כדי לך

הבעל האהוב שלי יהוה.

עבודה זו התאפשרה על ידי הרצון שלך.

Peculado desde la acción penal y la acción fiscal: Estudio de caso Andrés Felipe Arias Leiva

Karen Romero López

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Posgrados

Especialización en Derecho Penal y Criminología (Cohorte III)

Bogotá

2017

Tabla de contenido

[Peculado desde la acción penal y la acción fiscal: Estudio del caso Andrés Felipe Arias Leiva 0](#_Toc493868891)

[Resumen 0](#_Toc493868892)

[Abstrac 1](#_Toc493868893)

[Palabras clave 1](#_Toc493868894)

[Introducción 2](#_Toc493868895)

[CAPÍTULO 1 6](#_Toc493868896)

[1. Aspectos Generales 6](#_Toc493868897)

[1.1. Problema de Investigación 6](#_Toc493868898)

[1.1.1. Problema principal o central. 6](#_Toc493868899)

[1.1.2. Problemas derivados, secundarios o subproblemas 6](#_Toc493868900)

[1.2. Preguntas de Investigación 6](#_Toc493868901)

[1.2.1. Pregunta principal. 6](#_Toc493868902)

[1.2.2. Preguntas auxiliares. 6](#_Toc493868903)

[1.3. Hipótesis 7](#_Toc493868904)

[1.3.1. Hipótesis central. 7](#_Toc493868905)

[1.3.2. Hipótesis derivadas. 7](#_Toc493868906)

[1.4. Objetivo general. 8](#_Toc493868907)

[1.4.1. Objetivos específicos. 8](#_Toc493868908)

[1.5. Metodología 8](#_Toc493868909)

[1.6. Justificación 9](#_Toc493868910)

[CAPÍTULO 2 11](#_Toc493868911)

[2. Marco histórico 11](#_Toc493868912)

[2.1. Origen del Peculado. 11](#_Toc493868913)

[2.2. Origen de la República. 12](#_Toc493868914)

[2.3. Antecedentes normativos del Peculado en Colombia. 13](#_Toc493868915)

[2.4. Actualidad normativa del Peculado. 14](#_Toc493868916)

[2.5. La Tipicidad, un avance histórico. 16](#_Toc493868917)

[CAPÍTULO 3 18](#_Toc493868918)

[3. La acción penal 18](#_Toc493868919)

[3.1. Nociones. 18](#_Toc493868923)

[3.2. Aspecto procesal 20](#_Toc493868924)

[3.3. Aspecto general. 34](#_Toc493868925)

[3.4. Aspecto especial. 37](#_Toc493868926)

[CAPÍTULO 4 50](#_Toc493868927)

[4. La Acción fiscal 50](#_Toc493868928)

[4.1. Nociones. 50](#_Toc493868929)

[4.2. Aspecto procesal. 54](#_Toc493868930)

[4.3. Aspecto general. 56](#_Toc493868931)

[4.4. Aspecto especial. 58](#_Toc493868932)

[CAPÍTULO 5 60](#_Toc493868933)

[5. Principio de lesividad y estudio del caso Andrés Felipe Arias Leiva 60](#_Toc493868934)

[5.1. Principio de lesividad 60](#_Toc493868935)

[5.2. Estudio del caso Andrés Felipe Arias Leiva 67](#_Toc493868936)

[5.2.1. Fuentes primarias. 67](#_Toc493868937)

[5.2.4. Análisis de los elementos estructurales para el mismo facto en dos acciones de diferente naturaleza jurídica: 68](#_Toc493868938)

[Conclusiones 77](#_Toc493868939)

[Referencias 79](#_Toc493868940)

# Peculado desde la acción penal y la acción fiscal: Estudio del caso Andrés Felipe Arias Leiva

## Resumen

En términos jurídicos el peculado consiste en señalar al servidor público, o, a ciertos particulares por el alcance de su rol relacionado directamente con una finalidad de interés público, como sujeto activo cuyo proceder como administrador del patrimonio estatal, resulta modificando los fines del estado.

Lo que genera el reproche jurídico a esta clase de comportamiento, sea por acción o por omisión, es la lesión que causa en la normal ejecución de la planificada administración pública sobre los bienes del Estado.

El legislador colombiano, en ejercicio de su libertad política, conforma tres medios sancionatorios con el propósito de proteger el patrimonio estatal, estas son la imposición de la pena privativa de la libertad junto con la obligación del pago de la multa y la inhabilidad para el ejercicio de derechos, desde la acción penal; la imposición de la obligación de pagar una suma líquida de dinero, desde la acción fiscal; y, la destitución e inhabilidad general, desde la acción disciplinaria.

Con ello el legislador en Colombia deja en desuso el significativo avance que representan los principios postulados por Beccaria, en especial aquel que plantea la necesidad de lograr una rigurosa proporcionalidad entre delitos y penas.

Materia de estudio, el caso concreto aborda dos de las tres sanciones impuestas al Ex ministro de agricultura, Andrés Felipe Arias Leiva, demostrando las no pocas similitudes entre la acción penal y la acción fiscal con el derrotero de lograr evidenciar lo desproporcionado entre la conducta de peculado y las penas impuestas.

## Abstrac

In legal terms, *peculado* consists in pointing out to the public servant, or certain individuals by the scope of their role directly related to a public interest purpose, as an active subject whose proceeding as administrator of the treasury, is changing the aims of the state.

The Colombian legislator, in exercise of his political freedom, forms three sanctioning means for the purpose of protecting the state's property, these are the imposition of the custodial sentence together with the obligation to pay the fine and the inability to exercise of rights, from the criminal action; the imposition of the obligation to pay a liquid sum of money, from the fiscal action; and, the dismissal and general inability, from disciplinary action.

With this, the legislator in Colombia leaves in disuse the significant progress that the principles postulated by Beccaria represent, especially that which raises the need to achieve a rigorous proportionality between crimes and penalties.

The case study deals with two of the three sanctions imposed on the former minister of agriculture, Andrés Felipe Arias Leiva, demonstrating many similarities between the criminal action and the fiscal action with the course of achieving to demonstrate the disproportion between the behavior of *peculado* and the penalty imposed.

## Palabras clave

fiscal, lesividad, patrimonio, peculado, penal /

fiscal, lesivity, treasury, peculation, criminal,

## Introducción

Luego de tres años de sancionado penalmente el Ex ministro Andrés Felipe Arias Leiva, además de suscitar en la opinión pública y en la mediática, comentarios llenos de triunfalismo por la victoria de la Justicia de un país que ignora las vicisitudes del poder político.

Se ha dejado de analizar el hecho de que sancionado o no igual no pagó su condena de prisión, pues su argumento para exiliarse en Estados Unidos de Norteamérica, fue que aquí en Colombia su proceso penal no fue otra cosa más que una persecución política, con lo que perdida la persona, perdido el fin de la pena.

Sin embargo y más allá del aparente triunfo del Estado sobre la corrupción, aparente porque con ello no logró erradicarla, llama la atención que si la historia y el tiempo que todo lo decanta, demostrara que Andrés Felipe Arias Leiva fue inocente, pues entonces solo así se vislumbraría que el proceso lejos de ser garantista de los principios fundamentales fue avasallador en contra de uno de sus administrados, porque el hecho de que es culpable nos ha segado ante la desproporcionada fuerza que tienen nuestras leyes en lo concerniente a la protección del erario, a tal punto que se escucha en la opinión pública que los corruptos no deberían tener ninguna rebaja de pena, o que ni con la cárcel se paga lo que se robó, y sin fin de vociferas que lejos están de superar la ya superada hoguera.

Lo preocupante en sí no es el caso Andrés Felipe Arias Leiva, sino que cualquiera puede estar en esa misma situación, solo por aceptar un cargo público de carácter directivo, y por ello hace falta revisar los procesos a que fue sometido, que son los mismos a los que se somete a cualquier funcionario público de este país.

El caso de estudio se contextualiza en el marco de una política pública de vieja data, la llamada “la reforma agraria” la cual durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, según la Sentencias gracias a su capacidad negociadora Andrés Felipe Arias Leiva, desarrolló bajo la figura del Convenio internacional con la Oficina para Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura IICA, con los convenios especiales de cooperación técnica y científica números 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009. contó con una disponibilidad presupuestal sin antecedentes históricos a tal punto que la Sala de Casación Penal alude en su Sentencia estas palabras “La Fiscalía demostró que las buenas causas y motivos de una política pública para el sector agropecuario, con una financiación sin precedentes en los últimos 50 años, fueron utilizados para elaborar un modelo contractual viciado e ilegal que permitió una enorme flexibilidad en el gasto, por fuera de todo control y al albedrío del Ministerio encargado de ejecutarlo.”

Lo ocurrido entonces fue que el beneficiario natural que es el campesino colombiano, no recibió los recursos, porque la misma política prefirió entregar los recursos a personas con mayor capacidad económica, con territorios propios, con mayor experiencia en el negocio de la exportación, en fin, la corporación lo narra de la siguiente manera: “El doctor ARIAS LEIVA asumió esa posición porque fue él mismo quien ofreció la entrega de los recursos no sólo a los beneficiarios sino a la clase política desde cuando gestionó la aprobación de la ley de AIS y construyó, además, el andamiaje para hacerlo posible, pues tenía un compromiso político con el sector.”

Con todo ello se intenta retirar el velo del nombre del acusado, y así ver el caso como si fuere un ciudadano más, el velo del monto de dinero implicado en la pérdida, y así verlo como un peculado igual al que comete por ejemplo un alcalde municipal con recursos muchos menores, el velo de la culpabilidad misma, y así verlo como un acusado por un delito cualquiera, el velo de la diferencia entre la naturaleza jurídica del proceso penal y la naturaleza jurídica del proceso administrativo, para así verlo como un administrado más.

Resultado de ello revelar que nuestro ordenamiento jurídico permite que el administrado sea sancionado a pagar el doble de lo que se perdió, pues la pena para el delito de peculado por apropiación incluye una multa equivalente al valor de lo apropiado, sin que supere los cincuenta mil salarios mínimos, multa que no es negociable, ni se disminuye por la graduación de la pena, eso sería el primer pago a la sociedad, por otro lado la sanción administrativa que persigue resarcir el daño fiscal, es decir el fallo con responsabilidad fiscal, lo sanciona a pagar el mismo monto.

Ambos pagos aunque van a dar a cuentas bancarias diferentes, constituyen un movimiento contable básico: son ingresos para el Estado, pues los estados financieros del Estado Colombiano se rigen por las normas contables aplicables a cualquier empresa: Los ingresos suman y los gastos restan. Luego ese erario está recibiendo doble ingreso de un mismo administrado, por dos vías diferentes.

Eso aunado al hecho de que ambos procesos tienen la facultad potestativa de imponer medidas cautelares que garanticen el pago futuro de la sanción previsible desde el inicio del proceso. Con lo que el administrado se llevará la sorpresa, porque las medidas cautelares son “cautelosas” no se notifican, y la sorpresa será que tiene congelados todos sus bienes y sus cuentas, con lo que pierde dos derechos fundamentales: el del mínimo vital, y el derecho a la defensa técnica, pues ni para pagarle al Abogado tendrá.

Pero además se le quitará su libertad preventivamente, porque con base en su poder político seguro podrá interferir con las pruebas.

En otras palabras, el Peculado es un delito que se escapa a las políticas criminales del Derecho Penal Mínimo y a las garantías constitucionales de la proporcionalidad de la pena, la doble instancia y el principio de lesividad.

## CAPÍTULO 1

## Aspectos Generales

## Problema de Investigación

### Problema principal o central.

En ejercicio de la facultad potestativa, el estado colombiano impone por una vía punitiva la pena de prisión y multa determinada por una conducta de peculado, y por otra vía sancionatoria el cobro coactivo del valor definido como daño fiscal, en ambos casos impone inhabilidades en el ejercicio de derechos públicos. Con lo que se evidencia una misma finalidad en dos procesos diferentes.

### Problemas derivados, secundarios o subproblemas

La Teoría del Delito escalona la responsabilidad penal alrededor del dolo o la culpa, elementos que se repiten en los postulados del proceso administrativo de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal sanciona la corrupción en la administración pública, objetivo que se repite en el proceso penal de los delitos contra la administración pública.

El iniciar un proceso penal sin esperar al otro mecanismo de solución, como podría haberlo sido la acción fiscal como resarcimiento del daño, desconoce el principio de lesividad.

## Preguntas de Investigación

### Pregunta principal.

¿La apertura simultanea del proceso penal y del proceso de responsabilidad fiscal, a Andrés Felipe Arias Leiva, desconoce el principio de lesividad?

### Preguntas auxiliares.

¿Qué elementos estructuran la responsabilidad penal en el caso de Andrés Felipe Arias Leiva?

¿Qué elementos estructuran la responsabilidad fiscal en el caso por Agro Ingreso Seguro contra el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural?

¿La acción penal y la acción fiscal como procesos simultáneos conllevan una carga desproporcionada al procesado?

## Hipótesis

### Hipótesis central.

Existen elementos estructurales idénticos dentro de los dos procesos estudiados, como la valoración del dolo y la culpa tanto por omisión como por acción, el mismo hecho generador del daño fiscal es el mismo que da lugar al juicio de reproche para la acción penal, ambos procesos imponen sanción pecuniaria, por lo que para el procesado fue una carga desproporcionada de la facultad potestativa del estado.

### Hipótesis derivadas.

La acción penal en el caso de estudio sustenta algunas de sus pruebas en las mismas pruebas que se sustentan la acción fiscal, lo que manifiesta un mismo fin en ambas.

La acción fiscal en el caso de estudio es ejercida por la Contraloría General de la República, entidad que pasa a ser víctima en el proceso penal contra Andrés Felipe Arias Leiva, lo que las relaciona indefectiblemente.

El principio de lesividad se ignora al establecer toda la fuerza potestativa del estado colombiano sobre un asociado sin dar la oportunidad de resarcir el daño con el propio pecunio y determinar así la extinción de la conducta punible.

## Objetivo general.

Comparar los dos procesos contra Andrés Felipe Arias Leiva a partir de la Sentencia de la Sala de Casación Penal 3225-2014 de la Corte Suprema de Justicia y el Auto 042-2014 de la Contraloría General de la República.

### Objetivos específicos.

Analizar la casuística de la sentencia penal, cuyas pruebas sustentan fallo condenatorio.

Analizar la casuística del auto fiscal, de cuyo procedimiento resulta fallo con responsabilidad.

Comparar los elementos estructurales de los procesos estudiados en el caso particular.

## Metodología

El presente proyecto de investigación será más próximo al método cualitativo el cual es más afín con la investigación de la realidad social y porque el hecho social es el objeto de la ciencia del derecho, de tal suerte que la recolección y el análisis de datos a partir del caso de estudio arrojará puntos de similitud entre los dos procesos desarrollando preguntas e hipótesis antes, durante y después del análisis de los mismos, por lo que será un método flexible y dinámico entre la investigación de los hechos y su interpretación, por lo que se evidenciará un proceso circular en fases en lugar de secuencial por pasos.

Así mismo esas fases que se evidenciaran conforme al método cualitativo serán:

A partir de la idea de estudio del caso se planteara un problema.

Para pasar a una Introspección al hecho social de la corrupción y su concepción histórica en el país.

Establecida la necesidad de abordar el problema en un caso en particular, se define estudiar el caso que causa de reproche contra Andrés Felipe Arias Leiva.

Una vez definido el caso se solicitaran los actos administrativos y los fallos que sancionan a Andrés Felipe Arias.

De la lectura del material recaudado se analizarán los datos en el marco de las hipótesis derivadas y los problemas auxiliares planteados.

Finalización de la investigación, resultado esperado: determinar concluyentemente si los dos procesos el penal y el fiscal persiguen el mismo fin, y por ende se constituyen en una carga desproporcionada para el particular que se ve inmerso en ambos procesos por la conducta de la malversación de bienes del estado.

## Justificación

En primer lugar el estudio de los delitos contra la administración pública, despierta todo el interés a la comunidad que se pregunta por qué la consume la corrupción, y por otro lado la pregunta que como Estudiante de Posgrado en Derecho Penal y Criminología me genera la enseñanza de todos mis docentes sobre que el Derecho Penal es de *ultima ratio* y la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia ratifique en sus sentencias que Colombia se cobija bajo la política criminal del Derecho Penal Mínimo, mientras que observo que a todos los personajes envestidos de poder en mi país se les configura por regla general el peculado como resultado seguro al final de su administración, y con ello la destrucción de una carrera política y administrativa, además de un sinfín de perjuicios, como el desprestigio, la ruina económica, y la tácita pena del exilio, que aunque no sea pena tipificada, se convierte en la opción que adoptan los procesados, aforados políticos que son tratados bajo un procedimiento permitido por la Ley.

Si todo ciudadano tiene derecho a aspirar a estos cargos de poder político, es necesario analizar porqué en lugar de ser honorifico el accenso resulta en realidad un craso error que puede dañar su felicidad, fin único del ordenamiento jurídico desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho.

La importancia de abordar un tema como el delito de Peculado, que al menos en la Universidad La Gran Colombia no ha sido muy recurrente en tesis desde el año 2000 en adelante., está en que ya se hace necesario dar una línea de continuidad al tema con lo que a 2017 ha ocurrido en Colombia, que no ha sido poco, pues los casos pululan en la prensa, como la constructora brasilera Odebrecht y sus sobornos a funcionarios públicos, superando incluso la contratación con los primos Nule, por otro lado el caso de Interbolsa y su afectación en varias empresas de naturaleza mixta en las que el Estado tiene parte, así como su incidencia directa en la evasión de impuestos que generó una investigación profunda de los órganos de control y vigilancia fiscal al sector financiero; también la contratación de las Losas de Transmilenio por la Avenida Caracas en Bogotá, por la que un funcionario impecable, en el sentido que la prensa y el caso jurídico no probaron nada frente a su idoneidad y su ética, o profesionalismo en el ejercicio de la función, del Ex Director del IDU, Andrés Camargo, quien llega a prisión “por su responsabilidad en el descuido en la verificación del uso de los materiales utilizados diferentes de los contratados” o el programa de gobierno Agro Ingreso Seguro, son apenas unos pocos pero muy conocidos casos que no pueden pasar desapercibidos para una estudiante que quiere hacer ese ejercicio académico y exponerlo a la comunidad universitaria.

Finalmente a la sociedad colombiana le son necesarios estos acápites para que los creadores de política criminal tengan referentes actuales y una herramienta para construir nuevas políticas de alguna forma más oportunas y eficientes en la resguarda primero de las garantías procesales en la persona procesada y colateralmente en el resguardo del erario.

## CAPÍTULO 2

## Marco histórico

## Origen del Peculado.

Desde la antigüedad, al conformarse la civilización, las primitivas sociedades acumularon su propio ganado, al pertenecer a todos, el vocablo utilizado para denominar dicha riqueza social fue *pecus*. A partir de este concepto fundamental se fue derivando la teoría de derecho romano en la que el hurto de ese ganado de dominio público se denominaría *peculado*.

Sin embargo la diversificación de objetos que podría pertenecer al grupo, conllevó a la natural evolución del fundamento, se presentaría el problema de diferenciar aquello que es de todos, de lo que es de un particular, e incluso lo que a nadie pertenece, intrínsecamente se formaría el incipiente fundamento jurídico de la propiedad o dominio.

Es así como el vocablo latino rex/res, cosa, tuvo en derecho romano su significado más amplio, con éste se designaba todo lo que pudiera ser objeto de derechos, sin embargo algunas cosas no eran objeto de derecho privado, al no poder pertenecer al patrimonio particular de los hombres. De ahí la primitiva división en las Instituciones de Justiniano entre cosas en el patrimonio y cosas fuera del patrimonio o *Rex Extra Patrimonium*.

Aquella división ha sido calificada de incompleta, por lo cual se ha preferido la siguiente, que resulta de los textos romanos de la época clásica, *res* *divini iuris* y la *res humani iuris*. Las primeras se regían por el derecho divino y las segundas por el derecho humano.

Colateralmente se creará el *Rex* *Nullius* para referirse a las cosas que no tienen propietario por tanto al poder ser objeto de apropiación, fundamentalmente a través de la ocupación, sin embargo es válido aclarar que normalmente se refiere a bienes muebles, ya que los bienes inmuebles sin propietario se entiende que pertenecieron al estado. Un rex nullius nunca ha tenido dueño.

## Origen de la República.

La claridad antigua en el sentido de propiedad de la cosa, daría origen a la res publica, o lo que hoy tan comúnmente se denomina República, para definir la cosa pública como clásico concepto de riqueza grupal, con su continuo perfeccionamiento en la línea del tiempo se la ha conceptuado como Tesoro Público, Erario o si se quiere incluso La Hacienda Pública, que por supuesto ha evolucionado a un concepto más amplio y político de Administración Pública.

Luego si la pena para la conducta de hurto, ha tenido su desarrollo desde lo primitivo a lo contemporáneo es viable conjeturar que el hurto de lo público, es decir el peculado igualmente ha ido de la mano en ese desarrollo histórico.

Sin profundizar en esas elucubres, vale la pena aterrizar en el siglo XIX, con la conformación de la República de Colombia del Libertador Simón Bolívar, quien al conformar su visión de nación libre de la opresión del Monarca español, adopta la organización política de la República Francesa, con su correspondiente cuota de sociología y derecho francés, sin embargo la muerte le vedará de su visión de República Unitaria y el destino delegará entonces en el General Francisco de Paula Santander, *el hombre de las leyes*, la función de legislar para la naciente República de la Nueva Granada, en coautoría con el Presidente José Ignacio de Márquez, quien sancionará el primer código penal de Colombia en 1837 (PEÑAS FELIZZOLA, UTILITARISMO Y TRADICIONALISMO EN LA LEGISLACIÓN PENAL, 2006, pág. 14), haciendo referencia en el capítulo noveno dedicado a los delitos contra la Administración Pública en la que en general se penaliza la conducta de malversación y mala administración de fondos de la hacienda del Estado, en sendos artículos que se extendían al identificar cada función pública, e imponían en primer lugar la inhabilitación para volver a ser contratados, asalariados o empleados por el estado, así como la pena de prisión una multa y la obligación de responder por los perjuicios causados a particulares y al estado (CANCINO MORENO, 1973, págs. 20-30).

Así el Código Penal no ha sido ajeno a las vicisitudes que sufre cualquier ley, pasado por varias reformas es hoy en esencia, en lo que respecta a la Tipificación de la conducta básicamente lo mismo.

## Antecedentes normativos del Peculado en Colombia.

Comparando el primer código sustantivo en el que los Ilustres Padres de la Patria, representados por Francisco de Paula Santander, incluyeran la conducta punible de malversación en el Capítulo 1 “Del extravío, mala versación y mala administración de los caudales y efectos de la hacienda nacional”, dentro del Título X “De los delitos y culpas contra la hacienda nacional” (GUTIÉRREZ ANZOLA, 1971), el cual se recopila:

“Artículo 478. Los tesoreros, administradores i contadores, i cualesquiera otros funcionarios ó empleados públicos ó comisionados que administren, recauden ó de cualquiera modo manejen ó tengan en depósito caudales ó efectos de la hacienda nacional, si hicieren uso de los caudales ó efectos para objetos privados, aunque no hagan falta para las atenciones de la hacienda, i aunque se reemplacen ó repongan luego que sean necesarios, serán privados de sus empleos con inhabilitación desde uno hasta cuatro años para obtener los mismos ú otros empleos, i pagarán una multa igual á la octava parte del valor de los efectos ó caudales que se hubieren hecho uso.”

## Actualidad normativa del Peculado.

La prescripción para el peculado por apropiación del actual código penal, Ley 599 de 2000 contemplado en Título XV “Delitos contra la Administración Pública” y teniendo en cuenta la actual pena aumentada por la Ley 890 de 2004, es la siguiente:

Artículo 397. Peculado por apropiación: 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 en prisión de noventa y seis (96) meses a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo término.

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.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

A partir de allí se requiere decantar lo más evidente y es la diferencia de términos, para concluir que malversación y peculado, son en esencia desde la Teoría del Delito, los mismos pilares jurídicos, pues nótese las similitudes entre la detallada descripción del sujeto activo, allí funcionarios o empleados públicos, y allá el servidor público, así como la descripción de la conducta en eje a la administración y tenencia del tesoro público, que es La República.

La actual descripción de la conducta punible del peculado contiene la estructura finalista del delito, lo cual no es ajeno a ese primer código sustancial, sancionado por Santander en 1837.

Desde entonces y hasta ahora el peculado ha sido la conducta típica del: Servidor Público que se apropia 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.

Incluso puede llegarse a puntualizarse en: El peculado ha sido la conducta típica de la autoridad que se apropia o permite que otro se apropie de la República.

Como novedad se prescribe la pena principal de prisión, lo que se mantiene con respecto al Código de Santander es la pena principal de multa, así como la pena accesoria de inhabilitación en el cargo público. Otra novedad incluida en el actual código, en el mismo Título XV es la rebaja de la pena, si es que se devuelve el dinero correspondiente al resarcimiento de los daños y perjuicios causados, esto se lee en artículo 401.

Si bien la conducta reprochable no ha dejado de presentarse desde el origen de la civilización, época en la que adquiere su *nomen* *uiris*, aún hasta nuestros días, concretamente en Colombia desde la era Republicana hasta el actual Estado Social de Derecho, su configuración como un delito es fruto de la tipicidad y su consecuente estructura típica construida a partir de los elementos del tipo, “el tipo, ha de entenderse como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.” (REYES ECHANDÍA, 1989, pág. 96)

## La Tipicidad, un avance histórico.

A partir del principio de legalidad, herencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, para recordarlo se cita el numeral octavo del histórico documento (FRANCIA, Los representantes del pueblo francés de 1789, 1789) “VIII. La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada.”

Al establecerse en el colectivo universal, que la conducta punible debe estar prescrita con anterioridad a su ejecución, surge el concepto de Tipicidad, “la descripción que de esta clase de comportamientos hace el Estado por medio del legislador, es la que los alemanes llaman el *Tatbestand*, los italianos *fattispecie* y los españoles *tipo penal*” (REYES ECHANDÍA, 1989, págs. 95-96), y valdría agregar los colombianos *penal especial*. Volviendo a Reyes Echandía, quien en referencia a la tipicidad recuerda que ésta ha sido:

Fruto de un largo proceso cuya primera conquista estuvo representada por la aceptación del principio de legalidad de los delitos y de las penas; considerase (sic) como su creador al penalista alemán ERNST VON BELING, quien propuso el apotegma [Dicho breve y sentenciso] de que no hay delito sin tipicidad y formuló toda una teoría de los tipos penales.

Así al encuadrar la conducta en un tipo penal se elimina por completo la subjetividad de tiempos monárquicos, reemplazado por la objetividad propia del positivismo jurídico que impuso la idea liberal de la Revolución Francesa, la Tipicidad por tanto, como enfatiza REYES ECHANDÍA (1989) “constituye aporte innegable y positivo al mejor entendimiento del delito como fenómeno jurídico; el tipo penal ejerce una triple función, garantizadora, fundamentadora y sistematizadora” (pág. 96).

Según REYES ECHANDÍA, función garantizadora, en tanto que constituye garantía jurídica, política y social, replicando en la ley penal los principios constitucionales de la libertad y la seguridad personales, postulados constitucionales actuales, el Habeas Corpus, del artículo 30, el Debido Proceso, del artículo 29: nadie podrá ser privado de su libertad en tanto se le investigue y juzgue sin motivo legal previo ni con el lleno de requisitos legales preestablecidos.

Función fundamentadora por cuanto el tipo penal es presupuesto de ilicitud, en el que el legislador avoca la función primordial del Estado, la cual es la de garantizar el desarrollo armonioso de la sociedad, e intervenir ante los fenómenos que alteren su estabilidad; por ello describir previamente ciertas conductas que califican como delictivas conminadas por una sanción penal, de una parte, diferenciadas entre las distintas figuras delictivas por sus elementos integradores, por la otra, delimitan la ilicitud, a partir del cual se fundamenta la acción penal.

Función sistematizadora por crear un puente entre el derecho penal general y el especial, el primero circunscrito a la eficacia de la ley penal, el segundo al hecho punible en sí mismo. El Maestro Reyes Echandía ubica estos conceptos como resultado de una verdadera teoría general del delito, a partir del siglo XIX cuando el pensamiento filosófico de HEGEL y KANT penetraron la conciencia jurídica europea y con ello se vinculó la visión filosófica de los hechos humanos al ordenamiento jurídico, aunque sólo hasta el Siglo XX se comprenderá que el derecho penal constituye un todo inescindible (1989, págs. 96-98)

En ese abrebocas no queda más que adentrarse a la acción penal, como “un todo inescindible” entre el derecho penal procesal, como manual instructivo de esa facultad potestativa del Estado, el penal general, como limitativo dentro de un marco normativo, y el penal especial, como ilustrativo dentro de una descripción prescriptiva.

## CAPÍTULO 3

## La acción penal

Ejercicio del poder público, está en cabeza de la Rama Judicial – Jurisdicción Ordinaria, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991.



### Nociones.

El concepto se origina en el Derecho Romano, la *actio*, institución que configuraba el derecho a exigir ante Magistrado en juicio el pago de lo debido. A nuestros días y desarrollada la doctrina procesal, ya conformado el Estado, éste prohíbe a las personas tomar justicia por sus propias manos y con ello crea la acción en sentido jurídico, para así sancionar al culpable a través de sus propios órganos. Por ello Eduardo Couture, el prestigioso jurista uruguayo, afirmaría que la acción es el sustituto civilizado de la venganza (BLOG, 2013).

Entonces para comprender qué es la acción penal, hace falta la holística mirada del ordenamiento jurídico moderno antecesor del contemporáneo, yendo a Rousseau: El Contrato Social ilustra la capacidad de autogobierno que le es inalienable a la persona, cuando menciona en el capítulo de las primeras sociedades que “Adán fue soberano del mundo, mientras lo habitó solo” y que por ello, seguro en su trono, no temía: rebeliones, ni guerras, ni conspiraciones, (ROUSSEAU, 1762, pág. 7) así establece un punto de partida: todos en nuestra individualidad somos soberanos y esta verdad innegable causó que el hombre más fuerte se impusiera sobre los más débiles.

Por ello el discurso de Rousseau justifica la entrega de esa soberanía individual en estos términos:

Reduzcamos toda esta balanza a términos fáciles de comparar. Lo que el hombre pierde por el contrato social, es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que intenta y que puede alcanzar; lo que gana, es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. (ROUSSEAU, 1762, pág. 25)

Lo que propone entonces es la unión de las fuerzas, o de lo contrario, tarde o temprano llegaría la extinción de la raza humana, al imponerse por la fuerza la última persona sobreviviente, pero ¿Cómo? Y esa es la gran pregunta del ordenamiento jurídico moderno, ¿Cómo unir las fuerzas y que ellas no se extingan en esa entrega? Así lo resuelve Rousseau:

Esta dificultad, reducida a mi objeto, puede expresarse en estos términos: “Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada uno de los asociados, pero de modo que cada uno de éstos, uniéndose a todos, sólo obedezca a sí mismo, y quede tan libre como antes”

Este es el problema fundamental, cuya solución se encuentra en el contrato social. (ROUSSEAU, 1762, pág. 18)

En efecto, el lector descubrirá que estas líneas describen la concepción y nacimiento del Estado, un ente vivo que hoy nos representa, nos agrupa, y nos gobierna, para equilibrar nuestras fuerzas, ese es su fin.

A partir de ese fin, la a acción penal se concreta como facultad potestativa del Estado, cuando hace suya una ofensa que en principio fue hecha a un individuo, usurpa esa posición de víctima accionando el aparato estatal, mediante un procedimiento legal, demandando del agresor una restitución al daño causado en la víctima, porque esa ofensa pone en riesgo la propia estabilidad del Estado, desde su núcleo: la soberanía.

Para efectos pedagógicos, soberanía se puede entender como una vara de poder y toda vara tiene dos extremos, sí en un extremo está la persona con su derecho natural de autogobernarse como individuo por el otro está el Estado con su facultad de gobernar sobre otros como el colectivo que es, indiferente del extremo la vara es la misma, el ejercicio del poder es en sí mismo soberanía, y cuando se levanta un extremo de esa vara, necesariamente se levanta el otro extremo, es decir, y esto es una postura: lo que afecte al Estado afecta al individuo, y lo que afecte al individuo, afecta al Estado.

Por lo anterior, es posible ahora concebir el alcance en esta simple exposición: El derecho penal no es más que la forma en que el Estado reagrupa sus individuos, cuando alguno de ellos recupera su soberanía, ya que si todos recuperamos nuestra “libertad natural” el Estado conformado por cada soberanía individual, se descompondría, extinguiéndose en ello, como el circulo que se compone de puntos equidistantes del centro, si cada punto se ubica en donde quiere, el circulo deja de existir. Usando la misma explicación se justifica la razón por la que una persona en prisión debe ser protegida, en lugar de expulsada de la sociedad, ya que no deja de ser un punto de ese círculo, su reagrupación no es viable si el Estado le expulsa al confín de la inhumanidad, con ello se auto-infringe la pérdida de esa soberanía, no olvidemos que la vara es una sola, al levantar un extremo, necesariamente se levanta el otro, por ello es relevante analizar los aspectos que conforman ese derecho penal, y no menos importante es evaluar si mantiene el equilibrio de las fuerzas individuales sin anularlas.

### Aspecto procesal

El legislador en Colombia, como Rama del Poder Público Legislativo: dispone la titularidad y obligatoriedad de la acción penal en el artículo 66 del Código de Procedimiento Penal Oral Acusatorio, Ley 906 de 2004:

El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

En esencia el Estado colombiano adopta uno de los principios trascendentales de la dogmática penal occidental, la que a partir de los Delitos y las Penas, escrito por el Márquez de Beccaria, propondrá un proceso informativo, es decir aquel en que el Magistrado busca la verdad en los hechos y no en el prisionero, dejando atrás el sometimiento a la tortura para obtener del reo la confesión de la conducta reprochable.

El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación; y otra por el acusado, que la niega. Es pues necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho. Y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares. (BECCARIA, 1764, pág. 21)

Aún es más garantista que la embrionaria propuesta de Beccaria, al disponer a un tercero la labor investigativa y que sea éste, el Fiscal, quien determine concluyentemente, producto de una investigación metódica, si los hechos revisten características de un delito y ameritan elevarse a acusación o pueden archivarse antes de llevarlas a juicio, y en sede de juicio oral da el derecho a la apelación e incluso a un par de recursos extraordinarios: la revisión y la casación penal.

Con todo ello el proceso penal oral acusatorio en Colombia cumplirá dos etapas previas al Juicio y tres instancias en sede de Juicio:

Etapa de Indagación. Inicia con el hecho que reviste características de un delito dándole el carácter de *noticia* *criminis,* del cual avoca conocimiento el Fiscal con su equipo de investigación. No tiene límite de tiempo, excepto la caducidad de la acción penal, que equivale al tiempo de la pena máxima para cada tipo penal específico o como mínimo cinco años (LARA ACUÑA, 2013). Dentro de ese término de caducidad puede reanudarse varias veces, siempre que existan nuevos elementos de juicio acerca de la ocurrencia de los hechos. Ahora bien, el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, establece el término máximo de duración de la etapa de indagación preliminar y lo fija en dos años, a partir de la recepción de la *noticia criminis* cuando solo existe un investigado, tres cuando se presente concurso de delitos o sean tres o más los imputados, y cinco cuando se trate de delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por ello la Corte Constitucional en Sentencia C-497 de 2015 considera que ambas disposiciones (artículos 49 de la Ley 1453 de 2011 y 79 del CPP) conforman una unidad normativa, y que la interpretación aislada de una de ellas puede llevar a un inadecuado entendimiento sobre la indagación previa en el sistema penal actual, es decir que entre las causales para el archivo de la indagación, expresas taxativamente en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 o CPP, no existe el archivo por vencimiento de términos (2015, pág. 16). La Indagación culmina con una de tres actuaciones: excepcionalmente con preclusión; o bien con archivo de acuerdo al artículo 79 del CPP por atipicidad, es decir cuando los hechos no son constitutivos de delito, o por hechos que no ocurrieron; o bien con imputación por la confirmación de la ocurrencia de los hechos y la individualización del presunto autor.

Etapa de Investigación. A partir del acto de imputación ante el cual el autor plenamente individualizado a quien se le comunica su obligación de hacerse presente en la Audiencia de imputación o es detenido preventivamente por la Policía Judicial a orden del Fiscal para llevarlo ante un Juez constitucional, quien es un Juez penal con función de control de garantías para el caso específico, con el objeto de seguir tres pasos consecutivos en la misma oportunidad y ante el mismo Juez: iniciando con la legalización de la captura como primera audiencia: en la que el Juez constitucional verifica si se surtió la lectura de los derechos al capturado, su integridad física, así como la garantía de sus derechos constitucionales y que la privación de la libertad no ha superado el término constitucional del artículo 28 superior, ya que el sistema no permite que una persona esté más de 36 horas bajo órdenes de otra autoridad que no sea la Judicial. Seguida de la audiencia de imputación para notificarle en estrados que es ahora un procesado, por la ocurrencia de los hechos corroborados por la Fiscalía y que el mismo fiscal le narra al imputado en un lenguaje común para darle la oportunidad de aceptar cargos, sí quiere, por ser el presunto autor de los mismos. Y una tercera y final audiencia de solicitud de medidas de aseguramiento en la que el Fiscal solicita al Juez de control de garantías que la persona sea retenida en un lugar que no es la prisión propiamente dicha, pero si es una custodia bajo la responsabilidad del Estado, argumentando al menos uno de los tres causales: procurando que no evada la justicia, no obstaculice las pruebas o cuando sea un peligro para la sociedad (LARA ACUÑA, 2013). Vale decir que la solicitud de medida de aseguramiento no siempre tiene éxito, pues la regla general en Colombia es que el procesado ejerza el derecho a su defensa en estado de libertad, y por ello ha entrado en desuso la palabra reo. Estas tres audiencias por ser secuenciales, se les han agrupado bajo el nombre de Audiencia Concentrada. A partir de esta inicia la etapa de investigación, tiempo en el que se recaudan los elementos materiales probatorios o evidencia física, que hagan falta y que serán llevados a juicio, unos por la Fiscalía General de la Nación para solicitar en Juicio que sean tenidas como pruebas de la acusación y otros o los mismos por la Defensa, sea abogado de confianza o defensor de oficio, para que sean tenidas como pruebas de la inocencia, o ausencia de responsabilidad del acusado. En todo tiempo de la etapa de investigación, los elementos materiales probatorios están a disposición de las partes: Fiscalía y Defensa, conservando en todo momento la garantía constitucional al debido proceso, especialmente el requerimiento de conservación a través de la cadena de custodia. De acuerdo con el artículo 127 (CPP) se puede llevar a cabo la audiencia de imputación en ausencia del imputado, situación que se evaluó la Corte Constitucional en Sentencia C-592 de 2005 declarando exequible (no contradictorio del bloque de constitucionalidad) reiterando los criterios expuestos en Sentencia C-591 de 2005, informando que en el Sistema Penal Oral Acusatorio la comparecencia del procesado en todas las etapas es un derecho, que si bien él renuncia a su derecho de asistir a las audiencias, no puede detenerse el proceso ya que existe la obligación en cabeza del Estado a propender no solo por la eficacia del nuevo sistema procesal penal, sino por la misma administración de justicia: “no implica, que de manera excepcional, el juicio puede adelantarse si a la Fiscalía General de la Nación le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación, o tomar alguna medida que lo afecte, siempre y cuando haya agotado todos los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, con un estricto control de los jueces, tanto del de control de garantías como del de conocimiento en su oportunidad” (2005, págs. 74-75). La etapa de investigación culmina o con la preclusión, artículo 331 (CPP), por no existir mérito para la acusación, o con la radicación que hace el Fiscal del escrito de acusación ante la Rama Judicial del Poder Público, entidad que hace el reparto por estricto orden alfabético del primer apellido, a un Juez penal con función de conocimiento.

Primera Instancia. Acusación elevada por el Fiscal ante el Juez Promiscuo, Juez Penal Municipal o el Juez Penal del Circuito, o el Juez Penal del Circuito Especializado, de la cual se originarán una serie de audiencias orales hasta llegar a un juicio oral que culmina con sentencia condenatoria, absolutoria o en algunos casos excepcionales en preclusión. La primera Audiencia dentro de la primera instancia es la de Formulación de Acusación, del artículo 339 (CPP) Para la cual solo tres actores son esenciales: El Juez penal con función de conocimiento, el Fiscal y el Abogado de confianza, pagado por el procesado, o si éste no puede pagar los honorarios, o fuere declarado ausente, entonces el Estado le asigna un Defensor de Oficio, por lo general es un funcionario público vinculado a la Defensoría del Pueblo, que a su vez está adscrita a la Procuraduría General de la Nación, también conocida como Ministerio Público. Siempre que se encuentren estos tres actores: Juez, Fiscal y Defensor, se puede llevar a cabo una audiencia, en sede de juicio, si la víctima no se hace presente o el representante de víctimas o el Procurador Delegado ante los Juzgados como representante del Ministerio Público, incluso sin el presunto autor, se puede llevar a cabo la totalidad de la primera instancia, si falta el procesado, a esta instancia se aplica la norma de la contumacia, del artículo 291 de la Ley 906 de 2004.

Audiencia de Formulación de la Acusación. Ese momento inicial de la sede de juicio, es dirigido en todo momento por el Juez penal de conocimiento, quien dará primero la palabra al Fiscal, luego al Defensor, en seguida el Acusado, si estuviere presente el interviniente del Ministerio Público, seguido de la víctima y el Representante de Víctima, ese orden es para que se presenten, se reconozca las personerías jurídicas, se da traslado a las partes intervinientes del Escrito de Acusación, para que posteriormente se exponga, ya en términos jurídicos, la totalidad de la Acusación, por parte del Fiscal quien dirá su propia teoría del delito, la posible graduación las pena y empezará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios que pretende exhibir en Audiencia de Juicio Oral, así como las pruebas anticipadas que no pueda repetir en aquel. Es el momento de expresar las causales de incompetencia de la jurisdicción asignada, impedimentos de los propios intervinientes, recusaciones contra el Juez de conocimiento, o interponer nulidades contra el procedimiento, así como las observaciones al Escrito de Acusación si este no cumpliera los requisitos del artículo 337 del (CPP), en este último evento el Fiscal puede aclarar, adicionar o corregir de inmediato, quien como titular de acción penal puede incluso retirar en ese momento la Acusación, pues esta es un acto de parte. La Audiencia es oral, pública y concentrada, por lo tanto el Juez debe presidirla hasta que culminé, aunque puede suspenderla, en razón de lo cual informará la hora y fecha en que se reanudaría la Audiencia. El Fiscal una vez expone su Acusación, puede solicitar protección a las víctimas, o a los testigos. La intervención de la Defensa es un espejo de las intervenciones de la Fiscalía, excepto en lo que concierne a la exposición de la Acusación que si es exclusiva del Fiscal. La intervención de la Víctima se limita en Audiencia a su presentación y reconocimiento por parte del Juez como víctima, así como la del Representante de Víctima, pero ambos pueden intervenir fuera de Audiencia aportando pruebas al Fiscal para que sea él su interlocutor ante el Juez. En cuanto a la posición del Procurador Delegado por el Ministerio Público, su intervención es en procura obtener un juicio justo, él puede fortalecer la acusación y con ello tomar partido por la Fiscalía, o puede fortalecer la defensa y en consecuencia tomar partido por la Defensa, pues su posición de observador ajeno al interés particular le da la visión para que equilibre las cargas en defensa del interés general, por ello puede exponer ante el Juez su propia teoría del caso, para que él lo considere dentro de su ejercicio valorativo de las pruebas obtenidas en juicio oral. Antes de terminada la Audiencia de Formulación de la Acusación el Juez de conocimiento informará fecha, hora y sala en la que se llevará a cabo la siguiente Audiencia Preparatoria.

Audiencia Preparatoria. En ella el Juez de conocimiento dispone que las partes se manifiesten sus observaciones al descubrimiento, que la Defensa descubra sus elementos materiales probatorios. Surtido lo anterior, el Juez ordena que primero la Fiscalía y en seguida la Defensa enuncien la totalidad de sus elementos materiales probatorios, incluyendo las pruebas que dependen los que harán valer en juicio, este es el momento procesal para que las partes manifiesten si les interesa hacer estipulaciones probatorias, lo que de ocurrir suspende la audiencia por una hora, mientras Fiscalía y Defensa acuerdan las mismas. Pasado esto nuevamente el Juez le preguntará al Acusado si acepta o no los cargos. En esta oportunidad se solicita la práctica de las pruebas y es el Juez quien las decreta, de hecho si se hiciere presente el Ministerio Publico, y su delegado considera que hicieron falta pruebas de las que él tiene conocimiento y considera relevantes para el sentido del fallo, puede solicitar también su práctica. Allí el papel del Juez es evaluar cada una de las solicitudes, pues le está prohibido decretar prácticas de oficio, así solo resta esperar a que las partes soliciten la exclusión, rechazo o indamisibilidad y será el Juez quien motive oralmente su decisión, consecuentemente las partes podrán interponer los recursos a estas decisiones. Puede apreciarse entonces que es una Audiencia que gira en torno a la exhibición de todo aquello que se presentará en juicio con pretensiones probatorias, y por tanto es una audiencia en la que las partes conocerán de qué van a defenderse evitando sorpresas en sede de Juicio Oral, el cual queda programado con fecha y hora al final de esta audiencia.

Audiencia de Juicio Oral. En ella el Juez de conocimiento verifica la asistencia de las partes esenciales, Instalando así el Juicio, que es oral, y público, por tanto puede ser presenciado por la prensa, por la ciudadanía, los familiares, en fin, el público en general. El Juez informará al Acusado presente que tiene derecho a guardar silencio y a no auto-incriminarse, dando lugar nuevamente, sin apremio de juramento a que el Acusado se declare inocente o culpable de todos o de algunos de los cargos, entendiendo su silencio o su ausencia como una declaración de inocencia, pasado esto, si se declara culpable se finaliza el Juicio con la declaración verbal del sentido del fallo por parte del Juez, con ello el acusado obtiene una rebaja de una sexta parte de la pena, también deberá ser verificado por el Juez si esa aceptación es libre, y sí el culpable entiende las consecuencias penales de su conducta, así mismo le preguntará si esa aceptación es parte de un acuerdo con la Fiscalía, de ser así el Fiscal explicará los términos de ese acuerdo, quedando limitado el Juez a decretar la pena que el Fiscal solicite. Pero en lo que se declare inocente, o antes su ausencia por contumacia, la Audiencia proseguirá a la presentación del caso. En el mismo orden de la audiencia preparatoria, expondrá primero el Fiscal su teoría del caso, esto es obligatorio, la Defensa puede o no hacer lo mismo. Seguido se empieza la práctica de las pruebas, las cuales sufren un proceso individual de contradicción, el primer turno es para el Fiscal, el segundo turno para la Defensa y en algunos casos el Juez y el Ministerio Público pueden solicitar ampliación para esclarecer los hechos. A su turno quien ha solicitado la presencia de su Testigo (sea este el acusado, la víctima, el perito forense o un tercero presente durante los hechos) deberá iniciar preguntando su identidad para que el Juez le tome en seguida Juramento, para dar la palabra al Fiscal o la Defensa según sea el turno, suponiendo que es el primer turno el Fiscal debe iniciar una serie de preguntas abiertas, interrogatorio directo que pretende informar al Juez sobre la probabilidad de la ocurrencia de un hecho relativo exclusivamente al caso, en aplicación del artículo 391 (CPP) una vez termina su primera intervención el Juez concede la palabra a la Defensa para que sobre las mismas preguntas hechas contrainterrogue en forma de preguntas cerradas, es decir de posibles respuestas negativas o afirmativas, esto es un contrainterrogatorio de preguntas sugestivas Acto seguido el Juez devuelve el uso de la palabra al Fiscal, quien debe informar si hará uso de la palabra con un redirecto, y de hacerlo vuelve a tener la palabra para aclarar los puntos debatidos en el contrainterrogatorio de nuevo con preguntas abiertas pero enfocado en lo que no fue claro, pues no se trata de hacer preguntas repetitivas, acto seguido dará el Juez la palabra a la Defensa quien nuevamente tiene el derecho a hacer contradicción bajo la misma regla del interrogatorio directo, es decir con preguntas sugestivas que pretendan un si o u no por parte del Testigo frente a lo expuesto en el redirecto. Cuando el turno es de la Defensa se aplican las mismas reglas solo que si el Testigo es traído por la Defensa se invierte el orden, y es este el primero que tiene derecho a hacerle preguntas abiertas. Solo las pruebas que dependen de un perito forense, deberán surtir un interrogatorio inicial de acreditación del perito. Una vez agotados todos y cada uno de los elementos probatorios enunciados por las partes en audiencia preparatoria, y que fueron decretadas por el Juez de conocimiento e aquel momento procesal, se puede afirmar que se ha terminado la práctica de pruebas, si ello ocurre en varios días el Juez podrá suspender la audiencia para continuar otro día, aunque existen jueces que agotan esta audiencia sin importar las horas que transcurran. Practicadas las pruebas el Juez concede al Fiscal el uso de la palabra para que este ejecute los Alegatos de Conclusión, con los cuales el Fiscal argumenta oralmente su análisis de las pruebas y tipifica circunstancialmente las conductas por las cuales ha presentado la acusación, el segundo en turno para hacer sus propios Alegatos es el Representante de Víctimas, Ministerio Público, y finalmente la Defensa, cada uno con su propio criterio podrá considerar tipicidad circunstanciada totalmente diferente. A partir de este momento el Juez debe declarar que el debate ha finalizado, en ese instante podrá tomarse un receso de hasta dos horas, cumplidas regresará a declarar el sentido del fallo por cada enjuiciado y aludiendo al delito, un simple Pedro Pérez se halla culpable por la conducta de peculado por apropiación, o un simple Pepa Pérez se halla inocente por peculado por apropiación, que no tiene que argumentar, sólo si el fallo fuere condenatorio el Juez dará la palabra al Fiscal y a la Defensa para que brevemente indiquen información sobre el condenado relativo a sus antecedentes judiciales, sus condiciones socio-económicas particulares, comentarios que tendrán incidencia en la graduación de la pena y en la concesión de algún subrogado penal. Escuchadas Fiscalía y Defensa el Juez señalará lugar, hora y fecha de la Audiencia para proferir Sentencia. Con ello termina el Juicio Oral pero no la instancia.

Audiencia para proferir Sentencia. Es lógico que ante la necesidad de conocer todos los argumentos jurídicos que llevaron al Juez a tomar la decisión final, se establezca el tiempo prudencial para que él pueda proferir una Sentencia escrita, a todas luces se hace imposible exigir a una persona envestida de Toga, que en una misma audiencia escuche a las partes y luego sea escuchada, desconociendo el agotamiento de los asistentes y del mismo Juez. La Sentencia entonces se profiere en la privacidad del Despacho, y debe ser escrita con doble propósito, conservar en el tiempo la memoria institucional, lo que permite el acceso a la decisión por parte de todos y con ello se aplica también el principio de publicidad, y por otro lado el cumplimiento de Acuerdos Internacionales en materia de Administración de Justicia, No en vano la Sentencia es el acto más importante de la función jurisdiccional. Por ello la Audiencia para escuchar al Juez en la lectura de su propio fallo es consecuente con el sistema penal oral acusatorio, y se configura en la oportunidad procesal para interponer el Recurso de Apelación según lo preceptúa el artículo 179 (CPP), recurso se sustenta oralmente y del que se corre traslado en estrados o por escrito a los no recurrentes en el término de cinco días siguientes. Siendo una Audiencia tan importante, en Colombia la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), publicó un documento en el que propone eliminar esa lectura, con argumentos como “(…) cumplir con este propósito está acarreando un doble esfuerzo por parte del despacho judicial, debido a que las sentencias se elaboran primero por escrito, para luego ser reproducidas en la audiencia a través de su lectura. Esta práctica –vista en su impacto global en el SPA- podría generar una inversión considerable de tiempo, sobre todo cuando se trata de fallos de una larga extensión (anotando a píe de página que 14 La CEJ observó algunas audiencias de lectura Paloquemao y en el Tribunal de Bogotá. Algunas fueron de una corta duración -15 minutos, con una lectura bastante rápida-, otras llegaron a durar 40 minutos)”(2013, pág. 15), incluso afirmando que en algunos Tribunales se ha vuelto común la disposición de salas en las que el Magistrado lee su Sentencia en absoluta soledad. Situación por demás incompatible con el principio de legalidad, pues las partes deberían asistir a la totalidad del proceso, y la lectura del fallo es un acto en sí mismo, indiferente del interés particular por apelarlo o no, por ello la Audiencia para escucharlo en la lectura de su propia Sentencia se considera consecuente con el sistema penal oral acusatorio y la ausencia de las partes en ella, se considera una falta ética de los intervinientes.

Segunda Instancia. Recurso de apelación elevado por el Fiscal o por el Abogado de la Defensa o el Procurador Delegado por el Ministerio Público, ante el cual el proceso se traslada ante un cuerpo colegiado de tres Jueces penales, que se denominan Magistrados de Tribunal Superior del Distrito Judicial específico. Quienes conforman por un período de dos años una Sala de Decisión para conocer de los casos que le sean asignados a uno de ellos, reparto que se hace a todos los Magistrados del Tribunal en estricto orden alfabético por primer apellido, así cada quien se constituirá como el Magistrado Ponente, de los casos asignados por reparto y es entonces a quien se le asigna la carga procesal del expediente y sus autos interlocutorios, y el proyecto de Sentencia resolviendo el recurso de apelación, que será expuesto ante sus dos Colegas en Sala de Decisión, sin embargo la decisión final la toman los tres Magistrados por voto mayoritario, y dejando un acta de Sala. Cuando la decisión no satisface la autonomía de alguno de los tres colegiados, este puede redactar sus argumentos y la decisión que considera ajustada a derecho, argumentando sus raciocinios conforme a las reglas de la sana crítica, de lo cual queda constancia en el final de la Sentencia adoptada (LARA ACUÑA, 2013).

Recursos Extraordinarios. Si bien se ha dicho que los recursos extraordinarios no son una tercera instancia, son la manifestación de la prevalencia del principio de La Justicia, de ellos depende modificar una Sentencia que se ha configurado en injusta por circunstancias que deben ser argumentadas por el peticionario.

Casación penal. Resuelta por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, como máximo jerárquico en la Jurisdicción Ordinaria, es el medio de impugnación que debe demostrar la ilegalidad de la Sentencia, indiferente de su decisión absolutoria o condenatoria, sea por causal de error de hecho o de derecho, o por violación de la ley sustancial, estos son errores o violaciones que ha de haber cometido el Juez o la Sala de Decisión en su raciocinio, sus fines deben ser claros, expresos e individualizados por el casacionista, quien lo interpone a fin de lograr: a) efectividad del derecho material, b) respeto de garantías de los intervinientes, c) reparación de los agravios inferidos a los intervinientes o d) unificación de jurisprudencia.

Acción de Revisión. Igualmente lo resuelve la Alta Corporación, con ella se persigue un único fin: remover la firmeza del principio de la cosa juzgada, y sus causales son limitados a la Sentencia Condenatoria, pues persigue ser una nueva decisión favorable para el procesado, pero basada en que la verdad histórica de lo acontecido se ha desvelado posteriormente a la fecha del Juicio, y por tanto no coincide con la verdad procesal que fundó la Sentencia.

Así se Abarcan las tres instancias del proceso penal oral acusatorio colombiano, sin embargo, la citada norma procesal se aplica a la jurisdicción ordinaria, es decir a las personas mayores de edad que no ejercen el poder político por elección popular directa o indirecta.

Es relevante centrar el interés en el Estudio del Caso Andrés Felipe Arias Leiva, lo que requiere diferenciar a los aforados constitucionales, ya que la Constitución Política de Colombia en su artículo 235 numeral 4 dispone:

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.

En estrados lo que se materializa es que el Juez natural para Andrés Felipe Arias Leiva, Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, condenado por peculado por apropiación en relación a hechos ocurridos durante el ejercicio de esa función pública, es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, constituyéndose en un proceso de única instancia por cuanto no existe un Superior jerárquico para tal corporación, lo preceptúa así la Ley 906 de 2004.

ARTÍCULO 32. DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

6. Del juzgamiento de los funcionarios a que se refiere el artículo 235 numeral 4 de la Constitución Política.

El proceso se surte con todas las garantías expuestas en el acápite de la primera instancia, con el apoyo de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Penal, quienes avocan como Juez con función de control de garantías.

De todo ello se infiere que el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal, no aplica para los ciudadanos envestidos de autoridad, como es el caso de estudio:

ARTÍCULO 20. DOBLE INSTANCIA. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.

En ese escenario que presenta la actualidad colombiana, se agota lo que pueda decirse sobre el aspecto procesal, para dar paso al aspecto general del ordenamiento penal.

### Aspecto general.

El legislador en Colombia, como Poder Público - Rama Legislativa: acoge los postulados del Derecho Penal como ciencia jurídica en el Código Penal, Ley 599 de 2000.

A la lectura de su capítulo único, del Título I en el que se prescriben los primeros trece artículos, es innegable su relación con la moral: sea desde el iusnaturalismo, a moral como el punto de vista kelseniano o bajo una visión ecléctica.

ARTICULO 1o. DIGNIDAD HUMANA. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

Este primer artículo, como norma rectora, es fruto de la concepción que sobre dignidad humana manifiesta en una forma más concreta Emmanuel Kant en su libro Sobre la Metafísica de las Costumbres, pero con ella no ha de perderse la visión holística en su construcción ya que a su vez es un concepto filosófico abordado de alguna forma por el liberalismo político, y si se trata de traer algunos representantes a colación basta con nombrar a Jhon Locke y Jean Jacques Rousseau quienes expusieron: el estado liberal clásico es el hombre, y su agrupación es la sociedad (SERNA, 2013), allí ya se acordaba algo en principio, la persona es en sí misma, un Estado, y lo que legitima al Estado contemporáneo es precisamente ese ya incuestionable pacto social. Pero ello no es lo único que se ha dicho sobre el papel del hombre en el mundo facto (real), el hombre es objeto central de la filosofía, aunque en ese campo del conocimiento es el Ser.

Retomando no se trata de afirmar que sin Kant no existiría la Dignidad Humana, sino todo lo contrario, es gracias al mismo desarrollo de la humanidad y todo el cúmulo de su conocimiento, ciencia, que a Kant le queda un camino construido para llegar a concluir concretamente principios que como lo redacta Serna: él pretende universales tales como: i. no instrumentalizar a los otros, sino tratarlos como un fin en sí mismos, y ii, establecer máximas de comportamiento que puedan universalizarse, es decir, que se puedan aceptar como normas de comportamiento por toda la comunidad racional (SERNA, 2013). Y a partir del entendimiento de ello, entonces decir que la Dignidad Humana es un concepto que ahora todos en Colombia podemos entender:

Según Kant “…el hombre, y en general todo Ser racional existe como un fin en sí mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin”. Y partiendo del supuesto de que el hombre es un fin en sí mismo, enuncia este imperativo categórico: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio”.

Así lo explica el píe de página en el Código Penal editorial Legis 10ª edición página 3, y muchas y variadas Sentencias Constitucionales, desde la primera que lo menciona: la Sentencia de Tutela T-401 de 1992, pasando por la primera Sentencia de Constitucionalidad C-052 de 1993 y la primera Sentencia de Unificación SU-256 de 1996, a 2014 ya suman 254 decisiones jurisprudenciales, y solo dentro de esa jurisdicción, de acuerdo a la línea jurisprudencial citada en el nicho citacional dentro del trabajo “La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio sobre su evolución conceptual” de (MONTERO PALACIOS, 2014).

Con ese panorama lo que se quiere demostrar es que cada artículo del Código Penal en su Parte General, lejos de ser desprevenido y fortuito precepto normativo, a capricho del legislador, resulta ser el postulado de una historia que bien podría llenar todas las páginas del mundo, por ello aquí se detiene el análisis individual, para concretamente pasar a un barrido muy puntual sobre la visión del derecho sustancial, en materia penal en Colombia.

El derecho sustancial, o material, recogido en la parte general, los primeros cien artículos de la Ley 599 de 2000, de ellos se resaltan:

El proceso es penal. En tal sentido es sustancialmente sancionatorio, y de este se desprenden los derechos penal militar, el penal disciplinario, el penal administrativo y el penal financiero, penal de policía y penal internacional. (REYES ECHANDÍA, 1989, págs. 2-7) De ello entonces se colige que todo el derecho sancionatorio se rige por la teoría general del Derecho Penal.

La Responsabilidad. Es subjetiva, y bajo el principio de la culpabilidad del art´. 12 queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Dolo, culpa y preterintención. Son las modalidades de la conducta punible, la conducta dolosa, que es la general para todos los tipos, la culpa y la preterintensión sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.

Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Conforme a los términos del art. 25.

### Aspecto especial.

El legislador en Colombia, como Poder Público - Rama Legislativa: describe en forma positiva las conductas humanas que no tolerará el Estado, las cuales bajo su poder impositivo sufrirán consecuencias jurídicas por ser conductas punibles, estas son prescritas desde el artículo 101 al 476 del Código Penal vigente, Ley 599 de 2000 y las leyes que la modifican, siendo la última la Ley 1864 del 17 de agosto de 2017, dichos artículos configuran la Parte Especial del Código.

Esas conductas son individualmente concebidas como “el tipo”, el tipo penal es el objeto de estudio de la Tipicidad en la teoría del hecho punible.

Para estudiarlo la doctrina estableció una clasificación de esas conductas punibles (delitos), por sus modalidades típicas, clasificación que en la práctica del ejercicio sancionatorio reviste crucial importancia, teniendo en cuenta que el escrito de acusación debe reflejar coincidencia exacta entre el hecho y la modalidad, a tal grado que una Sentencia puede resultar absolutoria, o un Fiscal puede solicitar la preclusión ya en sede de juicio, en caso que la Fiscalía presente un escrito de acusación en el que la identidad del acusado no coincide con la modalidad típica del sujeto activo cualificado en el delito que se le acusa, porque de esa circunstancia surge la atipicidad.

En tal sentido se aborda este acápite desglosando esas modalidades típicas concretamente en el estudio del tipo descrito en el artículo 397. Peculado por apropiación, que encabeza el TITULO XV Delitos contra la administración pública, a su vez inicia el CAPÍTULO I - Del peculado, en el entendido que las mismas modalidades típicas aplican a cualquiera de los tipos prescritos en el LIBRO SEGUNDO – PARTE ESPECIAL - De los delitos en particular.

#### División de los tipos en relación con su estructura. Si nos atenemos a su estructura formal, los tipos penales pueden ser básicos, especiales y subordinados; elementales y compuestos; autónomos y en blanco. (REYES ECHANDÍA, 1989)

1. Tipos básicos, conocidos igualmente como fundamentales, son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular, estos tipos encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal (REYES ECHANDÍA, pág. 112).

En esta modalidad se clasifica el Peculado por apropiación: ART. 397. - “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 en…” nótese la descripción general y abstracta, del artículo 397 que enfatiza en la definición misma del peculado, identifica un sujeto activo cualificado, y describe variadas formas que adquiere el erario, encabeza el capítulo y es una conducta dolosa, característica generalizada a todos los tipos que no aclaran desde su *nomen iuris* la mención por “culposo” o “preterintencional”.

En cuanto a la estructura de la norma SAS entendido como siglas de sujeto, acción, sanción, los tipos penales manejan esa estructura, pero lo primero que construye la oración gramatical es el *nomen iuris,* nombre jurídico de la conducta, seguido de la estructura SAS, y por ello el *nomen iuris* es parte integral del tipo.

Aclaración que cobra importancia en delitos como el de violencia intrafamiliar del art. 229, la acción se refiere a “… maltrate…a cualquier miembro de su núcleo familiar…”, sin embargo si el agresor tiene un grado de consanguinidad con la victima pero no vive bajo el mismo techo con ella, cumple la acción pero no cumple el requisito del legislador desde el *nomen iuris*, en ese caso no es intrafamilar. Caso similar con el delito de Enriquecimiento Ilícito de particulares del art. 327. “…obtenga… incremento patrimonial no justificado, derivado… de actividades delictivas…” igualmente el legislador no indica un valor numérico para el incremento, lo que se interpreta desde un peso en adelante, sin embargo es el *nomen iuris* el que impone la obligación al Estado actor, el demostrar un “enriquecimiento” es decir no puede configurarse un delito por un monto que no enriquece al sujeto activo.

1. Son especiales aquellos tipos que, además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental, por eso se aplican con independencia de este (REYES ECHANDÍA, pág. 112).

Son de esta especie dentro del mismo capítulo: el peculado por uso del artículo 398, el peculado por aplicación oficial diferente del artículo 399, el peculado culposo del artículo 400, la omisión del agente retenedor o recaudador del artículo 402, el destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos del artículo 403 y el fraude de subvenciones del artículo 403A.

1. Llámanse subordinados o complementados los tipos que, refiéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en estos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren (REYES ECHANDÍA, pág. 113).

De esta clase son el peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social del artículo 399A, el peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral del artículo 400A , y el artículo 401 de Circunstancias de atenuación punitiva.

Reyes aclara que los especiales y los subordinados prevén una sanción o más leve o más grave que la del básico o del especial, y por ello pueden ser privilegiados si la disminuyen o agravados si la aumentan. Si un tipo clasifica dentro de una de estas tres es excluyente de las otras dos.

1. Con el nombre de elementales clasificamos aquellos tipos que solo describen un modelo de comportamiento, se distinguen porque tienen apenas un verbo rector (REYES ECHANDÍA, pág. 113).

El artículo que se estudia, el peculado por apropiación del 397, sólo tiene un verbo rector “apropie” en dos fines pero el mismo verbo, uno “apropie en provecho suyo” otro “apropie en provecho de un tercero”, ese otro es del que se le acusa al Ex Ministro Arias Leiva. En esta clasificación también cabe el peculado por uso, por aplicación oficial diferente, la omisión del agente retenedor o recaudador el 403 y el fraude de subvenciones del 403A.

1. Compuestos son los tipos que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad, porque tienen varios verbos rectores. (REYES ECHANDÍA, pág. 113).

Dentro del Capítulo I -Del peculado, se identifican el Peculado Culposo, que dice “…dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen…” son tres verbos rectores: extraviar, perder y dañar, son diferentes y son plurales. Así mimo el tipo de Circunstancias de atenuación punitiva del 401.

Igualmente son excluyentes estas dos clasificaciones, si un tipo es elemental no será compuesto y viceversa.

1. Son tipos autónomos aquellos que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del actor, sin que el intérprete deba acudir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado. (REYES ECHANDÍA, pág. 113).

Ninguno de los tipos del Capítulo I, Del peculado, lo es, de esta especie son los tipos del homicidio, el secuestro, el aborto.

1. Llamánse tipos en blanco aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica (REYES ECHANDÍA, pág. 113).

De este tipo son todos los delitos del Capítulo I - Del peculado, en tanto que su aplicabilidad está supeditada a que norma extrapenal determine: por ejemplo para el 397: quién es “servidor público” y cuáles son esos “bienes del Estado o de empresas o instituciones en que tenga parte” así como qué se considera “bienes o fondos parafiscales” o qué se considera “bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia” y finalmente cuáles son sus “funciones”, todas esas particularidades están contenidas en otras normas extrapenales, incluso en decretos, ordenanzas o manuales de funciones que son normas de menor categoría según la escala invertida de Kelsen. Todas ellas se tienen que mencionar en el escrito de acusación para que se pueda indicar sin duda alguna que la conducta desplegada se encuadra dentro del tipo.

También son dos clasificaciones excluyentes entre sí, el tipo o es elemental o es en blanco.

Así el Peculado por apropiación es un tipo penal básico, elemental y en blanco en relación con su estructura.

* + - 1. División de los tipos en relación con el sujeto activo. Esta clasificación se centra en el agente que realiza la conducta punible, como sujeto activo de la misma, algunas conductas requieren de la participación de un número plural de sujetos activos o de lo contrario no se perfecciona el delito en la práctica, sufriendo la atipicidad y por tanto llevando a absolución una posible acusación, por falta de individualización de todos los sujetos activos. Así mismo algunos tipos requieren de una cualidad específica en el agente. En tal sentido:

1. Son monosubjetivos aquellos tipos que describen conductas realizables por una sola persona; (REYES ECHANDÍA, pág. 114).

Esta clasificación es la más común, por cuanto en principio la sanción penal es *intuito* *personae* (en función de la persona). El peculado por apropiación lo es cuando prescribe “el servidor público…” hace referencia desde el artículo “el” a un individuo, así un solo servidor público hace falta para perfeccionar la conducta punible.

1. Tipos plurisubjetivos son los que exigen la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta en ellos descrita. (REYES ECHANDÍA, pág. 114).

Esta clasificación es poco común. Del artículo 397 al 403A, dentro del Capítulo I - Del peculado, ninguna de las descripciones es plurisubjetiva. Las pocas conductas en el Código, que son plurisubjetivas son el concierto para delinquir del 340 “cuando varias personas se concierten…”, y cuatro de los siete del Título XVIII –De los delitos contra el régimen constitucional y legal, a modo de ilustración se citan: la Rebelión del 467 “Los que mediante el empleo de las armas…”; La Sedición del 468 “Los que …”; La Asonada del 469 “Los que en forma tumultuaria…” y la Conspiración del 471 “Los que se pongan de acuerdo …”.

1. Llámense tipos de sujeto activo indeterminado, aquellos en los que no se exige ninguna condición especial para ejecutar la conducta descrita; para referirse a tales sujetos el legislador suele emplear palabras como “el que” o “quien” (REYES ECHANDÍA, pág. 114)

Dentro del Capítulo I – Del peculado, únicamente un tipo es de sujeto activo indeterminado, el descrito en el artículo 403A el fraude de subvenciones describe al sujeto así: “El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recurso públicos...”

1. Por tipos de sujeto activo cualificado se conocen los que requieren del sujeto agente una cualidad o categoría especial, sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal.

De esta especie son los demás tipos del Capítulo en estudio. Ya que empiezan su descripción así “El servidor público” o en el caso del artículo 402, cuando describe “El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas…”

En esta división en relación con el sujeto activo, son excluyentes entre sí, el monosubjetivo de plurisubjetivo, y el sujeto activo indeterminado del cualificado.

Así se obtiene que el tipo penal del peculado por apropiación del artículo 397 en relación con el sujeto activo es: monosubjetivo y de sujeto activo cualificado.

#### División de los tipos en relación con el bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado, explica Reyes Echandía, es el objeto jurídico por el cual se interesa el Estado porque de ellos es titular la persona individualmente considerada, la sociedad o el Estado mismo, cuando se habla, pues, de tres titulares de los intereses jurídicos tutelados en el Código Penal, se está haciendo referencia a aquellas acciones que particular y preferentemente lesionan (destruyendo, disminuyendo o poniendo en peligro) bienes que exclusiva o principalmente se hallan radicados en cabeza de alguno de estos tres titulares, y por ello busca protegerlo mediante diversos tipos penales, por medio de dicha protección pretende garantizar la conservación, desarrollo e integridad del conglomerado social (1989, págs. 106-108).

El legislador nos informa cuál es ese bien jurídico que pretende tutelar, desde el TÍTULO que encabeza cada grupo de CAPÍTULOS al interior del Código.

1. Con el nombre de tipos simples o mono-ofensivos se conocen aquellos en los que el legislador quiso tutelar un solo bien jurídico (REYES ECHANDÍA, pág. 115).

De esta especie es el hurto, las lesiones personales, la Omisión de Socorro.

La relevancia en la modalidad típica mono-ofensiva, es que legitima así al querellante, ya que existen unos delitos escogidos ante cuya ocurrencia sólo procede la acción penal si es el titular quien denuncia los hechos, en estos casos no actúa oficiosamente el Fiscal.

Sin embargo, en la actualidad se ha reevaluado esta modalidad porque se ha integrado el principal bien jurídico que es la Dignidad Humana, así aunque ningún Título del Código la consigne, es parte ya integral de todos y cada de los bienes en cabeza de la persona individualmente considerada.

1. Complejos o pluriofensivos se llaman, en cambio, los tipos que pretenden amparar simultáneamente varios bienes jurídicos. (REYES ECHANDÍA, pág. 115)

La titularidad del bien jurídico de la Administración Pública, está en cabeza del Estado, como principal interesado en que sus fines se logren, es quien se organiza a través de sus órganos y sus funcionarios por ello, el concepto de Administración Pública es un andamiaje de funciones distribuidas de acuerdo al equilibrio de poderes y por tanto, es una agrupación de múltiples funciones, y es así muy lógico que los tipos que la protegen son pluriofensivos.

En esa categoría están todos los tipos del Capítulo I- Del peculado.

En concordancia con lo dicho, vale agregar que la Corte Constitucional en Sentencia C-658 de 1997 consideró; “que un delito pluriofensivo tiene tantos querellantes legítimos cuantos titulares de diversos intereses jurídicos protegidos se presenten.”

1. Tipos de lesión son los que protegen bienes jurídicos cuya integridad desaparece o sufre mengua con la conducta del agente; de esta categoría es el homicidio, pues quien da muerte a otro destruye el bien jurídico de la vida (REYES ECHANDÍA, pág. 115).

En el Peculado por apropiación el Estado se encuentra lesionado tanto en su patrimonio, como en el deber de probidad que exige la idoneidad en el funcionario que ejerce la función pública, pues el comportamiento del funcionario desleal ha menoscabado materialmente el erario cambiando el derecho de propiedad que pasa del Estado al particular y con ello ha defraudado la confianza que el Estado puso en su persona con el nombramiento como funcionario.

1. Son tipos de peligro los que describen conductas cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico (REYES ECHANDÍA, pág. 115).

Dentro de los tipos del Capítulo I – Del peculado, ninguno de ellos es un tipo de peligro, por tanto cualquier alteración de la probidad o de los fines del estado, concurre en la efectiva lesión de la Administración Pública. A modo de ilustración, de esta modalidad es el delito de Violación de medidas sanitarias, en tanto que pone en peligro la salud pública, aún sin que se vea afectada la salud de alguna persona.

Entonces el tipo penal del peculado por apropiación del artículo 397 en relación con el bien jurídico tutelado es complejo o pluriofensivo y de lesión.

#### División de los tipos en relación con su contenido.

Esta clasificación se refiere a los diversos aspectos a que da lugar la técnica empleada por el legislador para describir los modelos de comportamiento susceptibles de sanción penal, según lo explica Reyes Echandía.

1. De mera conducta son los que describen como punible el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias (REYES ECHANDÍA, pág. 116).

Son pocos los tipos de esta especie, el ejemplo clásico es el Falso testimonio del 442. Ninguno de los delitos del Capítulo I - Del peculado lo es.

1. Tipos de resultado son aquellos en los que se exige expresa o tácitamente que la conducta descrita produzca determinado efecto; como una modificación del mundo exterior (REYES ECHANDÍA, pág. 116), en este caso no hay referencia al efecto jurídico, sino al efecto físico.

El Delito de peculado por apropiación del 397 es de resultado en tanto que el verbo rector exige la apropiación de los bienes y por tanto se perfecciona con esa apropiación. Son excluyentes entre sí el de mera conducta con el de resultado.

1. Tipos de conducta instantánea son aquellos en los que la realización del comportamiento descrito se agota en un solo momento (REYES ECHANDÍA, pág. 116).

Es difícil encajar aquí cualquier tipo, en tanto que los modos de generar un resultado son tan variopintos que no puede afirmarse más que en sede de acusación si una conducta fue instantánea o fue continuada. Ello por cuanto el efecto de la definición determina si la prescripción de la acción penal surge del día en que se inicia la conducta o el día en que se le dio fin.

1. Tipos de conducta permanente son aquellos en los que el comportamiento del agente se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se ponga fin a la conducta (REYES ECHANDÍA, pág. 117).

En el caso de estudio, la Magistrada Ponente informa que para ella respecto del peculado por apropiación en favor de terceros el obrar de Andrés Felipe Arias fue una conducta continuada (CASO ANDRES FELIPE ARIAS LEIVA, 2014, pág. 455).

Es posible en el mundo de lo real que un peculado sea continuado y otro sea instantáneo, y no por ello uno deja de ser peculado frente al otro. Por ello en este caso se considera un despropósito acoger esta clasificación primero, porque no es objetiva, dependerá de su interprete, y segundo porque no es taxativa, ya que de la lectura del tipo, no se permite inferir la posición del legislador frente al modo en que se perfecciona la conducta.

1. Tipos de acción son los que describen un comportamiento positivo que ha de exteriorizarse mediante actos sensorialmente perceptibles, como dar muerte (REYES ECHANDÍA, pág. 117).

Todos los tipos del Capítulo I – Del peculado, son tipos de acción, en tanto que la conducta exige un actuar a partir del verbo rector positivo.

1. Entendemos por tipos de omisión aquellos en los que se describe una conducta negativa, vale decir, un no hacer penalmente relevante (REYES ECHANDÍA, pág. 117).

Son excluyentes entre sí los de acción de los de omisión. De esta especie es el delito de Omisión de socorro del 131, es de omisión propia, pero ejemplo de la omisión impropia es el Espionaje del 463, y todos los tipos que en su modo citan “el que indebidamente…” ya que pide no hacer la acción que denota el verbo rector, véase el caso espionaje “el que indebidamente… revele secreto”, allí el verbo rector es revelar, pero el sentido de ser del espía es revelar a su Estado los secretos que descubre, la omisión que se convierte en delictiva es la obligación de no hacerlo a cualquiera, existe un deber de revelarlo que es el debido, y las demás formas son las indebidas y desde el significado de secreto, que implica una obligación de no hacer la revelación, haciéndolo comete el delito.

En consecuencia ninguno de los tipos del Capítulo I – Del peculado es de omisión.

1. Son tipos abiertos los que describen escuetamente la conducta o mencionan solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que conducta ha de realizarse (REYES ECHANDÍA, pág. 118).

Ninguno de los tipos del Capítulo I- Del peculado son abiertos, de esta manera a modo de ilustración son abiertos el homicidio, la tortura.

1. Cerrados son, en cambio, aquellos tipos que concretan las circunstancias de modo, tiempo o lugar en que la conducta debe realizarse (REYES ECHANDÍA, pág. 118).

Son excluyentes entre sí los abiertos de los cerrados. Y de esta especie son todos los delitos del Capítulo I – Del peculado, por cuanto son específicos en cuanto al tiempo en que se pueden realizar, que es mientras el sujeto cualificado tiene la administración, tenencia o custodia en razón a sus funciones, esto es un límite temporal y circunstanciado.

Entonces el tipo penal del peculado por apropiación del artículo 397 en relación con el contenido es un tipo de resultado, puede ser tanto instantáneo como de permanente, es de acción y cerrado.

Agotado aquí el aspecto penal especial, se ha dejado una visión holística del poder punitivo su, alcance y sus principales implicancias, con lo cual se espera haber dejado los elementos que estructuraron la acción penal que más adelante se tendrán como referencia en el estudio del caso concreto tanto en la condena penal contra Andrés Felipe Arías Leiva por hechos realizados durante su función como Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, y como director del programa Agro Ingreso Seguro – AIS.

## CAPÍTULO 4

## La Acción fiscal

Ejercicio del poder público, está en cabeza de la Rama del Poder que se crea con los Organismos Públicos Autónomos, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991.

### Nociones.

Los Organismos Públicos Autónomos constituyen entidades que sirven al Estado en distintos propósitos, pero principalmente en el equilibrio de los poderes. Entre ellos están los órganos de control como La Procuraduría General de la Nación o Ministerio Público, y la Contraloría General de la República, así como el Consejo Nacional Electoral, y el Banco de la República (MINCOMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO, 2013).

La Contraloría General de la República, fue fundada el 19 de junio de 1923 mediante la Ley 42 de esa misma anualidad, en ese entonces su misión era contable, así llevar las cuentas generales de la nación incluyendo las relacionadas con la deuda pública, implicaban una coadministración con los funcionarios directivos y administrativos de los otros órganos del Estado.

Del Informe final de actividades del Contralor General se extraen los siguientes apartes (1994, págs. 33-45): El nuevo estado colombiano emanado de la Constitución de 1991 cambia el panorama económico, se caracteriza por establecer una economía de naturaleza mixta. Con ello las fuerzas del mercado se complementan con la gestión pública. De esa mixtura en la que entidades que fueran públicas, al ceder ante el inversor privado, generan entidades de economía mixta se crean nuevas tensiones en el mercado.

Por esas tensiones público-privadas las fuerzas del mercado están subordinadas al interés general y la competencia privada no puede atentar contra el beneficio colectivo. En la otra parte, el Estado, a cuyo cargo está la dirección general de la economía, no puede utilizar su poder para irrumpir en forma discriminada en la esfera privada o monopolizar el aparato productivo nacional (excepto el monopolio de la emisión monetaria y en el sector de arbitrio rentístico). De la misma manera, le otorgó la responsabilidad de actuar como productor en aquellas ramas económicas (sic) donde los agentes privados no estén dispuestos a intervenir y que sean indispensables para el desarrollo.

El instrumento que fija las metas y prioridades de la gestión pública, es el Plan Nacional de Desarrollo, regulado por los artículos 150 y 341 Constitucionales, adicionalmente la necesaria relación que debe existir entre dicho Plan y el presupuesto, conduce a que se disponga de un marco general de referencia de la Hacienda Pública y la actividad monetaria del Estado.

Todo ese vuelco constitucional plantea la necesidad de redefinir los Órganos de Control y deja en cabeza de la Contraloría la vigilancia del buen uso y manejo del patrimonio público y los recursos naturales, a partir de ese derrotero, la Contraloría ejerce el control fiscal.

Ese control fiscal tiene dos dimensiones, el macro que comprenderá la vigilancia del cumplimiento de los objetivos macroeconómicos definidos en el Plan de Desarrollo Nacional y del cual se entrega un producto: la Certificación sobre la situación de las finanzas del Estado. Y el micro que corresponderá a la vigilancia del manejo del Estado en su producción de bienes públicos puros, como explotador de monopolios rentísticos y naturales, y como estabilizador sectorial, manejo que realiza a través de su propia infraestructura y personal, o por contratación con el sector privado.

Esto permite definir que los sujetos del control fiscal a nivel microeconómico son todas aquellas personas o entidades oficiales o privadas que manejen fondos o bienes del Estado. Todas ellas son responsables de llevar a buen término los programas y proyectos definidos en el Plan de Desarrollo y, por tanto, de su gestión depende el éxito o el fracaso del mismo.

En este nivel de la gestión pública las variables económicas y financieras permiten identificar los logros, e incumplimientos y responsabilidades fiscales de los funcionarios encargados del buen desempeño de las entidades u organismos públicos.

Allí en ese enramado de múltiples funciones nace la responsabilidad fiscal subjetiva en cabeza del funcionario y la entidad pública o mixta, reemplazando la anterior responsabilidad objetiva en cabeza de tesoreros, pagadores y almacenistas, o quienes hagan su veces.

Entonces la acción fiscal actual es producto de la nueva concepción del control fiscal por lo que la Contraloría General de la República, órgano acostumbrado ya a hacer el control fiscal, pero que a partir de esta Constitución, se reorganiza internamente crea la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales dejando en esta la función de “identificar con claridad y de manera individual quiénes son los responsables del mal manejo de los recursos y bienes públicos” (pág. 159) bajo el concepto de responsabilidad fiscal subjetiva, determinable en el juicio fiscal (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 1994, págs. 159-162).

Ello soportado en las atribuciones constitucionales contenidas en el artículo 268, numeral 6:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

En concordancia con esa función Constitucional, el legislador decreta la Ley 42 del 26 de enero de 1993, sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. Dentro del cual el TÍTULO II – De los Organismos de Control Fiscal y sus procedimientos jurídicos, el Capítulo III correspondía a “El Proceso de Responsabilidad Fiscal”, completamente derogado por la Ley 610 de 2000.

Pero antes de pasar a ese aspecto procesal, otro informe final ya del año 1999, en el que el Contralor explica la necesidad de otra reestructuración y modernización, citaba “Parte importante de los problemas de ineficiencia, ineficacia y corrupción presentes en la Contraloría se desprendían de su estructura organizacional” (1999, pág. 45), reestructuración que fue autorizada por medio de la Ley 489 de 1999, y a partir de la cual entre otros cambios se dio un salto a la sistematización de la información, se suprimen las Direcciones Sectoriales para dar paso a las actuales Contralorías Delegadas, cargos del más alto nivel que asumen mayor responsabilidad, desconcentrando el Despacho del Contralor, resultado de una visión de trabajo colaborativo, dejando atrás la estructura horizontal de la jerarquía administrativa. Con ello el Contralor Delegado a la vez que tiene mayor responsabilidad obtiene mayor autonomía para el cumplimiento de su función.

De esa reestructuración también evoluciona el proceso de responsabilidad fiscal y se habla por primera vez de la acción fiscal:

La acción fiscal se extiende principalmente a los particulares y a todas las entidades del Estado del orden nacional, pero también puede intervenir a nivel departamental, distrital y municipal en virtud del control excepcional y la competencia concurrente, de conformidad con la función constitucional y legal de vigilar la gestión fiscal, ejerciendo un control prevalente sobre los órganos de control fiscal territoriales.

El diagnóstico es preocupante por el alto índice de corrupción administrativa que se observa en todos los niveles de la estructura del Estado, lo que convierte en una necesidad imperiosa de medios y mecanismos de ubicación, persecución y recuperación de los dineros o bienes desfalcados al Estado, bien que se encuentren en cabeza de quienes se enriquecieron ilícitamente o de terceros.

En síntesis, la vigilancia de la gestión y el ejercicio del control encuentran su efectividad en la fuerza coercitiva que comporta el proceso de responsabilidad fiscal, como una medida que tasa el grado de gestión y resultados.

Mediante el proceso de responsabilidad fiscal se pretende dar seguridad y confianza a la comunidad, atacando de esta forma la corrupción administrativa. (CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 1999, págs. 203-204)

En tal lectura, se resalta su extensión a particulares, su alcance como mecanismo de ubicación, persecución y recuperación de bienes desfalcados, y su fuerza coercitiva. Características que conforman los Aspectos del proceso y que a continuación se mencionan.

### Aspecto procesal.

El Legislador, como Rama Pública – Poder Legislativo expide la Ley 610 de 2000, Por la cual se establece el trámite de los proceso de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías el cual se divide en dos etapas

Indagación Preliminar. Del artículo 39, tiene por objeto verificar 1) la ocurrencia de la conducta, 2) su afectación al patrimonio estatal, 3) determinar la entidad afectada, 4) identificar los servidores públicos o particulares que causan o contribuyen con el detrimento patrimonial, y 5) verificar la competencia del órgano fiscalizador (existen tres niveles autónomos y separados del control fiscal, la Contraloría General del orden nacional, la Contraloría Departamental, del orden departamental, y finalmente la Contraloría Municipal o Distrital del orden territorial). (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2016, pág. 97). Al cabo de la cual procede el Archivo o la Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Del artículo 40, se origina en la Indagación Preliminar, la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control (actualmente conocido como Informe de Auditoria y en ejercicio del control fiscal participativo, algunas Auditorias Articuladas con las Veedurías Ciudadanas) cuando de estos insumos se encuentra establecida 1) la existencia de un daño patrimonial al Estado, 2) e indicios serios de los posibles autores.

Tras esa eventualidad un auto de apertura del proceso (como acto administrativo) da inicio al proceso ordenando la notificación a los vinculados y la aplicación de las medidas cautelares. Conforme al numeral 7 del artículo 41 - Requisitos del auto de apertura. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables (2016, pág. 98).

Auto ante el cual no procede recurso alguno. En ambas etapas antes de que se formule el auto de imputación de cargos, el implicado podrá solicitar al contralor delegado que le reciba una exposición libre y espontánea de los hechos, diligencia que puede o no ser asistida por un abogado de confianza, su ausencia no invalida lo actuado art. 42. De no comparecer el implicado o de no ser posible su notificación, se le nombrará apoderado de oficio, art.43. Los pólizas de los contratos en que tiene objeto el proceso, vinculan al proceso a la compañía de seguros, art. 44. La etapa se cierra o con auto de archivo o con auto de Imputación de responsabilidad fiscal motivado, at. 46

Imputación de Cargos dentro de los 10 días desde la notificación del auto de cargos los vinculados ya pueden presentar argumentos de defensa y aportar y solicitar de pruebas. Pruebas que se decretan en un máximo de 30 días, con los recursos reposición y apelación, art.48 al 51.

Fallo. Cerrada la etapa probatoria, el contralor competente tiene 30 días para proferir el fallo con o sin responsabilidad. Lo cual depende de 1) certeza en la existencia del daño patrimonial, 2)cuantificación del daño, 3) individualización del gestor fiscal, 4) “cuando menos con culpa” y 5) relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño al erario, derivando de tal certeza la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable, fallo que queda en firme cuando se renuncia a los recursos o hasta que estos se resuelvan art. 52 a55

Segunda instancia. El Funcionario de segunda instancia decide en 20 días, (actualmente en la Contraloría General son los funcionarios de la Oficina Jurídica, en otros períodos fue el Contralor General, en esa sede se le conoce como grado de consulta) El funcionario de segunda instancia puede decretar de oficio la práctica de pruebas.

Impugnación. El acto administrativo una vez se encuentra en firme será demandable ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, art. 59

### Aspecto general.

De la misma Ley 610 de 2000, se establecen estos criterios extraídos de (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2016):

Es un proceso administrativo.Conforme lo define el artículo 1. – Definición: El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías…(pág. 87)

Sujetos de control. Son tanto particulares como servidores. Conforme lo expresa el mismo artículo 1 – Definición: …con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión…

Nota aparte subrayado “o con ocasión de ésta” declarado EXEQUIBLE CONDICIONALMENTE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, “bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal”. (2016, pág. 87)

Llama la atención esa equiparación de servidores con particulares, en especial por la vía de la omisión por cuanto el artículo 6 Constitucional dicta:

Artículo 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Acción y omisión. Del mismo apartado normativo se vislumbran dos situaciones concretas, la acción fiscal no diferencia al Servidor del Particular, y la responsabilidad fiscal puede configurarse por acción y por omisión.

Dolo y culpa. Del mismo artículo 1 – Definición: … y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. Queda expuesto que las modalidades que configuran la responsabilidad fiscal son el dolo y la culpa. Aspecto que se reitera en el artículo 5 - ARTICULO 5o. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:-Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.- Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Bienes. El concepto de bienes es noción omnicomprensiva, porque se refiere a todo lo que una persona posee o de lo cual es dueña y que en conjunto da origen a su activo patrimonial. Por lo mismo, cuando se habla de los bienes del Estado, se hace referencia tanto a los públicos como a los privados o fiscales, según las normas civiles (Sentencia C-563/98).

Esto quiere decir que el daño fiscal recae sobre cualquier activo patrimonial del Estado, y por ello es posible la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal a una empresa privada, que en la administración de los parafiscales, por ejemplo, o de los impuestos, genera una pérdida de esos bienes de noción omnicomprensiva, y por tanto sustentan así el daño fiscal

### Aspecto especial.

El derecho sancionatorio, aunque es una subrama del derecho penal, no ha tenido en Colombia un desarrollo hacia la prohibición de la responsabilidad objetiva como lo ha tenido el derecho penal propiamente dicho, en el sentido que no existe una tipicidad tan detallada en el desarrollo normativo de la responsabilidad fiscal, como se desplegó del aspecto sustancial en el código penal en su parte especial, pues, la ley 610 de 2000 concibe el proceso de responsabilidad fiscal como un proceso inquisitorio, incluso Ley 1474 de 2011 omite hacer referencia a un cambio en este sistema, lo único que agrega son los presupuestos para llevar a cabo un proceso de juicio oral, sin embargo toda la etapa previa al juicio de responsabilidad fiscal oral, es igual al expuesto en la ley 610 de 2000, es decir, es escritural hasta el acto que imputa cargos.

En este desarrollo normativo frente a la responsabilidad fiscal no se especifican circunstancias modales, temporales o de lugar, así como el sujeto procesable es etéreo también lo son las formas de vinculación al proceso de responsabilidad fiscal.

La única especialidad que del proceso fiscal se puede derivar de una única cláusula probatoria del artículo 271 de la Constitución Política.

La mencionada disposición consagra una cláusula procesal específica que establece, expresamente, que «los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente, de ello hace referencia el proceso de Casación 41.781, cuya Magistrada Ponente es la doctora Marina Matilde Escobar Araujo.

## CAPÍTULO 5

## Principio de lesividad y **e**studio del caso Andrés Felipe Arias Leiva

## Principio de lesividad

Ahora bien, los principios que instituyen el debido proceso en la acción penal, son adoptados tanto en el Código Penal, Ley 599 de 2000, como en los Códigos de Procedimiento Penal, tres actualmente vigentes, Ley 600 de 2000, Ley 906 de 2004 y Ley 1826 de 2017, éste último por el artículo 11 de integración, que quedó plasmado como un nuevo artículo 535 de la Ley 906 de 2004; de ellos uno particularmente se analiza para el caso concreto, con miras a responder si ¿La apertura simultanea del proceso penal y del proceso de responsabilidad fiscal, a Andrés Felipe Arias Leiva, desconoce el principio de lesividad?

Para avocar el tema, se tendrá como referencia la definición del Principio de Lesividad expuesto en las consideraciones de la Sala de Casación Penal en la Corte Suprema de Justicia, expuestas así en Sentencia de Segunda Instancia dentro del Proceso No. 34093, Magistrado Ponente, Javier Zapata Ortiz:

Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó:

Como ha enseñado la Sala, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).

De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala,

Se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesoria, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.

En estos términos reiterados en al menos siete Sentencias de la Sala se reconoce no solo la vigencia y aplicabilidad del principio de lesividad, como principio rector en el ejercicio cotidiano de la acción penal en Colombia, sino que también se destaca su importancia por subsumir la antijuridicidad, pilar de la reconocida triada en la que se configura el delito: cuando la conducta humana es típica, antijurídica y culpable.

Ya en Sentencia de Casación del 30 de abril de 2013, radicado 38.103, Magistrado Ponente, Luis Guillermo Salazar Otero, citando la Sentencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006, Rad. 24612; retrotrae el mismo concepto agregando lo que para el caso concreto es más relevante, en los siguientes términos:

“…El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no sólo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos, tal como lo ha sostenido en forma casi unánime la doctrina al igual que de manera pacífica la jurisprudencia constitucional y la de la Sala en múltiples providencias (…)

Nótese la insistencia de la Corte, en tres aspectos puntuales que han de guiar el proceso penal en Colombia, primero es un derecho penal ilustrado, por lo que se aplica una sanción contemplando los principios que Beccaria legara a la humanidad. Segundo la íntima relación entre el principio de lesividad y el de proporcionalidad y su naturaleza fragmentaria, es decir que de no aplicar estos por defecto no se aplica en sentido amplio el principio de lesividad. Y tercero su hincapié en la misión para el derecho penal en el amparo exclusivo de los bienes jurídicos, y no es menos importante que pone de relieve la unanimidad del criterio entre Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, los principios que instituyen el debido proceso en la acción penal, son adoptados tanto en el Código Penal, Ley 599 de 2000, como en los Códigos de Procedimiento Penal, tres actualmente vigentes, Ley 600 de 2000, Ley 906 de 2004 y Ley 1826 de 2017, éste último por el artículo 11 de integración, que quedó plasmado como un nuevo artículo 535 de la Ley 906 de 2004; de ellos uno particularmente se analiza para el caso concreto, con miras a responder si ¿La apertura simultanea del proceso penal y del proceso de responsabilidad fiscal, a Andrés Felipe Arias Leiva, desconoce el principio de lesividad?

Para avocar el tema, se tendrá como referencia la definición del Principio de Lesividad expuesto en las consideraciones de la Sala de Casación Penal en la Corte Suprema de Justicia, expuestas así en Sentencia de Segunda Instancia dentro del Proceso No. 34093, Magistrado Ponente, Javier Zapata Ortiz:

Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó:

Como ha enseñado la Sala, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).

De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala,

Se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesoria, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.

En estos términos reiterados en al menos siete Sentencias de la Sala se reconoce no solo la vigencia y aplicabilidad del principio de lesividad, como principio rector en el ejercicio cotidiano de la acción penal en Colombia, sino que también se destaca su importancia por subsumir la antijuridicidad, pilar de la reconocida triada en la que se configura el delito: cuando la conducta humana es típica, antijurídica y culpable.

Ya en Sentencia de Casación del 30 de abril de 2013, radicado 38.103, Magistrado Ponente, Luis Guillermo Salazar Otero, citando la Sentencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006, Rad. 24612; retrotrae el mismo concepto agregando lo que para el caso concreto es más relevante, en los siguientes términos:

“…El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no sólo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos, tal como lo ha sostenido en forma casi unánime la doctrina al igual que de manera pacífica la jurisprudencia constitucional y la de la Sala en múltiples providencias (…)

Nótese la insistencia de la Corte, en tres aspectos puntuales que han de guiar el proceso penal en Colombia, primero es un derecho penal ilustrado, por lo que se aplica una sanción contemplando los principios que Beccaria legara a la humanidad. Segundo la íntima relación entre el principio de lesividad y el de proporcionalidad y su naturaleza fragmentaria, es decir que de no aplicar estos por defecto no se aplica en sentido amplio el principio de lesividad. Y tercero su hincapié en la misión para el derecho penal en el amparo exclusivo de los bienes jurídicos, y no es menos importante que pone de relieve la unanimidad del criterio entre Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia.

A partir de este bagaje por las instituciones de derecho y el principio de lesividad individualmente considerado, es tiempo de explorar en el caso de estudio, si ¿La apertura simultanea de dos procesos, uno el penal y otro el fiscal, al mismo administrado y por los mismo hechos, desconoce el principio de lesividad? Para responder se hace critico abstraer los puntos coincidentes de los dos casos traídos a estudio, ya que diferencias son el estilo, y la estructura de los fallos, pero puede de ellos extraerse lo nuclear para exhibir la realidad sin velos de los dos procesos que ocurrieron en la realidad colombiana.

## Estudio del caso Andrés Felipe Arias Leiva

La acción penal en el caso de estudio sustenta algunas de sus pruebas en las mismas pruebas que se sustentan la acción fiscal, lo que manifiesta un mismo fin en ambas.

La acción fiscal en el caso de estudio es ejercida por la Contraloría General de la República, entidad que pasa a ser víctima en el proceso penal contra Andrés Felipe Arias Leiva, lo que las relaciona indefectiblemente.

El principio de lesividad se ignora al establecer toda la fuerza potestativa del estado colombiano sobre un asociado sin dar la oportunidad de resarcir el daño con el propio pecunio y determinar así la extinción de la conducta punible o incluso la exclusión de la acción penal.

### Fuentes primarias.

A partir de las fuentes primarias, el presente estudio del caso consiste en la comparación entre las decisiones ejecutoriadas relacionadas a continuación:

#### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrada ponente MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ Sentencia SP9225-2014, Radicación n° 37462 (Aprobado Acta No. 226), Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014).

Esta fuente es relevante debido a que es la Sentencia en la que Andrés Felipe Arias Leiva es condenado en materia penal por peculado por apropiación en concurso homogéneo y en concurso material con un solo delito de celebración indebida de contratos.

#### CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, OFICINA JURÍDICA, Auto 042 del 21 de Abril de 2014, por medio del cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. CD 000243 - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural — AIS

Esta fuente es relevante porque es el acto administrativo mediante el cual se falla como responsable fiscal a Andrés Felipe Arias Leiva y otros por los mismos hechos que generan la condena penal citada.

### Análisis de los elementos estructurales para el mismo facto en dos acciones de diferente naturaleza jurídica:

#### Tabla. 1

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Identidad del acusado: ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, C.C. N° 98.563.386 de Envigado, Antioquia | 1 | Identidad del vinculado:  ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, C.C. N° 98.563.386 de Envigado, Antioquia | 1 |
| Aunque en el proceso penal es único acusado, pero en proceso de responsabilidad fiscal es uno entre dieciocho, se comprueba que es la misma persona. | | | |

#### Tabla 2.

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Hechos en los cuales la Fiscalía edifica la acusación:  Delito: I. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.  Con el objeto de afrontar los retos impuestos al sector agropecuario nacional por la globalización de la economía y, en especial, por la suscripción de tratados de libre comercio con diferentes países, entre ellos con los Estados Unidos, el Congreso de la República, a instancias del Gobierno Nacional, expidió la Ley 1133 de 2007 , «por medio de la cual se crea e implementa el programa Agro Ingreso Seguro – AIS». | 2-3 | Hechos en los cuales la Contraloría basa su pliego de cargos:  Relacionados con el programa Agro Ingreso Seguro:  …Sumado a la apertura económica dada en la década de los 90, (…), se diera paso a la suscripción, por parte del Gobierno Nacional, de diversos tratados de libre comercio (…), entre los cuales se encuentra suscrito con el Gobierno de Estados Unidos de Norte América (…) y en todo caso para asegurar la competitividad de todo el sector agropecuario Nacional, promulgara y sancionara la Ley 1133 de 2007, norma ésta que, erigió a norma el ya creado programa Agro, Ingreso Seguro – AIS. | 51-53 |
| Este primer hecho presenta identidad absoluta., y como es el primero aludido en ambos fallos, ha de entenderse como la introducción y contextualización del marco factico en el cual se configuran en uno la conducta punible y en otro la responsabilidad fiscal. | | | |

#### Tabla. 3

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Hechos en los cuales la Fiscalía edifica la acusación:  Delito: Contrato sin cumplimiento de requisitos legales:  En desarrollo de Agro Ingreso Seguro, el doctor *ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA*, como titular del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entidad encargada de implementarlo, tramitó y celebró con la Oficina en Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA, los convenios especiales de cooperación técnica y científica números 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009. | 3 | Hechos relacionados con AIS  En desarrollo de la Política Pública de Agro Ingreso Seguro, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, fundado en las justificaciones anteriormente plasmadas, suscribió los Convenios de Cooperación No. 078 de 2006, 003 de 2007, 018 de 2008, 037 de 2009 con el **INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA – IICA con Nit**  860.025.519-9 bajo la modalidad de “Convenios Especiales de Cooperación”, a efectos de aunar esfuerzos y en ese orden obtener la cooperación en actividades científicas y tecnológicas. | 57 |
| Estos hechos revisten identidad en el propósito de esos convenios e idéntica referencia a la entidad con la que lo suscribe “IICA”, pero el único convenio en el que ambos coinciden es el No. 003 de 2007. | | | |

#### Tabla 4.

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Hechos en los cuales la Fiscalía edifica la acusación:  Delito: I. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales:  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 de actividades científicas y tecnológicas. | 3 | Hechos relacionados con AIS:  Así los Convenios Nos. (…) suscritos con el IICA que fueron motivados para lograr los cometidos o finalidades del Programa (…) AIS **bajo el enfoque del desarrollo de actividades en** **ciencia y tecnología** y que serían desarrollados por medio de contratos, observan en su contenido (…), los cuales, no obstante estar soportados en sus consideraciones, objeto y obligaciones en los concebido por la normatividad especial de que trata la ciencia y la tecnología, contrario sensu su ejecución inobservó los postulados y finalidades buscadas por el legislador para el efecto y por ende se constituyó en una pérdida patrimonial, (…) | 81 |
| Estos hechos revisten identidad absoluta ambos fallos se soportan en el mismo argumento: la ejecución de los contratos desconocieron los principios de la contratación estatal. | | | |

#### Tabla 5

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Hechos en los cuales la Fiscalía basa su acusación Delito II.Peculado por apropiación.  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. | 4-5 | Identidad del vinculado:  De otra parte, revisado desde el concepto presupuestal y de planeación del Programa AIS, en sus componentes y en atención a los contratos derivados de los 4 convenios (…), es decir los suscritos con el IICA, los cuales se enmarcaron en el desarrollo de actividades de Ciencia y Tecnología, destinaron recursos a actividades diferentes que no pueden ser consideradas de Ciencia y Tecnología, lo cual implica que estos recursos fueron empleados en usos diferentes para los cuales fueron asignados y por lo tanto se permitió que los mismos se perdieran en manos de terceros. | 88 |
| Ambos fallos afirman que los convenios con el IICA permitieron la apropiación de dineros del Estado en manos de terceros. | | | |

#### Tabla 6

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Cuantificación del peculado por el  Convenio No. 003 de 2007 Sobre ésta, las pruebas EF 14, EF 21 y EF 28, acreditan que al convenio 003 de 2007, se asignaron $47.000.000.000 (cuarenta y siete mil millones de pesos) ; al convenio 055 de 2008, $140.000.000.000 (ciento cuarenta mil millones de pesos) y al convenio 052 de 2009, $100.000.000.000 (cien mil millones de pesos) . | 211 | Cuantificación del daño patrimonial  5.1.2. CONVENIO 003 DE 2007  El Convenio 003 de 2007 por un valor inicial de (…) ($40,000,000,000.oo) adicionado mediante modificación No. 1 del 14 de agosto de 2007 por (…) ($7,000,000,000.oo) adicionales fue suscrito el día (…) por el señor ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA en calidad de Ministro del MADR y el señor JORGE CARO CRAPIVINSKY en calidad de Director del IICA (…) | 93 |
| Si bien la totalidad de los Convenios que configuran la acción penal no coinciden exactamente con los tenidos en cuenta por la acción penal, este Convenio No. 0003 de 2007 si es común en ambos procesos sancionatorios y se demuestra en estos incisos que coinciden exactamente en su cuantificación del daño por $47,000,000,000 cuarenta y siete mil millones de pesos, lo que demuestra la identidad absoluta entre la prueba particular. | | | |

#### Tabla 7

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Apoderado de las víctimas.  El representante del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y de la Contraloría General de la República, constituidas en víctimas, pidió emitir fallo condenatorio por todos los punibles atribuidos al doctor ARIAS LEIVA, para lo cual realizó precisas consideraciones en torno a la prueba indiciaria, su valoración y la aplicación de esos conceptos en este caso. | 53 | No existe la Figura |  |
| La Contraloría en concordancia del artículo 65 de la Ley 610 de 2000 se constituye en parte Civil dentro del proceso penal. En este caso ejerció esa potestad lo que puede interpretarse literalmente como ser Juez y Parte, ya que potestativamente también instituyó el Proceso Fiscal. | | | |

Con ocasión y en razón a lo expuesto en la tabla 7, referente a la posición de víctima que asume la Contraloría, se recuerdan las sanas críticas que el Márquez de Beccaria hiciere al respecto de hechos similares:

Quien estaba destinado a defenderla tenía interés en verla ofendida. El objeto de las penas era, pues, un pleito entre el fisco (exactor de estas penas) y el reo; un negocio civil, contencioso, privado más que público; que daba al fisco otros derechos fuera de los suministrados por la defensa pública y al reo otras vejaciones fuera de aquellas en que había incurrido, por la necesidad del ejemplo. El juez era, pues, un abogado del fisco más que un indiferente investigador de la verdad, un agente del erario y no el protector y el ministro de las leyes. (BECCARIA, 1764, pág. 44)

#### Tabla 8.

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Fallo con responsabilidad penal  RESUELVE:  PRIMERO: DECLARAR al doctor ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, penalmente responsable como autor de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, cometidas ambas en concurso homogéneo y heterogéneo por las cuales se le acusó. | 400 | Fallo con responsabilidad fiscal  RESUELVE  ARTÍCULO SEGUNDO: Por las razones expuestas en el aparte pertinente de la presente providencia FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL solidaria, en los términos y condiciones que se indican para cada uno de los responsables, contra ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, identificado con (…) a título de culpa grave, por valor de (…) ($12,115,262,256,33), en forma solidaria de las siguiente manera: (…) |  |
| Es una doble condena por los mismos hechos en dos vías jurídicas de naturaleza diferente | | | |

#### Tabla 9

| Acción Penal | Pág | Acción Fiscal | Pág |
| --- | --- | --- | --- |
| Fallo con responsabilidad penal  RESUELVE:  SEGUNDO: CONDENAR al doctor ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, en consecuencia, a las penas principales de 209 meses y 8 días de prisión, multa equivalente a 50.000 s.m.l.m.v., e interdicción de derechos públicos por el mismo lapso de la pena principal y, además, a la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas dispuesta en el artículo 122 Constitucional, con la modificación introducida por el Acto Legislativo N° 1 de 2004.. | 400 | Fallo con responsabilidad fiscal  RESUELVE  ARTÍCULO SEGUNDO: Por las razones expuestas en el aparte pertinente de la presente providencia FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL solidaria, en los términos y condiciones que se indican para cada uno de los responsables, contra ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, identificado con (…) a título de culpa grave, por valor de (…) ($12,115,262,256,33), en forma solidaria de las siguiente manera: (…) |  |
| Teniendo en cuenta que el S.M.L.M.V del 2014 era $616,000, la multa impuesta en la Condena por Peculado equivale para el 2014 a $30,800,000,000. | | | |

## Conclusiones

1. Del estudio del caso es concluyente la identidad absoluta entre el proceso penal y el proceso fiscal en lo que corresponde al mismo hecho punible: relativo a la celebración de Convenios Especiales de Cooperación en particular el número 003 de 2007 con el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura-IICA, así como el mismo sujeto activo cualificado, referente a Andrés Felipe Arias Leiva en su calidad de Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, e idéntico nexo causal con la ejecución de la política pública de Agro Ingreso Seguro-AIS elevada a norma mediante la ley 1133 de 2007.
2. Del estudio del caso es concluyente el hecho de que la prueba relativa a demostrar la cuantificación de lo apropiado respecto del Convenio número 003 de 2007 en la acción penal es de $47.000.000.000 exactamente igual a la cuantificación del daño patrimonial respecto del mismo Convenio número 003 de 2007 en la acción fiscal $47.000.000.000.
3. Del estudio del caso no son concluyentes los hechos relativos a los mismos tópicos pero para los Convenios de Cooperación número 055 de 2008 y 052 de 2009 que son motivo de condena dentro de la acción penal, pero no fueron tenidos en cuenta en la acción fiscal.
4. Del estudio del caso no son concluyentes los hechos relativos a los mismos tópicos pero para los Convenios de Cooperación número 078 de 2006, 018 de 2008, 037 de 2009 que son motivo de fallo con responsabilidad fiscal dentro de la acción fiscal, pero no fueron tenidos en cuenta en el la acción penal.
5. La apertura simultanea tanto del proceso penal como del proceso de responsabilidad fiscal, a Andrés Felipe Arias Leiva, desconoce el principio de lesividad, en tanto que el principio este surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger. Es decir que la antijuridicidad material del artículo 11 del Código Penal, como elemento esencial del delito exige la previo examen en cabeza de las autoridades, determinando antes de iniciar un proceso sancionatorio: sí la conducta además de ser lesiva del bien jurídico tutelado, aquí lo es de la Administración Pública, ha de analizar también y obligatoriamente su relación con el principio de la llamada intervención mínima, examen que aquí no se hizo, y es evidente, pues de haberse hecho se habría tomado una decisión o se sanciona por la vía administrativa o se sanciona por la vía punitiva, pero condenar por las dos vías en forma simultánea a todas luces se aleja del principio de intervención mínima, con ello se hizo caso omiso de los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, de su consideración de ultima ratio, y de naturaleza subsidiaria, y por tanto ante la apertura de los dos procesos en forma simultánea y se desconoció que el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual si era imprescindible intervenir penalmente por ser, como fue, un caso de especial gravedad y relevancia, ante un bien jurídico importante, primero se debía verificar si los demás medios de control, en este caso el proceso sancionatorio de responsabilidad fiscal, había resultado inútil para prevenir o solucionar el conflicto, ante la simultaneidad de los dos procesos se hace evidente que estó no se verificó.
6. Efectivamente estamos en un ordenamiento jurídico que permite avasallar al administrado aplicando sobre él un exceso de carga que no está obligado a soportar, en tanto que los ciudadanos estamos obligados a soportar la carga que la Administración de Justicia nos imponga, pero nadie está obligado a ser juzgado dos veces por la misma causa.

## Referencias

BECCARIA, C. (1764). *Tratado de los delitos y de las penas.* (M. MARTÍNEZ NEIRA, Trad.) Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid (2015).

BLOG. (23 de Marzo de 2013). Recuperado el 14 de 08 de 2017, de http://cvperu.typepad.com/blog/2013/03/concepto-de-acci%C3%B3n-penal-naturaleza-jur%C3%ADdica-y-caracter%C3%ADstica-el-principio-de-oportunidad-concepto-presupuestos-y-sist.html

CANCINO MORENO, A. (1973). *Peculado (Estudio dogmático y jurisprudencial).* Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

CASO ANDRES FELIPE ARIAS LEIVA, Sentencia SP9225-2014, Radicación n° 37462 (Aprobado Acta No. 226) (PODER PÚBLICO - RAMA JUDICIAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIAL, SALA DE CASACIÓN PENAL 16 de julio de 2014).

CASO MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO - AIS, Auto 042, por medio del cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal dentro del Proceso de responsabilidad fiscal No. CD 000243 (ORGANISMO PÚBLICO AUTÓNOMO - CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, OFICINA JURÍDICA 21 de abril de 2014).

COLOMBIA. PODER PÚBLICO - RAMA JUDICIAL - CORTE CONSTITUCIONAL. (9 de junio de 2005). *Magistrado Ponente: ALVARO TAFUR GALVIS. (Sentencia Número C-592-05)*, 88. Bogotá: [Copia tomada directamente de la Relatoría de la Corporación].

COLOMBIA. PODER PÚBLICO - RAMA JUDICIAL - CORTE CONSTITUCIONAL. (5 de agosto de 2015). *Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. (Sentencia Número C-497/15)*, 23. Bogotá: [Copia tomada directamente de la Relatoría de la Corporación].

COLOMBIA. PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA. LEY 906 DE 2004. (31 de agosto de 2004). CPP. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Bogotá: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (1994). *La CGR 1990-1994 Un caso exitoso de cambio institucional y modernización: Informe final de actividades Manuel francisco Becerra Barney, Contralor General.* Bogotá.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (1999). *La recuperación de la confianza pública: Informe del Contralor General, Carlos Ossa Escobar.* (H. SUÁREZ, Ed.) Bogotá D.C.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2016). *Proceso de Responsabilidad Fiscal: Complilación normativa. Actualizada 2016. Edgardo José Maya Villazón Contralor General de la República.* (L. TORRES ACOSTA , Ed.) Bogotá D.C.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. (diciembre de 2013). *www.cej.org.co.* Recuperado el 18 de agosto de 2017, de Seguimiento a la Reforma Integral a la Justicia: http://www.cej.org.co/seguimientoreforma/index.php/documentos-de-interes/doc\_download/372-reforma-al-sistema-penal-acusatorio.

FRANCIA, Los representantes del pueblo francés de 1789. (20 al 26 de agosto de 1789). *https://democraciaparticipativa.net/*. Recuperado el 07 de 08 de 2017, de https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html

GUTIÉRREZ ANZOLA, J. E. (1971). *Código de procedimiento penal : Decreto no. 409 de 27 de marzo de 1971.* Bogotá, Argentina: Editores Crítica Jurídica.

LARA ACUÑA, H. D. (2 de febrero a mayo de 2013). Sistemas Penales Procesales. (K. ROMERO LÓPEZ, Recopilador) Bogotá, Colombia.

MINCOMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO. (S.D. de junio de 2013). *COLOMBIA CO*. Recuperado el 20 de agosto de 2017, de http://www.colombia.co/esta-es-colombia/estructura-del-estado/como-se-conforma-el-poder-publico-en-colombia/

MONTERO PALACIOS, J. (S.D. de S.M. de 2014). *LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.* Recuperado el 20 de agosto de 2017, de http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2257/1/LA%20DIGNIDAD%20HUMANA%20EN%20%20LA%20JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL%20COLOMBIANA%20UN%20ESTUDIO%20SOBRE%20SU%20EVOLUCI%C3%93N%20CONCEPTUAL.pdf

PEÑAS FELIZZOLA, A. (mayo de 2006). *Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de Colombia.* Recuperado el 12 de junio de 2015, de www.bdigital.unal.edu.co/16492/1/11383-27792-1-PB.pdf

*REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*. (25 de agosto de 2014). Obtenido de http://lema.rae.es/drae/?val=teis

REYES ECHANDÍA, A. (1989). *DERECHO PENAL Parte General* (undécima ed.). Bogotá, Colombia: Temis S.A.

ROUSSEAU, J. J. (1762). *http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/.* Recuperado el 13 de 08 de 2017, de Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa: http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/\_docs/ContratoSocial.pdf

SERNA, Y. M. (S.D. de S.M. de 2013). *LA DIGNIDAD HUMANA (ART. 1 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO) COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL.* Recuperado el 20 de 08 de 2017, de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/1231/YolandaMar%C3%ADa\_Serna\_2013.pdf?sequence=1