simple divulgación (talleres en 13 ciudades). Estas labores se cumplieron no solamente en fases previas sino también en las de ejecución del contrato con verificaciones en campo, tanto es así que ante el Comité Administrativo el IICA dio cuenta sobre el proceso de cumplimiento de los contratos con el propósito de otorgar prórrogas o aprobar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de los beneficiarios del programa. Estos supuestos son reconocidos en la sentencia (fl. 171), al referir con base en los informes cuarto a octavo de interventoría de reportes de avance:

Estos documentos muestran que el IICA en forma paralela a la interventoría de los proyectos que contrató con siete firmas, acompañó su desarrollo mediante comunicación con sus ejecutores e interventores y visitas de seguimiento, durante las cuales aplicaba una lista de verificación con el fin de i) revisar los soportes documentales... su ejecución financiera y legal, ii) efectuar una revisión técnica en campo para comprobar el estado de las cosas"

Pero también la sentencia (fl. 171) admite las actividades que a región seguido se transcriben y las cuales implican intervención en la fase ejecutiva de los convenios y además que su actividad contratada no era solamente publicidad o convocatoria ni solamente administración de recursos, y en relación con la instalación de riego y drenaje en el agro que era el propósito final:

"El propósito de estas labores era ... asesorar a los ejecutores en la organización de la información en expedientes y verificar en campo el cumplimiento en tiempo de ejecución, cantidades y tipos de obra establecidos en el proyecto original y así mismo verificar la labor desarrollada (...).

En el examen que hace la sentencia (fl. 171 y 172) a los citados documentos se menciona una actividad del IICA que conlleva necesariamente no solamente administración de recursos sino también seguimiento, acompañamiento y asesoría, pues en la revisión de los proyectos se estudiaban las propuestas y las modificaciones para aceptarlas o no y esta opinión o comentario corresponden a precisiones que orientaban la conducta del beneficiario para ajustar su conducta a la actividad técnica a seguir en la ejecución del contrato:

"Los mismos documentos muestran que con el fin de aprobar o desestimar, previo concepto del ingeniero interventor, las modificaciones propuestas por el ejecutor durante la ejecución del proyecto, se creó el comité de modificaciones, integrado por quien lo ejecutaba, el interventor, el IICA y el Ministerio como invitado".

La realización de la obra correspondía al beneficiario porque a él se le entregaban los recursos, pero no por ello el IICA era un simple administrador de los mismos, pues esta última connotación es incompatible con las asesorías, seguimientos, evaluaciones, calificaciones, asistencia técnica, talleres y actividades de campo que prestó el IICA en los términos que se han señalado.

Las premisas referidas para el convenio 003 son extensivas al 052 y 055.

-El primer informe de interventoría del contrato 055 de 2008 da cuenta de la realización de 22 talleres de divulgación, además precisó ese documento que se hicieron acompañamientos presenciales, vía telefónica y en forma virtual, además de asesoramiento por consultas escritas o correo electrónico, así como la contratación de personal con el perfil para "cumplir funciones de gestión y acompañamiento en proyectos desde su divulgación y formulación hasta su ejecución en campo, cierre y liquidación de los acuerdos de financiamiento".

Con acta 06 el Comité Interventor del convenio 055 registra informes del IICA que dan cuenta del atraso de las obras adelantadas en Guapuscal por razón de lluvias que han impedido el transporte de materiales, en la segunda fase de 2008 el IICA verifica la ejecución normal de 39 proyectos, 38 con inconvenientes y se especifican las acciones adelantadas por dicha entidad, además de 98 visitas de seguimiento a proyectos, 19 de ellos con realización del 100% de las obras.

Pregunto, será lo expresado en el párrafo anterior un acto de una parte contractual que solamente manejó el dinero, o de quien cuyas tareas fueron solamente las de divulgar una convocatoria, o por contrario constituyen las obligaciones propias de un asesor que evaluó con actividades de campo un trabajo técnico de instalación de riego y drenaje rural. Por estar convencido que ésta última hipótesis demostrada es la que corresponde al caso en examen, es que estimó que no se puede negar el carácter de ciencia y tecnología a los contratos 003, 052 y 055 con los argumentos que expresa la mayoría de la Sala.

- En el acta 10 del Comité Interventor del convenio 052 se examina el informe del IICA respecto de "68 visitas de viabilidad de campo, 26 proyectos de tipo predial y 42 proyectos de distritos de riego".

El convenio, el plan operativo, los términos de referencia, las actas de avance de la obra y de interventoría, por razón de los objetivos, obligaciones y finalidad de los convenios, así como la implantación, desarrollo y ejecución de estos por parte de los beneficiarios y las tareas cumplidas por el IICA, ponen en evidencia que la actividad tenía relación directa con riego y drenaje del agro y por ende eran convenios de ciencia y tecnología, supuestos que no exclúan la posibilidad que las personas naturales o jurídicas contrataron asesoría particular para la obra, ni que para sufragar los costos de esas tareas el IICA administrara los recursos correspondientes.

-Los Decretos 591 y 393 de 1991 tienen como actividad de ciencia y tecnología la difusión, información, divulgación, el fomento, la creación y desarrollo para innovar, adaptar y aplicar tecnologías o ciencia, aplicables a la producción y aprovechamiento de los recursos naturales, igualmente formar y capacitar, realizar seminarios, cursos o eventos con esos propósitos. En estas condiciones el artículo 2° del Decreto 393 de 1991 cita como ejemplos que constituyen ciencia y tecnología las actividades que tengan como propósito el apoyo a programas de incubadoras, parques tecnológicos, empresas de base tecnológica, etc., lo que no deja duda que el programa de riego y drenaje para la producción agrícola es de ciencia y tecnología.

-No obstante que la Fiscalía negó en la acusación que los convenios fueron para ciencia y tecnología, no ve reparo en calificar de ilegal la contratación directa porque en los contratos 003, 055 y 052 no se precisó del artículo 2 del Decreto 393 de 1991 "cuál literal o causal específica constituiría la actividad de ciencia y tecnología".

No obstante ser contradictorio y más que ello excluyente aceptar que los contratos si y no son de ciencia y tecnología, se entra a censurar por la Fiscalía de ilegales los directamente suscritos porque se tenía que haber especificado el

literal al que correspondía la actividad de ciencia y tecnología contratada, afirmación que obedece a una lectura incompleta de aquellos, pues las cláusulas en su integridad no dejan la menor duda que se buscaba implementar en el agro colombiano sistemas de riego y drenaje para favorecer la producción y que este propósito se lograría como ya se indicó en los párrafos anteriores. Inane resulta entonces el cargo de la Fiscalía porque si bien es cierto se dejó de señalar los literales de la disposición que aplicaban en este caso para definir la contratación como de ciencia y tecnología, tal omisión es insustancial, porque esa actividad si está consagrada como tal en los susodichos decretos (artículo 2° numerales 2 y 3 del D.L. 591 de 1991 y numeral 2°, ordinales b, d, g, h, k de la Ley 393 de 1991., así como los numerales 4° y 5° de la última de las disposiciones en mención.

- El "PROPÓSITO" o las "ACTIVIDADES" que constituyen ciencia y tecnología conforme a los artículos 2° de la Ley 393 de 1991 y 2° del D.L. 591 de 1991 no pierden esa condición porque la contratación que tiene ese objeto o finalidad se haya planeado obtener con el concurso de las partes que intervienen en el proceso y con distribución de esfuerzos y tareas (Estado, IICA y particular beneficiario), no debe olvidarse que el Estado paternalista, que todo lo entrega gratuitamente a cambio de nada, hace daño a los procesos constructivos de valores y principios como rectores de la conducta humana y desarrollo social.

El proceso de construcción material de la estructura de riego y drenaje estaba a cargo del beneficiario y éste como el más interesado proponía el modelo de su conveniencia y el IICA operada asesorando, instruyendo, formando, calificando, evaluando, haciendo asesoría técnica y sugerencias de cumplimiento y desde luego administrado la entrega de los recursos según se verificara el cumplimiento o no de lo convenido. La Ley 393 de 1991 y el D.L. 591 de 1991 no le niega a la actividad o al propósito la calidad de ciencia y

tecnología por el hecho de que partes distintas (Estado, IICA y beneficiario) aporten con esa finalidad.

6. Contratación directa.

En este caso dada la conclusión a la que se arribó en el acápite anterior, no debió acogerse el trámite de licitación pública para los convenios 003, 055 y 052, sino el de la contratación directa, pues siendo el objeto la instalación de riego y drenaje para agricultores y esta actividad corresponde al concepto de ciencia y tecnología, se involucraban aquellos en la excepción del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Es la naturaleza, el objeto y la finalidad la que determina el régimen de la contratación y no la cita equivocada de algunos textos legales en el escrito contentivo de los convenios 003, 055 y 052.

