



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP3874-2019

Radicación n.º 52816

Acta 235

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 14 de diciembre de 2017, que modificó la condenatoria dictada el 11 de abril de 2016 por el Juzgado Trece Penal del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES:

1. Según la sentencia recurrida en casación, mediante la expedición de la Ley 1133 del 9 de abril de 2007 se creó e implementó el programa Agro Ingreso Seguro –AIS–, como política oficial del Estado encaminada a promover la productividad y la competitividad en el sector agropecuario,

reducir la desigualdad en el campo y prepararlo para enfrentar el reto de la internacionalización de la economía.

El programa se fundó en dos componentes: i) apoyos directos o incentivos para proteger los ingresos de los productores, sin contraprestación alguna a cargo del particular y, ii) apoyos a la competitividad, dirigidos a mejorar el rendimiento de las cadenas productivas a través de tres estrategias: a) apoyo a la comercialización, b) apoyo mediante el crédito y, c) incentivos a la productividad que buscaban fortalecer la asistencia técnica, el desarrollo y transferencia de tecnología y *«cofinanciar la adecuación de tierras e infraestructura de riego y drenaje»*, entre otras actividades.

Para materializar este último propósito, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural celebró con el Instituto Interamericano de Cooperación Agropecuaria los convenios 003 del 2 de enero de 2007, 055 del 10 de enero de 2008 y 0052 del 16 de enero de 2009, en virtud de los cuales se realizaron convocatorias públicas para que las personas interesadas en la construcción y/o adecuación de sistemas de riego y drenaje presentaran los proyectos respectivos conforme a los pliegos de referencia publicados previamente, que regulaban los requisitos, plazos y procedimientos.

Los proponentes que superaran las fases de convocatoria eran inscritos en una lista en la que constaban los proyectos catalogados como viables, caso en el cual sus titulares suscribían un acuerdo de financiamiento con el IICA como requisito para recibir el apoyo económico a través de un encargo fiduciario, que se otorgaba con la obligación de

destinar los recursos públicos obtenidos exclusivamente a la ejecución de la propuesta presentada y seleccionada.

En ese contexto, los procesados INÉS MARGARITA y JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE, presentaron varios proyectos aparentemente independientes que en realidad conformaban una unidad de explotación económica, circunstancia que les permitió acceder a montos acumulativos superiores a los previstos en las convocatorias, maniobra a través de la que se apropiaron de manera injustificada de recursos públicos.

En el caso del recurrente en casación JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE, presentó el 8 de marzo de 2008, en desarrollo de la Convocatoria 01 de ese año, el proyecto Finca Bocaratón ubicada en el municipio Zona Bananera, Magdalena, con apoyo en el cual suscribió el acuerdo de financiamiento 827 del 3 de julio de 2008 y el encargo fiduciario 3-1-2649 del Banco de Bogotá.

El proyecto estaba integrado por los lotes de matrícula inmobiliaria 222-4540, 222-2654, 222-13584, 222-2657 y 222-2653, por un valor total de \$697.239.204 y un subsidio solicitado \$552.813.868, con una contrapartida por la suma de \$144.425.336.

Según acta de evaluación No. 10 del 25 de abril de 2008, el proyecto fue declarado no viable por presentar inconsistencias en los diseños del sistema de riego, por las características del suelo frente a la lámina de agua, fuente de energía, planos incompletos, entre otras falencias. Sin

embargo, el 16 de mayo siguiente fue avalado por un «grupo de expertos» que no estaba previsto en la estructura de ejecución del convenio, con la única recomendación de ampliar la jornada diaria de operación del riego.

2. El 8 y el 11 de septiembre de 2011, respectivamente, la Fiscalía imputó a INÉS MARGARITA y a JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE, la coautoría como intervinientes del delito de peculado por apropiación. Al segundo le atribuyó, adicionalmente, falsedad en documento privado —arts. 397 y 289 del C.P.—. Seguidamente el juez los afectó con medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

3. Presentado el escrito de acusación, la consiguiente audiencia de formulación se llevó a cabo en varias sesiones —empezando el 16 de diciembre de 2011— en el Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá, autoridad que adelantó la etapa preparatoria y el juicio oral, previo decreto de conexidad de las actuaciones seguidas contra los hermanos VIVES LACOUTURE. Cumplida dicha fase procesal, el juez anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio respecto del delito contra la administración pública y absolutorio en relación con la falsedad. El 11 de abril de 2016 profirió la correspondiente sentencia en la que los declaró penalmente responsable por el delito de peculado por apropiación. Le impuso a INÉS MARGARITA VIVES LACOUTURE las penas de 146 meses de prisión y multa de \$917.752.780,5. A JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE le fijó la sanción en 152 meses de prisión, multa de \$1.332.363.181,5. A los dos les

impuso la inhabilidad del numeral 5° del artículo 122 de la Constitución Política.

4. La Fiscalía, los defensores y el apoderado de víctimas apelaron ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Bogotá, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 14 de diciembre de 2017, modificó la pena impuesta a JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE, fijándola en 140 meses de prisión y multa de \$552.813.368. En lo demás lo confirmó.

LA DEMANDA:

La conforman un cargo principal y tres subsidiarios.

Cargo principal. Desconocimiento del debido proceso por vulneración del principio de congruencia.

Para el defensor, la sentencia afectó las garantías de JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE porque se dictó en un juicio viciado de nulidad, dada la notoria incongruencia entre el núcleo fáctico comunicado al procesado y el que sustenta la sentencia. Así, en la acusación se atribuyó al procesado el delito de peculado por apropiación a título de interviniente, pero no se explicitó ni mencionó en qué consistió el plan común o acuerdo ni quiénes fueron los funcionarios del Ministerio de Agricultura con los que se concertó para apropiarse los recursos, aspectos necesarios para demostrar la comisión del delito a título de coautor interviniente.

Por su parte, el fallo de segundo grado se fundó en la existencia de un plan o acuerdo para defraudar los recursos

públicos celebrado entre los procesados y los *intraneus* que no consta en la acusación y vulnera el principio de congruencia.

Esa situación, a su entender, impone anular la sentencia y emitir fallo absolutorio.

Primer cargo subsidiario. Violación directa de la ley por aplicación indebida.

A criterio del demandante, el fallo de segundo grado aplicó en forma indebida los artículos 397 y 30 del Código Penal porque para poder condenar a JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE por el delito de peculado por apropiación, en calidad de coautor interviniente, se requería demostrar que su conducta o aporte a la misma se realizó en virtud de un acuerdo común con el *intraneus*. Sin embargo, la Fiscalía no planteó en la acusación la existencia de un acuerdo del procesado con funcionarios del Ministerio de Agricultura para apropiarse de los recursos públicos.

Solicita, por tanto, casar la sentencia para que en su lugar se emita un fallo *«que considere que la ausencia de acuerdo común implica autoría paralela o accesoria y que en esas condiciones no resultan aplicables el artículo 30 inciso final ni el 397 sobre peculado por apropiación»*.

Segundo cargo subsidiario. Desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba en relación con el acuerdo común con los *intraneus*.

El censor considera que el fallo vulneró en forma indirecta la ley, vía falso juicio de existencia por suposición de

la prueba, en la medida que no se recaudó ninguna prueba directa o indiciaria que demostrara la existencia de un acuerdo entre los procesados y funcionarios del Ministerio de Agricultura o del IICA para apropiarse de los recursos públicos.

En consecuencia, el fallador incurrió en un falso raciocinio porque los indicios contruidos para afirmar la responsabilidad de JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE no son convergentes en la medida que existen hipótesis alternativas que explican la situación, de manera que no sustentan la condena impuesta.

Pide que se case la sentencia y se emita fallo absolutorio que no tenga por demostrada la existencia de un acuerdo común entre el procesado y los *intraneus*, en aplicación del derecho penal de acto, la presunción de inocencia y el principio de congruencia.

Tercer cargo subsidiario. Violación directa de la ley por aplicación indebida.

Para el defensor, el Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 359 de la Ley 906 de 2004 al usar la figura del hecho notorio para tener por cierto que existieron *intraneus* que intervinieron en los hechos de la acusación, pues la Fiscalía tiene la obligación de demostrar la responsabilidad del procesado y el juez no puede suplir la ausencia de prueba con la supuesta notoriedad de un hecho estructurante de la

tipicidad, para el caso, la condena de Andrés Felipe Arias y de Juan Camilo Salazar Rueda.

Con apoyo en las anteriores consideraciones, pide casar la sentencia y, en su lugar, absolver a JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el defensor recurrente, el defensor no recurrente, el Ministerio Público y el Fiscal Delegado ante la Corte.

1. El Defensor recurrente.

Ratificó los cargos y argumentos expuestos en la demanda, con apoyo en los cuales pidió casar la sentencia y absolver al procesado.

Señaló adicionalmente que aunque el caso se relaciona con el proceso seguido respecto del Programa Agro Ingreso Seguro, es diferente porque no se refiere al fraccionamiento de predios o de proyectos ni a la acumulación de subsidios, pues JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE accedió a un subsidio para la finca Bocaratón de forma lícita.

A su criterio, el procesado tiene la misma responsabilidad que cualquiera de los 35 beneficiarios del programa AIS que fueron recalificados y sólo podría responder si se demostrara que participó en un acuerdo con funcionarios

del Ministerio de Agricultura que tenían la disponibilidad material de los recursos públicos —*intraneus*—, pues el peculado es un delito especial con sujeto activo calificado y el procesado no tenía esa calidad. Su conducta, con algunos elementos adicionales y solo eventualmente, podría ser calificada como fraude a subvenciones, hecho punible tipificado con posterioridad a los hechos investigados.

En ese orden, sólo puede ser responsable como interviniente y para eso se requiere acuerdo común con un *intraneus* porque el inciso final del artículo 30 del Código Penal no transforma los tipos penales especiales en comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona. Pero como no se demostró el acuerdo común con funcionarios del ministerio, la condena queda sin sustento.

Cuestionó, igualmente que el Tribunal acudiera a la teoría del hecho notorio para dar por probado el acuerdo delictivo, en la medida que ese argumento fue sorpresivo y se utilizó para probar un elemento estructural del tipo.

2. Defensor no recurrente.

Coincidió con el demandante en que la acusación no concretó los hechos jurídicamente relevantes, de manera que se aplicó en forma indebida el instituto de los partícipes porque no se acreditó con suficiencia el acuerdo entre los particulares y los *intraneus*. Pidió, por ello, decretar la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de imputación.

3. La Procuradora delegada.

Solicitó no casar la sentencia porque las censuras del demandante no están llamadas a prosperar.

En primer lugar, porque la violación del debido proceso por infracción del principio de congruencia se encuentra desvirtuada por la jurisprudencia, en la medida que la Corte ha señalado que el juez puede apartarse de la imputación contenida en la acusación cuando la nueva atribución verse sobre un delito del mismo género y de menor o igual entidad y respete el núcleo fáctico de la acusación.

En su opinión, la acusación sí afirmó la existencia de acuerdo para el apoderamiento de dineros públicos con altos dignatarios del Ministerio de Agricultura y con miembros de los comités directivos para entregar subsidios a miembros de un mismo círculo familiar. Por esa razón, en el proceso principal se investigó a los funcionarios encargados del programa y de allí se desprendieron las actuaciones contra los particulares beneficiarios de los subsidios.

Con todo, la separación de expedientes no comporta ausencia de los elementos propios del acuerdo previo, máxime cuando el pacto también se demostró con las alertas tempranas de la auditoría sobre las irregularidades que se estaban presentando, las cuales no fueron atendidas por los administradores del programa ni por los directivos del Ministerio y, por ello, la acusación señaló como *intraneus* al ministro y a los integrantes de los Comités Técnico y de

Administración, que tenían la disponibilidad material de los recursos.

4. El Fiscal Delegado ante la Corte.

Explicó que en la acusación se contextualizó la forma como se desarrolló el programa AIS y se informó que la investigación se realizó en etapas: primero se judicializó al ex ministro Andrés Felipe Arias Leyva, al ex viceministro Juan Camilo Salazar, a los directores jurídicos, a los contratistas del IICA y luego a los beneficiarios del programa que accedieron de manera ilegal al beneficio. De esta manera, no se vulneró el principio de congruencia porque el recuento de lo sucedido forma parte del caudal probatorio.

Precisó que JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE presentó un proyecto asociado a la finca Bocaratón, declarado no viable, decisión que no admitía recursos, pero el Comité Administrativo acudió a un panel de expertos que no existía en los términos de referencia de las convocatorias públicas para adjudicar el beneficio.

A su parecer, existe unidad de imputación y unidad fáctica entre los diferentes procesos relacionados con el Programa Agro Ingreso Seguro, así se haya imputado separadamente por el fuero de algunos investigados o por conveniencia investigativa. Sin embargo, en cada caso se enunció el esquema general del programa y a partir de allí se demostró la responsabilidad de cada procesado, como ocurrió

con INÉS MARGARITA y JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE. En consecuencia, en su opinión, la sentencia no se debe casar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Como la demanda se declaró ajustada a las exigencias previstas por el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Sala la analizará al margen de las deficiencias que presenta, con el objetivo de resolver los problemas jurídicos propuestos frente a los fines del recurso de casación, esto es, garantizar la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervinieron en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes.

Con ese propósito, la Sala estudiará, en primer lugar, el tema de la congruencia a efectos de verificar o desvirtuar el cargo principal propuesto. Enseguida revisará la figura del interviniente para definir la prosperidad o no de los cargos subsidiarios primero y segundo. Por último, examinará el hecho notorio a efectos de establecer o desvirtuar el tercer cargo subsidiario.

1. Principio de Congruencia.

1.1. De acuerdo con 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»*, mandato que surge de la interpretación de los artículos 29, 31 y 250 de la Carta Política,

8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo anterior tiene su razón de ser en que la congruencia confiere racionalidad y coherencia a la actuación y permite al procesado ejercer en forma efectiva su defensa, en la medida que sólo puede ser condenado por hechos y delitos contenidos en la acusación, sin que sea posible sorprenderlo con imputaciones frente a las que no ejerció contradicción.

La Corte ha precisado que el citado principio puede ser infringido por acción u omisión, cuando el funcionario judicial condena en alguno de los siguientes eventos:

«(i) por hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación;

(ii) por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación;

(iii) por el injusto por el que se acusó, pero le adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, o

(iv) por la conducta punible imputada en la acusación, pero le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación (CSJ SP, 15/05/08, rad. 25913, SP 16/03/11, rad. 32685).

Y ha clarificado que como la congruencia no es estricta, sino flexible, es viable que, sin lesionar dicho principio, el juez se desvíe jurídicamente del contenido de la acusación y condene por un hecho punible diferente al allí imputado, siempre que,

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad —en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal—;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes»
(CSJ AP5715-2014).

También ha precisado la Sala que la descripción fáctica de los hechos atribuidos al procesado no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada, de suerte que la obligación de conservar el núcleo central del componente fáctico opera desde la formulación de imputación (CSJ SP4792-2018).

El proceso regido por la Ley 906 de 2004, entonces, adopta un sistema rígido de la descripción fáctica y flexible de la delimitación típica o jurídica, en virtud del cual el principio de congruencia se satisface si se describen clara, precisa y detalladamente los hechos, mientras que la calificación jurídica puede ser modificada durante el proceso *«por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa»* (CSJ SP4792-2018).

1.2. En la acusación la Fiscalía realizó una descripción general del programa Agro Ingreso Seguro, de sus fundamentos normativos —Ley 1133 de 2007—, del componente apoyo a la competitividad, del incentivo para la adecuación de tierras e infraestructura de riego y drenaje y de los convenios que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural realizó con el IICA.

Señaló igualmente que el propósito de la citada ley era entregar apoyos económicos directos a los pequeños y medianos productores agrícolas, objetivo que no se cumplió porque el diseño de las convocatorias por parte del ministerio no les permitía el acceso a los recursos, de forma que éstos quedaron en manos de grandes productores.

Enseguida detalló los acuerdos de financiamiento celebrados por los procesados, incluido el suscrito por JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE respecto del predio Bocaratón, del que destacó las fallas estructurales *«que generaron negación en un primer momento y pese a las falencias que se evidenciaron en el panel de evaluación de*

pares, posteriormente se viabiliza...». Luego subrayó que el Comité Administrativo, conformado por «Juan Camilo Salazar Rueda, Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Rodolfo Campo Soto, Gerente General del INCODER, Javier Romero Mercado, Director de Desarrollo Rural, y el representante del ICA», aprobó los listados de calificación donde se encontraba el proyecto del predio Bocaratón, a pesar de las fallas detectadas.

A continuación, señaló que «con este ítem flexible de los términos de referencia, se dio lugar a la ilegal apropiación de dineros del Estado por parte de JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE quien presentó un proyecto a nombre propio y otros como miembro de la junta directiva de Inversiones Santa Inés para obtener los apoyos económicos, firmando el acuerdo de financiamiento sin ser los llamados a recibirlo pues como es evidente no se encuentran en los renglones de los pequeños productores como reza el convenio y es fundamento de la Ley 1133 por virtud de la competitividad».

A partir de lo anterior, atribuyó a JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE el delito de peculado «como interviniente a título de autor» en la medida que «se apropió de bienes del Estado en cuantía que supera el valor de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes».

Y la sentencia condenó a VIVES LACOUTURE como coautor interviniente del delito de peculado por apropiación con apoyo en los hechos que le fueran atribuidos en la acusación por parte del ente acusador.

Siendo ello así, no se configura el yerro aducido por el demandante porque la imputación jurídica contenida en los dos extremos procesales —acusación-sentencia— es uniforme en la medida que la Fiscalía aclaró en la audiencia acusatoria que la asignación de responsabilidad a los procesados se hacía como coautores intervinientes y no por la autoría consignada en el escrito acusatorio.

Por su parte, la imputación fáctica de la acusación coincide, en lo fundamental, con la contenida en la sentencia, obviamente con mayor riqueza descriptiva en la última pieza procesal, producto del debate probatorio surtido en el juicio en el que se profundizaron varios aspectos reseñados de manera genérica en el pliego acusatorio.

Y aunque es cierto que en la acusación no se explicó con amplitud de qué manera se concertaron los *intranues* con los procesados para apropiarse de los recursos públicos, sí se planteó que el apoderamiento se produjo como consecuencia del diseño por parte del ministerio de los términos de referencia que soportaron las convocatorias y por el accionar del Comité Administrativo, conformado por Juan Camilo Salazar Rueda, Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Rodolfo Campo Soto, Gerente General del INCODER, Javier Romero Mercado, Director de Desarrollo Rural, y el representante del ICA, porque a pesar de las falencias de la propuesta presentada por JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE, detectadas por el Panel Evaluador que la

declaró inviable, avaló el proyecto permitiendo la apropiación de recursos públicos.

Esa descripción fáctica contiene los elementos que el demandante echa de menos, esto es, la realización del hecho punible por varios sujetos activos —*intraneus* y *extraneus*— que ejecutaron acciones diversas necesarias para la apropiación de los dineros estatales.

Según la acusación, el diseño del programa y su ejecución, a cargo del ministro, del viceministro y del Comité Administrativo —*intraneus*—, se realizó de forma tal que los grandes propietarios accedieran a los recursos públicos, sin ser los llamados a beneficiarse de esa política pública porque la Ley 1133 de 2007 estaba dirigida a los pequeños y medianos productores agrícolas. En particular, mencionó que el proyecto Bocaratón fue declarado inviable por el Panel Evaluador ante las deficiencias que presentaba y, a pesar de ello, fue elegido como destinatario del apoyo financiero, pues el Comité Administrativo creó una instancia no prevista en las convocatorias con el único propósito de dejar sin efecto la recomendación del Panel Evaluador y declarar viable una propuesta que presentaba graves falencias técnicas. Por su parte, JOSÉ FRANCISCO VIVES LACOUTURE —*extraneus*— presentó el proyecto que no reunía los requisitos establecidos en la convocatoria, actividad indispensable para lograr la apropiación de recursos estatales pretendida.

En similares términos, la sentencia impugnada coligió que «*el sujeto activo calificado del peculado no es otro que el*

exministro de la cartera, quien ya fue condenado por ello, sin perjuicio de la intervención de otros servidores oficiales. Funcionario que, en términos del a quo, dio lugar a que ciudadanos como los aquí procesados se apropiaran de fondos del erario a través de un censurable entramado que se infiere razonablemente de la prueba, sin que sea necesario demostrar la ocurrencia de una reunión en donde acaeció la concertación».

En consecuencia, no existe incongruencia entre acusación y sentencia y, por ello, el cargo principal no prospera.

2. El interviniente

2.1. En la realización de los hechos punibles pueden concurrir los autores y los partícipes —art. 28 C.P.—. Autor es quien realiza la conducta por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. También lo es quien ostenta la representación autorizada o de hecho de una persona jurídica, ente jurídico o persona natural, que realice la conducta punible —art. 29 C.P.—.

Son partícipes el determinador y el cómplice. El primero instiga a otro a realizar la conducta antijurídica y el segundo contribuye a su realización o presta ayuda posterior, previo acuerdo o conocimiento de la misma —art. 30 C.P.—.

Algunos hechos punibles pueden ser realizados por cualquier persona —delitos comunes— y otros sólo pueden ser cometidos por sujetos con una particular condición o calidad

—delitos especiales o de sujeto activo calificado—. Para esta última hipótesis el legislador nacional estableció la figura del interviniente con el propósito de sancionar, aunque con pena más benigna, al sujeto que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre a su realización —inciso 4º art. 30 C.P. —.

Según la jurisprudencia consolidada de la Sala, el sujeto activo que no tiene la calidad especial exigida en el tipo —*extraneus*—, pero concurre a su realización, es coautor del delito junto con el sujeto que reúne la condición establecida —*intraneus*—, pues «la atribución de un delito a título de interviniente supone la existencia de un autor quien reúne las calidades especiales que exige el tipo penal, *verbi gratia*, el servidor público, que en forma mancomunada se asocia con otros autores o personas que no reúnen esas condiciones —*interviniente o extraneus*— para cometer el delito especial». (SP15015-2017).

De esta manera, en el sistema jurídico nacional, el interviniente en los delitos especiales o de sujeto activo calificado responde como coautor, siempre que se demuestren los elementos propios de esa figura jurídica, esto es, acuerdo, división de funciones y trascendencia del aporte.

2.2. Pues bien, luego de examinar el material probatorio recaudado en el juicio, la estructura típica del delito imputado, la figura del interviniente, las razones de las decisiones de primera y segunda instancia, así como los argumentos del casacionista y de los partícipes en la audiencia de

sustentación del recurso extraordinario, la Sala encuentra que la sentencia no vulneró directa o indirectamente la ley sustancial, como adujo el defensor.

En efecto, los falladores no aplicaron en forma indebida de los artículos 397 y 30 del Código Penal porque, contrario a lo considerado por el censor, la Fiscalía sí planteó en la acusación la concurrencia de sujetos activos en la comisión del punible de peculado al señalar que fue realizado por funcionarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que diseñaron y ejecutaron el programa Agro Ingreso Seguro por fuera de los objetivos de la Ley 1133 de 2007 —*intraneus*— y por particulares que no siendo destinatarios de esa política pública —no eran pequeños o medianos agricultores— radicaron propuestas que no reunían los requisitos legales —*extraneus*—, con el claro propósito de apropiarse de recursos del erario público.

Tampoco violaron en forma indirecta la ley los sentenciadores porque en el proceso se probó, a partir de las estipulaciones probatorias —Convenios de Cooperación Científica y Tecnológica 003 de 2007 y 055 de 2008, Planes Operativos, Pliegos de Referencia, Informes de Avance, Actas del Panel de Evaluadores y del Grupo de Expertos— que en la realización del hecho punible concurrieron sujetos activos calificados y sin calificación y que cada uno realizó una acción de innegable trascendencia para lograr el fin común propuesto.

La concurrencia de servidores públicos del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con disponibilidad jurídica y material sobre los recursos de la entidad permite afirmar que los particulares que tomaron parte del entramado criminal, son intervinientes del delito de peculado por apropiación, de acuerdo a la definición contenida en el inciso 4º del artículo 30 del Código Penal y al desarrollo jurisprudencial que la Sala le ha dado. Así, la Corte ha establecido la posibilidad de condenar a título de coautor interviniente al sujeto sin calificación especial que concurre a un delito especial, siempre que se haya demostrado el aporte a la materialización del hecho punible.

En tal sentido, la Sala ha precisado que *«la condena a título de interviniente puede presentarse independientemente de que en el proceso se haya establecido con quién se efectuó la alianza, toda vez que la responsabilidad en los hechos y su correlativa sanción no depende de que se identifique la de los demás involucrados en el mismo, como autores o partícipes, mucho menos cuando se encuentra debidamente acreditado que existió una aportación a la ejecución del punible...De manera que nada obsta para que el interviniente deba responder por la conducta, aun cuando no logre identificarse o juzgarse a la persona que actuó como sujeto calificado, pues lo realmente definitivo es que se encuentren reunidos los elementos que posibilitan predicar dicha condición en aquél»*. (AP5257-2018).

En otras palabras, para condenar como coautor interviniente no resulta indispensable demostrar los

pormenores del acuerdo, esto es, dónde, cuándo y cómo se concretó el pacto entre los *intraneus* y los *extraneus* sino que basta con evidenciar la comisión de la conducta punible por el sujeto activo calificado y el aporte fundamental del particular en su realización, pues, normalmente, quienes acuerdan infringir la ley no dejan prueba de ese hecho, como ocurrió en este evento.

Siendo ello así, los cargos subsidiarios primero y segundo no prosperan.

3. Hecho Notorio

3.1. Para el demandante, la segunda instancia aplicó en forma indebida el artículo 359 de la Ley 906 de 2004 al usar la figura del hecho notorio para tener por cierta la existencia de *intraneus* que intervinieron en los hechos de la acusación a partir de los fallos proferidos contra Andrés Felipe Arias Leyva y Juan Camilo Salazar Rueda, ministro y viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural, respectivamente.

En este reparo tampoco asiste razón al demandante, en la medida que la sentencia, entendida como unidad jurídica inescindible, no dio por demostrada la participación de funcionarios del Ministerio de Agricultura en la comisión del delito de peculado por apropiación atribuido a los procesados a partir de las decisiones proferidas contra los citados exfuncionarios, sino a través del examen de la prueba documental estipulada, así como de la prueba testimonial de Octaviano Casas, Luis Alberto Hernández Torres, Carmen

Elisa Tibamoso, Pedro José Galvis Ardila, Javier Palomar Herrera, Sergio Andrés Martínez y Miguel Ángel Castillo Contreras, personas que, en su gran mayoría, participaron en la evaluación de proyectos y, en general, en la ejecución del Programa.

A partir de esos medios de prueba era posible determinar que en la ejecución de la conducta punible investigada participaron servidores públicos y particulares. Los primeros diseñaron la política pública, establecieron los términos de referencia y ejecutaron el programa sin atender las finalidades de la Ley 1133 de 2007. Los segundos presentaron las propuestas, sin reunir las exigencias legales, accionar indispensable para obtener la apropiación de los recursos públicos. En otras palabras, de la prueba documental y testimonial acopiada en el juicio se podía deducir con facilidad que sin la concurrencia de los *intraneus* resultaba imposible materializar el delito contra la administración pública porque eran quienes tenían la disponibilidad jurídica y material de los dineros del erario.

Entonces, en contravía del principio de corrección material que impone que las razones, los fundamentos y el contenido del ataque correspondan en un todo con la realidad procesal, el demandante fincó el cargo en un hecho que no se ajusta a la realidad porque la existencia de los *intraneus* se dedujo a partir de la prueba documental y testimonial acopiada en el proceso.

Y aunque es cierto que los falladores mencionaron las sentencias proferidas en contra del ex ministro Arias Leyva y del ex viceministro Salazar, su uso no se orientó a demostrar la existencia de *intraneus* en la ejecución del hecho punible sino a enfatizar la trascendencia de las irregularidades cometidas en desarrollo del programa de Agro Ingreso Seguro. Y ante cualquier duda que pudiera presentarse en su utilización, el Tribunal, al desatar la apelación, señaló que *«aquella providencia fue usada para ratificar una valoración jurídica sobre una situación dada, y si acaso en algún aparte —como el indicado— refulge inconducente e innecesaria, el Tribunal explícitamente desecha tal utilización en el análisis que le compete en esta sede funcional»*.

En consecuencia, el cargo carece de fundamento porque la prueba sobre la intervención de funcionarios del Ministerio de Agricultura en la comisión del hecho punible objeto de este proceso la obtuvieron los falladores del material probatorio acopiado en el juicio. No prospera, entonces, el reproche.

3.2. Con todo, como afirmó el Tribunal, las condenas proferidas contra el ex ministro y ex viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural constituyen hechos notorios a los que podían aludir las instancias porque su existencia es conocida por la generalidad del sector judicial —funcionarios, servidores y litigantes—, dada la difusión que han tenido en la comunidad académica y en los medios de comunicación.

El artículo 359 de la Ley 906 de 2004 establece que *«las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la*

exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba».

El artículo 167 del Código General del Proceso señala que los hechos notorios no requieren prueba y la Corte Constitucional ha precisado que «hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo». (C-145-2009).

Por su parte, el Consejo de Estado, citando al tratadista Jairo Parra Quijano, ha establecido que «los hechos notorios son hechos públicos, conocidos tanto por las partes como por un grupo de personas de cierta cultura, que pertenecen a un determinado círculo social o gremial. ... Para que se configure un hecho notorio deben concurrir una serie de requisitos: - No se requiere que el conocimiento sea universal. - No se requiere que todos lo hayan presenciado, basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan. - El hecho puede ser permanente o transitorio; lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan. - El hecho notorio debe ser alegado en materia civil; en materia penal no se requiere que sea alegado y debe tenerse en cuenta sobre todo cuando favorece al procesado». (C.E. 14 de abril de 2016, rad. 25000-23-24-000-2005-01438-01)

Siendo ello así, la alusión a la condena de los exfuncionarios realizada por las instancias, no vulnera las reglas de producción y aducción probatoria porque se trata de un hecho que, de acuerdo al sistema jurídico nacional, no requiere prueba y puede ser aducido por las partes o utilizado por los falladores para argumentar sus determinaciones, dada su notoriedad.

No hay lugar, entonces, a casar la sentencia dado que el Tribunal no incurrió en los errores atribuidos en la demanda y la Corte no advierte vulneración del debido proceso o de las restantes garantías establecidas en favor de las partes e intervinientes.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 14 de diciembre de 2017

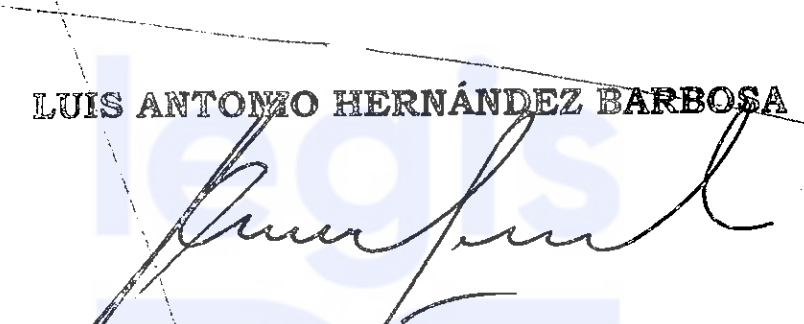
Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

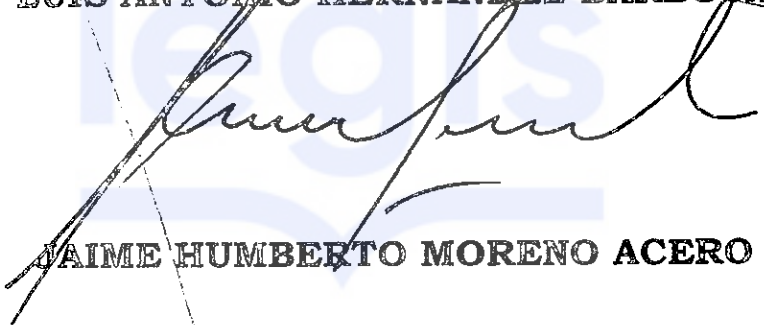

EYDER PATIÑO CABRERA



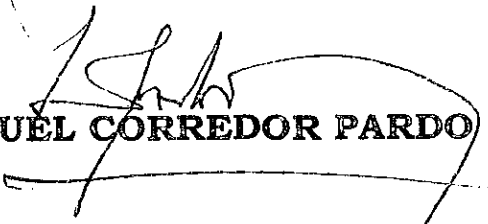
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



MANUEL CORREDOR PARDO



ALFONSO CADAVID QUINTERO



RAÚL CADENA LOZANO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria