

Colección Ciencias Penales

**Estudios críticos de
jurisprudencia de la
Corte Suprema de Justicia
4**

Ricardo Posada Maya
Fernando Velásquez Velásquez
María Camila Correa Flórez
(Coordinadores)

Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas
"Emiro Sandoval Huertas", Universidad Sergio Arboleda

Grupo de Investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional
"Cesare Beccaria", Universidad de los Andes

 Universidad de
los Andes

 IBAÑEZ

 UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

**OTROS TÍTULOS DE LA
COLECCIÓN**

POSADA MAYA, RICARDO
VELASQUEZ VELASQUEZ, FERNANDO
CORREA FLOREZ, MARÍA CAMILA

**ESTUDIOS CRÍTICOS DE JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 1**

**ESTUDIOS CRÍTICOS DE JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 2**

BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO

EL DELITO DE ESTAFA

VELASQUEZ V., FERNANDO; POSADA M., RICARDO
CADAVID Q., ALFONSO; MOLINA L., RICARDO
SOTOMAYOR A., JUAN OBERTO

**DERECHO PENAL Y CRÍTICA
AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO
HOMENAJE A NODIER AGUDELO BETANCUR**

POSADA MAYA, RICARDO

**DELITO CONTINUADO Y
CONCURSO DE DELITOS**

MOLINA LOPEZ, RICARDO

**LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL
ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES
ESPAÑOLA Y COLOMBIANA**

RICARDO POSADA MAYA
FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ
MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ
(COORDINADORES)

JOSÉ MARÍA DE BRIGARD ARANGO
(Asistente de Coordinación)

**ESTUDIOS CRÍTICOS
DE JURISPRUDENCIA DE
LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA**

4

Grupo de Investigación
en Ciencias Penales
y Criminológicas
"Emiro Sandoval Huertas",
Universidad Sergio Arboleda

Grupo de Investigación
en Derecho Penal
y Justicia Transicional
"Cesare Beccaria", Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
2017



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA



Grupo Editorial
IBÁÑEZ



Universidad de
los Andes

Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - 4 / Jorge A. Abello Gual y otros; coordinación Ricardo Posada Maya. -- Edición Gustavo Ibáñez Carreño. -- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

358 páginas ; 23 cm. -- (Colección Ciencias penales)

Incluye bibliografías.

ISBN 978-958-749-659-8

Colombia. Corte Suprema de Justicia - Jurisprudencia 2. Colombia. Corte Suprema de Justicia - Sentencias 3. Sentencias - Colombia - 2013-2014 I. Abello Gual, Jorge A, autor II. Posada Maya, Ricardo, 1974- , coordinador III. Ibáñez Carreño, Gustavo, editor IV. Serie.

349.8604 cd 21 ed.

A1551288

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

Primera edición en español: septiembre 2017

COLECCIÓN CIENCIAS PENALES

© Ricardo Posada Maya, Fernando Velásquez Velásquez y María Camila Correa Flórez (Coordinadores)

RICARDO POSADA MAYA

Director

© Jorge Arturo Abello Gual, Lucía Itxel Murgueytio, Paula Cadavid Londoño, Libardo José Ariza Higuera, Christian Wolffhügel, Fernando Velásquez Velásquez, Hernán Gonzalo Jiménez, Ricardo Posada Maya, María Carolina Garzón, Patrick Germain Tissot Obregón, José Fernando Botero Bernal y Renato Vargas Lozano

COMITÉ EDITORIAL

RICARDO MOLINA LÓPEZ
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ
Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Ediciones Uniandes
Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 339 49 49, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
infeduni@uniandes.edu.co

YESID REYES ALVARADO

Universidad Externado, Colombia

LOTHAR KUHLEN

Universidad Mannheim, Alemania

WALTER PERRON

Universidad de Freiburg, Alemania

ISBN 978-958-749-659-8

Corrección de estilo: Ana Lucía Portillo
Diseño de Portada: David A. Cortés A.

Diagramación electrónica: Clara Gómez C.

© Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación
Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 Minjusticia.

MARCELO SANCINETTI
Universidad de Buenos Aires, Argentina

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER
Universidad Jaume I de Castellón, España

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid, España

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Universidad Pompeu Fabra, España

© Grupo Editorial Ibáñez
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731-2386035
Librería: Calle 12 B N° 7-12 L. 1
Tels.: 2835194 -2847524
Bogotá, D.C.-Colombia
<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

ENZO MUSCO
Università "Tor Vergata", Italia

MARIO TRAPANI
Università Roma Tre, Italia

JOSÉ HURTADO POZO
Université de Fribourg, Suiza

Impreso en Colombia - Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

LISTA DE AUTORES

- Jorge Arturo ABELLO GUAL. Abogado litigante y Profesor de derecho penal.
- Lucía Itxel MURGUEYTIO. Abogado litigante en derecho penal y corporativo.
- Paula CADAVID LONDOÑO: Profesora de derecho procesal penal de la Universidad de los Andes. Socia en Prías Cadavid Abogados, Colombia.
- Libardo José ARIZA HIGUERA: Profesor de Sociología del derecho, Introducción y Constitución y democracia de la Universidad de los Andes, Colombia.
- Christian WOLFFHÜGEL: Profesor de derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.
- Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: Profesor y director del departamento de derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.
- Hernán Gonzalo JIMÉNEZ: Profesor de derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.
- Ricardo POSADA MAYA: Profesor de derecho penal y Constitución y democracia en la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.
- María Carolina GARZÓN. Abogado litigante.
- Patrick Germain TISSOT OBREGÓN. Abogado litigante.
- José Fernando BOTERO BERNAL: Profesor y director del área de derecho penal de la Universidad de Medellín, Colombia.
- Renato VARGAS LOZANO: Profesor de derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.

COMENTARIO VI
NI CELEBRACIÓN INDEBIDA DE
CONTRATOS NI PECULADO

Corte Suprema de Justicia, Sent. del 16.07.2014, R37462,
M.P.: María del Rosario González Muñoz. Aprobado Acta N°. 226.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ¹
HERNÁN GONZALO JIMÉNEZ²**

I. INTRODUCCIÓN

De particular interés resulta la sentencia proferida el día 16 de julio de 2014 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contra el exministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Señor A.F.A.L., que aquí se examina para verificar si en sentir de los comentaristas ella se ajusta o no a los dictados del orden jurídico. Con miras a lograr una mejor ilación el escrito se ocupa, en su orden, del supuesto fáctico, de la imputación, un necesario distingo académico, del delito de celebración indebida de contratos, del delito de peculado, de la falta de congruencia entre acusación y sentencia, de la falta de motivación y de precisión de los cargos y, para culminar, de la determinación de la sanción penal.

II. SUPUESTO FÁCTICO

Aunque el proveído en estudio hace una exposición sobre el asunto es prudente, desde la perspectiva de los analistas, hacer un resumen del

¹ Profesor y director del departamento de derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.

² Profesor de derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.

caso. En efecto, en desarrollo de precisas normativas constitucionales y legales, el Congreso de la República expidió la Ley 1133 de nueve de abril de 2007 –publicada en el Diario Oficial No. 46.595 de 10 de abril de 2007–, por medio de la cual se crea e implementa el programa denominado como “AGRO INGRESO SEGURO –AIS”, normativa que se inscribe dentro del conjunto de estrategias para promover la productividad y la competitividad, reducir la desigualdad en el campo, y preparar al sector agropecuario para enfrentar la internacionalización de la economía, como se deriva del contenido del artículo 1º de la misma: “OBJETO. *La presente Ley tiene como objeto la creación e implementación del programa “Agro, Ingreso Seguro - AIS”, destinado a proteger los ingresos de los productores que resulten afectados, ante las distorsiones derivadas de los mercados externos y a mejorar la competitividad de todo el sector agropecuario nacional, con ocasión de la internacionalización de la economía”.*

Como elementos de ese esquema, según se deriva del artículo 3º de la misma ley, se tienen los siguientes: “El programa “Agro, Ingreso Seguro” tendrá dos componentes, el de apoyos económicos directos que busca proteger los ingresos de los productores durante un período de transición, en el cual se espera mejorar en competitividad y adelantar procesos de reconversión. Por su parte el componente de apoyos a la competitividad busca preparar el sector agropecuario ante la internacionalización de la economía, mejorar la productividad y adelantar procesos de reconversión, en todo el sector Agropecuario”. Es más, el párrafo 1º de ese artículo advierte sobre los susodichos apoyos económicos lo siguiente: “Para todos los efectos, se debe entender que los apoyos económicos directos o incentivos son una ayuda que ofrece el Estado sin contraprestación económica alguna a cambio, por parte del particular. Se entregan de manera selectiva y temporal, dentro del ejercicio de una política pública, siendo potestad del Gobierno Nacional, seleccionar de una manera objetiva, el sector que se beneficiará con el apoyo económico directo o incentivo y el valor de los mismos, así como determinar dentro de estos, los requisitos y condiciones que debe cumplir quien aspire a convertirse en beneficiario. /Los apoyos económicos directos o incentivos no son derechos, ni contratos y serán siempre una mera expectativa hasta que haya decisión

*definitiva de la autoridad competente, o de quien ésta haya designado para hacer la selección, que señale al particular como beneficiario; por tanto, hasta ese momento, **los apoyos económicos directos o incentivos** no generan obligaciones, contraprestaciones o derechos adquiridos”* (las negrillas, cursivas y subrayas son añadidas). Esta Ley, adviértase, fue objeto del respectivo control por parte de la Corte Constitucional entidad que mediante sentencia C-373 de 27 de mayo de 2009, la declaró ajustada a la Carta Fundamental porque se observó el rito exigido para su expedición.

Naturalmente, dentro de los apoyos a la competitividad—que buscaban preparar al sector agropecuario de cara a la internacionalización de la economía— el artículo 5° de la susodicha Ley previó tres instrumentos: los incentivos a la productividad, el apoyo a través del crédito y los apoyos a la comercialización, el primero de los cuales “[...] incluye la *destinación de recursos del programa orientados a fortalecer la asistencia técnica, el desarrollo y transferencia de tecnología, así mismo promover la cultura de buenas prácticas agrícolas y pecuarias, la asociatividad entre los productores, y **cofinanciar adecuación de tierras e infraestructura de riego y drenaje***”.

Con tales miras, el entonces Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural celebró diversos convenios con el Instituto Interamericano de Cooperación Agropecuaria IICA, entre los cuales se deben mencionar el 003 de 2 de enero de 2007 por \$ 47.000.000.000,00, el 0055 de 10 de enero de 2008, por \$ 140.428.000.000,00 y el 0052 de 16 de enero 2009 por la suma de \$ 100.837.934.000,00. Esta entidad, recuérdese, era la encargada de administrar los recursos a los cuales se podía acceder por parte de los interesados, una vez cumplidas ciertas exigencias legales; la ley creó, además, unos mecanismos de control estrictos a cuyo efecto diseñó un Comité Intersectorial integrado por altos funcionarios del Estado y directivos de los sectores de la industria, el comercio y el campo (artículos 8° y 9°).

En virtud de la celebración de cada uno de esos convenios el Ministerio de Hacienda desembolsó los recursos correspondientes al IICA, y se hicieron las convocatorias para la presentación de proyectos por parte

de los interesados, acorde con los pliegos de referencia que fueron publicados en los medios [ver el *Diario el Tiempo*, del once de enero 2008]. Dentro de aquellos –más concretamente el convenio 055 de 2008– se presentaron diversas personas quienes con base en la Convocatoria 01 de 2008 destinada a otorgar los beneficios para riego y drenaje –hecha por el Comité Administrativo integrado por el Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Señor J.C.S.; R.C.S., Gerente General del INCODER; J.R.M., Director de Desarrollo Rural; y, J.A.C.C., representante del IICA–, luego de reunir las exigencias correspondientes, accedieron a los beneficios y –previa constitución de un fideicomiso exigido al efecto– obtuvieron los desembolsos para cumplir con los programas propuestos, los cuales se ejecutaron en su totalidad hasta donde alcanzó el suministro de los recursos, lo que se frustró porque –atendidas diversas situaciones de orden político– estalló un escándalo de proporciones gigantescas que dio al traste con el programa.

III. LA IMPUTACIÓN

Como se desprende del texto del proveído examinado, los cargos enrostrados al hoy condenado fueron los de celebración indebida de contratos y peculado:

El doctor A.F.A.L. fue acusado por la Fiscal General de la Nación como presunto autor responsable de los punibles de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, definidos y sancionados, en su orden, en los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000, conductas que estimó cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo, material y sucesivo, en las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el artículo 58 numerales 9° y 10° del mismo ordenamiento, esto es, en su orden, la posición distinguida que el acusado ocupe en la sociedad por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio y obrar en coparticipación criminal (folio 2).

Por supuesto, a poco reflexionar sobre el asunto se percibe que el punto central de la discusión se afina en la forma de contratación a la cual se debió acudir para implantar el AIS; en efecto, de un lado, el juez de única instancia entiende que ello se debió hacer bajo las pautas de la Ley 80

de 1993: “[...] la Sala debe insistir en que, como en este caso los convenios 03 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009 no tenían por objeto directo aquel tipo de actividades, la normativa llamada a regir dichos acuerdos, suscritos para desarrollar las convocatorias de riego era la Ley 80 y sus decretos reglamentarios” (folio 213; véase también, folios 201, 204-205).

De otro lado, el condenado a través de su defensa (y con ellos el Salvamento Parcial de Voto suscrito por el Magistrado FERNÁNDEZ CARLIER) entiende que el régimen de contratación era el directo por tratarse de convenios que versaban sobre ciencia y tecnología: “Los convenios 03 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009 suscritos entre el Ministerio de Agricultura y el IICA sí tienen por objeto el desarrollo de actividades de ciencia y tecnología. /El módulo de riego del programa AIS constituyó no solo la adopción de una nueva tecnología de producción, sino que, a su vez, implicó un conjunto de modificaciones o mejoras tecnológicas en el proceso productivo” (folio 94).

Por supuesto, todo el debate en relación con las tesis enfrentadas es rico en matices y en argumentos de tal manera que una lectura desapacible de los planteos esgrimidos por las dos partes, demuestra que el objeto contractual no era tan claro como lo pretendió la Fiscalía. Como es apenas obvio, el punto de partida que se asuma en este frente es vital de cara a saber si la conducta realizada –y no solo la del entonces Ministro, pues en todo el proceso intervino un grupo muy calificado de funcionarios y solo se investigó, a dedo, a algunos de ellos– es o no punible.

IV. UN NECESARIO DISTINGO

Al respecto, se debe diferenciar entre el *contrato estatal* y el *convenio estatal de asociación*, como modalidades de actos jurídicos de carácter bilateral que puede realizar la Administración pública; dos institutos que tienen una naturaleza jurídica radicalmente distinta desde la perspectiva del derecho administrativo porque, como afirma José Vicente BLANCO RESTREPO, al analizar la sentencia que nos ocupa, “[...] en derecho administrativo se distinguen con claridad dos modalidades de actos jurídicos bilaterales de la administración siendo una de ellas el

contrato y la otra el convenio, sin que pueda afirmarse técnicamente que los contratos son el género y los convenios la especie. Al contrario, ambos son la especie de una clasificación más amplia que son los actos bilaterales de la administración. Esto para distinguirlo de los unilaterales como lo son los actos administrativos [...]»³.

Es más, añade BLANCO RESTREPO, ese distingo es fundamental para poder entender a cabalidad los tipos penales de celebración indebida de contratos y, por ende, aplicarlos:

Reconocer entonces que los convenios de cooperación interadministrativos, interinstitucionales, de asociación, de colaboración o como quieran llamarse, son diferentes a los contratos estatales, **es fundamental para poder interpretar y aplicar el tipo penal de “celebración indebida de contratos” bajo la modalidad de “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales”**, pues no sólo permitirá establecer si la celebración irregular de un “convenio” encuadra en la descripción típica, sino también para saber cuáles serían entonces los “requisitos legales esenciales” de los convenios pues desde el punto de vista del derecho administrativo podemos afirmar que los requisitos no son los mismos para los convenios que para los contratos... **En el caso específico de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en el caso de A.F.A., observó entonces que para la Corte resultó intrascendente verificar si los actos bilaterales celebrados entre el Ministerio de Agricultura y el IICA eran verdaderos contratos o eran convenios de colaboración; simplemente analizó si el objeto era de ciencia y tecnología para efectos de verificar si aplicaba o no la excepción contenida en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, pero no se preocupó de verificar si, a pesar de que no fueran de ciencia y tecnología, aun conservaban la naturaleza jurídica de convenio de colaboración, caso en el cual la selección directa del asociado era posible, puesto que para estos efectos ninguna norma vigente exige que para los mecanismos asociativos (creación de entidades sin ánimo de lucro o celebración de convenios), sea necesario un mecanismo de invitación pública**⁴ (subrayas y negrillas añadidas).

³ BLANCO RESTREPO, “La diferenciación entre convenios de colaboración y contratos, frente al tipo penal de celebración de contratos «sin cumplimiento de requisitos legales esenciales»”.

⁴ *Ibíd.*

El mismo autor, ya desde el día catorce de abril de 2006, en un trabajo que aparece en su blog intitulado "La diferencia entre contratos y convenios" y que es pertinente transcribir *in extenso*, señala:

Es muy común observar que en la administración pública se utilizan, como si fueran sinónimos, los conceptos "contratos" y "convenios", para referirse a los contratos interadministrativos, a los convenios interadministrativos o a los convenios de colaboración, etc. Por ese motivo considero importante hacer unos breves comentarios sobre la diferencia entre ambas figuras, haciendo la claridad de que los convenios interadministrativos constituyen una especie dentro del género de los convenios de colaboración, pues mientras los primeros se celebran con la participación exclusiva de entidades estatales, en los segundos también pueden intervenir los particulares y que los contratos interadministrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos estatales [...] quiero transcribir a continuación las diferencias esenciales que en mi opinión existen entre ambas figuras jurídicas:

1. En el contrato existe una contraposición de intereses mientras que en el convenio encontramos objetivos comunes.
2. En el contrato existen prestaciones recíprocas pues cada una de las partes asume una obligación a favor de la otra que para una será la prestación de un servicio, la transferencia de un bien, etc. y para la otra será el pago de una remuneración lo que además implica que existe un precio como elemento esencial del contrato; en el convenio no existen prestaciones recíprocas pues ninguna de las partes le brinda un servicio a la otra, ya que lo que existe en el fondo es la distribución de actividades entre las partes interesadas con el fin de desarrollar un objetivo común, pudiendo incluso existir aportes en dinero de una parte y aportes de trabajo por la otra parte.
3. En el contrato estatal, el Estado garantiza las utilidades al contratista; en el convenio no existe ese tipo de garantía estatal puesto que ninguna de las partes está recibiendo una remuneración por la labor desarrollada.
4. Es de la esencia del contrato estatal la equivalencia entre las prestaciones recíprocas, tanto que se establece como principio general de interpretación del contrato que se tengan en cuenta "la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos" (artículo 28 de la ley 80 de 1993). En los convenios no se presenta este carácter conmutativo ni se exige que exista equivalencia entre las obligaciones asumidas por las partes pues, se insiste, no existen prestaciones recíprocas.

5. En el contrato estatal se aplica la institución de la conservación del equilibrio contractual que obliga a la entidad estatal a restablecerla en caso de que se rompa por razones no imputables al contratista, generándose en consecuencia la posibilidad de pagar indemnizaciones o compensaciones a favor del contratista por la ruptura del equilibrio económico del contrato por causas no imputables a éste. En el convenio no existe esa posibilidad puesto que ninguna de las partes le presta un servicio a la otra ni mucho menos existe una remuneración por el servicio prestado, lo que excluye la posibilidad de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato.

Todas estas diferencias nos muestran con claridad la razón por la cual la legislación española de manera expresa exceptuó del ámbito de aplicación de la ley de contratos de las administraciones públicas, a los convenios de colaboración celebrados entre una entidad estatal y un particular, pues resulta claro que dichos actos bilaterales no son contratos.

En este mismo orden de ideas, podemos afirmar, no solo que en Colombia pueden existir convenios de colaboración o cooperación entre el Estado y los particulares, si no también que al igual que ocurre en España, en Colombia este tipo de convenios no se rigen por el Estatuto General de la Contratación Estatal (Ley 80 de 1993), pues no tienen una naturaleza contractual⁵.

Y añade, a continuación, algo que es de trascendencia para entender a cabalidad los hechos objeto de análisis:

Ya para terminar, y a manera de conclusión, veamos cuales son las algunas de las consecuencias prácticas del no sometimiento de los convenios a la ley 80 de 1993:

1. En principio, a menos que existiera una regla especial que lo permitiera, no es posible pactar cláusulas exorbitantes.
2. Como la entidad estatal no está pagando un precio por un servicio prestado o por un bien adquirido, no puede hablarse de anticipo ni de pago anticipado que son figuras referidas al cumplimiento anterior de la contraprestación del Estado a favor de los particulares; técnicamente se hablaría de aportes al convenio y nada se opone a que se acuerde entregar el aporte, total o parcialmente, inmediatamente sea suscrito de manera

⁵ Ibid.

similar a lo que ocurre al constituirse una sociedad, una asociación o una fundación para facilitar y hacer posible la ejecución del mismo.

3. La exigibilidad de las garantías de cumplimiento dependerá de la naturaleza de los compromisos asumidos y estará librada al principio de la autonomía de la voluntad; por ejemplo, en un convenio a través del cual se delegan funciones de la Nación a un Departamento carece de sentido la constitución de una garantía de cumplimiento; sin embargo, si se trata de un convenio entre una entidad estatal y un particular a través del cual se le otorgará al particular la facultad de administrar dineros públicos, si se justifica la necesidad de exigir una póliza para garantizar el adecuado manejo de los dineros públicos, pero si la obligación que asume la entidad estatal es la de reembolsar los gastos que en nombre del convenio ejecute el particular, carece de sentido la constitución de una garantía pues el particular en este caso no está administrando dineros públicos. Lo que sí es claro es que carece de sentido la exigencia de una póliza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del particular en la cual la beneficiaria sea la entidad estatal pues si se trata de un verdadero convenio no deben existir obligaciones de aquel a favor de ésta. Sería razonable, al contrario, que las partes acordaran suscribir una póliza conjunta para garantizar los daños a terceros cuando la actividad conjunta que van a realizar implique algún grado de riesgo como ocurriría por ejemplo en la ejecución de convenios para la prestación de servicios conjuntos de salud (como sería la ejecución de una campaña de vacunación para evitar los riesgos derivados de una vacuna defectuosa, de una inyección mal aplicada, etc.).

4. No son aplicables las reglas relacionadas con la selección del contratista a través de licitación pública; la regla general será la libertad de la entidad para seleccionar a la otra parte sin tener que acudir a mecanismos que garanticen la concurrencia de oferentes.

5. Las reglas que rigen los convenios son las propias de la autonomía de la voluntad; es decir que las partes tienen plena libertad para llegar a los acuerdos que sean necesarios para alcanzar los objetivos de la respectiva entidad. De todas maneras, como a través de los convenios se está ejerciendo una función administrativa, deberán respetarse ciertas reglas propias de la actividad estatal como por ejemplo las relativas a la planeación, a la concordancia con los planes y programas de la entidad, la existencia de la respectiva apropiación presupuestal si el convenio implica gastos para la entidad, el respeto de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

publicidad contenidos en el artículo 209 de la Constitución Nacional, etc. Igualmente, cuando sea del caso, deberán acordarse mecanismos de control o de interventoría sobre la ejecución del convenio, etc.⁶

Pero es que también la Corte Constitucional ha hecho el distingo anotado como se infiere, por ejemplo, de la sentencia C-239 de 29 de marzo de 2006:

Los convenios de cooperación técnica no son otra cosa que acuerdos especiales en virtud de los cuales una entidad nacional, internacional o extranjera, aporta bienes, servicios o recursos, sin contraprestación económica a cargo del Estado, para el diseño o implementación de planes, programas o proyectos de desarrollo. Al no ser contratos onerosos que tengan como contraprestación el pago de recursos públicos, los convenios de cooperación suelen estar regulados por normas especiales que establecen excepciones a las reglas de contratación administrativa e, incluso, a las normas tributarias o presupuestales. (Cursivas añadidas).

Como si lo anterior fuera poco, en la guía de contratación que se emplea en el Distrito Capital de Bogotá, sus autores hacen la siguiente y muy pertinente afirmación sobre las materias ya dichas:

Se entiende por Cooperación Internacional⁷ la acción conjunta para apoyar el desarrollo económico y social del país, mediante la transferencia de tecnologías, conocimientos, experiencias o recursos por parte de países con igual o mayor nivel de desarrollo, organismos multilaterales, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil. También se la conoce como cooperación para el desarrollo y es un concepto global que comprende diferentes modalidades de ayuda que fluyen hacia los países de menor desarrollo relativo.

La Cooperación Internacional se realiza mediante diversas modalidades, entre las cuales se cuentan la cooperación técnica, científica y tecnológica; la cooperación financiera no reembolsable; la cooperación financiera reembolsable o concesional; las donaciones;

⁶ BLANCO RESTREPO, *Ibid.* Del mismo expositor se puede consultar otro trabajo publicado hace diez años, intitulado "Los convenios de colaboración: una modalidad de actuación de la Administración que no se encuentra sometida a la ley 80 de 1993", pp. 139-150.

⁷ Concepto adoptado por la Dirección de Cooperación Internacional de Acción Social, a partir de la definición de la OCDE y derivado de los Tratados y Convenios de Cooperación Internacional que ha suscrito el Gobierno Nacional.

la acción humanitaria; la cooperación cultural y educativa; la cooperación política; y la cooperación militar.⁸

Por ello, cuando en el seno del juicio oral el Delegado de la Procuraduría General de la Nación se expresó sobre la materia –y sus apreciaciones no se tuvieron para nada en cuenta– y afirmó que los actos jurídicos de carácter bilateral en cuestión tenían una naturaleza jurídica ambigua, no hizo otra cosa que llevar al escenario jurídico-penal todo un debate de hondas repercusiones. Suyas son las siguientes palabras transcritas en la sentencia: “*Los convenios, tal y como fueron estructurados e implementados, muestran que verdaderamente se trataban de contratos con objeto ambiguo; no obstante, no todo problema o controversia de carácter contractual es penalmente reprochable, así lo sea administrativa y disciplinariamente*” (véase folio 59) (negrillas por fuera del texto).

Para acabar de ajustar, lo cual demuestra que la sentencia no es imparcial y desprevenida en estas materias, dígase que con anterioridad a la administración del Ministro A.F.A.L. –cuya actividad se buscaba a toda costa criminalizar– sus antecesores en el cargo acudieron a la contratación directa para este tipo de eventos y a nadie, que sepamos, se le ocurrió cuestionar desde la perspectiva penal o disciplinaria su actuar ni la legalidad de dichos convenios, máxime si como –con toda claridad reitera el texto de la ley 1133 de 2007– se trataba de “*apoyos económicos directos o incentivos*” para el sector agrícola. En efecto, entre 1993 y el cuatro de febrero de 2005 (día de la posesión de A.F.A.L.) los Ministros de Agricultura de Colombia suscribieron 132 convenios de manera idéntica (y sin licitación pública) con el IICA–OEA.

Por ello, cuando se lee de forma apacible la sentencia condenatoria examinada es viable concluir con BLANCO RESTREPO, en el primero de sus trabajos citado, que “*La Corte no abordó entonces seriamente el tema de la diferencia entre convenio y contrato lo que le impidió ver que se trata de dos instituciones jurídicas diferentes y por tanto no se percató de las consecuencias de dicha diferencia, no sólo frente a la normatividad que*

⁸ SANÍN DÍAZ/PEÑARANDA VILLAMIZAR/RODRÍGUEZ CASTILLO. 5. *Guía de contratación estatal. convenios de cooperación internacional en el distrito capital*, p. 33.

*se le aplica, sino también frente a la ausencia de tipicidad de la conducta investigada*⁹.

Esta confusión, por supuesto, tiene graves repercusiones en el campo jurídico y pone sobre el tapete de la discusión la posibilidad de que por este aspecto se haya incurrido en una posible vía de hecho [entendida, en términos generales, dice la T-395 de 2010, como “una clara amenaza a la seguridad jurídica y a la estabilidad del ordenamiento jurídico”, sea que ello se presente por emplear normas inaplicables (defecto sustantivo), se carece de supuesto probatorio para aplicar el supuesto legal (defecto fáctico), no se tiene competencia (defecto orgánico), o la actuación no corresponde al procedimiento establecido (defecto procedimental)], máxime si se ha dado por cierto lo que era y es objeto de intensos debates, tantos como para poner de manifiesto la existencia de una *duda razonable* sobre esta materia a la hora de valorar los múltiples medios de prueba que se arrimaron al debate; por eso, justo es recordarlo, el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), expresa: “*Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe*”.

En cualquier caso, se observa una aplicación indebida del artículo 410 del Código Penal lo que, en condiciones normales (y conste que este no es el caso) posibilita invocar el recurso extraordinario de casación como de forma clara dice el artículo 181 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, cuando ello es viable:

Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: 1. **Falta de aplicación**, interpretación errónea, o aplicación indebida **de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.** (Negrillas por fuera del texto original)

⁹ BLANCO RESTREPO, *Op. cit.*

V. CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

Como producto de la confusión anotada entre los institutos *convenio* y *contrato*, la sentencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia –que se apoya en la acusación hecha por la Fiscalía General de la Nación–, opta por formular en contra del ex Ministro el cargo de celebración indebida de contratos por el que finalmente se le condena, en los siguientes términos:

En el trámite y celebración de estos negocios jurídicos se desconocieron los principios de transparencia, planeación, economía y responsabilidad propios de la contratación estatal y los rectores de la función pública, por cuanto el entonces Ministro, aduciendo la aplicación del literal d, numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, acudió a la contratación directa para celebrar los convenios aludidos, pese a que su objeto no comportaba el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas. Por ello, la mención de este tipo de labores para justificar el procedimiento contractual utilizado, se muestra como la forma ideada para justificar la escogencia directa del IICA como cooperante y eludir la licitación pública a la cual debía acudirse dada la cuantía de los dineros comprometidos y el real objeto de los convenios, pues las labores pactadas se orientaron exclusivamente a administrar recursos del erario. De igual forma, respecto de cada uno de ellos se incumplió la obligación de elaborar los estudios previos que justificaran su celebración, de fijar los términos de referencia de manera completa, precisar la actividad de ciencia y tecnología sobre la cual versaban y su ejecución comenzó antes de que fueran suscritos. Las situaciones descritas, señaló la Fiscalía, además de los principios oportunamente enunciados, desconocen aquellos que de manera general rigen la función administrativa, los cuales son aplicables a la contratación pública como forma de actuación administrativa (folios 3 y 4, 133 y ss.).

Mucho más adelante lo reitera: *“Entonces, como el verdadero objeto de estos negocios jurídicos no permitía, por expresa prohibición legal, contratar de manera directa con el IICA, se recurrió a celebrarlos como convenios especiales de ciencia y tecnología para acudir a esa forma excepcional de elegir al contratista, con lo cual se obvió, de una parte, el deber de selección objetiva y, de otra, que en este concreto evento cualquier negocio*

jurídico celebrado por el Ministerio debía estar precedido de la licitación o concurso públicos, dada la cuantía de los recursos comprometidos (folios 210-211; cursivas añadidas). Ello, por supuesto, máxime si está claro que los contratos eran de mayor cuantía (sumados, los aportes que correspondieron al Ministerio fueron de \$ 287.000.000.000,00, mientras que el IICA y el INCODER debieron aportar montos adicionales, aunque mucho más elevados en el caso del segundo ente: ver folio 211, pies de página 148-151).

Por eso se asevera:

se concluye la estructuración, desde el punto de vista objetivo, del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo, pues en el trámite y la celebración de los convenios especiales de cooperación técnica y científica 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009 se vulneraron en la forma indicada los principios de legalidad, transparencia, economía y responsabilidad, rectores de la contratación pública, al igual que los deberes de selección objetiva y planeación surgidos de éstos, todo para cumplir el único interés que guió el proceso contractual: iniciar cuanto antes y de manera controlada, el gasto de los recursos (folio 237; cursivas añadidas).

Como es apenas obvio, si se parte de esa construcción académica y se estima que ella es la única válida –cosa que no se corresponde con una administración de justicia penal neutral e imparcial–, es apenas entendible que desde el punto de vista objetivo se afirme que se configura el aspecto objetivo de la figura de celebración indebida de contratos por ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que plasma el artículo 410 del Código Penal, cuando reza: “*El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá...*” (cursivas añadidas).

No obstante, el Salvamento Parcial de voto –con argumentos que no admiten replica– demuestra que los contratos realizados fueron de ciencia y tecnología y, en consecuencia, la contratación a llevar a cabo era la directa; así lo concluye en el folio 29:

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 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 (negritas añadidas).

Pero lo que bajo ninguna premisa es entendible es que la sentencia afirme que hubo dolo, que es el componente subjetivo de dicha construcción legal, porque la forma como se razona es la propia de quien acude a la presunción de dolo y, por ende, a una grosera forma de responsabilidad objetiva proscrita por la propia ley penal en cuyo artículo 12 se lee: “Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”). Por eso, se asevera: “[...] los mismos medios de convicción enunciados muestran que el doctor A.F.A.L., **de manera voluntaria y con conocimiento de la ilicitud, se apartó del ordenamiento jurídico para tramitar y celebrar los convenios cuestionados**” (folio 238; subrayas y negritas añadidas). Y luego se añade: “la prueba aportada acredita, no la violación a un deber objetivo de cuidado, sino la realización de una conducta eminentemente dolosa” (folio 254; cursivas añadidas). En fin: “Esa voluntad de imponer su criterio, a despecho de las pautas legalmente establecidas para la contratación estatal que conocía a cabalidad, es precisamente la que configura el dolo requerido para la estructuración del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que se le atribuye, en concurso homogéneo, por el trámite y celebración de los convenios 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009” (folio 259; cursivas añadidas).

En otras palabras, en contravía del programa penal de la Constitución que diseña un Derecho penal de acto y de culpabilidad (a las personas se les castiga por lo que hacen, no por lo que son) como se infiere, con toda claridad del texto del artículo 29 constitucional y de los artículos 1 a 13 del Código Penal, en el acápite destinado a las llamadas “Normas Rectoras de la Ley Penal colombiana”, a A.F.A.L. se le condena sin que exista prueba “más allá de duda razonable” de su culpabilidad y se da por demostrado lo que era necesario probar, esto es, que actuó con dolo. De otra forma expresado: se incurre en una de las falacias más comunes

y peligrosas de la lógica y de la retórica que los expertos denominan como “llamada a la ignorancia”, esto es “la declaración de que todo lo que no ha sido demostrado debe ser cierto, y viceversa”¹⁰.

Esa es la razón por la cual el Salvamento Parcial de Voto, sostiene la tesis de la posible concurrencia de un *error de tipo* como causal excluyente de la tipicidad y, por ende, de la responsabilidad penal (folio 30):

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 A.F. A.L., pues obró con la convicción errada de 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 fuere invencible, dado que la ilicitud contractual solamente admite la modalidad dolorosa (sic).

De allí, entonces, que fuese imposible configurar responsabilidad penal por la realización de la susodicha hipótesis de celebración indebida de contratos; ello, máxime si se demostró que con el IICA se hicieron con antelación diversas contrataciones con base en el mismo régimen, como el mismo Salvamento Parcial de Voto lo destaca (ver folio 31). Por eso, pues, concluye: ***“En otros términos dicho, los convenios 003, 052 y 055 no se celebraron dolosamente para obviar la modalidad contractual establecida en la ley, ni esa fue la intención al entender que el objeto era de ciencia y tecnología”*** (subrayas, cursivas y negrillas añadidas).

Es más, ya en el acápite que la providencia destina al estudio de la antijuridicidad y para demostrar la **dañosidad social de la conducta** de celebración indebida contratos, se dijo de manera perentoria:

La función pública se puso, entonces, al servicio de intereses particulares, los del Ministro, a través de la adopción de decisiones discrecionales, con las cuales se prohija la corrupción y el desgreño administrativo, la inequidad y

¹⁰ SAGAN, *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad*, p. 235.

el exclusivismo, además del deterioro de la imagen del Estado, precisamente en sectores donde su acción debía fortalecerse en beneficio de los agricultores, abocados en su mayoría, a circunstancias que dificultan el ejercicio de su actividad e inciden de forma negativa en sus condiciones de vida (folio 261).

O sea: en vez de hacer un estudio académico en torno al peligro o daño corrido por el bien jurídico –cosa que también se habría podido llevar a cabo en sede del juicio de tipicidad, atendidas las elaboraciones propias de la teoría de la imputación objetiva–, se acude a un discurso de tintes políticos con el que no se demuestra lo que se quiere probar; esto es, la falacia conocida como *post hoc, ergo propter hoc* (después de esto, luego a consecuencia de esto).

Incluso, y esto también es válido para el examen que se hace en materia del peculado por apropiación, las conductas (o a la conducta) se le imputan a A.F.A.L. a título de *coautor*, pero no se dice con quién o quiénes la (las) llevó a cabo, como era de esperar si se parte del texto del artículo 29 del C. P. en sus dos primeros incisos, que a la letra rezan: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”. En efecto, al hablar de la celebración indebida de contratos se indica: “se encuentra acreditada, en los términos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, la ocurrencia de la conducta constitutiva del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales descrito en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, cometido en concurso homogéneo y sucesivo, atribuible al doctor A.F.A.L. en calidad de **coautor**” (folio 263) (negrillas añadidas). Incluso, más adelante se añade:

“[...] 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” (folio 348).

Por supuesto, cuando la defensa del condenado reclama –como es apenas obvio– que se le demuestre dónde está el “plan común”

que se predica, la Sala responde con evasivas, como la que aparece a folios 349:

“[...] no es posible obligar a la Fiscalía que en este asunto concreto, donde se busca determinar la responsabilidad exclusiva del doctor A.F.A.L., se alleguen todos los elementos de juicio o perfeccione la responsabilidad individual de los otros comprometidos y resulta, así mismo, contrario al principio de libertad probatoria reclamar que se tenga prueba especial de cómo se fraguó el plan común, con lo que se pasa por alto, entre otras cosas, que por lo general este tipo de acuerdos no cuentan con registro documental o terceros que lo corroboren” (subrayas añadidas).

En fin, entra en escena –de nuevo– la falacia denominada como “llamada a la ignorancia”¹¹: no ha sido demostrado que es un coautor, pero sea afirma que eso es cierto. Con semejante manera de razonar (una verdadera **vía de hecho** que desquicia todo el ordenamiento jurídico), en contra de las leyes más elementales de la lógica y de la retórica, termina cualquier tipo de debate porque así no hay nada que discutir y la administración de justicia penal empieza a caminar por el despeñadero institucional, con el consiguiente sacrificio de la legalidad –¡Ese altar sagrado que depara el Estado de Derecho y que nadie puede profanar! –.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE PECULADO

En la providencia, que habla de “un concurso de delitos de peculado por apropiación, en favor de terceros” (folio 264), se hace referencia al asunto en los siguientes términos:

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

La apropiación se produjo en dos formas de concurso homogéneo diferentes, en cuantía que supera el valor de doscientos salarios

¹¹ SAGAN, *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad*, p. 235.

mínimos legales mensuales vigentes, razón por la cual la acusación se hace a términos del artículo 397-2 del Código Penal. Dichas formas de apropiación se concretaron:

1. A favor del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA, porque en desarrollo de los convenios 03 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, MADR, canceló a esa entidad \$17.111.945.238 por gastos de administración y operación, los cuales incluían algunos conceptos como divulgación del programa AIS, costos de operación y administración, al igual que imprevistos, los cuales ya habían sido pagados con ocasión de los acuerdos 078 de 2006, 018 de 2008 y 037 de 2009, vinculados con el programa AIS y ejecutados igualmente por el IICA en forma paralela con los enunciados.

Por esta razón, el Ministerio pagó doblemente al Instituto por los mismos rubros, esto es existió duplicidad de pagos por la misma actividad.

Además, el solo hecho de suscribir los convenios aludidos desconociendo las normas rectoras de la contratación estatal, implica que los rubros cancelados por administración carecen de sustento legal, con lo cual se estructura el punible citado.

2. A favor de beneficiarios del programa AIS, quienes recurrieron a presentar como proyectos separados, los vinculados a predios producto del fraccionamiento artificioso de sus fincas.

Otra modalidad consistió en que personas naturales y jurídicas accedieron dos o más veces a los beneficios del programa de riego, contrariando de manera expresa lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 1152 de 2007.

Una última forma consistió en que proyectos calificados como inviables por carecer de los requisitos señalados en la convocatoria, lograron la entrega de los beneficios mediante una nueva valoración favorable, efectuada por el *grupo de expertos*, instancia no prevista en el proceso de selección.

En las situaciones descritas, que comportan un concurso material, homogéneo y sucesivo de punibles de peculado por apropiación, se encuentran los grupos distinguidos como *J.F.V.L., CI Banapalma S.A., A.L.D., Orlandesca S.A. Biofrutos S.A., Inverjota S.A., Daabon, Agroindustrias JMD, Inagros S.A., Almaja S.A. y Riveros Páez*, respecto de quienes la acusación precisa el monto de recursos apropiados por cada uno de ellos.

Estas conductas acaecieron porque los requisitos establecidos en los términos de referencia de las convocatorias, aprobados por el aforado, favorecían la entrega de subsidios a determinados sectores y, adicionalmente, no previeron ni establecieron controles para evitar la entrega irregular de recursos del Estado, que ascendió a \$ 26.496.186.061” (folios 4-6 de la providencia; negrillas y subrayas añadidas).

Esta conducta punible, como se sabe, está descrita en el artículo 397 del C. P. –que antes de la adición realizada por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011–, rezaba así: “*El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá [...]*”; y su inciso 2° añadía: “*Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

Pues bien, si se mira el proveído examinado (¡que en las transcripciones hechas más arriba habla, una y otra vez, de **convenios**, no de **contratos**, para mostrar la vía de hecho en la que se incurre!) se infiere lo siguiente:

En primer lugar, así aparezca muy obvio, lo que se debe demostrar dado que se trata de un peculado “por apropiación”, es que el autor o autores han realizado la conducta que denota el verbo rector, esto es, se debe probar la apropiación y el monto exacto de la misma; sin ello, el juicio de tipicidad emitido no es factible. El texto del artículo 397 inc. 1º, ya transcrito, emplea el verbo *apropiarse* (“El servidor público que **se apropie**...”), por lo cual para poder afirmar la tipicidad de la conducta es indispensable que el sujeto activo calificado no solo realice la acción, sino que se produzca el resultado, esto es, la *apropiación*.

Al respecto, debe señalarse que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su edición 22ª, tomo I, páginas 188 y 189, señala: “Apropiación. *Acción y efecto de apropiar o apropiarse*”; “Apropiar. Tr. Hacer algo propio de alguien. 2. Aplicar a cada cosa lo que le es

propio y más conveniente. 3. Acomodar o aplicar con propiedad las circunstancias o moralidad de un suceso al caso de que se trata...5. Prnl. Dicho de una persona: tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad. Se apropió del vehículo incautado”].

Por supuesto, si está claro que según la Ley 1133 de 2007 el programa de Agro Ingreso Seguro tenía dos componentes: el de los **apoyos económicos** y el de los **apoyos a la competitividad** los auxilios debían ser entregados a los beneficiarios para “[...] *proteger los ingresos de los productores durante un periodo de transición, en el cual se espera (ba) mejorar en competitividad y adelantar procesos de reconversión*” y para *“preparar el sector agropecuario ante la internacionalización de la economía, mejorar la productividad y adelantar procesos de reconversión, en todo el sector Agropecuario”*, como reza el artículo 3º de la misma. Es más, el párrafo 1º de ese artículo, también ya citado al comienzo, dispone que los dineros eran **una ayuda que ofrece el Estado sin contraprestación económica alguna a cambio, por parte del particular** y que **se entregan de manera selectiva y temporal, dentro del ejercicio de una política pública, siendo potestad del Gobierno Nacional, seleccionar de una manera objetiva, el sector que se beneficiará con el apoyo económico directo o incentivo y el valor de los mismos** (las negrillas, cursivas y subrayas son añadidas).

Así las cosas, si no era necesario acudir a los trámites de la Ley 80 de 1993 para celebrar un contrato y se podía acudir a un convenio (para el caso no importa si era de ciencia o tecnología), y con base en él se hicieron las inversiones porque “entregas” propiamente no hubo, no se entiende cómo se habla de “apropiación” en favor de terceros; ahora bien, si algunos de esos terceros (como se ha afirmado) dividieron ficticiamente sus predios para hacerse acreedores a mayores beneficios eso no significa que sea el hoy condenado quien deba responder por tales conductas, entre otras cosas, porque no se ha establecido que él se hubiese coaligado con aquellos para proceder de dicha manera.

Con razón, la doctrina que se ocupó del similar texto contenido en el artículo 133 del C. P. de 1980, al hablar del tema, dijo: “Por lo tanto, si apropiación, como lo explicamos, es efectuar con un bien actos de

dueño no siéndolo, o como suele decirse, comportarse frente a el *uti dominus*, mediante actos que reflejan de modo cierto la intención de no devolverlo (venta, donación, consumo, destrucción), y si, de otra parte, el modelo legal exige en forma expresa, como ingrediente o elemento subjetivo, el propósito de provecho para el agente o un tercero, no hay duda alguna de que el delito no se perfecciona mientras el peculador no haya realizado el acto de disposición y, de contera, obtenido el beneficio buscado, o haya hecho ingresar el respectivo bien al patrimonio de un tercero¹².

Así mismo, en segundo lugar, si los dineros fueron empleados de la forma indicada no se puede pretender que la cuantía de lo "apropiado" sea el monto de los auxilios otorgados; por ello, resulta evidente que tampoco la sentencia logra determinar la cuantía del objeto de la apropiación en materia de peculado, requisito sin en el cual tampoco se puede hablar de la realización de una conducta típica de peculado en las condiciones ya dichas por lo cual el juicio de tipicidad emitido es, a todas luces, improcedente.

Además, en tercer lugar, se dice que la actuación del condenado fue dolosa porque "... Los medios de convicción recaudados en el debate muestran al doctor A.F.A.L. como coautor responsable, **a título de dolo**, de los delitos de peculado por apropiación, cometidos en la forma descrita" (folio 337; mayúsculas y negrillas añadidas), pero tampoco se indica cómo y de qué manera esos instrumentos de cognición demuestran el susodicho aserto; en otras palabras: de nuevo se da por demostrado lo que se tiene que probar y – como se supone probado – se asevera que lo está. Este vicio en el arte del buen razonar, que también afecta las leyes elementales de la lógica, es denominado por H. DE SAINT ALBIN, en su *Lógica Judicial*, como un *paralogismo o sofisma*:

"Empecemos por averiguar la etimología de esta palabra, que importa definir bien, porque el sofisma es el mayor enemigo de la lógica. *Sofisma* viene del griego *sofisma*, que viene de *sofizo*, usar de engaños, y es un razonamiento sutil e insidioso, que sirve para inducir **en error, y que no tiene sino la apariencia de verdad (...). Cuando la falsedad se encuentra**

¹² Cfr. PEÑA OSSA. *Estudio del Peculado*, pp. 143 y 144.

en los razonamientos, ya porque los principios y las premisas no son verdaderos, ya porque de premisas verdaderas no se deducen consecuencias legítimas, tales razonamientos vienen a ser sofismas o paralogismos¹³.

Es más, el profesor italiano Nicola FRAMARINO DEI MALATESTA máximo exponente de la ciencia conocida como Critología, señala al referirse a este tipo de razonamiento:

[...] es preciso que no olvidemos que el acusado no siempre es delincuente, y que constituye gravísimo error lógico en la apreciación de las pruebas presuponer probado lo que solo se quiere probar. Siendo el delito lo que se trata de establecer en el proceso penal, no puede admitírsele antes que las pruebas den base para aceptarlo¹⁴.

Es más, llama de forma poderosa la atención que los mismos hechos sean valorados como CULPOSOS por la Procuraduría General de la Nación (véase, por ejemplo, providencia de segunda instancia del seis de diciembre de 2011, radicado: D-2009-878-183667) y como DOLOSOS por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La Defensa insistió en ello, pero la providencia despachó el planteo como siempre sin responder: “[...] tal como se ha señalado en relación con actuaciones judiciales y/o administrativas adelantadas en otras jurisdicciones, el objeto del proceso disciplinario difiere del penal y parte de criterios distintos. Por ello, la calificación de un comportamiento puede comportar (sic) diferencias significativas, según el enfoque que se dé a la investigación” (folio 379; subrayas y mayúsculas añadidas).

El argumento, por supuesto, es sofisticado. Es más: nadie duda que las actuaciones disciplinarias sean distintas a las penales, pero, no se olvide, ambas son expresión clara del ejercicio de la potestad punitiva del Estado y, adviértase, atenta contra todos los principios lógicos y los postulados más caros del Derecho sancionador el sostener que los mismos hechos puedan ser, a la vez, dolosos y culposos; allí, pues, se evidencia una vía de hecho que no tiene razón de ser.

¹³ Cfr. CONCHA, *Elementos de pruebas judiciales*, pp. 352 y 353.

¹⁴ FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las Pruebas en materia criminal*, p. 189.

Incluso, en cuarto lugar y también sin demostrarlo, más adelante se dirá que “la culpabilidad en este evento es igualmente clara” (folio 353; subrayas añadidas) como lo fue al hablar de la celebración indebida de contratos: “Los mismos aspectos considerados en torno a este punto al referirse al concurso de punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuido al doctor A.F.A.L. permiten considerar que la culpabilidad en este evento es igualmente clara” (folios 352-353; subrayas añadidas). En otras palabras: se dice que aquí hay culpabilidad porque también allí la había, pero allá tampoco se logró demostrar; se trata, pues, de una “culpabilidad” construida sobre sofismas con el irrespeto de elementales leyes lógicas.

Y para ello, sin volver a citar al profesor español José CEREZO MIR (véase folio 262, que menciona la sentencia del 22 de junio de 2011, emitida en el radicado 35943, donde se hace la cita del autor hispano), se retoman las mismas ideas (folio 353). Esto hablando del peculado por apropiación en favor de los particulares por \$ 25.087'449,066 (suma percibida por los once grupos y por nadie más: véase folio 336) porque, por supuesto, también la providencia alude al peculado en favor del IICA (folio 353 y siguientes) que, según la Fiscalía, tuvo dos modalidades: a) duplicidad de pagos (folios 353 y ss.), y b) por la suscripción de los convenios (folios 366 y ss.) que, según dice la Sala de Casación Penal, no se configura (folio 367).

También, en quinto lugar, resulta harto extraño que el peculado se edifique solo en relación con las personas vinculadas a once grupos económicos pero nada se diga en relación con los pequeños beneficiarios, a quienes estaba destinada una contribución bastante elevada y que, en cualquier caso, así el asunto haya quedado en ciernes, como mínimo comportaba actos de ejecución que –con la misma lógica manejada– han debido ser objeto de investigación porque allí también debería hablarse de posibles infracciones a la ley penal así fuesen tentadas. Sin embargo, de forma inconsecuente y tendenciosa, ello no se hizo. En otras palabras: si hubo celebración indebida de contratos y peculado en relación con los miembros de los grupos empresariales, no es de recibo que en tratándose de los demás beneficiarios el actuar del ex Ministro sea lícito; para unos efectos ilícito, pero para otros lícito. Aquí

se observa, entonces, otro "camelo" o vicio en el arte del buen razonar, una falacia más que atenta contra la retórica y la lógica, que bien puede constituir una exclusión de medio o falsa dicotomía, porque "si no eres parte de la solución eres parte del problema"¹⁵.

De igual forma, después de contrariar los postulados que orientan la normatividad penal vigente –para la cual está claro que dolo y culpa son formas de conducta y que el concepto de acción que se levante a partir del derecho positivo no puede desconocer la categoría de la finalidad¹⁶, la sentencia en estudio parte de un concepto causal de acción acorde con el cual se entiende por conducta la causación de un resultado. Por eso, lo que en principio ha debido entenderse como una conducta de celebración indebida de contratos y de peculado (porque los auxilios dados a cada uno de los beneficiarios apenas son segmentos de un solo comportamiento guiado por una misma finalidad, la cual los arroja en una sola unidad de acción), se convierten en tantas conductas cuantos auxilios se concedieron; por ello se habla, según ya se dijo, de un "concurso de delitos de peculado por apropiación, en favor de terceros", que se entiende además como "*ilícitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, ambos cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo*" (folio 387).

Razón, pues, tuvo el Salvamento Parcial de Voto defendido por uno de los Magistrados que, pese a admitir la comisión de la conducta de peculado en favor de terceros por fraccionamiento de predios, advierte –de forma coherente con lo que el supremo juez ha defendido en sus publicaciones de corte académico– que se trata de un delito continuado y no de una pluralidad de conductas típicas constitutivas de un concurso material homogéneo. En efecto, señala (folios 52-53 de dicha pieza): "*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 delito único, criterio*

¹⁵ SAGAN, *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad*, p. 239.

¹⁶ Sobre ello, in extenso, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, pp. 579 y ss.

del suscrito que no es de ahora ni para este caso, pues este ha sido mi criterio desde 1999, así lo expresé en la tercera edición de la obra que publiqué bajo el título "Estructura de la Tipicidad Penal" (Editorial Ibáñez, Bogotá, pág. 315 a 316)" (cursivas añadidas). Es más, el mismo Magistrado insiste:

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 (subrayas añadidas).

También, debe decirse que las constancias transcritas por esta pieza procesal son irrefutables (véase folios 54 y ss.); por eso, es que se ha producido un error evidente a la hora de llevar a cabo la adecuación típica de la conducta no solo por parte de la Fiscalía sino de la Sala de Casación Penal (véase folio 56). Dicho de otra manera: se dejó de aplicar el contenido claro y preciso del artículo 31 del Código Penal que no solo en su texto sino en su parágrafo hace referencia a la figura del delito continuado; en efecto:

Artículo 31. *Concurso de conductas punibles*. El que **con una sola acción u omisión** o con varias acciones u omisiones *infrinja* varias disposiciones de la ley penal o *varias veces la misma disposición*, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. /Modificado, Art. 1º de la Ley 890 de siete de julio 2004. En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. / Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente. /Parágrafo. En los eventos de **los delitos continuados** y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Para nada, pues se ha tenido en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional al referirse a dicha materia: “[...] *la teoría del concurso tiene como finalidad determinar conforme a la ley vigente, la teoría de unidad y pluralidad de conductas y tipicidades y los criterios de política criminal como proporcionalidad, razonabilidad, necesidad, autonomía del bien jurídico, non bis in ídem e igualdad material, una sanción punitiva adecuada que refleje el verdadero grado del injusto penal y la culpabilidad existente, según las distintas estructuras de pluralidad normativa de tipos penales*” (sentencia C-464 de nueve de julio de 2014, cursivas añadidas).

Y ello, no solo afecta la determinación de la sanción penal, sino que, incluso, se erige por la propia ley procesal penal en causal para invocar el recurso extraordinario de casación, como ya se dijo, justamente porque se tipifica una verdadera vía de hecho.

VII. LA FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA; LA FALTA DE MOTIVACIÓN Y DE PRECISIÓN AL FORMULAR LOS CARGOS

Otro de los vicios que cabe atribuirle al cuerpo de la sentencia objeto de análisis son los enunciados en este acápite; baste lo afirmado por el Salvamento Parcial de Voto suscrito por el Magistrado FERNÁNDEZ CARLIER, quien a folio 22 del escrito señala de forma clara y perentoria:

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 yerros diman del FALSO JUICIO DE IDENTIDAD con el que se valoran algunas pruebas, estimación probatoria que fue sugerida por la Fiscalía, todo lo cual incidió sustancialmente en el fallo (mayúsculas, negrillas y subrayas añadidas).

Obsérvese, pues, como se habla de la incongruencia entre la acusación y la sentencia y de la falta de precisión y motivación de los cargos; y, si ello es así, se pisotea el debido proceso legal con el consiguiente entorpecimiento del derecho de defensa, pues si algo está claro es que los procesados en el sistema penal colombiano tienen derecho a saber, con absoluta claridad, cuál o cuáles son los cargos que se les imputan, para poder ejercer a cabalidad el derecho a defenderse; así, por lo demás, lo ha dicho en múltiples oportunidades la jurisprudencia de la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en uno de cuyos más recientes y recientes pronunciamientos, fechado el ocho de junio de 2011, radicado: 34022, se puede leer:

[...] en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la punibilidad de una hipótesis normativa tiene como exclusivo fundamento *la conducta concreta del sujeto* en la ejecución de un hecho previsto como delito, y la sanción correlativa tiene también a la vez como sustento *solamente ese hecho individual*, respondiendo tal concepto a lo que comúnmente se denomina *Derecho Penal de Acto* [...] De suerte que esa prerrogativa, constituye, sin lugar a duda, la primera y principal concreción para el desenvolvimiento del derecho fundamental de defensa, ya que el conocimiento del procesado acerca de los hechos que se le imputan y la correspondencia de estos en las normas que los tipifican como delitos, le permite ejercer la contradicción efectiva y equilibrada de la pretensión punitiva, sin que resulte admisible entonces una acusación tácita o implícita o aquella respecto de la cual no ha tenido ocasión de defenderse o refutar todos y cada uno de los elementos fácticos de la conducta punible atribuida [...] En conclusión, la atribución de un comportamiento reprochado como delictivo debe ser expresa, clara, precisa y circunstanciada, como lo demandan los Convenios Internacionales atrás evocados, resultando ineficaces, por obstrucción o imposibilidad de ejercer el derecho de defensa, las enunciaciones genéricas, ambiguas, vagas, oscuras u omisivas de los cargos.

Y no puede constituir excusa válida o aceptable para cumplir con esas exigencias la complejidad de los sucesos o la cantidad de hechos investigados, dado que si no es posible delimitar de manera detallada el comportamiento atribuido a una persona y que como hecho histórico halla correspondencia en una hipótesis normativa penal, es porque en realidad no hay mérito para formular una acusación deviniendo

improcedente la convocatoria del ciudadano para someterlo a un juicio en el que la *res iudicanda* persigue ser transformada en *res iudicata* penal, con todas las consecuencias que de ello se derivan [...] 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 controvertiendo las que se aduzcan en su contra (subrayas y destacados en el original).

Además, se ponen en evidencia falencias en la valoración de las pruebas que el escrito se atreve a calificar como "falso juicio de identidad". Y ello es de importancia porque, en el lenguaje propio de la casación (recurso que aquí no cabe porque el juzgamiento ha sido de única instancia; algo que además, desconoce los pactos mundiales de derechos humanos vigentes también en Colombia), ello da lugar a un **error de hecho** (que supone una violación indirecta de la ley sustancial) pues, como lo expresa la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, "*en materia probatoria subyace una actitud frente a lo descriptivo, en el sentido de que se transgrede la información suministrada por la prueba o se finge la que ella pueda suministrar*" (cursivas añadidas), y ello lo generan tres falsos juicios: el de existencia, el de identidad y el falso

raciocinio. Aquí interesa el segundo que, añade esa corporación, es “en el que incurre el juzgador cuando en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión por parte del contenido material del medio probatorio, bien porque se le coloca a decir lo que su texto no encierra u haciéndole expresar lo que objetivamente no demuestra” (cfr. Providencia del 16 de junio de 2006, Radicado: 23395, folios 5 y 6; subrayas añadidas).

Así las cosas, está claro que para el Magistrado disidente hubo un falso juicio de identidad con lo cual, a la hora de apreciar los elementos de prueba, se les puso a decir lo que objetivamente no rezaban, esto es, uno de los eventos en los cuales es procedente interponer un recurso de casación como bien lo señala el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, cuando él procede. Razón de más, por supuesto, como para pensar en que aquí se ha incurrido en una vía de hecho.

VIII. LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL

También, el examen de la sentencia muestra que a la hora de emprender el proceso de determinación de la sanción penal que se edifica en calificaciones jurídicas inexistentes o equivocadas (no solo porque no hubo celebración indebida de contratos y, de contera, peculado, sino porque esas figuras jurídico-penales se construyen a partir de un inexistente concurso delictual de carácter homogéneo y sucesivo, con olvido claro de la figura del delito continuado), al Ex Ministro A.F.A.L. se le tasó la misma de la manera más severa posible. Fruto de ello es que se le deduce, de forma contradictoria e ilegal -en contravía de la jurisprudencia de la propia Sala-, la circunstancia de agravación contenida en el numeral 9° del artículo 58 por su sola condición de servidor público; véase lo dicho en el proveído:

Sobre el particular debe indicarse que como ha sido decantado por la Sala, por regla general la condición de servidor público no apareja necesariamente la aplicación de esta causal, pues no siempre la calidad aludida implica tener una posición distinguida en la sociedad. Sin embargo, en este caso, es claro que la condición de Ministro de Estado

ejercida por el doctor A.F.A.L. si comporta una posición de preeminencia social (folio 388; subrayas añadidas).

Se escarnece, pues, todo lo dicho por esa corporación sobre esta materia en la que reivindica el llamado *principio de la prohibición de la doble valoración* (véanse sentencias de 23 febrero 2005, radicado: 19762; trece abril 2005, radicado: 21447; 25 mayo 2005, radicado: 20281; diez agosto 2005, radicado: 21546; 29 septiembre 2005, radicado: 23568; 27 octubre 2005, radicado: 18788, entre muchas otras). Esa forma de razonar incide en el proceso de determinación de la sanción penal sobre todo porque, una vez reconocida la buena conducta anterior (artículo 55-1 del C. P.; véase folio 388), al condenado se le deducen dos circunstancias de agravación (las contenidas en los numerales 9º y 10º del artículo 58).

Como es obvio, el mandato contenido en el artículo 61, inc. 3º del Código Penal, en el sentido de que a la hora de determinar la sanción penal correspondiente se debe tener en cuenta la "naturaleza" de las susodichas situaciones, obliga al juzgador a acatar el postulado mencionado –también conocido con el nombre de "principio de la inherencia" o, sencillamente, entendido como una manifestación del postulado del *non bis in idem*, por lo que sirve para resolver posibles casos de concurso aparente de tipos o de normas penales con base en el principio de la especialidad– a cuyo tenor no se pueden tomar en consideración aquellas "circunstancias" de mayor o de menor punibilidad que ya han sido previstas como tales al redactar la respectiva norma penal –lo que entrañaría, además, tener en cuenta consideraciones propias de la prevención general positiva y negativa al momento de individualizar la pena en el caso concreto, prohibidas constitucional y legalmente–, trátase de un supuesto de hecho básico (como aquí sucede con la calidad de servidor público prevista en el artículo 397, inc. 1º, cuando describe el tipo de peculado por apropiación, elemento que no puede ser tenido de nuevo en cuenta como expresamente lo dispone el numeral 12 del artículo 58) o de uno complementado agravado o atenuado (*verbi gratia*: si se comete un homicidio "valiéndose de la actividad de un inimputable", al tenor de lo dispuesto en el artículo 104, numeral 5, no se puede tener en cuenta

el numeral 11 del artículo 58: "ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable")¹⁷.

Es de tal trascendencia la observancia del apotegma en examen que, tanto al iniciar la redacción del artículo 55 como la del artículo 58, el legislador expresamente lo consigna al utilizar expresiones que no dejan ninguna duda al respecto: "son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera [...]" y "son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera". Es más, al redactar algunas de esas situaciones, expresamente se reitera la observancia del postulado de la inherencia como, según ya se mostró, sucede en el numeral 12 del artículo 58: "[...] salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal"; en este texto, obsérvese, se emplea otra expresión como sinónima de "circunstancia" y de "causal": "elemento".

Incluso, si se parte del presupuesto de que el delito de peculado realizado no fue sino uno –como lo impone el concepto de acción final que es el plasmado en el C. P.– y que el condenado es un mero "autor" no un coautor (como afirma la providencia sin demostrar con quién o quiénes lo hizo) parece claro que la determinación de la sanción penal para este evento debe ser la que señala el artículo 397 inciso 2º caso en el cual el ámbito punitivo de movilidad es: "[...] de 77 meses y 7 días, los cuales determinan un primer cuarto de 96 meses a 173 meses y 7 días", como se dice (folio 391), del que se ha debido partir; amén de las demás sanciones allí dispuestas.

Así mismo, si se entiende que no se celebraron indebidamente tres contratos sino uno solo, la sanción para este comportamiento específico se ha debido tasar "De acuerdo con el artículo 410 del C.P., modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, la pena para este ilícito se extiende de 64 a 216 meses de prisión, multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 216 meses" (folio 394).

¹⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 1324.

Por supuesto, como en esa hipótesis se hablaría de un concurso ideal porque la conducta encaja en dos tipos penales distintos, el mínimo del cual se debió partir es el de 96 meses de prisión que se deben incrementar como lo ordena el artículo 31 del C.P. Ello, sin embargo, no se hizo y en su lugar se dio aplicación a la que se puede llamar la multiplicación de los panes y de los peces punitiva, gracias a lo cual se impuso una sanción desmesurada. Para acabar de ajustar, lo condenan imponiéndole los incrementos que hace la Ley 890 de 2004 a la conducta de peculado cuando esa imputación no se le hizo en el pliego de cargos; muy claro al respecto, es el Salvamento Parcial de Voto (folios 58, 62 y 64) cuando concluye:

Si como viene de verse en la citada jurisprudencia, la Fiscalía en la acusación en el proceso de A.F.A. 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** (folio 66; subrayas y negrillas añadidas).

IX. A MANERA DE SÍNTESIS

En fin, ya para concluir, de todo lo dicho se puede colegir lo siguiente:

1- Un análisis desprevenido de los hechos, tal y como se muestran en los documentos examinados, permite colegir que la realización de la conducta punible de celebración indebida de contratos es en extremo discutible y que, cuando menos, atendido el debate jurídico existente sobre el asunto, la duda ha debido imponerse en favor del reo con la consiguiente absolución por ese cargo, como lo demandó el Delegado de la Procuraduría General de la Nación en el seno de la Audiencia Pública.

2- En concordancia con lo anterior y, sobre todo en atención al contenido claro y preciso de la ley 1133 de 2007, parece evidente que quien en desarrollo de los convenios 03 de 2007, 055 de 2008 y 052 de

2009 –suscritos entre el Ministerio de Agricultura y el IICA, que todo indica que sí tenían por objeto el desarrollo de actividades de ciencia y tecnología–, haya ordenado la entrega de los auxilios de que da cuenta esa normatividad no puede incurrir en la conducta de apoderarse de bienes del erario, máxime si se trataba de auxilios autorizados por la propia Ley consistentes en *apoyos económicos directos* o en *apoyos a la competitividad* que podían ser manejados por la Administración a condición de que mediara una selección objetiva (véase artículo 3°).

3- Agréguese que, pese a las afirmaciones en contrario, no está demostrado el actuar doloso del agente y todo indica que ese componente subjetivo de las figuras delictivas –después de hacer ejercicios contrarios a toda lógica y a la retórica–, se presume; se acude, pues, a una grosera forma de responsabilidad objetiva proscrita por la propia ley penal (artículo 12 del Código Penal).

4- Así mismo, cuando la sentencia criminaliza esa actividad incurre en una desigualdad manifiesta porque solo se entiende como punible el comportamiento de suministrarle esos auxilios o apoyos a personas pertenecientes a once poderosos grupos económicos, pero no lo es cuando se trata de los auxilios dispuestos para pequeños propietarios a quienes se debían suministrar en las mismas condiciones y con cuantías también muy elevadas.

5- Suscita perplejidad, máxime si en ambos casos se trata del ejercicio de la potestad punitiva del Estado sometida tanto a unos controles formales como materiales (principios que orientan el llamado programa penal de la Constitución), que los mismos hechos al ser valorados en las instancias disciplinaria y penal tengan un contenido subjetivo tan distinto, culposo o imprudente en un caso y doloso, intencional y de mala fe, en el otro.

6. Así mismo, si se tienen en cuenta los principios informadores del concurso de personas en el delito incorporados a la ley penal (artículos 28-30 y 61) y defendidos por la doctrina, llama la atención que en el caso particular se califique la conducta del autor declarado de las conductas como la propia de un coautor y, en ningún caso, se indique con quién o quiénes se coaligó (el llamado acuerdo común), cuál fue el reparto de

funciones y, por supuesto, como exige el artículo 29 del C. P., cuál fue el aporte. Se llega, pues, a la construcción de una figura que no tiene respaldo en la ley penal: la de ser coautor sin coautor; la del coautor que actúa solo. En fin, por esta vía, se observa una evidente falta de aplicación de la ley sustancial y un quebrantamiento burdo de todas las construcciones legales y dogmáticas en esta materia.

7. De igual forma, dado que se habla de la falta de aplicación de la ley penal sustancial por parte del tribunal sentenciador de única instancia, también se debe poner de presente la no aplicación del contenido del artículo 31 del Código Penal en cuanto prevé la figura del delito continuado que, ni si quiera, se tuvo en cuenta. Otro tanto debe decirse, de la falta de aplicación de los artículos 21-24 del Código Penal en cuanto, al asumir un concepto de conducta que recoge los postulados del finalismo welzeliano, no fueron observados a la hora de valorar los hechos que fueron calificados como un "concurso homogéneo y sucesivo" de conductas de celebración indebida de contratos y de peculados, cuando era evidente que se trataba de una sola conducta. Se optó, pues, por la fórmula ilegal de los concursos materiales de delitos en detrimento de la del concurso ideal.

8. Ello, por supuesto, ha incidido en el proceso de determinación de la sanción penal que, con esos puntos de partida, se ha endurecido al máximo, previa una serie de análisis que en apariencia –y sólo en apariencia– se compadecen con los dictados del artículo 61 del Código Penal pero que, en realidad, terminan por desquiciar esos presupuestos toda vez que el ejercicio dogmático hecho en el seno de la Teoría del Delito es a todas luces equivocado.

9. Como síntoma de lo acabado de expresar, se debe mencionar la forma franca como se desconoce el principio de la prohibición de la doble valoración o de la inherencia, cuando en el proceso de determinación de la sanción se tiene en cuenta como circunstancia de agravación la calidad de servidor público del condenado que, ya se dijo, forma parte de la descripción típica. Algo prohibido por la ley (artículos 55 y 58) y que, de contera, desconoce los desarrollos jurisprudenciales de la propia Sala de Casación Penal que ha emitido la condena final, como ya se indicó.

10. Tampoco pueden pasarse por alto las vulneraciones al debido proceso y, más concretamente, al derecho de defensa, cuando no se observa a cabalidad el postulado de la congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, como muy bien lo mostró el Salvamento Parcial de Voto suscrito por uno de los magistrados.

11. Es más, en la misma línea de análisis se deben destacar los yerros en la valoración probatoria, los mismos que han llevado al Magistrado disidente a plantear que se ha incurrido en falsos juicios de identidad que generan verdaderos errores de hecho, con todas consecuencias desde el punto de vista procesal y probatorio que ello supone.

12. Adicional a lo ya dicho, se observa que la investigación de los hechos no ha cobijado a todos los que intervinieron en ellos (que no son, por supuesto, aforados) y todos los esfuerzos se han dirigido hacia la persona del Ex Ministro. Incluso, resulta sorprendente que solo ahora se criminalice la susodicha actividad cuando es evidente que, antes del paso de A.F.A.L. por el Ministerio, los antecedentes que datan de 1993 indican que antes se realizaron 132 convenios similares que nunca fueron cuestionados por ninguno de los organismos de control.

X. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO RESTREPO, José Vicente. "La diferenciación entre convenios de colaboración y contratos, frente al tipo penal de celebración de contratos 'sin cumplimiento de requisitos legales esenciales'". En: <http://contrataciónestatal.blogspot.com/2014/07/la-diferenciacion-entre-convenios-de.html>, 2014.

_____. "Los convenios de colaboración: una modalidad de actuación de la Administración que no se encuentra sometida a la ley 80 de 1993". En: *Revista Universidad Católica de Oriente*, No. 19, Rionegro, Universidad Católica de Oriente (UCO), 2005, pp. 139-150.

CONCHA, José Vicente. *Elementos de pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Americana.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las Pruebas en materia criminal*, traducción de Simón Carrejo, Bogotá, Temis, 1973, Volumen II.

PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. *Estudio del Peculado*, Bogotá, Jurídicas Wilches, 1986.

SAGAN, Carl. *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad*, Bogotá, Editorial Planeta, 1997.

SANÍN DÍAZ, Lilia I./PEÑARANDA VILLAMIZAR, Marianella/RODRÍGUEZ CASTILLO, Andrés Gerardo. *5. Guía de contratación estatal. Convenios de cooperación internacional en el Distrito Capital*, Bogotá, Subdirección Imprenta Distrital, 2012.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

PABÓN GÓMEZ, GERMÁN

DE LA CASACIÓN PENAL
EN EL SISTEMA ACUSATORIO

CADAVID LONDOÑO, PAULA

COAUTORÍA EN APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER
DE CARÁCTER DELINCUENCIAL

MONTIEL, JUAN PABLO

ANALOGÍA FAVORABLE AL REO
FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA ANALOGÍA *IN BONAM
PARTEM* EN EL DERECHO PENAL

FAKHOURI GÓMEZ, YAMILA

¿QUÉ ES EL TERRORISMO?
UN INTENTO DE PONERLE SÁBANA AL FANTASMA

POSADA MAYA, RICARDO

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA
INTEGRIDAD PERSONAL. TOMO I
EL HOMICIDIO, EL GENOCIDIO Y OTRAS
INFRACCIONES

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA
INTEGRIDAD PERSONAL. TOMO II
DE LAS LESIONES PERSONALES, ABORTO, LESIONES
AL FETO, ABANDONO DE PERSONAS,
OMISIÓN DE SOCORRO, MANIPULACIÓN GENÉTICA Y
DELITOS DE DISCRIMINACIÓN

La presente obra de estudios de jurisprudencia constituye un esfuerzo continuo realizado por los profesores de derecho penal de las facultades de derecho de la Universidad de los Andes y de la Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia), algunos de ellos colombianos y otros extranjeros invitados, y, desde luego, jueces y abogados en ejercicio.

La idea fundamental es analizar, de manera seriada, algunas sentencias escogidas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, para acercar la jurisprudencia de esta corporación, como una herramienta imprescindible, a la realidad y práctica de los tribunales, a las aulas de clase y al ejercicio profesional, con el objetivo de generar nuevo conocimiento.