7. Error de tipo respecto de la consideración del objeto contractual y la contratación directa.

Pero, además, si alguna duda quedase con las referencias hechas respecto al objeto de los contratos, concurre una razón más para no estructurar juicios de responsabilidad penal en contra de quienes intervinieron en la celebración de los convenios de marras al hacerlo por la vía directa, entre ellos ANDRÉS FELIPE ARIAS, pues obró con la convicción errada que esa era la modalidad contractual (directa y de ciencia y tecnología) llamada jurídicamente a aplicar y que debía seguirse en el caso de los convenios 003, 055 y 052 de 2007 a 2009 y no importa que el error fuese vencible, dado que la ilicitud contractual solamente admite la modalidad dolorosa.

La anterior conclusión se sustenta en que la defensa y el procesado demostraron que los funcionarios del Ministerio que precedieron a Andrés Felipe Arias acudían a contratar directamente con el IICA en actividades similares, tal y como se comprobó con los documentos que la Sala ordenó incorporar en la audiencia preparatoria en los numerales 1.2.2.1. y los convenios celebrados en los años 2000 a 2006 los cuales apuntaban a acreditar la trayectoria de contratación entre dicha entidad y el Ministerio de Agricultura, y que se introdujeron en el juicio oral. Se pueden citar como ejemplo los convenios a que se refieren las pruebas D54, D52 y D53, entre otros.

Como no es que se debe tener por una equivocación el hacer las cosas como otros lo han hecho a ese nivel ministerial, máxime cuando el expediente no cuenta con registro que ese proceder anterior haya sido cuestionado administrativamente o penalmente, lo que indudablemente cualquier persona en condiciones normales de buena fe entiende que ese obrar constituía un precedente a seguir.

En la sentencia no se admite que la conducta contractual en el pasado por los Ministros que precedieron a ANDRÉS FELIPE ARIAS incidió en la celebración de los contratos 003, 055 y 052, conclusión que no comparto, porque el obrar anterior fue semejante al observado en los convenios sub iudice, lo que de haber sido desacertado, por el principio de confianza y de presunción de buena fe obliga a admitir que ese error común es fuente creadora de derecho en el comportamiento para quienes actuaron en los contratos ya citados y que dieron origen a esta investigación.

En otros términos dicho, los convenios 003, 052 y 055 no se celebraron dolosamente para cambiar la modalidad contractual establecida en la ley, ni esa fue la intención al entender que el objeto era de ciencia y tecnología.

Pero, además, a decir de la mayoría de la Sala el error de tipo 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" (fl. 253).

El objeto de los convenios quedó definido en este salvamento de voto en el numeral 5 y se precisó que era la construcción de obras que permitieron el riego y drenaje en áreas rurales para el mejoramiento de la producción y lograr competitividad en el mercado. Bajo ese supuesto se impusieron obligaciones al Ministerio, al IICA y a los beneficiarios, correspondiéndole a éstos la construcción de las obras, pero con la asesoría, acompañamiento, seguimiento, asistencia técnica, evaluación, calificación y demás, con la institución en mención. Por tanto, el objeto y la finalidad de los contratos tenían como meta la infraestructura para el riego y drenaje.

El fallo acude a los conceptos de objeto y finalidad para construir un argumento excluyente e inatendible, que además el proceso no respalda ni tampoco la Fiscalía lo propuso en esos términos, amén de que la lógica no lo tolera.

Lo que define la modalidad contractual, si es o no contratación directa, es el "PROPÓSITO" o las "ACTIVIDADES" para las cuales se contrata, tal y como expresamente lo indican los artículos 2° de la Ley 393 de 1991 y 2° del D.L. 591 de 1991 y esos aspectos en este caso como se ha explicado era instalar o adaptar ciencia y tecnología en actividades agropecuarias a través de riego y drenaje en predios que carecían de estos medios.

Además, como se dijo en el acápite número 5, la Ley 393 de 1991 y el D.L. 591 de 1991 no le niegan la calidad de ciencia y tecnología a un convenio

por el hecho de que distintas partes (Estado, IICA y beneficiario) contribuyeran para la instalación de la infraestructura del riego y drenaje en el sector agropecuario. Los fundamentos jurídicos de AIS no establecieron como exigencia la absoluta gratuidad del programa ni excluyeron al beneficiario de obligaciones, al contrario desde la motivación en la ficha EBI se conminó al particular a hacer algunos aportes, otros corrían por cuenta de IICA. Por tanto los insumos a cargo del favorecido con el programa no es argumento para negar la naturaleza, fines y objeto de los convenios.

8. Irregularidades en el trámite de la inscripción de los programas y planes de AIS en el BPIN.

En la acusación no se estructuraron juicios de reproche de proceder ilícito de Andrés Felipe Arias por desconocimiento del debido proceso en la inscripción de los programas y proyectos en un tiempo determinado en el BPIN, en el Departamento Nacional de Planeación, CONFIS y COMPES, por lo menos datos fácticos concretos e inequívocos de los que se deriven cuestionamientos penales por la inscripción o estudios en esas entidades no se adujeron por el ente acusador. Sin embargo en la sentencia (fl. 151) de la Sala se afirma: "Además, porque significó obviar en la forma atrás señalada, los términos del proceso de planeación presupuestal, hecho ordenado y auspiciado por el Ministerio en desmedro del principio de economía. Esta afirmación implica que AIS no integraba el Plan Operativo Anual de Inversiones (POAI) y lo cierto es que si fue presentado al COMPES, además estudiado por el Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS, y el Plan Financiero de 2007 fue emitido el 15 de junio de 2006, además que AIS ingreso al BPIN.

Las únicas observaciones que aparecen en la acusación se relacionan con la marcación de Planeación Nacional y la ficha EBI.

Camila Reyes anotó que la DNP hizo una marcación al proyecto, la que se levantó el 27 de diciembre de 2006 luego de reuniones que se hicieron con funcionarios de dicha entidad, así está admitido en la sentencia con la transcripción que se hace del testimonio de aquella a los folios 150 y 151, advirtiéndose que la susodicha limitante no desapareció irregularmente ni dejó incólumes las insuficiencias observadas. La razón por la que la marcación perdió vigencia y eficacia la explicó la señora Reyes así: "después de una reunión con funcionarios del DNP, todo el proyecto había sido, digamos, ajustado, todas las dudas que aparecían y no solo dudas, sino todos los incompletos que tenía el proyecto habían sido resueltos, y por lo tanto, el control, la marca del control previo del DNP había sido retirada del proyecto" (fl. 151 de la sentencia).

No puede entonces mencionarse la marcación como argumento de referencia para calificar de ilícita la celebración del contrato 003, dado que éste se firmó el 2 de enero de 2007, fecha para la cual se había superado "todos los incompletos" o "todas las dudas" a decir de la testigo de cargo.

En lo relacionado con la ejecución anticipada del contrato aún para fechas anteriores a aquella en que se levantó la marcación del contrato 003 se tratará en el numeral 11 de este salvamento, en el que se da cuenta de lo infundada que resulta esa hipótesis.

Y en cuanto a la ficha EBI lo único que se reprocha al procesado en la acusación es que en el *"ítem correspondiente a indicadores de ciencia y tecnología se lee: "el proyecto no realizará ninguna actividad de ciencia, tecnología o innovación"*. Lo que es cierto, pero es una información que cercena la prueba y atenta contra la materialidad o mismidad de la misma, pues si se hubiese estimado en su integralidad la información de todo el documento, se habría constatado específicamente en el acápite descripción, que allí se alude a "Mecanismo concursal para sistema de riego", entre el número plural de tareas a

cumplir por AIS, y se ofrecen como argumentos justificantes del citado ítem la necesidad y problemática en ese sentido del sector agropecuario, se advierte con el acceso al sistema de riego de sus consecuencias favorables en la producción y especialmente los que tengan "potencial exportable", los cuales podrán ser ejecutados por "particulares" y que la "obra la realizará el beneficiario del sistema de riego". Además, al hacerse los cálculos presupuestales en la ficha EBI para 2008 en el citado documento se afirma en el numeral 1.9 "convocatoria ciencia y tecnología" y para la vigencia 2009 se menciona "convocatoria de riego".

Los contenidos descritos en la ficha EBI no permiten negar que sustancialmente los recursos y el programa estaban dedicados a riego y que esta era una actividad de ciencia y tecnología, se utilizó por la Fiscalía y se valoró por la Sala una frase en el indicador del documento sin contextualizarla con lo más importante de su contenido como era la motivación y de esa manera se le asigna un alcance que no le corresponde a la prueba haciéndole decir que niega absolutamente toda consideración de ciencia y tecnología cuando en el cuerpo de la ficha EBI se dice todo lo contrario.

Las anteriores son las razones por las que no comparto los juicios de valor que se hacen en la decisión de condena contra ARIAS en lo relativo a las irregularidades en el trámite de la inscripción de los programas y planes de AIS en el BPIN.

9. Ausencia de estudios previos; y, además, términos de referencia que no cumplen los requisitos legales.

La Fiscalía en la acusación (numeral 3.4.3.1. del escrito de acusación y así fue leído literalmente en la audiencia) citó como fundamento jurídico de este cargo los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto

2170 de 2002, que exigen que con **antelación a la firma del contrato** se deben elaborar los **estudios y los términos de referencia** ; para éste último documento se señala una información específica, subrayando que ambos documentos debían ser elaborados por **"el Ministerio"**.

