

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP168-2018

Radicación 48295

Aprobado acta nº 6

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, en nombre propio y como defensor de SANTIAGO VIVES PRIETO y ANDRÉS FELIPE VIVES PRIETO, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 15 de marzo de 2016, mediante la cual confirmó con modificaciones el fallo emitido por el Juzgado Vigésimo Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, fechado el 22 de abril de 2015, condenando a los mencionados procesados como coautores del delito de Peculado por apropiación y Falsedad en documento privado, en concurso de conductas punibles.

H E C H O S

Mediante la expedición de la Ley 1133 del 9 de abril de 2007, se creó e implementó el programa Agro Ingreso Seguro -AIS-, como política oficial del Estado, encaminada a promover la productividad y la competitividad en el sector agropecuario, reducir la desigualdad en el campo y prepararlo para enfrentar el reto de la internacionalización de la economía.

Con fundamento en ello, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural celebró con el Instituto Interamericano de Cooperación Agropecuaria los convenios 003 del 2 de enero de 2007, 055 del 10 de enero de 2008 y 0052 del 16 de enero de 2009, en virtud de los cuales se llevaron a cabo convocatorias públicas para la presentación de los proyectos por quienes esperaban acceder a las ayudas ofrecidas.

Quienes superaran las fases de convocatoria, eran inscritos en una lista donde constaban los proyectos catalogados como viables, caso en el cual sus titulares suscribían un acuerdo de financiamiento como requisito para recibir el apoyo económico, el cual se dispensaba con el compromiso de destinarlo a la ejecución de la propuesta presentada y seleccionada.

En ese contexto, los procesados JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, SANTIAGO VIVES PRIETO y ANDRÉS FELIPE VIVES PRIETO, presentaron varios proyectos aparentemente independientes, cuando en realidad se trataban de una unidad de explotación económica, lo que llevó a que accedieran a montos acumulativos superiores a los previstos en la convocatorias, obteniendo apropiaciones injustificadas de los recursos públicos, pues no cumplían con los requisitos legales para acceder a ellas.

Así, conforme al acuerdo de financiamiento 787 del 3 de julio de 2008, JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, obtuvo desembolsos de \$331.903.764 y \$774.037.189, en relación con los proyectos Finca La Selva 2 y Finca La Selva 1, respectivamente. SANTIAGO VIVES PRIETO, en representación de Orlandesca S.A., obtuvo desembolsos por \$468.148.000 y \$409.476.404, respectivamente. Por su parte, ANDRÉS FELIPE VIVES PRIETO, en representación de Orlandesca S.A., obtuvo un apoyo económico de \$355.797.750.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar llevada a cabo el 24 de mayo de 2013, ante el Juzgado 24 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía a través de su delegado formuló imputación a JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, SANTIAGO VIVES PRIETO y ANDRÉS

FELIPE VIVES PRIETO por los delitos de Peculado por apropiación (artículo 397 – 1 y 2 del Código Penal) y Falsedad en documento privado (artículo 289 ibídem), en concurso de conductas punibles, sin que se allanaran a los cargos.

Presentado el escrito de acusación el 13 de agosto de 2013, se celebró la audiencia correspondiente el 1º de agosto de 2014. La Fiscalía acusó a los procesados en la siguiente forma:

JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, como autor de dos delitos de Falsedad en documento privado, en concurso de conductas punibles con dos delitos de Peculado por apropiación, en calidad de interviniente.

SANTIAGO VIVES PRIETO, como autor de un delito de Falsedad en documento privado, en concurso de conductas punibles con dos delitos de Peculado por apropiación, en calidad de interviniente.

ANDRÉS FELIPE VIVES PRIETO, como autor de un delito de Falsedad en documento privado, en concurso de conductas punibles con tres delitos de Peculado por apropiación, en calidad de interviniente.

El 6 de octubre de 2014, fecha para la cual estaba programada la audiencia preparatoria, las partes presentaron un preacuerdo, a través del cual los acusados admitieron su responsabilidad penal a cambio de recibir una rebaja de la tercera parte de las penas de prisión y multa, que se acordaron de la siguiente manera:

* JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, 26 meses y 20 días de prisión, y multa de \$193.509.297.

* SANTIAGO VIVES PRIETO, 26 meses de prisión y multa de \$219.406.101.

* ANDRÉS FELIPE VIVES PRIETO, 26 meses y 20 días de prisión, y multa de \$308.355.538.

En esos mismos términos, el 22 de abril de 2015, el Juzgado Vigésimo Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, tras declarar la legalidad del preacuerdo, emitió la sentencia condenatoria. Además, impuso a los procesados la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la pena de prisión. Les otorgó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con un período de prueba de tres años.

Apelado el fallo por la defensora de los acusados y por el delegado del Ministerio Público, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del día 15 de marzo de 2016 lo modificó en dos aspectos: i) que el lapso de suspensión condicional de la ejecución de la pena es el equivalente al término que le fue impuesto a cada uno como pena de prisión; y, ii) imponer la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de manera permanente.

En su propio nombre y prevalido del poder que le otorgaron SANTIAGO VIVES PRIETO y ANDRÉS FELIPE VIVES PRIETO, el procesado JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, interpuso el recurso extraordinario de casación, siendo sustentado en escrito que ahora analiza la Corte en su debida fundamentación.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Un reproche presenta el demandante, el que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo Único: nulidad

Acusa la sentencia de segundo grado con fundamento en el numeral 2 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por afectación de la estructura del debido proceso, aduciendo que se violó el derecho de defensa por la presencia de vicios del consentimiento en la celebración del preacuerdo con la Fiscalía.

En desarrollo del cargo, expone el demandante que se presentó un «vicio de la voluntad conocido de manera sobreviniente», en tanto con posterioridad a la firma del acuerdo la Fiscalía se dispuso a adelantar los trámites para conceder el principio de oportunidad a otras personas que fueron beneficiarias del programa Agro Ingreso Seguro, no obstante que a los procesados se les negó esa posibilidad, no dejándoles otro camino que el de admitir una fórmula de preacuerdo, renunciando de esa manera a las diferentes manifestaciones del derecho de defensa.

Por ese motivo, aduce, la decisión de aceptar la responsabilidad penal por parte de los procesados no fue libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, pues estuvo guiada por el error cuando la Fiscalía manifestó la imposibilidad de conceder un principio de oportunidad, opción que si consideró viable en otras situaciones futuras similares, quebrantándose así el principio de igualdad.

Por lo anterior, reclama el restablecimiento de los derechos conculcados, declarándose la nulidad de lo actuado desde la sentencia emitida en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe recordarse que con la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, con el cometido de obtener la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios que le fueran inferidos o la unificación de la jurisprudencia, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004 dotó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de una serie de facultades especiales, como aquella consagrada en el artículo 184, referida a la potestad de «superar los defectos de la demanda para decidir de fondo» en las condiciones indicadas en él, esto es, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del censor dentro del proceso e índole de la controversia planteada.

Es necesario, sin embargo, inadmitir la demanda si, como postula el inciso segundo de aquél precepto, el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso.

Atendidos estos criterios, ha señalado la Corte que el libelo impugnatorio no puede ser un escrito de libre elaboración y que al menos debe cumplir con unas mínimas condiciones de admisibilidad, tales como: i) la acreditación del agravio a los derechos o garantías, producido con ocasión de la sentencia; ii) el señalamiento de la causal de casación elegida, con sujeción a los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado; y, iii) la determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Con estas precisiones, a continuación se abordará el estudio de la censura propuesta:

Único cargo: nulidad

Es preciso recordar que si bien la Sala ha dicho que la nulidad es menos exigente en su demostración que las otras causales de casación, lo cierto es que impone al censor proceder con precisión al identificar la clase de irregularidad sustancial que determina la invalidación; señalar si se trata de un vicio de estructura o garantía; plantear sus fundamentos fácticos; indicar los preceptos que considera conculcados; fijar el momento procesal en que se

produjo la anomalía y la cobertura de la invalidez deprecada; y, acreditar, en términos de trascendencia, la necesidad de acudir a la nulidad como remedio único y extremo para restablecer el derecho afectado con la anormalidad procesal o la garantía conculcada.

En este sentido, se debe acotar que solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley -principio de taxatividad-; no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, -principio de protección-; aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales -principio de convalidación-; quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento -principio de trascendencia-; no se anulará un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, dado que las formas no son un fin en sí mismas, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso -instrumentalidad- y; además, que no existe manera de subsanar el yerro procesal -residualidad-.

Principios que en su totalidad se advierten ausentes en la fundamentación que presenta el demandante, quien censura el fallo del Tribunal por comprender que al momento de la celebración del preacuerdo entre los acusados y la Fiscalía, la voluntad de aquellos se encontraba afectada por un error, determinado por la información suministrada por el acusador, en el sentido de negar en su caso la aplicación del principio de oportunidad, no obstante que con posterioridad se viene tramitando en favor de otras personas investigadas por hechos similares.

Sin embargo, aparte de referirse a «un vicio de la voluntad conocido de manera sobreviniente» y a sostener que fue vulnerado el principio de igualdad, ningún esfuerzo se lleva a cabo por parte del demandante dirigido a demostrar que al momento de la celebración del acuerdo con el representante de la fiscalía se presentó algún defecto en el consentimiento de los procesados, que tornara en ilegal la consensual fórmula de terminación anticipada del proceso penal.

De hecho, como lo puede constatar la Sala, el 6 de octubre de 2014, el Juez 23 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, verificó los términos del preacuerdo no solamente en relación con la legalidad de los delitos acordados y el grado de participación, sino muy especialmente en función del respeto a sus garantías fundamentales, aspecto sobre el cual fueron interrogados, constatándose que el propósito de acordar los términos de su responsabilidad penal fue fruto de una decisión libre, consciente, voluntaria y espontánea.

En consecuencia, no se acredita que dicho consentimiento haya estado afectado por una situación de presión o coacción por parte de la Fiscalía, pues es claro que, según los registros, los procesados se encontraban en plena libertad de admitir la fórmula de terminación anticipada acordada o, en su lugar, continuar el trámite ordinario del proceso en garantía de sus derechos fundamentales que imponía al acusador la demostración de la responsabilidad penal en el juicio oral, público, concentrado y con inmediación de las pruebas.

Es por ello que no resulta ajustado a la realidad la afirmación de que los procesados se vieron apremiados a llegar a un acuerdo con la Fiscalía, cuando esta entidad no estimó procedente adelantar el trámite para la aplicación del principio de oportunidad, pues la decisión del acusador en este sentido no puede tenerse como un acto coactivo, teniendo en cuenta que bien podía optarse por el trámite ordinario del juzgamiento.

Mayor desacierto se advierte cuando el demandante cifra la supuesta vulneración de la libertad de determinación de los acusados en la celebración del acuerdo, en una mera expectativa, aduciendo que frente a otras personas que ilegalmente fueron beneficiarias de incentivos dentro del programa de Agro Ingreso Seguro, se encuentran en trámite principios de oportunidad, en virtud de haberse operado una variación en el criterio sostenido por el ente acusador en relación con tales casos.

Es importante recordar que el principio de oportunidad es una excepción a la regla general de la legalidad, siendo definido por el artículo 323, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, como «...la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometida a control de legalidad ante el juez de garantías».

Por lo tanto, la activación o aplicación del principio de oportunidad es una atribución del resorte exclusivo y excluyente de la Fiscalía General de la Nación, por ser justamente una potestad que el constituyente le confirió como excepción a su deber de impulsar la acción penal.

Se trata, de una discrecionalidad reglada, en la medida en que sólo puede fundamentarse con sustento en las causales que el legislador diseñó para tal efecto (Ley 906 de 2004, artículo 324) y que la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, pese a tener como fundamento esos motivos, está sometida a control de legalidad ante el juez de garantías.

Con lo anterior, frente a la censura ofrecida por el demandante, se evidencia, en primer lugar, que el trámite del principio de oportunidad que se pueda estar adelantando en relación con otros procesados en distintas investigaciones, ninguna incidencia tendría en la

suerte de los acusados, aun cuando llegare a ser objeto de legalización judicial la decisión de suspender o interrumpir la persecución penal o renunciar a ella; y, en segundo lugar, tratándose de un acto discrecional, no torna imperativa su aplicación en todos los eventos, pues dicho principio responde a razones de política criminal con sujeción a la reglamentación expedida por la Fiscalía General de la Nación conforme a su propia reglamentación, lo cual no se traduce en la afectación del principio de igualdad.

Así las cosas, el cargo carece de aptitud para ser admitido.

DECISIÓN

De conformidad con lo consignado en precedencia, la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada por JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, en nombre propio y como defensor de SANTIAGO VIVES PRIETO y ANDRÉS FELIPE VIVES PRIETO, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se observó que con ocasión de la sentencia impugnada o dentro de la actuación, hubiese existido violación de derechos o garantías del acusado, como para superar los defectos y decidir de fondo, según el imperativo del inciso 3° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Cabe advertir, para finalizar, que contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y con las reglas que ha definido la Sala2.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por JORGE FRANCISCO TRIBIN JASSIR, en nombre propio y como defensor de SANTIAGO VIVES PRIETO y ANDRÉS FELIPE VIVES PRIETO, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Entre otros, CSJ AP, 13 de junio de 2007, Rad. 27.537; AP, 25 de julio de 2007, Rad. 27.810.

2 Cfr., CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24.322; CSJ AP, 5 sep. 2012, rad.

36578; CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 37948, entre otros.