En la sentencia respecto al trámite previo que debía cumplirse antes de la firma del contrato o convenio, se sostiene al folio 249: "Agréguese que conforme el Manual de Contratación vigente en el Ministerio, la Oficina Asesora Jurídica no podía iniciar el trámite de los procesos contractuales hasta tanto no constara (sic), como requisitos mínimos, con los estudios previos y sus soportes, el certificado de disponibilidad presupuestal, el proyecto de pliego de condiciones o términos de referencia, la justificación y la ficha EBI, si se trata de un proyecto inscrito en el Departamento Nacional de Planeación". Agregándose al folio 245 del citado fallo que "Por ello, la suscripción del convenio 003 de 2007 y la reproducción del mismo modelo contractual en el 055 de 2008 y 052 de "20098" (sic)- debe ser 2009-, obviando tan evidentes falencias, sólo indica la conformidad del doctor ARIAS LEIVA con el trámite implementado".

La sentencia de la Sala (fl. 235 y 236) al referirse a los términos de referencia de los convenios 003, 052 y 055, aceptó que su elaboración no era previa y corría a cargo del IICA y no del Ministerio por ser una actividad contratada, al respecto se dice:

"(...) los términos de referencia de las convocatorias constituían un producto esperado de cada convenio, vale decir, de su desarrollo, su elaboración antes de haberse suscrito dicho negocio jurídico, constituye un acto de ejecución que desconoce el artículo 41 del Estatuto de Contratación Administrativa.

Además, con independencia de que en ellos se plasme una política pública, lo real es que los **tres convenios cuestionados**, conforme la prueba documental allegada, **preveían la elaboración de los términos de referencia de los concursos como una de las actividades contratadas**"

El cargo evidencia yerros sustanciales en su estructuración y motivación, los que son insuperables en este estado del proceso, pues el supuesto de hecho utilizado por la Fiscalía para acusar fue que el "**Ministerio**" estaba obligado a "**elaborar tanto los estudios previos como los términos de referencia**", haciendo expresa alusión a los "convenios 003 de 2007 y 055 de 2008", marco fáctico que para efectos de la congruencia tenía que respetar y resolver bajo ese supuesto la sentencia.

Sin embargo, del contenido de esos convenios emerge que los términos de referencia **no eran "previos"** sino una obligación del contratista (IICA) y eran un **resultado** de la labor de éste, **no estaban a cargo del Ministerio sino de la entidad contratada IICA**, así lo reconoce la sentencia de la Sala. Por tanto se le informó al procesado por la Fiscalía que se le juzgaría por situaciones fácticas distintas a las que la Corte examina para condenarlo por lo menos en los aspectos señalados de los términos de referencia, lo que afecta el derecho de defensa y el debido proceso e incide en la orientación del fallo, se repite, en lo que atañe a esa argumentación.

En la acusación se admite que los términos de referencia eran previos, como ya se indicó, pero también se sostuvo lo contrario, pues al precisarse que el MADR definiría de manera concreta al IICA sus actividades, dentro de éstas se incluyó la "Elaboración de términos de referencia que debían ser aprobados por el comité administrativo de cada convenio" (numeral 3.4.2.1. del escrito de acusación leído en la audiencia).

Y, también hay que advertir que la sentencia de la sala cita el Manual de Contratación del Ministerio para señalar que no se podía iniciar el trámite de los procesos contractuales "hasta tanto no contara", entre otros, con "el proyecto de pliego de condiciones o términos de referencia", argumento que si se utiliza para los convenios 003, 052 y 055 resulta inatendible por lo que se viene expresando si se acepta que los términos de referencia eran un resultado.

Dada la contradicción excluyente en los aspectos facticos y jurídicos a que se ha hecho mención en párrafos anteriores, no es posible aceptar responsabilidad penal del procesado con base en los supuestos señalados de los términos de referencia para la celebración indebida de contratos, pues en estos temas la acusación no cumpliría los requisitos de la Ley 906 de 2004, que excluye toda posibilidad de acusaciones con argumentos fácticos y jurídicos ambiguos, equívocos, contradictorios, excluyentes, confusos.

Al desarrollar el cargo en la acusación, la Fiscal sostuvo que en el caso de los convenios 003, 055 y 052 encontró "Ausencia de estudios previos" y esta aseveración así genéricamente expresada y no desarrollada en los numerales 3.4.3 y 3.3.3.1 del escrito de acusación constituyó el fundamento en la audiencia de la acusación. A cuáles estudios se refiere, no fueron precisados ni por contenido. Ni por autoridad o funcionario o particular que debía hacerlos y cuál era su objeto, ni se aludió a las condiciones que debían reunir.

Pero, simultáneamente, en los mismos apartados en mención, de la nada, de la ausencia de estudios, se salta a la aseveración contraria, citando la Fiscalía dos estudios que dice fueron elaborados para justificar la celebración de aquéllos convenios y se mencionan con los títulos "justificación técnica y "Términos de referencia para suscribir un convenio".

Esa argumentación es contradictoria y ambivalente, pues se ha de preguntar si hubo ausencia de estudios previos o si éstos se hicieron y se presentaron, y, el último de los documentos referidos es o no un estudio previo o hace parte de los términos de referencia, desarrollo del cargo que lejos está de satisfacer las exigencias de ley que se demandan del Fiscal en su tarea de acusar.

A pesar de lo expresado por la Fiscalía sobre la ausencia de estudios previos, la sentencia de la Sala admite que el Ministerio realizó esa tarea, la que "se fue cumpliendo por funcionarios del Ministerio, de algunas entidades adscritas, del Banco Nacional de Proyectos de Inversión y del Banco de la República, bajo la supervisión del propio Ministro ..." (fl. 145). En la misma decisión, al folio 147, se refieren actuaciones que igualmente están comprendidas en estudios y trámites previos, como las comentadas por el Viceministro Arbeláez, a quien el ministro le encomendó "la preparación del proyecto de ley y a la Directora de Presupuesto, Alba Sánchez, evaluar con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la posibilidad de ampliar el espacio fiscal del Ministerio".

Dada la falta de señalamiento en la acusación de los estudios previos echados de menos, la ambigüedad, generalidad y ambivalencia de los supuestos del cargo examinado no es dable deducir autoría y responsabilidad del procesado, pues tales premisas no cumplieron con el requisito de concreción fáctica en la acusación que exigen las garantías constitucionales del debido proceso, defensa y contradicción.

Entiende la Fiscalía que para los convenios 003 y 055 se presentaron los documentos titulados "justificación técnica" y "Términos de referencia para suscribir un convenio con el Instituto Interamericano de Cooperación Agropecuaria", los que descalifica por incompletos, señalando exigencias que se

echan de menos, reparo que el suscrito no comparte al hacer un examen integral de la prueba, porque revisados los contenidos de los términos de referencia de las convocatorias de 2007, 2008 y 2009 que fueron estipulados e incorporados como evidencia 32, aquellos satisfacen a cabalidad los requisitos de ley, constituyendo una exageración de la Fiscalía al calificarlos de "remedos".

Los términos de referencia de 2007 en los ítems gastos elegibles, monto máximo del apoyo, contrapartida, participantes, asignación del financiamiento y condiciones del acuerdo de financiamiento y en los términos de referencia para las convocatorias 01 y 02 de 2008 en los ítems y adendas de antecedentes y objeto de la convocatoria, disposiciones generales, presentación de la propuestas, condiciones del acuerdo de financiamiento, marco jurídico que se aplicará, entre otros, están satisfechas las exigencias mínimas de ley para aquellos en los aspectos demandados por la Fiscalía.

En cuanto al convenio 052 de 2009 se aduce por la Fiscalía que "nominalmente hace referencia a los elementos mínimos previstos en la norma", sin embargo lo descalifica señalando que no "responde a lo que según la norma debe ser un estudio de necesidad, conveniencia, factibilidad o perfectibilidad", sin concretar los supuestos de hecho de esta aseveración, los que no se podía omitir dado que se partió que cumplía los requerimientos mínimos, por lo que el cargo es genérico, abstracto, no es concreto y así no satisface por estas razones las condiciones esenciales de la acusación conforme a la Ley 906 de 2004.

Suficiente en este caso con recabar los requerimientos mínimos de la acusación que formula la jurisprudencia de la Sala en las providencias que se transcribieron extensamente en otro apartado de este salvamento de voto, para admitir que la Fiscalía no cumplió con la motivación fáctica requerida en los supuestos examinados.

10. La inclusión de cláusulas exorbitantes ajenas a la naturaleza del contrato 003.

Sostiene la Fiscalía en la acusación que en el convenio 003 de 2007 se pactó la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato, siendo que el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 es inaplicable para los convenios de ciencia y tecnología, argumento que no contextualiza lo que evidencia la prueba en el expediente, porque en el citado convenio si bien en la cláusula décima séptima se acude al susodicho texto legal, también lo es que en la cláusula vigésima segunda y al reglamentar la terminación, en el numeral 3. se pactó "*Por terminación anticipada de común acuerdo por las partes*", lo que pone de presente que la regla 17 constituye un lapsus calami, dado que el resto de la regulación del convenio corresponde a la contratación directa y por tanto el error es intrascendente en el campo del derecho penal para el procesado.

Por tanto la propuesta de la Fiscalía no es más que la presentación cercenada de lo evidenciado por la prueba para señalarle un alcance que no le corresponde.

11. Ejecución de los contratos antes de que se perfeccionarán.

Bajo el supuesto equivocado que en los convenios 003, 055 y 052 tenía que hacerse la elección del contratista por licitación pública, se entra a señalar que la ejecución y celebración es indebida por haberse elegido al IICA directamente y que ello ocurriera antes de la suscripción del contrato.

Toda contratación implica actos preparatorios y cuando su naturaleza es directa es obvio que el contratista se conozca con antelación y se realicen actos previos para que llegada la fecha se pueda suscribir el contrato, como la identidad de esa parte contractual y la adquisición de la póliza de garantía, entre

otros, por ello no es válido que se proteste en la sentencia que antes al 2 de enero de 2007 para el contrato 003 se hubiese "seleccionado al IICA como operador de ese convenio de riego", además que no es ilegal que se estuvieran "preparando los documentos para concretar la contratación" (fl. 231 de la sentencia).

Luego de la referida argumentación, el fallo de la Sala (folios 152 y 153) reconoce que los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 2 de la Ley 1150 de 2007 al regular la escogencia del contratista establecen como excepción para la licitación pública los casos de contratación directa y como ha quedado establecido en este salvamento de voto la forma contractual para esos convenios era la directa por ser contratos de ciencia y tecnología, por tanto ninguna irregularidad se presenta por haberse elegido de esa manera al IICA.

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos estatales se perfeccionan "cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito".

Se arguye en la sentencia preferida por la Sala que "el primer informe de avance del convenio 003 de 2007 ... que desde el 23 de noviembre de 2006 y en diciembre del mismo año se realizaron en diversas ciudades talleres con ese objetivo" (fl. 230), por tanto la ejecución de ese contrato se anticipó a la fecha de su suscripción que fue el 2 de enero de 2007.

La Fiscalía no demostró que el convenio 003 se haya ejecutado antes del 2 de enero de 2007, esto es, para cuando la marcación estaba vigente, pues Camila Reyes señaló que el propósito del ministro era que la ejecución se diera a partir de la firma, así lo dijo la testigo: "él quería que Agro Ingreso Seguro comenzara a ejecutarse el 2 de enero de 2007" (fl. 150).

Y la afirmación de Camila tiene lógica y además respaldo, pues para la Corte la ejecución fue anterior al 2 de enero de 2007 y para ofrecer la fuerza probatoria de tal aseveración refiere la sentencia (fl. 230): "Así lo revela el **primer informe de avance del convenio 003** de 2007, al referir en el punto 2.2.4. – B fase de socialización del Programa AIS y la convocatoria de riego y Drenaje que desde el 23 de noviembre de 2006 y en diciembre del mismo año se realizaron en diversas ciudades talleres con ese objetivo".

Además, la conclusión referida en el párrafo anterior no corresponde a lo que contextualiza el primer informe de avance del convenio 003 (distorsión de contenido probatorio), pues lo que allí se lee es que seis talleres se pagaron por el IICA, pero no se afirma que se cancelaron con cargo al contrato 003 y no podía hacerlo porque este convenio se firmó el 2 de enero de 2007.

El convenio 003 de 2007 se firmó el 2 de enero y la acusación sostiene que se venía ejecutando desde el 23 de noviembre de 2006, porque en el primer informe de avance de 28 de febrero de 2007 se alude a que el IICA en los meses de noviembre y diciembre de 2006 pagó 6 talleres con recursos del IICA provenientes de aportes por cooperación.

Siendo ese el único supuesto de hecho concreto en el que la Fiscalía sustenta el cumplimiento anticipado del convenio 003, debe señalarse que no se demostró tal aseveración, lo que se prueba es todo lo contrario, que los pagos y talleres se realizaron unilateralmente por IICA en el 2006 con su presupuesto (no había recibido dineros del 003), tanto que fue quien suministró el dinero para su pago, o de ser cierto lo señalado por la defensa, esa actividad se hizo con cargo al convenio 078, supuesto fáctico muy diferente con el que se le juzga penalmente y se le responsabiliza por cumplimiento anticipado del contrato 003. A mi juicio al procesado no se le puede deducir responsabilidad penal por ese supuesto.

Pero dados los anteriores supuestos tengo que hacer alusión a la sentencia (fl. 227), porque no corresponde al supuesto fáctico con el que se estructuró al cargo por la Fiscalía, el convenio 003 no se suscribió ni se ejecución se adelantó sin base presupuestal para noviembre y diciembre de 2006, por las razones esgrimidas en parrados anteriores. Veamos lo que se dice en el fallo:

“Súmese, que sólo hasta el 27 de diciembre de 2006 se expidió el decreto 4579 donde se liquidó el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2007 y, por tanto, el convenio cuyo objeto era la convocatoria de riego y drenaje, carecía de respaldo presupuestal indispensable para iniciar labores relativas a dicha convocatoria o a suscribirlo”

“Este hecho no se desdibuja porque, como sostuvo la defensa, los talleres de divulgación se cancelaran con cargo al convenio marco 078 de 2008...”

Si el convenio 003 se suscribió el 2 de enero de 2007 y el presupuesto se asignó el 26 de diciembre de 2006 con el Decreto 4579, la sola constatación de fechas es suficiente para desestimar la afirmación de falta de base presupuestal, en el supuesto de que la Fiscalía hubiese aducido ese hecho con fundamento del cargo en la acusación. Y de otra parte ya se estableció en este salvamento que los talleres de noviembre y diciembre de 2006 no se pagaron con base en el contrato 003 y por esta razón no puede haber cumplimiento anticipado de este contrato, pues los recursos salieron del IICA más no del contrato, según se refiere en el primer informe, el que se cita como fundamento probatorio por la Fiscalía.

La sentencia alude al convenio 078 de “2008” (sic), pero es de 2006 y si el fallo acepta la hipótesis que el pago se hizo con fundamento en ese convenio, sin embargo utiliza ese supuesto para atribuírsele al presupuesto del contrato

003, cuando esa asimilación tergiversa el hecho, pues la verdad es que con base en los recursos de ese convenio no se pagaron los talleres, por lo que el juicio de reproche en esos términos es improcedente.

En lo que concierne a la publicidad de los términos de referencia, en la página 233 se incurre en contradicción sustancial, pues haciéndose mención a que en el diario el Tiempo se dieron a conocer aquellos el 3 de enero de 2007 y a renglón seguido sobre ese mismo documento se afirma que la publicación "confirma el inicio anticipado de ese negocio jurídico". Como estos párrafos de la sentencia están destinados al convenio 003 y este fue suscrito el 2 de enero de 2007, por qué la inserción en la prensa de los términos de referencia el 3 de enero son anticipados. El argumento por decir lo menos me parece que adolece de precisión, amén de que en tales condiciones no constituye premisa en la que inequívocamente se infiera el alcance que le otorga la Sala.

También ya quedó explicado que como se trata una contratación directa y no por licitación pública ninguna irregularidad puede atribuirse por haberse seleccionado al IICA como contratista de la manera como se hizo para AIS.

A diferencia de lo que hizo la Fiscalía con los convenios 003 y 052, el ente acusador en el 055 sí precisó las circunstancias fácticas que sustentaban el cargo, pues luego de suministrar los datos de suscripción y de puntualizar las fechas en que comenzó a ejecutarse anticipadamente, entró a señalar que los actos anticipados consistieron en la aprobación de los términos de referencia, su publicación y la autorización que se otorgó para la apertura de la primera convocatoria de riego y drenaje en el acta 001, sin que a esta fecha se hubiese aprobado la póliza de garantía.

El convenio 055 de 2008 fue suscrito el 10 de enero de 2008 y según el primer informe de interventoría de abril de ese año comenzó a ejecutarse el 4 de

enero de la anualidad en mención, porque en esa fecha fueron publicados "Los términos de referencia definitivos" para la convocatoria pública de riego y drenaje, los que también fueron publicados en la misma fecha en los portales Web" de AIS, IICA e INCODER.

Está probada la situación aducida en la acusación por la Fiscalía, por lo que no cabe duda que en el caso del convenio 055 ibidem tiene que admitirse que se comenzó a ejecutar el convenio antes de su perfeccionamiento, pues los términos de referencia eran un resultado, una obligación contratada en el 055 de 2008 y a cargo del IICA, por lo aquél que debió producirse después del 10 de enero de 2008 y no el 4 de enero de ese año, razón por la cual se comparte con el fallo de la Sala el juicio de reproche que se le hace a ANDRÉS FELIPE ARIAS, pues concurren los demás supuestos de responsabilidad.

El convenio 052 se firmó el 16 de enero de 2009 y su ejecución a decir de la Fiscalía se inició en noviembre de 2008, cargo cuya sustentación en la acusación se apoyó en afirmaciones sin contenido específico en lo fáctico y por ende de imposible comprensión por el procesado y la defensa, pues se arguyó que se anticipó su cumplimiento en esa fecha sin referir ningún supuesto de hecho indicativo de esa aseveración, por lo que sobre estas hipótesis ningún juicio de responsabilidad penal se le puede hacer a ANDRÉS FELIPE ARIAS, porque la acusación no se hizo en los términos de ley. La anterior conclusión resulta incuestionable transcribiendo el párrafo con el que la Fiscalía formuló el cargo por el convenio 052:

"Finalmente, en el caso del convenio 052 de 2009, tal como ocurrió con los dos convenios anteriores, también empezó a ejecutarse antes de su suscripción. Al respecto, los elementos de prueba encontrados por la Fiscalía demuestran que los primeros actos de ejecución de este convenio datan de noviembre de 2008, a pesar de que el convenio se suscribió sólo hasta el 16 de enero de 2009".

El cargo formulado por la Fiscalía no concretó cuáles fueron los actos cumplidos por el procesado con base en el contrato 052 entre noviembre de 2008 y 15 de enero de 2009, ese deber lo entendió satisfecho afirmando ambiguamente que como ocurrió con los "dos convenios anteriores" y en forma genérica remató el reproche acusando al procesado con base en contenidos probatorios que había recopilado de los que no dio información que permitiera individualizar, concretar o determinar cuáles eran los supuestos de hecho que permitían sostener que el contrato se había cumplido anticipadamente.

En otras palabras, la Fiscalía formuló contratación ilícita por el convenio 052 por ejecución anticipada pero con supuestos tácitos, para que el procesado los infiriera, supusiera, o verificara y en esas condiciones se defendiera en el juicio oral, abandonando el ente acusador el deber que le correspondía en los términos que se han señalado en este salvamento, por ello cualquier supuesto de hecho que la sentencia de la Sala imponga con base en el cargo examinado resulta incongruente.

12. Ejecución de los contratos antes de la aprobación de las pólizas de garantías.

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 exige la aprobación por el Ministerio de la póliza de seguro otorgada por el IICA antes de la ejecución de los convenios.

La Fiscalía no probó que ANDRÉS FELIPE ARIAS haya consentido y participado en el cumplimiento de las obligaciones de los convenios 003 y 052 antes de la aprobación de las garantías, cargo que se demostró únicamente respecto del convenio 055.

En el convenio 003 de enero 2 de 2007 la garantía se prestó y aprobó el 3 de enero de 2007. La acusación hace consistir la ejecución anticipada en los datos suministrados por el primer informe de ejecución de 28 de febrero de 2007 que como se ya vio en el numeral 11 de este salvamento los seis talleres se pagaron con presupuesto del IICA y el documento no informa que se hayan hecho con cargo al presupuesto del convenio 003.

En el convenio 052 de 16 de enero de 2009 la garantía se otorgó y aprobó el 22 de enero de 2009. De acuerdo al examen hecho en el numeral 11 de este escrito, argumentación a la cual me remito, la Fiscalía no demostró el cumplimiento de tales convenios antes de la fecha de suscripción ni de aprobación de la póliza de garantía.

El convenio 055 de 10 de enero de 2008 empezó su ejecución el 4 de enero de ese año según lo demostrado y registrado en el numeral 11 de este escrito, pues i) la póliza de garantía se otorgó y aceptó por el Ministerio el 11 de enero de 2008, ii) la aprobación y publicación de los términos de referencia se hizo el 4 de enero de 2008 y ii) y el Comité Administrativo decidió el 10 de enero de 2008 con acta 01 la apertura de la primera convocatoria de riego y drenaje para esa anualidad y autorizó al IICA contratar y conformar la Unidad Ejecutora para la implementación correspondiente de esa contratación.

Los actos referidos constituyen ejecuciones del convenio antes de que se aprobara la póliza de garantía.

13. Cumplimiento de obligaciones por el IICA.

Para la Fiscalía el IICA no tenía el personal para cumplir con las obligaciones, lo hizo a través de "subcontratos", además que el aporte "en ciencia y tecnología no existió".

La acusación y la sentencia de la Sala no aceptan que las obligaciones del IICA sean de ciencia y tecnología porque la construcción de los sistemas de drenaje y riego estaban a cargo del proponente.

Este juicio sería válido si AIS hubiese asumido todas las obligaciones a cargo del Estado y por ende del IICA (trabajo individual cuyos resultados se enjuician con reglas a partir de esa individualidad); pero desde la ficha EBI se anunció que era una labor de conjunto, con deberes recíprocos a cargo del Estado-IICA y el beneficiado (trabajado en conjunto cuyos resultados se enjuician con reglas propias del aporte colectivo). En esta última eventualidad la obra en sí, el resultado, no puede juzgarse por lo que tenía que hacer una sola de las partes, no se puede escindir las obligaciones de uno y otro (IICA y proponente), pues estas premisas desnaturalizan y desconocen lo contratado, se ignoran sus actividades de campo y asistencia técnica de las que dan cuenta las actas de Comité y a cuyo contenido nos hemos referidos en este Salvamento, por ello tiene que ser toda la gestión evaluada como unidad para decidir si era una labor de ciencia o tecnología.

La sentencia admite que el IICA se limitaba a "presentar sugerencias sobre el cumplimiento de los términos de referencia" (fl. 194), dando a entender que ese obrar no constituye cooperación técnica, supuestos que no comparto dado que los términos de referencia precisamente aludían a las especificaciones de la obra de riego y drenaje en todos sus componentes (por citar ejemplos, aguas, suelos, materiales, recursos, ect.) y al evaluar el proyecto y hacer sugerencias para el ajuste del proyecto se está asesorando sobre una actividad de ciencia y tecnología propio del objeto del contrato, cuya ejecución no era individual, no era única ni exclusiva del proponente, también contó con el concurso del IICA hasta la liquidación del convenio.

Bajo el supuesto anterior, el IICA cumplió sus obligaciones realizando actividades propias de los convenios de cooperación técnica y científica, tal y como quedó establecido con lo expresado en el párrafo anterior y el análisis presentado en el numeral 5 de este salvamento.

El IICA dio sus aportes a través de su *"experiencia, gestión, desarrollo de proyectos, apoyo logístico y el trabajo de los equipos técnico y administrativo de la entidad"*, siendo infundado el desconocimiento que la Fiscalía hace a esa cooperación que otorgó el IICA, pues para esos menesteres puso a disposición la planta de personal y subcontrató personas naturales y jurídicas para el cumplimiento de la misión que le correspondía en los convenios 003, 055 y 052, en el área jurídica, económica y técnica, para atender lo relacionado con la divulgación de la convocatoria, presentación, evaluación, calificación y aceptación de las propuestas, la ejecución de las mismas, actividades de campo y liquidación de los contratos correspondientes, como dan cuenta las actas de los informes de avances, de interventoría y los Comités Administrativos.

La sentencia reconoce que no había prohibición de subcontratar para que apoyaran la ejecución de los acuerdos: "no existía prohibición de subcontratar a otras personas que le apoyaran en la ejecución de los acuerdos" (fl. 367), advirtiéndose también en el folio citado que "las labores contratadas con el IICA fueron realizadas por esa institución en los términos convenidos con el MADR".

14. Posición de garante.

En la acusación se atribuyó responsabilidad al Ministro en el peculado dada su "condición de garante del debido manejo de los recursos a su cargo" y en esta materia esta misma Sala en la sentencia proferida en el caso de Mapiripan contra el General USCÁTEGUI (Rdo. 33.113 de 05-06-2014) sentó el criterio que cuando la fuente de la responsabilidad penal es la **posición de**

garante el inculpado responde como autor, pues esa modalidad no admite las categorías de cómplice ni de coautoría. Se dijo en dicha providencia:

Vale la pena destacar aquí que dadas las especiales características del delito de omisión impropia, cabe afirmar que para realizar tal tipo de ilicitud se requiere tener la posición de garante, siendo la autoría la única forma posible de participación en un hecho de esa naturaleza; sin embargo, algún sector de la doctrina ha admitido la coautoría propia cuando el acuerdo previo versa sobre el incumplimiento de un deber de actuar, mientras que otro grupo se niega a reconocer dicha hipótesis afirmando que a lo sumo se podría presentar una autoría simultánea, toda vez que la infracción de deber derivada de una posición de garante no admite subdivisión alguna.

Roxin¹⁴ explica en qué caso puede presentarse la coautoría en un delito de comisión por omisión, señalando que varios autores pueden ser considerados como autores de un hecho omisivo, cuando un sujeto actuante y otro omitente cooperan como coautores de un hecho común o cuando varios omitentes son titulares de un deber común y no están llamados a actuar como individuos singulares, en ambos casos, debe corroborarse la existencia de una coordinación por acuerdo para dar lugar a la atribución del hecho a título de coautoría.

Este tratadista también acepta la participación a título de complicidad en los punibles de omisión impropia por parte del garante, cuando los autores por comisión realizan un tipo penal que no puede ser realizado por omisión y no existe un tipo prescriptivo autónomo.

Sin embargo, la posición dominante, como desarrollo de un concepto unitario de autor, el cual es acogido por nuestro legislador penal, de ahí que en el delito de omisión impropia sólo cabe la autoría, pues si el sujeto ostenta la posición de garante por tener la obligación jurídica de salvaguardar un bien jurídico y el mismo es lesionado así sea por la acción de un tercero, responde como autor de tal hecho a título de comisión por omisión.

El anterior planteamiento también impide admitir otras formas de participación en el delito de omisión impropia, como por ejemplo, la complicidad del garante si la lesión al interés jurídico es causada por un tercero, pues éste siempre será autor en la medida que esta categoría se

¹⁴ ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000. Séptima edición. Pág. 508.

deriva del simple hecho de incumplir el deber legal que le impone ejecutar labores de salvamento y protección.

15. Delito continuado de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo (artículo 397 del C.P.).

Es ajustada a derecho la exoneración de responsabilidad por i) duplicidad de pagos por el rubro de divulgación (no se demostró) y ii) superación de los topes del artículo 6 de la Ley 1133 de 2007 para gastos de administración (no fue materia de acusación).

Aunque en la acusación se alude al peculado por haberse pagado servicios de publicidad, transporte, tiquetes aéreos, vuelos chárter, banquetes, entre otros servicios y que no tenían relación con AIS, no se hace un pronunciando de fondo a mi juicio, cargo por el que debe absolverse por no haberse demostrado, pues fue un supuesto al que se aludió en la acusación.

Comparto la responsabilidad penal que se le atribuye a ANDRÉS FELIPE ARIAS por peculado por apropiación en favor de terceros respecto de los beneficiarios de subsidios por fraccionamiento de predios, asignación múltiple de recursos a un mismo grupo de personas o empresarial superando los topes de ley, recalificación de proyectos que no cumplieron los requisitos de ley y los reatos tentados en el caso de Abondano y Valery Domínguez.

No obstante lo anterior, discrepo de la calificación jurídica de la conducta al tratarla como un concurso homogéneo, pues a mi juicio el obrar de Andrés Felipe Arias (por su designio) corresponde a un delito continuado, ejecutó varios actos conforme a su interés, plan o propósito, pero manifestando siempre una unidad de acción, la cual constituye un único delito, criterio del suscrito que no es de ahora ni para este caso, pues esto ha sido mi pensamiento desde el año

1999, así lo expresé en la tercera edición de la obra que publique bajo el título "Estructura de la Tipicidad Penal" (Editorial Ibáñez, Bogotá, pág. 315 a 316).

Que la consumación del peculado corresponde a un delito continuado, lo evidencia el análisis que hace la sentencia, en la que se admite que la conducta del procesado estuvo motivada por la misma finalidad, plan que mantuvo y estuvo presente en la acción óptica ejecutada, las diferentes manifestaciones hacen parte de la misma realidad jurídica delictiva, ejecutada por idéntico sujeto activo y respecto del Estado en calidad de sujeto titular del bien jurídico afectado y con la que se agotaron los elementos constitutivos del delito de peculado por apropiación.

Para efectos de la unidad de designio criminoso (motivación o finalidad) de ANDRÉS FELIPE ARIAS, que junto con el hecho de no haber recaído sobre bienes jurídicos no personalísimos constituyen el elemento diferenciador y determinante del delito continuado con el concurso homogéneo, se debe referir que la acusación y el fallo de la Sala han reconocido que la dirección y el control en el trámite y ejecución de los convenios 003, 052 y 055 motivado por un plan, la tuvo ANDRÉS FELIPE, a quien se le rendían informes y se acataban sus orientaciones y órdenes por todas las personas que intervinieron en el programa AIS en los citados convenios.

La anterior no es una mera opinión del suscrito, es la deducción que se extrae de lo que al respecto señalaron la Fiscalía y la Corte en el fallo aprobado con criterio mayoritario, que para verificación paso a citar algunos de esos enunciados seguidamente:

La Fiscalía en la acusación sostuvo:

"...el ex Ministro ejerció el control sobre la totalidad del programa Agro, Ingreso Seguro,..."

En la sentencia de la Sala se dedicaron los siguientes párrafos al tema en examen:

"... los testigos atrás citados, informan que la interacción e intervención del doctor ARIAS LEIVA en la Unidad Coordinadora del programa desde sus (sic) inicio fueron cercanas e intensas.." (fl. 215).

"..los denominados comités de gabinete, infaltables reuniones de cada lunes a las cuales asistía la alta gerencia del Ministerio de Agricultura y sus entidades adscritas, para dar cuenta de su gestión al titular de esa cartera y recibir sus instrucciones." (fl.216).

"...recibían instrucciones del Ministro para ejecutar las labores correspondientes..., circunstancia evidenciada en los comités de gabinete..." (fl. 217).

"...el doctor ANDRÉS FELIPE ARIAS tenía con los contratistas del IICA integrantes de la Unidad Coordinadora de AIS, una relación directa y de autoridad que le permitía orientar e intervenir de manera decisiva en sus actividades y decisiones, ..." (fl. 218).

"Ahora, la injerencia del Ministro en el desarrollo de AIS y en los convenios para ejecutarlo, no se limitaba a recibir reportes." (fl. 273).

Cita la sentencia la declaración de Fernando Arbeláez en la que señala que había obediencia y que *"El Ministro era una persona que tenía un temperamento fuerte en el sentido que le gustaba que las cosas salieran en los tiempos que él quería que salieran y le gustaba que las cosas salieran como esperaba él que salieran."* (fl. 239).

En relación con quienes prepararon los proyectos, la sentencia sostiene que *"al elaborar los borradores sustento de los convenios, sólo procedió en*

consonancia con la decisión adoptada por quien era, en la práctica, su jefe directo" (fl. 241).

"...nosotros no modificábamos el plan operativo en esos aspectos esenciales si no se consultaba previamente con el Ministro y si él no daba el aval a esas decisiones" (fl. 279).

A la forma de obrar del Ministro, a su propósito, intención o plan, la sentencia de la Sala también hizo mención, con lo cual la decisión admite la unidad de designio criminoso. Esas referencias son las siguientes:

"...la diligencia demostrada por el titular de la cartera de agricultura para alcanzar los recursos...está unida de manera evidente, a su **designio** de gastarlos en forma inmediata sin adelantar la planeación..." (fl. 151).

"Idéntico criterio, la **voluntad** del Ministro con iguales **propósitos**, **guío** la consecución de vigencias futuras destinadas a los convenios 055 de 2008 y 052 de 2009..."(fl.152)

"...ese tratamiento resultaba innecesario; por ello, no se justifica en el **interés** del Ministro... sino en su propósito de intervenir en el manejo de sus recursos." (fl. 271).

"Ignora también la **importancia** que para el propio Ministro significaba llevar el programa a buen término, no sólo por su personal forma de asumir el trabajo, sino, especialmente, por la **influencia** que, según admitió en el juicio, podía tener en su **imagen**, con independencia de si en ese momento tenía o no aspiraciones **presidenciales** o sólo pretendía la **gobernación** de Antioquia, según informan sus cercanos colaboradores." (fl. 239 y 240).

"Tanto es así, que **no se efectuaba acción alguna que no contara con su aprobación** y tenía, además, capacidad decisoria final, dada su intervención en los comités administrativos donde se aprobaban los listados de beneficiarios y se definía hasta qué proyecto subsidiar." (Fl. 348).

"La Corte estima que más allá de la existencia o no de ese mecanismo, el control que el Ministro tenía sobre los convenios cuestionados y los recursos afectos a ellos, no sólo en cuanto a su trámite y celebración, sino también en lo

atinente a su desarrollo, está demostrado a través de la verificación de la forma en que operaron, como se expuso en acápites anteriores" (fl. 377).

Con base en las transcripciones hechas, por las expresiones utilizadas, se infiere sin duda alguna que para la Sala lo demostrado no es otra cosa que el Ministro tuvo una relación directa, de autoridad y ordenador en los hechos que dieron origen a esta investigación penal, interviniendo, gestionando, ordenando y decidiendo, para cumplir su designio, su propósito, su interés, por razón de su imagen, bien sea que tuviera aspiraciones políticas o no.

Suficientes las razones expuestas para admitir por qué la Fiscalía erró en la adecuación típica de la conducta pues no debió atribuir concurso homogéneo en los delitos por los que se condenó al procesado, sino un delito continuado.

Pero lo dicho solamente tiene trascendencia dogmática más no jurídica en este caso, porque en términos de punibilidad individualizada, la ilicitud cometida conforme al criterio expresado resulta más gravosa punitivamente para el procesado que la tenida en cuenta en la sentencia, por lo que estimamos que el favor rei está presente para este asunto en el concurso homogéneo.

Lo importante de la precisión radica en la diferenciación que presentan las dos categorías jurídicas referidas y en la guía que esta decisión representa para la comunidad jurídica que investiga y juzga las conductas delictivas, dada la seguridad y acierto que deben ofrecer las decisiones.

16. La Sala en la sentencia únicamente tiene competencia para hacer juicios de valor que comprometan la responsabilidad penal de ANDRÉS FELIPE ARIAS.

Pero es en este capítulo, luego de las transcripciones que se hicieron de la sentencia de la Sala en relación con la unidad de designio criminal por el obrar

del Ministro en el numeral 15, que debo manifestar que me aparto del criterio mayoritario en cuanto hicieron juicios de valor en contra de otras personas que no fueron vinculadas a este proceso y respecto de quienes por lo menos con las citas hechas no se podían hacer afirmaciones tajantes y absolutas de que todos (Ministro y los que están siendo investigados en otros procesos penales por estos hechos) "conjugaron voluntades", "dividieron tareas", "para la consecución del fin propuesto", que el ex Ministro no se "valió de los otros partícipes, a título de instrumentos ciegos".

Esas frases y aseveraciones no pueden hacerse en el proceso de ANDRÉS FELIPE ARIAS de otras personas que están siendo investigadas en otros expedientes, porque no solamente comprometen el criterio sino que dan por sentados juicios de valor que no cuentan con el respaldo probatorio requerido y la competencia para hacerse.

Serán pertinentes respecto de quien haya sido condenado y vencido en juicio, que no es el caso de aquellos a los que estoy haciendo referencia e identificados como simplemente investigados en la sentencia de la Sala.

Y a pesar de ser cierto que el Ministro a los vinculados con AIS, el IICA y los convenios, con autoridad les ordenada, imponía y decidía, el proceso no cuenta con la prueba que dé certeza para sostener que obraron conjuntamente en connivencia, que "conjugaron voluntades", que "dividieron tareas", "para la consecución del fin propuesto", que fueron "otros partícipes, que no fueron "instrumentos ciegos", pues se desconocen en este expediente absolutamente las particularidades subjetivas y algunas objetivas bajo las cuales obraron esa otras personas, circunstancias indispensables para hacer esos juicios de valor, sólo se conoció en concreto el hacer y la intención de ANDRÉS FELIPE ARIAS y no más.

El apartado al cual me refiero en el párrafo anterior de la sentencia está al folio 343 y dice:

"No es, en ese sentido, que el Ministro realizara todas las conductas que condujeron a materializar los punibles como lo sugiere la defensa, sino que de manera formal o material, aquellos que resultaron acusados en los otros procesos y el aquí investigado, conjugaron voluntades, pero dividieron tareas para la consecución del fin propuesto, bajo el entendido, no que el Ex ministro se valió de los otros partícipes, a título de instrumentos ciegos, sino que impartió órdenes o tomó la decisión que permitió direccionar la selección interesada hacia aquellos beneficiarios que se buscaba favorecer".

17. El incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2014 es inaplicable en este asunto porque la Fiscalía incumplió con el deber de imputar ese incremento punitivo en la acusación.

Las garantías fundamentales del debido proceso y derecho de defensa deben imperar sin excepción en las actuaciones penales. En el sistema acusatorio son expresiones de tales garantías el que la imputación jurídica debe quedar consignada en la acusación (tipo básico o especial con circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva), de tal forma que con posterioridad no es dable condenar por situaciones que agraven la pena del acusado si no fueron expresamente atribuidas en ese acto procesal.

En la acusación, en el caso de ANDRÉS FELIPE ARIAS, la Fiscalía no hizo mención a que las conductas punibles atribuidas se incrementaba la pena con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2014 que establece para las conductas punibles descritas en la Ley 599 de 2000 un aumento de la tercera parte en el mínimo y en la mitad el máximo. No obstante lo anterior, la Sala en la sentencia dosificó la pena atribuyendo dicho incremento punitivo.

Las circunstancias de orden fáctico o jurídico por sus efectos "se clasifican en **agravantes cuando aumentan la pena** (las del artículo 58), atenuantes si la disminuyen (las del artículo 55) y excluyentes de punibilidad, si su consecuencia es la exclusión de pena (el caso del artículo 224) – Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición, Legis S.A., 2007, pág. 469-.

El artículo 14 de la Ley 890 de 2004 es una circunstancia de agravación?. El Diccionario de la Lengua Española define la circunstancia como todo accidente de tiempo, lugar o modo y cuando tiene el carácter de agravante se la entiende como el "Motivo Legal para recargar la pena del reo" Si el supuesto del artículo 14 ídem se refiere a la pena y la aumenta para los delitos en el régimen penal colombiano, innegable que es una circunstancia de agravación en los procesos penales, así lo impone no solamente el estudio lingüístico y gramatical de su contenido, sino su alcance jurídico.

El artículo 14 de la Ley 890 de 2004 es de carácter genérico? Si esta condición se predica de los aumentos que se hacen a las penas pero respecto no de un delito en particular sino de un número considerable, plural o de la totalidad de los reatos, ha de señalarse entonces que el supuesto del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 es una circunstancia de agravación punitiva de carácter general porque se aplica para la totalidad de las conductas punibles que registra la Ley 599 de 2000.

Quien lea o aplique el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 afirmando que no es una circunstancia de agravación punitiva, está no solamente leyendo al revés la voluntad del legislador, sino también su texto gramatical, y peor aún, desconociendo el propio significado que el creador de la ley le dio a la susodicha hipótesis normativa, cuando su tenor no puede sacrificarse dada su claridad. Ese texto reza: "Las **penas** previstas en los **tipos penales** contenidos en la Parte

Especial del Código Penal se **aumentarán** en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”.

Las reflexiones con reducción al absurdo (*Reductio ad absurdum*) son argumentos válidos para la comprensión de los textos legales, por ello me pregunto si en alguna parte en la norma se dice que no se agravan las penas, que no las aumenta, que no se aplican a los tipos penales, pero si lo que allí se expresa es todo lo contrario, entonces como negar que el artículo 14 de la Ley 890 de marras hace parte de la tipicidad de la conducta y mas concretamente del tipo sancionatorio, y como negar también que es un supuesto que incrementa genéricamente las penas de los ilícitos previstos en la Ley 599 ejusdem.

Los argumentos a favor de la tesis que proponemos se fortalecen más si aplicamos los principios que obligan a considerar las definiciones que el propio legislador utiliza para sus expresiones en el ordenamiento jurídico y fue el Congreso de Colombia el que en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 luego de fijar el incremento de los mínimos y máximos de la sanción en los tipos penales de la Ley 599 de 2000, quien calificó ese supuesto de ser una **regla general** y además de corresponder a un **incremento**, vinculado con las **penas**, al señalar en la segunda parte de esa norma: “En todo caso, la aplicación de **esta regla general de incremento** deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los **tipos penales** de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley”.

En la dogmática penal, el criterio es uniforme y pacífico en doctrina y jurisprudencia, los tipos penales son preceptivos y sancionatorios. Los primeros describen la conducta ilícita a través de sujetos, objeto, conducta y

circunstancias; en tanto que los segundos, los sancionatorios, precisan la pena principal o accesoria. Estos últimos pueden acompañar al tipo preceptivo, como generalmente ocurre, otras veces, aparecen los incrementos o disminuciones de punibilidad en otros tipos penales subordinados de la parte especial o en normas de la parte general del mismo estatuto punitivo o en legislaciones complementarias.

El principio de legalidad de los delitos y de las penas, para hacer referencia al asunto tratado, no permite la imposición de penas no previstas por el legislador, ni tampoco aquellas que típicamente no estén descritas o definidas por duración o naturaleza en un tipo especial, un tipo subordinado o en una norma jurídica complementaria.

No se puede aplicar en Colombia una pena que no reúna las condiciones que se vienen señalando en los párrafos anteriores, por tanto si aceptamos que el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 se ajusta a las normas rectoras de legalidad y tipicidad, tenemos que admitir que ese texto hace parte del tipo penal sancionatorio establecido en una norma jurídica complementaria de carácter general de la Ley 599 de 2000. No la podemos aplicar sin admitir su ubicación en la categoría dogmática del delito, como lo hemos señalado. Neguemos que es norma general, no aceptemos que se refiere a la sanción de los tipos penales para aumentar la pena, pero entonces tendríamos que absurdamente concluir también que ese texto para aplicarlo no necesita cumplir con la legalidad y la tipicidad, y específicamente con la condición de ser tipo sancionatorio. Bajo estos últimos supuestos el artículo 14 tantas veces citado de la Ley 890 de 2004 resulta inaplicable en el ordenamiento colombiano.

Por tanto y dadas las premisas anteriores, tenemos que señalar que la legalidad y tipicidad de la pena en el caso de ANDRÉS FELIPE ARIAS está consagrada en los artículos 397 y 410 de la Ley 599 de 2000 y además el

aumento de las sanciones establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Este era el marco jurídico punitivo vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos.

Pero, me pregunto, es suficiente para imponer un incremento de pena en un caso concreto como el de ANDRÉS FELIPE ARIAS que la norma jurídica que la contiene exista y esté vigente para el momento consumativo del reato?. Creo que la solución a este problema jurídico se debe obtener con base en los criterios jurisprudenciales que la Sala tiene establecidos de vieja data y que hacen relación a un presupuesto procesal atado a las garantías de debido proceso y defensa.

En la casación 34.022 citada en este salvamento en el numeral 1, se menciona el siguiente apartado que corresponde a la sentencia de la Sala de 16 de marzo de 2011 proferida en el radicado 32.685, en el que se explica la forma como debe la fiscalía concretar e integrar la imputación jurídica en la acusación:

"se integran las formas de autoría o participación, atenuantes y agravantes genéricas o específicas, con referencia a un tipo (o tipos) básico, especial o alternativo, esto es, las adecuaciones normativas que corresponden a la imputación jurídica"¹⁵.

El deber de la Fiscalía, conforme a la citada línea jurisprudencial, no es formular los cargos de cualquier manera, a su antojo, es menester que concrete en la acusación, entre otras circunstancias, las agravantes genéricas y como ya quedó explicado la hipótesis del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 tiene esa naturaleza.

¹⁵ Cfr. Sentencia de 16 de marzo de 2011, radicación N° 32685.

Y, en jurisprudencia pacífica y uniforme de esta Sala, se ha señalado que se desconoce la simetría jurídica que debe existir entre la acusación y la sentencia, entre otros eventos, en el siguiente:

"De esa manera, según reiterado criterio jurisprudencia, la incongruencia se presenta cuando se condena: ... c) por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, pero incluyendo alguna circunstancia, genérica o específica que intensifica la sanción, o suprimiendo una de menor punibilidad expresamente reconocida" (Auto del 23 de mayo de 2012, Sala de Casación Penal, Mag. Pon. Sigifredo Espinosa Pérez).

El criterio de la Corte acabado de transcribir añade entonces un presupuesto procesal a la facultad del juez para condenar y tener en cuenta un supuesto de mayor intensidad en la sanción, que solo podrán incidir en la tasación de la pena las circunstancias genéricas de mayor punibilidad si han sido expresamente reconocidas en la acusación.

El 18 de abril de 2012 (Rdc. 37.337), la Sala Penal de la Corte, reiteró el susodicho presupuesto procesal, en los siguientes términos:

"en el marco del nuevo sistema penal acusatorio no le resulta factible al juez, así la Fiscalía lo solicite en desarrollo de la intervención final expresada en el juicio oral, **modificar** en el fallo la calificación jurídica contemplada en la **acusación** cuando esa **variación** implique **consecuencias punitivas más gravosas** para el procesado."

Y, no hay discusión doctrinal ni jurisprudencial, en cuanto a que se hacen más gravosas las consecuencias punitivas no solamente cuando se readequa la conducta en un tipo preceptivo, ni exclusivamente cuando se tienen en cuenta circunstancias específicas de agravación de una conducta delictiva, sino también cuando aquellas son de carácter genérico y su alcance sea el de intensificar la pena.

Es entonces incuestionable que el juez en la sentencia no puede tener en cuenta circunstancias fácticas o jurídicas que incrementen o agraven la pena si no han sido atribuidas expresamente en la acusación.

La legislación penal vigente registra circunstancias que aumentan la punibilidad, para hacer referencia únicamente a la situación que concita nuestra atención, se les denominan circunstancias de mayor punibilidad o de agravación punitiva, siendo especies de esta situación las **específicas**, que se predicen exclusivamente de una conducta punible en concreto dado un supuesto que pueda ser de hecho o estrictamente jurídico, como las referidas en los artículos 267 ó 241 del C.P., modificado por la L. 1142 de 2007, o **genéricas**, porque proceden respecto de un número plural de conductas punibles, como las del artículo 58 Ídem o el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Se insiste, el presupuesto procesal para que las circunstancias genéricas o específicas de agravación puedan tener incidencia en la tasación de la pena en la sentencia, es idéntico en las circunstancias específicas y genéricas, esto es, que hayan sido imputadas en la acusación.

En el expediente con radicación de casación de esta Corporación 42.700 de 12 de febrero de 2014, la Sala no acogió la tesis del Tribunal que conoció de ese proceso, despacho éste último que para negarse a declarar prescrita la acción penal del fraude procesal aplicó el artículo 11 de la Ley 890 de 2004 bajo la premisa que esta era la disposición vigente para cuando se cometió el delito, aunque esa normalidad no había sido atribuida en la acusación, pues se mencionó únicamente como norma jurídica aplicable el fraude procesal regulado en el artículo 453 de la Ley 599 de 2000.

El cotejo de los tipos penales descritos en las normas citadas en el párrafo anterior permite establecer que la descripción de la conducta (tipo

preceptivo) es idéntica, la única diferencia es el tipo sancionatorio, las penas en la Ley 890 son mayores a las del artículo 453 ídem. Es un problema de mayor punibilidad y la Corte no aplicó la Ley 890 a pesar de ser la norma vigente para la fecha de los hechos y prefirió con razón la Ley 599 porque era el texto imputado en la acusación. Mutatis mutandis porque en este caso de ANDRÉS FELIPE no ocurre lo mismo, si en el ejemplo que cito, no obstante que es una circunstancia específica de agravación y en este asunto se trata de una genérica de agravación, lo cierto es que la ley y la jurisprudencia le dan el mismo tratamiento, si no están en el pliego de cargos no se pueden tener cuenta.

En el radicado 41.469 de 26 de mayo de 2014, uno de los problemas jurídicos fue la no imputación en la acusación de circunstancias que implicaban específicamente mayor punibilidad para el procesado y se hizo prevalecer en esa actuación los criterios jurisprudenciales referidos. Igual solución jurídica se ha dado por la Sala en asuntos en los que en la acusación no se ha imputado una circunstancia genérica de mayor punibilidad del artículo 58 del C.P, como, por ejemplo, en la sentencia de 6 de mayo de 2009, dentro del expediente N° 31293, y en otra aún más reciente, SP 5420 de 30 de abril de 2014, radicación N° 41350.

Siempre se ha resuelto en los casos citados que se afecta la congruencia, ésta según la Corte *"se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas"*, agregándose luego en la misma providencia que *"la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico ... , la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad"* (Rdo. 24.685, Sent. de 28-05-2008, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS).

Si como viene de verse en la citada jurisprudencia, la Fiscalía en la acusación en el proceso de ANDRÉS FELIPE ARIAS no hizo de manera completa las citas normativas, no precisó los artículos del Código Penal y las normas que complementaban la sanción para agravarla y por ende omitió determinar la circunstancia de agravación genérica del tipo sancionatorio y que corresponde al supuesto del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, no hay duda que la sanción impuesta en el fallo proferido por la Sala resulta incongruente.

Al aplicar el test de igualdad a la hipótesis del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 con respecto a las circunstancias genéricas de mayor punibilidad referidas en el artículo 58 del C.P. u otras de esa misma naturaleza allí reguladas, se tiene que no puede hacerse diferencia entre estas y aquella (Ley 890 ibidem) en sus exigencias para su aplicación en un asunto dado, pues los sujetos se encuentran en condiciones similares, los alcances punitivos son idénticos, los fines normativos son los mismos (aumentar la prisión), los medios procesales para su consideración se vinculan directamente con garantías fundamentales y sería desproporcionado y atenta contra todo juicio de razonabilidad que se dé un trato jurídico diferenciado cuando en el plano objetivo no hay elemento que justifique un obrar distinto al propuesto en este salvamento ante semejante identidad, esta conclusión la impone la justicia material, para que esta sea real, efectiva y no meramente formalista.

Entonces, sí y siempre que a las anteriores premisas le agregamos que todo lo que haga más gravosa la situación jurídica del procesado tiene que ponerse de presente de manera expresa en la acusación para que pueda ser tomada en cuenta en la sentencia, no cabe la menor duda que la Sala no ha debido individualizar la pena de ANDRÉS FELIPE ARIAS con el incremento de la Ley 890 de 2004, menos cuando el único argumento aducido se fijó en un pie de página señalándose que esa disposición estaba vigente para cuando

ocurrieron los hechos, ignorándose la línea jurisprudencial, la naturaleza y el alcance de esa premisa de mayor intensidad punitiva a que hemos hecho alusión.

Corolario de lo expresado, a ANDRÉS FELIPE ARIAS se le debe tasar la pena por peculado por apropiación en concurso homogéneo (por la razón señalada en la conclusión del numeral 15 de este salvamento) en concurso material con un solo delito de celebración indebida de contratos, sin el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, además de precisarse que la responsabilidad en el primero de los reatos lo es en calidad de autor por haberse formulado el cargo por su posición de garante.

Respetuosamente,



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado