



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada Ponente

SEP 083-2022
Radicación N° 47253
Aprobado Acta No. 71

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a proferir sentencia dentro del proceso adelantado en contra de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO, ex gobernador del departamento de Cesar, acusado por la Fiscalía General de la Nación como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales* en concurso homogéneo y sucesivo.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO, en calidad de Gobernador del Departamento del Cesar, tramitó y celebró de manera directa y sin observar los requisitos legales esenciales, los contratos de obras públicas 134, 135, 136, 137 y 138 del 22 de diciembre de 1999, los cuales tenían como objeto la construcción de obras de arte, rehabilitación y mejoramiento de la carretera entre el Zanjón y el Pueblo Bello, los que sumados ascendieron a \$580.791.330.

Con igual proceder adjudicó los contratos 004 y 006 del 4 de febrero del año 2000, dirigidos a la construcción en concreto rígido de la calle 16 entre carrera 19 y 22 del municipio de Bosconia-Cesar, por un monto total de \$188.606.025.

Para el trámite y celebración de los contratos referidos acudió a la figura del fraccionamiento contractual, eludiendo el procedimiento de licitación pública, el que, en razón de las cuantías, debía adelantarse.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO se identifica con la cédula de ciudadanía No. 5.132.089. Pese a que a lo largo de la actuación se consignó como segundo apellido del

procesado *CERCHAR*, según consta en la tarjeta decadactilar expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, obrante a folio 144, cuaderno 5 anexos de la fiscalía corresponde a CERCHIARO. Nació el 1° de septiembre de 1942 en la ciudad de Maicao (Guajira), es hijo de Lucas de Jesús Gnecco Navas y Elvia Cerchiaro de Gnecco, está casado con Lilo Zuleta de Gnecco, padre de seis hijos, cursó estudios hasta 1° de bachillerato, y reside en la Carrera 7 No.9 A-78, Barrio Novalito de la ciudad de Valledupar-Cesar.

Se desempeñó como concejal del Municipio de La Paz (Cesar) entre 1975 y 1980, diputado de la Asamblea Departamental de 1988 a 1990, Representante a la Cámara entre 1990 y 1994, posteriormente, fue designado gobernador del Cesar para el período de 1992 a 1995, en tanto que mediante elección popular fungió como tal de 1998 a 2000.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1 Etapa de investigación

Con fundamento en la compulsas de copias ordenada el 12 de abril de 2006 por la Fiscalía Seccional de Valledupar¹, el Fiscal General de la Nación dispuso la apertura de investigación previa el 14 de mayo de 2008².

¹ Fl. 1, cuaderno original No 1, Fiscalía.

² Fl. 3 al 7, cuaderno original No 1, Fiscalía.

Mediante resolución de 22 de abril de 2014 la Fiscalía Decima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia abrió formal instrucción en contra de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO³, lo vinculó mediante indagatoria recepcionada el 21 de julio del mismo año⁴, en tanto que el 31 de octubre siguiente le resolvió la situación jurídica absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁵.

Clausurado el ciclo instructivo⁶, el mérito probatorio fue calificado el 29 de septiembre de 2015⁷ con resolución de acusación en su contra como presunto autor del delito de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales* en concurso homogéneo y sucesivo, según el artículo 146 de la Ley 100 de 1980, modificado por los artículos 57 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995.

3.2 Etapa de juicio

La actuación fue remitida inicialmente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero con la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, el 26 de julio de esa anualidad el expediente arribó a esta Sala Especial, donde, corrido el traslado contemplado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000⁸, el 17 de octubre de 2018 se cumplió la

³ Fl. 66 al 73, cuaderno original No 1, Fiscalía.

⁴ Fl. 116 al 125, cuaderno original No 1, Fiscalía.

⁵ Fl. 162 al 206, cuaderno original No 1, Fiscalía.

⁶ Fls. 64, 84 y 99 cuaderno original No 2, Fiscalía.

⁷ Fl. 160 al 216, cuaderno original N°2, Fiscalía.

⁸ Archivo No. 3, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

audiencia preparatoria⁹ en la cual se negaron las peticiones de declarar la prescripción de la acción penal y anular la resolución de acusación y se resolvieron las pretensiones probatorias elevadas por las partes¹⁰. Esta decisión fue confirmada el 5 de diciembre de 2018 por la Sala de Casación Penal¹¹.

En auto de 28 de enero de 2019¹² esta Sala Especial admitió la demanda de constitución de parte civil, determinación que mantuvo firme el 7 de marzo siguiente al resolver el recurso de reposición¹³, la cual también fue avalada en la segunda instancia el 23 de septiembre de 2020¹⁴.

Así mismo, el 3 de agosto de 2021¹⁵ el defensor solicitó, con fundamento en el artículo 39 de la Ley 600 de 2000, la preclusión, pretensión que fue rechazada de plano¹⁶.

4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía estimó satisfechos los requisitos para convocar a juicio a GNECCO CERCHIARO como presunto

⁹ Archivo No. 65, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹⁰ Archivo No. 66, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹¹ Fl. 11 al 35, cuaderno original No. 1 Segunda Instancia, Sala de Casación Penal.

¹² Fl. 7 a 12, cuaderno original No 1, Parte Civil.

¹³ Fl. 29 a 71, cuaderno original No 1, Parte Civil.

¹⁴ Fl. 9 a 28, cuaderno original No 2 Segunda Instancia, Sala de Casación Penal.

¹⁵ Archivo No. 23, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

¹⁶ Archivo No. 31, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

autor del delito de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales* en concurso homogéneo y sucesivo, tomando para ello los artículos 146 del Decreto-Ley 100 de 1980, modificado por los artículos 57 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995, vigentes para el momento de los hechos.

Lo anterior, porque en calidad de Gobernador del Cesar tramitó y celebró sin observar los requisitos legales esenciales, los contratos de obras públicas 134, 135, 136, 137 y 138 del 22 de diciembre de 1999 para la construcción de obras de arte, rehabilitación y mejoramiento de la carretera entre el Zanjón y Pueblo Bello, por un valor total de \$580.791.330, así como los contratos 004 y 006 del 4 de febrero del año 2000 para la construcción en concreto rígido de la calle 16 entre carrera 19 y 22 del municipio de Bosconia-Cesar, en cuantía de \$188.606.025.

Para el ente acusador, el gobernador en calidad de ordenador del gasto y responsable de la contratación departamental vulneró los principios de transparencia, planeación, economía, responsabilidad y selección objetiva a través del fraccionamiento de los contratos, pues la escogencia del contratista se debió efectuar a través de licitación o concurso.

Explicó que el objeto de los negocios jurídicos era único, adjudicándose sin justificación la ejecución de la obra en

forma segmentada con la finalidad de que ninguno de los contratos individuales suscritos superara el monto de la cuantía que imponía adelantar el trámite de la licitación pública, la cual conformidad con el numeral primero del artículo 24 de la ley 80 de 1993 correspondía a \$141.876.000 para el año 1999 y \$156.063.600 para el 2000. Además, los recursos comprometidos en ambos grupos de contratos (134 al 138 y 004 y 006) correspondían al mismo rubro.

5. AUDIENCIA PÚBLICA

5.1 Interrogatorio del enjuiciado

No fue posible llevarlo a cabo, toda vez que GNECCO CERCHIARO no se hizo presente en la vista pública.

5.2 Intervenciones de los sujetos procesales

5.2.1 Delegado de la Fiscalía

Solicitó la emisión de condena en contra del enjuiciado como autor responsable del concurso delictual objeto de acusación al estar acreditado que en calidad de Gobernador del César intervino en el trámite y celebración de los contratos censurados, sin observancia de los requisitos legales en cuanto medió el fraccionamiento del objeto, burlando así el proceso de licitación pública que la ley le

imponía, en clara infracción de los principios de transparencia, planeación, economía, responsabilidad y selección objetiva.

Detalló que, del estudio de los antecedentes de los siete contratos, que a su vez conforman dos grupos, se desprende una justificación común, identidad de objeto, apropiaciones presupuestales globales, además, fueron celebrados el mismo día por parte del gobernador.

En esa línea de pensamiento, explicó que, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el monto para contratar imponía llevar a cabo dos licitaciones, una para adelantar las obras de la vía El Zajón - Pueblo Bello por \$580.791.330 y otra para la construcción de la calle 16 del municipio de Bosconia, lo que no se hizo.

Tras detallar los contratos celebrados con miras a evidenciar la identidad de objeto en cada grupo de negocios, esto es, del 34 a 138 como un primer conjunto, y el 004 y el 006 en un segundo, resaltó el injustificado fraccionamiento contractual, lo que derivó en la ilegalidad de la contratación directa.

Y que de aceptarse en gracia de discusión que en este caso era válido contratar de manera directa, tampoco se cumplieron los requisitos de ley en esa modalidad, pues se

omitió la realización de estudios previos y pliegos de condiciones, cercenando la posibilidad de que participaran múltiples oferentes en las negociaciones.

Para el Fiscal, se demostró en grado de certeza el conocimiento y la voluntad con la que actuó el procesado contrariando la ley, pues no sólo la normativa lo facultaba para celebrar contratos, sino, además, era su responsabilidad cumplir con las disposiciones legales, contaba con experiencia notable en el cargo y en general en la administración pública, pues ya se había desempeñado como gobernador del Departamento del Cesar y ocupado otros cargos políticos, circunstancias que le daban conocimiento en la materia.

Agregó que el procesado no hizo uso de la figura de la delegación, ni consultó con la Oficina Jurídica, asumiendo directamente la responsabilidad del trámite y celebración de los contratos objeto de reproche, al punto que suscribió cada uno de los documentos sabiendo que se había omitido cumplir con las exigencias legales.

5.2.2 Ministerio público

Solicitó la emisión de sentencia condenatoria en contra del enjuiciado al encontrar acreditados los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Estimó así que la prueba practicada demostró la calidad de gobernador con la que actuó el procesado en la celebración de los contratos y que estos fueron fraccionados sin justificación alguna, pues se trataba de actividades interrelacionadas necesarias para cumplir con el objeto de mejorar la carretera o pavimentar las calles, llamando la atención incluso en las fechas en las cuales se desplegaron los procedimientos contractuales para cada negocio.

Tras destacar que la gobernación contaba con suficiente apropiación en el rubro presupuestal para desarrollar las obras mediante licitación pública, indicó que no mediaron los estudios técnicos que respaldaran el fraccionamiento, denotándose que el actuar del procesado no estuvo encaminado a velar por el interés general, sino como una maniobra para evadir la modalidad contractual que la ley le imponía, en clara vulneración de los principios de transparencia, selección objetiva y eficiencia.

Finalmente, precisó que el enjuiciado conocía la necesidad de mejoramiento de las vías y no obstante contar con los certificados de disponibilidad presupuestal para desarrollar las obras, suscribió conceptos de conveniencia separados, adicionalmente, se probó que tenía pleno control sobre la etapa precontractual, sin mediar soporte de que hubiera delegado sus funciones.

5.2.3 Apoderado de la parte civil

Se unió a las pretensiones de los representantes de la Fiscalía y del Ministerio Público al considerar que existe una serie de irregularidades en la celebración de los contratos materia de juzgamiento ante su fraccionamiento.

Señaló que hubo omisión en la realización de estudios previos, análisis de riesgos, sin que tampoco se cuente con los soportes técnicos o económicos que aconsejaran fraccionar las negociaciones, llamando la atención en las fechas concomitantes de varios documentos como pólizas, cotizaciones y los contratos mismos.

5.2.4 Defensor

Solicitó absolver a su asistido al atender las normas y posturas jurisprudenciales en temas de contratación vigentes para el momento de los hechos, como el artículo 24 la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 62 de 1996 que permitía la contratación directa en casos de menor cuantía previa obtención de por lo menos dos ofertas, como lo establecía el Decreto 855 de 1994.

Agregó que en este caso sería la conducta alternativa de celebrar, mas no la de tramitar, pues en su criterio, que el procesado conociera las necesidades de la comunidad con

anterioridad y firmara los conceptos de conveniencia no permite concluir su responsabilidad en esa etapa inicial, pues contrariamente, existe una corresponsabilidad en el trámite de la contratación, diseminada en quienes participaban en el Consejo de Gobierno.

Para el defensor, la conducta deviene en atípica desde el aspecto objetivo, pues su asistido no incumplió algún requisito legal esencial en los contratos censurados teniendo en cuenta que, contrario a lo señalado por la Fiscalía, no existió fraccionamiento contractual dado que no es posible predicar la unidad de objeto.

En su criterio, existieron tres tipos de actividades a desarrollar en los contratos 134 a 138: rehabilitar la vía, construir obras de arte y mejorarla, cada una con un significado distinto, sin que pueda decirse que materialmente era uno solo, pues pese a la similitud de sus objetos no es posible predicar que para la construcción de un tramo de obras de arte de la vía del contrato 135, por ejemplo, se requiriera la ejecución del tramo contratado en el 136, de ahí que la finalidad de adelantar los contratos de manera separada no obedeció a un propósito engañoso con miras a evadir la modalidad de licitación pública.

Y que, ante la inexistencia del fraccionamiento contractual, no es jurídicamente viable afirmar que debía

surtirse a través de la licitación pública, resultando legítimo el trámite de contratación directa llevado a cabo, pues los montos establecidos para menor cuantía de la época lo permitían.

Frente al procedimiento realizado para la contratación directa, señaló que se respetaron a cabalidad las normas que para ese entonces lo regulaban, esto es, el Decreto 855 de 1994, adelantándose la invitación pública y la selección objetiva al precio de menor valor, sin que fuera necesaria la realización de pliego de condiciones o términos de referencia propios de la licitación pública, en tanto que el estudio de conveniencia y necesidad no era requisito para esa época, pues fue implementado por el decreto 2170 de 2002.

Y que tampoco es posible predicar responsabilidad subjetiva dada la concurrencia del principio de confianza, en la medida en que la determinación previa al inicio de la fase contractual fue adoptada en el Consejo de Gobierno, en el que participaron los directores de las carteras involucradas en la contratación y diferentes asesores, sin que haya prueba de que el procesado hubiese tenido intención de pasar por alto la exigencia legal al momento de celebrar los contratos, o contara con experiencia y conocimiento particular en este tema.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y emitir sentencia en el presente asunto, pues el fuero que ampara al señor LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO es el consagrado en el numeral 5° del citado artículo por haber sido gobernador del departamento del Cesar. Aun cuando ya no ostenta tal condición, las conductas descritas en la resolución de acusación emitida por la Fiscalía General de la Nación guardan relación con las funciones desarrolladas por él en el periodo 1998 a 2000.

En efecto, de acuerdo con el párrafo del artículo 235 de la Constitución Política la competencia se extiende respecto de quienes han cesado por cualquier causa o motivo en dichos cargos siempre y cuando la conducta punible atribuida guarde relación con las funciones desempeñadas.

6.2 Requisitos para condenar

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, que rige en el presente asunto, para

proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba legal, regular, oportuna y válidamente recaudada en el proceso conduzca a la certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

En armonía con lo anterior, se debe dar pleno cumplimiento a las previsiones del artículo 238 de la misma normatividad, según la cual para resolver el asunto es preciso hacer una valoración conjunta y concatenada de los medios de convicción arribados al plenario tanto de cargo como de descargo, confrontándolos y comparándolos entre sí con la explicación de la capacidad de convicción razonada que ofrecen bajo los postulados de la sana crítica, esto es, los principios lógicos, las leyes que comandan la observación científica o las reglas de la experiencia tomadas a partir de comportamientos sometidos a una identidad circunstancial, sin desconocer que en tal sistema procesal opera el principio de la libertad probatoria, consagrado en el artículo 237 *idem*.

Con este fin, se debe destacar que para la emisión de una sentencia condenatoria no basta la asunción de la ocurrencia de un suceso, porque para la adecuación típica y subsiguiente declaración de responsabilidad penal es menester motivar la atribución jurídico penal o ligazón con el actuar del procesado, aspecto en el cual debe mediar la precisión del tipo objetivo y subjetivo, así como de qué manera desarrolló el procesado en todo o en parte la

conducta prohibida, sus circunstancias, el objeto sobre el cual recayó, la forma conductual, etc.

Por eso, para determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos los citados presupuestos, se abordará en primer lugar la definición legal y estructura dogmática del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, baremo que servirá para verificar si el comportamiento predicado de GNECCO CERCHIARO se adecúa a tal descripción típica objeto de acusación, y si de contera, la conducta deviene en antijurídica y culpable.

6.3 Del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales

6.3.1. Del tipo objetivo

Como las actividades contractuales públicas hacen parte del armazón estatal, han de estar signadas por los principios fundantes de la función administrativa, de ahí que no solo deben estar al servicio de los intereses generales, sino que, en virtud de lo normado en el artículo 209 superior, deben ajustarse a los *principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*, todo ello encaminado a cumplir los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la

efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

En ese orden, el delito en estudio atentatorio del bien jurídico de la administración pública, busca preservar los postulados que de raigambre constitucional la rigen y específicamente con la descripción típica que los ámbitos de tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales se cumplan de acuerdo con las normas que los regulan.

Como los hechos datan del 22 de diciembre de 1999 y el 4 de febrero de 2000 se tendrá en cuenta el artículo 146 del Código Penal de 1980 (modificado por los artículos 57 y 58 de la Ley 80 de 1993; y artículo 32 de la Ley 190 de 1995), vigente para la época de los hechos, que definía la conducta en los siguientes términos:

«El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años».

Efectivamente dicho precepto resulta favorable para el procesado frente a la normativa penal de 2000 que en el

artículo 410 al definir el mismo ilícito prevé una pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años, resultando estas dos últimas sanciones más drásticas y, por lo mismo, desfavorables al enjuiciado.

Aunque otrora se exigía el complemento subjetivo relacionado *con el fin de obtener un provecho ilícito en beneficio del servidor público, del contratista o de un tercero*, tal elemento no conlleva un trato benéfico en relación con la definición del mismo ilícito en el Código Penal de 2000, porque en últimas, la finalidad va ínsita en la pretermisión de los principios que gobiernan la contratación estatal, como lo ha precisado la Sala de Casación Penal¹⁷ al indicar que frente al Código de 2000 la estructura típica no medió variación sustancial, ya que el propósito de obtener provecho fue suprimido por innecesario, pues se derivaba del mismo hecho de tramitar, celebrar o liquidar el contrato estatal con inobservancia de los principios y normas aplicables.

¹⁷ CSJ SP, 17 jun. 2004, rad. 18608; CSJ SP, 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 26857; CSJ SP, 18 dic. 2006, rad. 19392; CSJ SP, 6 may. de 2009, radicación 25495.

Para la estructuración del referido ilícito se exige, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato y, en segundo lugar, llevar a cabo la conducta desvalorada sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales¹⁸.

Es un injusto de simple actividad o mera conducta¹⁹ que se configura cuando el sujeto calificado tramita, celebra o liquida el contrato sin observancia de los requisitos legales u omite verificar su concurrencia en las mencionadas etapas, sin que se exija la constatación de un resultado separable de los propios comportamientos antes referidos, en otras palabras, se consume con la mera realización de las conductas allí descritas²⁰.

De otro lado, es un tipo penal en blanco razón por la cual se debe acudir a la normativa extra penal para complementar su supuesto fáctico. En concreto, debe revisarse la regulación consagrada en el Estatuto General de la Contratación Pública, esto es, la Ley 80 de 1993, las demás disposiciones que la desarrollan o, de ser el caso, a las normas consagradas en regímenes especiales de

¹⁸ CSJ SP, 9 feb 2005, Rad. 21547 y CSJ SP, 23 mar de 2006, Rad. 21780.

¹⁹ Cfr. Decisiones de 18 de enero de 2017, radicado 47100 y de 7 de diciembre de 2011, radicado 37941.

²⁰ Cuestión distinta sería determinar el desvalor de resultado (de lesión o de peligro para el bien jurídico) que exige el referido tipo penal.

contratación estatal, vigentes para la época de los hechos, con el fin de establecer el alcance del elemento normativo *requisitos legales esenciales*.

Tocante a las distintas etapas de la contratación que abarca el correspondiente tipo penal, ha puesto de relieve la Sala de Casación de esta Corporación que el comportamiento puede estar ligado a la tramitación, celebración o liquidación, más no a su ejecución, ello en armonía con el principio de estricta tipicidad²¹.

Y respecto a la figura del fraccionamiento, en particular, la división de la unidad del objeto contractual, si bien la Ley 80 de 1993 no la consagra expresamente, sí determina principios encaminados a alcanzar los fines del Estado, como el de *la transparencia y la igualdad*, los cuales abarcan la prohibición de dividir contratos estatales en aras de cumplir los requisitos establecidos en la ley y así sentar los mecanismos adecuados de contratación de acuerdo a la cuantía y al presupuesto anual de las entidades estatales.

En tal medida el querer del legislador es impedir que en materia contractual se haga ilusorio el trámite de la licitación pública o la exigencia de que el procedimiento de selección sea objetivo, evitando que los contratos se acumulen en

²¹ CSJ SP, 25 ene. 2017, Rad. 48250.

cabeza de uno o pocos contratistas, desconociéndose el ánimo que debe acompañar a la administración de buscar el bien común²².

Ese querer del legislador se desprende no solo de las reglas y principios establecidos en la Ley 80, al fijar bases claras que prohíben eludir la licitación pública y contratar directamente mediante mecanismos menos rigurosos, sino, de legislaciones anteriores como el artículo 56 del Decreto 222 de 1983 y el artículo 44 del Decreto 150 de 1976.

Ahora bien, el fenómeno del fraccionamiento se presenta cuando pudiéndose compendiar todo en un solo acto contractual, se divide con el fin de eludir un condicionamiento legal, es decir, que la administración de manera artificiosa destruye la unidad natural del objeto del contrato para contratar directamente²³ lo que en principio debió regirse por las normas de la licitación pública y seguir un procedimiento menos riguroso en reemplazo del que se imponía por el factor cuantía.

Por ello que el fraccionamiento del objeto contractual riñe con *el principio de transparencia, igualdad y selección objetiva*²⁴, pues se persigue con el contrato una sola finalidad y necesidad específica, debiendo surtirse de determinada

²² Cfr CSJ SEP, 20 en. 2021, rad. 52795.

²³ CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 26857.

²⁴ CSJ SP, 26 may. 2010, rad. 30933.

manera, con observancia de los requisitos legales y prohibiciones previamente establecidas.

Así entonces, el análisis del fraccionamiento contractual con relación a la posible configuración del contrato sin cumplimiento de requisitos legales, supone realizar un doble ejercicio dirigido a determinar: *i)* si resulta predicable la unidad de objeto respecto de los contratos cuya legalidad se cuestiona, y, en caso cierto; *ii)* cuáles fueron las circunstancias que en concreto llevaron a la administración a realizar varios contratos, lo cual permitirá establecer si el actuar de la administración se fundó en criterios razonables de satisfacción del interés público, propósito al que sirve la contratación estatal, o si, en cambio, las razones esgrimidas son sólo artificiosas y dirigidas, por ende, a soslayar las reglas contractuales debidas²⁵.

Es menester esclarecer a qué hace referencia la unidad natural del objeto contractual para hallar las circunstancias particulares que hubieren llevado a la administración a realizar varios contratos y evadir las prohibiciones contractuales que limitaban el fraccionamiento de la unidad contractual.

²⁵ CSJ, SP 6 de jul. 2005, rad. 19843.

Para establecer el concepto de unidad de objeto, el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, hace énfasis en la distinción entre *género* y *especie*, entendiendo que existe unidad entre la especie de los bienes u obras contratadas de un mismo género, *sin que la ley prohíba celebrar varios contratos cuando se trata de bienes o servicios de esa naturaleza (mismo género) pero sí cuando corresponden a la misma especie*²⁶.

A su vez, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha fijado el criterio que pregona la unidad en los contratos cuyo objeto es naturalmente uno, es decir, cuando para el cumplimiento de uno de sus elementos se requiere el desarrollo del otro y con la sumatoria de cada uno de ellos se obtiene el producto final deseado con la contratación²⁷.

6.3.2. Del tipo subjetivo

El delito en estudio admite exclusivamente la forma conductual dolosa, por tanto, han de converger las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización. En tal medida, es necesario que concurra el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se refieren a la exterioridad de

²⁶ CDE, Sala de lo Contencioso Administrativo, 31 en. 2011, rad. 17767.

²⁷ CSJ, SP, 24 oct. 2012, rad. 33714

la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

6.3.3 Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

6.3.3.1. Elementos objetivos

Respecto del primero de los requisitos objetivos del tipo, esto es, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato para la fecha de los hechos, la Sala encuentra demostrado con suficiencia que según acta del 10 de diciembre de 1997, el Consejo Nacional Electoral²⁸ declaró electo a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO como gobernador del Cesar para el periodo del 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2000, cargo en el que tomó posesión ante la Asamblea Departamental²⁹ y desempeñó sus funciones³⁰, por ello, en tal condición, el 22 de diciembre de 1999 suscribió los contratos de obras públicas 134 a 138 y el 4 de febrero de 2000, los 004 y 006, todos ellos son materia de análisis en este proceso.

²⁸ Fl. 23, cuaderno No. 1, Fiscalía.

²⁹ Fl. 25, cuaderno No. 1, Fiscalía.

³⁰ Fl. 21, cuaderno No. 1, Fiscalía.

Corresponde a la Sala verificar la concurrencia de los demás elementos del tipo penal, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva.

Como se ha señalado con anterioridad, al ser el mencionado ilícito un tipo penal en blanco se debe acudir a las normas que regulan la contratación estatal con el fin de determinar cuáles eran los requisitos esenciales que debían cumplirse en las distintas fases precontractuales y contractuales de los negocios jurídicos objeto de este proceso.

Según la Fiscalía en la etapa precontractual y contractual fueron desconocidos los requisitos esenciales por haber adelantado la modalidad de contratación directa, en un claro fraccionamiento, lo que permitió que la cuantía individual de los negocios no superara el monto que imponía la realización de una licitación pública.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 62 de 1996, vigente para la época de los hechos, la administración estaba facultada para contratar de manera directa y obviando la licitación pública en cuantías que no superaran los \$141.876.000 para el año 1999 y \$156.063.600 para el 2000.

La conducta reprochada al procesado se enmarcaría en los verbos rectores *tramitar* y *celebrar*, toda vez que desde la génesis se habría omitido el cumplimiento de requisitos legales, lo que, a su vez, trascendió a la celebración de los contratos.

Al analizar este caso, la Sala encuentra probado que con el objeto de rehabilitar la vía el Zanjón- Pueblo Bello, en el departamento del Cesar, se impulsaron de manera simultánea cinco trámites que culminaron con la emisión de los contratos 134 a 138:

En primer lugar, para los cinco contratos se elaboró el estudio de conveniencia suscrito por el Secretario de Obras Públicas y el gobernador GNECCO CERCHIARO, todos del día 7 de diciembre de 1999.

Luego, se expidió un único certificado de disponibilidad presupuestal, No 00204 del 17 de diciembre de 1999, en cuantía de \$580.000.000, que soportó las cinco negociaciones afectando el rubro *Presupuesto del Departamento, subprograma libre concurrencia*. En esa misma fecha, se realizaron de manera separada las invitaciones a cotizar, fijándose el respectivo aviso y una vez aprobadas las pólizas por la oficina jurídica el día 22 de diciembre de la misma anualidad, se llevó a cabo la celebración de los cinco contratos.

Para ejecutar las obras se dispuso la celebración de varios contratos, cada uno cobijando un tramo determinado del proyecto, no obstante, el certificado presupuestal que los amparaban era uno sólo y los conceptos de conveniencia plasmaron, aunque de manera separada, el mismo propósito que era rehabilitar la vía Zanjón-Pueblo Bello.

La identidad en los objetos contractuales se hace notoria, al revisar en paralelo la información de los contratos, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

No.	Fecha	Contratista	Objeto	Valor
134	22/12/1999	Amilkar Bolaño Guerra	Construcción de obras de arte de la vía el Zanjón-Pueblo Bello, del Km 8+300 al Km 20+500	\$102.706.396
137	22/12/1999	Yaffy Nicolás Bayeh R	Construcción de obras de arte de la vía el Zanjón-Pueblo Bello, del Km 20+500 al Km 31+836	\$102.309.117,90
135	22/12/1999	Jaime Arturo Tovar Rodríguez	Rehabilitación de la vía el Zanjón-Pueblo Bello del Km 31+336 al Km 31+836	\$135.951.374
136	22/12/1999	Juan Carlos Bayeh Rangel	Rehabilitación de la vía el Zanjón-Pueblo Bello del Km 30+836 al Km 31+336	\$136.441.885,10
138	22/12/1999	Dario Peinado Saad	Mejoramiento de la vía del Zanjón - Pueblo Bello del Km 8+800 al Km 30+336	\$101.459.543,60

Se pretendió así desdibujar la unidad contractual plasmando una descripción distinta en el objeto de cada negocio jurídico. En el caso de los contratos 135 y 136, ambos tenían como objeto la "REHABILITACIÓN DE LA VÍA EL ZANJÓN-PUEBLO BELLO..." variando solo la parte final donde se establecen los kilómetros que cobijan cada contrato, así, el No 135 para los kilómetros 31+336 al 31 +836 y el No 136, kilómetros 30+836 al 31+ 336.

Sin embargo, el propósito no sale adelante si se observan en detalle los presupuestos³¹, en la medida en que consignan los mismos ítems a desarrollar.

Respecto de los contratos en mención, 135 y 136, se tienen como actividades *PRELIMINARES: localización y replanteo con equipo topográfico, corte de nivelación, conformación de banca y cuneta, MOVIMIENTO DE TIERRA: terraplén con material seleccionado e=0,25 mt compactado, PAVIMENTO ASFÁLTICO: imprimación asfáltica, mezcál en vía arena- asfalto E=0,07 m, ACABADOS: sello asfáltico arena-asfalto*³², variando sólo las cantidades de los kilómetros a ejecutar y por consiguiente los valores, los que sumados equivalían a \$272.393.259,1.

En esa línea, los contratos 134³³ y 137 tenían por objeto la *"CONSTRUCCIÓN OBRAS DE ARTE DE LA VÍA EL ZANJON-PUEBLO BELLO"*. El 134 entre los kilómetros 8+300 al 20+500 y el 137 entre los kilómetros 20 + 500 y 31 + 836.

El presupuesto de ambos contratos incluía *"construcción de muros de contención, construcción de cunetas en concreto, construcción de filtro y limpieza de cunetas"*³⁴ y sumados alcanzaban un monto de \$205.015.513,9.

³¹ Fl. 65 cuaderno 2 anexos, Fiscalía.

³² Fl. 143, cuaderno 2 anexos, Fiscalía.

³³ Fl. 23 y ss, cuaderno 2 anexo, Fiscalía.

³⁴ Fl. 21 y 200 cuaderno 2 anexo Fiscalía.

Emerge entonces diáfano que las tareas contratadas en el negocio 134 eran idénticas a las del 137, variando sólo los segmentos de la vía, los que además eran continuos entre sí. Igual identidad puede pregonarse entre las actividades a realizar en los contratos 135 y 136.

Ahora, se suscribió el contrato No 138, el cual tenía por objeto el *MEJORAMIENTO DE LA VÍA EL ZANJÓN-PUEBLO BELLO ENTRE DEL KM 8+800 AL KM 30+336* y se estableció en el presupuesto³⁵ para ese negocio los siguientes ítems: *REPARCHEOS: corte, excavación y retiro de carpeta y base deteriorada, reconstrucción de base granular seleccionada e=0,20, reconstrucción de carpeta asfáltica incluye riego de liga e=0,08, sello asfáltico con RC-250 y arena.*

Y si bien podría pensarse que este último contrato escapa del fraccionamiento puesto en evidencia, al revisar el asunto a la luz de los criterios jurisprudenciales que permiten establecer dicha figura, encuentra la Sala que igual suerte corre, pues además de que materialmente el *mejoramiento* de la vía hace parte del concepto macro de *rehabilitación*, acudiendo al criterio finalista del fraccionamiento, se encuentra que existe unidad natural del objeto contractual por razón de la finalidad, que en este caso no es otro que rehabilitar la vía, a través de diferentes

³⁵ Fl. 8, cuaderno 3 anexo, Fiscalía.

actividades, entre ellas, mejorando algunos tramos a través del *reparqueo*.

Y es que al revisar el concepto de conveniencia³⁶ de los cinco contratos referidos, incluyendo el No 138, se encuentra que pese a que se realizaron de manera individual, correspondían al mismo formato, en el que se plasmó “*Que el departamento del cesar dentro de las prioridades consignadas en su programa de gobierno <<HACIA UN NUEVO SIGLO-UN CESAR PARA TODOS>> tiene previsto el mejoramiento de las diferentes vías del departamento del cesar, atendiendo el llamado del gobierno nacional de mejorar vías para la paz, bienestar social y el mejoramiento de la calidad de vida del municipio de pueblo bello*” (sic).

Del mismo modo, el contenido de cada uno de los contratos corresponde a un mismo modelo, en el que se modificaron los kilómetros en los que debían ejecutarse las obras, el nombre del contratista y los valores.

El propósito de la obra ejecutada en este grupo de contratos no era otra que rehabilitar la vía, concepto macro que implica para su materialización el adelantar diversas actividades tendientes a cumplirlo, entre ellas, algunas de naturaleza topográfica, otras estructurales y unas últimas de acabado, bien sea a través del asfaltado o del *reparqueo* según las necesidades, todas concurrentes a un solo objetivo.

³⁶ Ver por ejemplo concepto de conveniencia contrato 136 obrante a fl. 129, anexo 2, fiscalía

Por tanto, no le asiste razón a la defensa cuando reclama que los objetos de cada contrato son diferentes, argumentando que ejecutan actividades distintas, pues si se revisa el asunto a la luz de la necesidad de las obras, como incluso lo plantea el togado, todas las tareas que se encomendaron de manera fraccionada eran necesarias para la rehabilitación del tramo. Es apenas obvio que esa actividad macro de rehabilitación requiriera la ejecución escalonada de múltiples obras, lo que no descarta que todas ellas confluyan en un objeto común.

Pese a que existían tres tipos de actividades a desarrollar, *rehabilitar la vía, construir obras de arte y mejorar la vía*, al revisarse de manera individual las labores que cada uno de los contratos debía ejecutar se encuentran ítems idénticos entre los contratos 134 y 137 y entre los contratos 135 y 136, lo que imponía, bajo la lectura que reclama la defensa, que por lo menos se unificaran esos dos pares de contratos en razón de sus coincidencias, lo que arrojaría igualmente un monto a contratar superior al que permitía la contratación directa para esa época.

Igual situación se evidencia con los contratos 004³⁷ y 006 de 2000³⁸, pues para la construcción en concreto rígido de la calle 16 entre carrera 19 y 22 del municipio de

³⁷ Fl. 135 y ss. cuaderno 3 anexos, Fiscalía.

³⁸ Fl. 89 y ss. cuaderno 3 anexos, Fiscalía.

Bosconia-Cesar se adelantaron los estudios de conveniencia de manera separada, el día 7 de enero del año 2000³⁹. El 31 del mismo mes fue expedido un único certificado de disponibilidad presupuestal en cuantía de \$190.000.000, afectando el rubro *Presupuesto del Departamento, programa obras de infraestructura*, fecha en la que se llevó a cabo la invitación a cotizar, y con la aprobación de las pólizas para cada uno de ellos, el 4 de febrero, se celebraron los mencionados negocios.

Puestos de manera paralela, también es fácil concluir la identidad de objeto de ambos contratos:

No.	Fecha	Contratista	Objeto	Valor
004	04/02/2000	Nelson Javier Malo Urrego	Construcción en concreto rígido en la calle 16 entre carrera 19 y 21	\$104.018.375
006	04/02/2000	Daniel de Jesús Theran Cárdenas	Construcción en concreto rígido en la calle 16 entre carrera 21 y 22	\$84.587.650

Al igual que con el anterior grupo de contratos, es claro que entre estos dos sólo varían las carreras a intervenir, guardando identidad en los demás aspectos del proceso contractual.

Como justificación se plasmó en ambos contratos que “*el Departamento del César está interesado en invertir para el mejoramiento de la calidad de vida de sus municipios a través de la ejecución de obras sociales como la pavimentación en concreto hidráulico*”

³⁹ Fl. 117 cuaderno 3 anexos, Fiscalía.

de las calles urbanas de los mismos. En tal virtud se hace necesario desarrollar el proyecto referenciado con el objeto de mejorar la circulación vehicular y peatonal, las condiciones de drenaje y la valorización de los predios urbanos”.

El aviso al público fue fraccionado, pero emitidos ambos en la misma fecha y hora⁴⁰ y los presupuestos⁴¹ incluían las mismas labores a ejecutar: *localización y replanteo, relleno con material seleccionado, calzada en concreto de 3000 PSI e=0,15, bordillo en concreto de 3000 PSI 0,15 x 0,30, andén en concreto de 2500 PSI e=0,07*, quedando así demostrado que, respecto de este segundo grupo de contratos, también operó el fraccionamiento contractual.

Ahora, no basta la constatación objetiva del fraccionamiento del objeto contractual, sino que para su reproche se requiere que no exista justificación legítima para ese proceder. Y en este caso, completamente huérfana se encuentra la actuación de cualquier explicación que permita derivar como razonable la ejecución separada de las obras, por el contrario, según la prueba testimonial recepcionada, las ejecutadas bajo los contratos 135 y 136 eran necesarias para la buena marcha de las labores que se desarrollaron en virtud de los contratos 134, 137 y 138.

⁴⁰ Fl. 69 cuaderno 3 anexos, Fiscalía.

⁴¹ Fl. 123 cuaderno 3 anexos, Fiscalía.

Efectivamente en tal sentido declaró el ingeniero Rommel Ramírez Quiroz, interventor externo de las obras, quien aludiendo a los contratos 134 y 137 explicó que en ambos se realizaron muros de contención, rellenos y cunetas, precisando que *“técnicamente las especificaciones eran las mismas en cuanto a las obras a realizar en cada trayecto, se manejaron los mismos ítems de construcción en cada uno de los trayectos que cobijaban, los mismos materiales se utilizaron en cada uno de los trayectos, todo ello de acuerdo a los presupuestos de obras y a la verificación que hice de la ejecución”*.

Jairo Luis Rivero Ovalle, Secretario de Obras Públicas del Departamento también se pronunció en ese sentido precisando que *“en cuanto a la pregunta de si las obras de los contratos 134 y 137 tenían alguna diferencia en los ítems de construcción que se ejecutarían en cada uno de los tramos, puedo decir que no había diferencia en los ítems de construcción a ejecutar en cada uno de los tramos objeto de los contratos. En el mismo orden, los ítems de construcción que se ejecutarían en cada uno de los tramos de los contratos 135 y 136 eran los mismos. Es más, las obras de arte del contrato 134 y 137, consistentes en muros de contención, drenaje, alcantarilla, cunetas, eran necesarias para mantener la vía mejorada, es decir, se requería de estas obras de arte para que la rehabilitación de la vía objeto de los contratos 135 y 136 durara en el tiempo, para que vida útil fuera más larga. Lo mismo ocurre con los contratos de obras 004 y 006, donde los ítems de construcción son los mismos, pues se trataba de la construcción de pavimento en cada uno de los tramos”*.

Del mismo modo Darío Peinado Saad, contratista de este último, en declaración del 28 de mayo del 2015⁴², explicó que las obras por él ejecutadas coincidían en algunos ítems con las de los contratos 135 y 136. Además, que las obras de arte eran necesarias para el desarrollo del contrato 138 porque mantenían la estabilidad de las desarrolladas en este último, *“ya que con un buen drenaje se protege la carpeta asfáltica y los muros de protección sirven para evitar la erosión de la vía”*.

Frente a este punto con relación a los contratos 004 y 006 se pronunció Nelson Javier Malo Urrego, contratista del primero de ellos, quien explicó en declaración del 28 de mayo de 2015⁴³ que los ítems de ese contrato y del 006 del mismo año, tenían *“obras iguales como localización y replanteo, relleno con material seleccionado, calzada en concreto de 3000 PSI igual a 015, los bordillos en concreto de 3000 PSI de 15 x 30, andén en concreto de 2500 PSI e igual a 0.07, ancho igual 1,20 m y el corte con motoniveladora”* variando las cantidades en la medida en que eran inferiores las del 004.

Lo anterior fue confirmado por Álvaro Montero Araujo⁴⁴ profesional especializado de la Gobernación del Cesar, quien señaló que la única diferencia entre los contratos 004 y 006 eran *“las cantidades de obra y el valor de las obras, porque los presupuestos de los pavimentos siempre son lo mismo, es decir, los*

⁴² Fl 32 y ss, cuaderno 2, Fiscalía.

⁴³ Fl. 35, cuaderno 2, Fiscalía.

⁴⁴ Fl. 47, cuaderno 2, Fiscalía

misimos ítems, esto es, localización, replanteo, relleno, calzada, bordillo y andenes”.

En ese mismo sentido declaró Wilson Gutiérrez Mier, profesional universitario de la Secretaría de Obras, al decir que “*no existieron diferencias técnicas entre ellos*”, refiriéndose tanto a los contratos 134 a 138 como a los 004 y 006.

Es más, obra a folio 149 del cuaderno 3 de anexos de la fiscalía un presupuesto para la construcción de pavimento en concreto rígido de la calle 16 entre carreras 19 y 22 del municipio de Bosconia, suscrito por el ingeniero Wilson Gutiérrez, profesional Universitario de la Gobernación del César, con el visto bueno del secretario de obras públicas de la misma entidad, Jairo Rivero Ovalle, en cuantía de \$190.000.000, contentivo de los mismos ítems cotizados por los contratantes de los negocios 004 y 006, que sumados alcanzaron la suma de \$188.606.025.

Eso evidencia que la obra fue pensada para ser ejecutada bajo un solo contrato, sin que exista justificación alguna para su segmentación, ni desde lo jurídico y menos desde lo técnico, como ha quedado expuesto por quienes intervinieron desde diferentes roles en el trámite.

El anterior análisis permite entender que entre cada grupo de contratos (134 a 138 y 004 y 006) era predicable la unidad de objeto, sin que las razones para realizar múltiples

contratos se funden en criterios razonables de satisfacción del interés público, sino que, por el contrario, estas lucen artificiosas y dirigidas a desatender las reglas contractuales.

En esa medida, el fraccionamiento contractual evidenciado en este caso tuvo como finalidad alterar materialmente el objeto del contrato y dividir su cuantía, buscando así acomodarla al régimen de adjudicación directa, prescindiendo del procedimiento de licitación pública que la ley imponía por el monto del rubro a ejecutar.

Se encuentran acreditados así los elementos objetivos del tipo penal ante el incumplimiento de los requisitos legales esenciales en el trámite y la celebración de los contratos reseñados, en tanto desde la génesis de las negociaciones se optó por fraccionar el objeto contractual y de manera consecuente se acudió a la contratación directa cuando las disposiciones que regulan la materia exigían el desarrollo de una licitación pública para la adjudicación de las obras, en razón a la cuantía a ejecutar.

Como en este caso se encuentra acreditado el fraccionamiento contractual y a partir de allí el incumplimiento de los requisitos legales esenciales al haberse adelantado la contratación por una modalidad que no se ajusta a la legalidad, la Sala no entrará a analizar la satisfacción o no de los requisitos legales de la contratación

directa, en la medida en que ese estudio resultaría relevante solo de manera subsidiaria en el evento en que no se hubiese encontrado irregularidad alguna en el fraccionamiento.

6.3.3.2. Elementos subjetivos

El delito contractual solo acepta la forma conductual dolosa en cuanto el legislador no lo tipificó de forma culposa. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización o tratándose del dolo eventual cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

El dolo contiene dos aspectos, uno *cognitivo* y otro *volitivo*, el primero de ellos, requiere que el agente comprenda la conducta típica en sus elementos -circunstancias de ejecución y resultados- y el segundo, exige que se demuestre la intención libre de realizarla.

Para valorar el elemento subjetivo cobran relevancia las condiciones personales y profesionales de GNECCO CERCHIARO, con estudios hasta primer grado de bachillerato, se desempeñó como concejal, diputado, Representante a la Cámara y Gobernador del Cesar durante dos periodos.

Y si bien el hecho de haber desempeñado distintas labores en la administración pública no demuestra *per se* que tenía la suficiente instrucción en materia de contratación estatal y menos que haya querido transgredir tales disposiciones, en este caso sí resulta relevante para el análisis del que se ocupa la Sala, que para el momento de los hechos el procesado se encontraba en medio de su segundo periodo como gobernador del Departamento del Cesar y en calidad de tal, a no dudarlo, actuó en múltiples ocasiones como ordenador del gasto e intervino en numerosos trámites contractuales, por lo que no resulta razonable pensar que no tuviera para esa época la experiencia suficiente en estas tareas.

Y es que las particularidades de este caso, en el que salta a la vista la existencia de un fraccionamiento contractual injustificado, no permiten concluir que, para percibirlo, se hiciera necesario contar con conocimientos especializados en la materia. El asunto era tan evidente que no requería de parte del procesado un ejercicio mental superior para detectar que los contratos que se estaban gestando de manera separada, tanto en el año 1999, o luego en el 2000, tenían el mismo objeto contractual y podían ejecutarse en uno solo.

Así lo hicieron notar declarantes como Nelson Javier Malo Urrego y Darío Peinado Saad, contratistas sin

conocimientos en temas jurídicos, ni tampoco funcionarios de la entidad territorial, quienes en sus declaraciones fueron contestes en precisar que, por la identidad contractual, no había razón para dividir los contratos.

Como funcionario público en ese cargo, GNECCO CERCHIARO con la mera revisión de los estudios de conveniencia en que plasmó su firma o de los contratos que suscribió, todos en un mismo día, con igual objeto, certificado presupuestal y justificación, podía percatarse de las ilegalidades de los trámites por el evidente fraccionamiento contractual injustificado que mediaba.

Si en gracia de discusión se admitiera que la justificación para tramitar y celebrar los contratos de manera separada, era la naturaleza de las labores, unas denominadas rehabilitación y otras obras de arte, bien podían entonces haberse unido en dos grupos, esto es, por una parte, los contratos 134 y 137 y por otra el 135 y 136, que igual hubiesen superado al cuantía para contratar directamente, lo que tampoco se hizo, reafirmandose así el conocimiento que tenía sobre los requisitos que debían regir esa contratación y la intención de burlarlos.

La situación es más notoria en los contratos 004 y 006, respecto de los cuales no existe ningún criterio diferenciador que justifique su división, aspectos que igualmente resultan

relevantes para el análisis del componente subjetivo, por la obviedad de contradicción de la modalidad elegida para la contratación con las normas que regulan la materia, lo que devela la intención artificiosa del proceder.

La prueba testimonial demuestra que LUCAS SEGUNDO en su condición de gobernador, en medio de las reuniones del Consejo de Gobierno, dio las instrucciones para que estos contratos fueran fraccionados buscando que la cuantía fuera menor, con miras a ejecutarse por la modalidad de contratación directa.

Así lo hizo saber Jairo Luis Rivero Ovalle, quien explicó que la Secretaría de Obras que él regentó durante los años 1998 y 2000, tenía *“a cargo la parte técnica de los proyectos de obras e infraestructura, la etapa precontractual y el certificado de conveniencia de la obra”* y que los que ahora son objeto de juzgamiento, como todos los proyectos, le fueron presentados al gobernador, quien ordenaba a través de la Secretaría de Hacienda la disponibilidad presupuestal, con la cual se realizaba el trámite posterior.

Agregó que el gobernador ordenó y solicitó las disponibilidades presupuestales, lo que le permitió conocer que las partidas económicas se generaron por el monto total de cada una de las obras, por tanto, debido al presupuesto no se hacía necesario ejecutar las labores de manera

fraccionada, sin embargo, el mismo GNECCO CERCHIARO, a voces del testigo, dispuso la división de los contratos.

Señaló además, que el procesado participó también en los conceptos de conveniencia relativos a las obras, lo que se evidencia en los diferentes documentos de esa naturaleza obrantes en el trámite, suscritos por LUCAS SEGUNDO.

Por tanto, no son de recibo los planteamientos de la defensa respecto a que no le son imputables al gobernador las irregularidades de la etapa precontractual de estas negociaciones, pues como se ha explicado, la prueba demuestra la participación directa del procesado desde el origen del trámite contractual.

La defensa reclama, además, el amparo del acusado en el principio de confianza, sin embargo, en este caso no hay elementos que permitan concluir que GNECCO CERCHIARO actuó mediante delegación, pues, así como no existen documentos que den cuenta del acto administrativo escrito y específico que así lo dispusiera, tampoco emerge del acervo probatorio su existencia, por el contrario, se tiene que él controlaba la etapa precontractual y contractual.

Si fuera que el procesado no tenía conocimiento de la irregularidad y no era su voluntad que los contratos se celebraran sin los requisitos legales, al cumplir su obligación

de ejercer control a la actividad contractual, fácilmente hubiera detectado las inconsistencias y eso lo hubiera llevado a buscar de la oficina jurídica la revisión y asesoría frente al trámite, lo que no hizo.

Por demás, no existe prueba de que el gobernador actuara instruido por los funcionarios de la oficina jurídica. En ese sentido Carmen Magaly Fernández de Castro, jefe de esa dependencia, explicó que GNECCO CERCHIARO no acudió a ellos para que se emitiera un concepto sobre la viabilidad de adelantar la contratación bajo esta modalidad, explicaciones soportadas en los dichos de Rivero Ovalle, quien indico que la oficina jurídica elaboraba los contratos y aprobaba las pólizas, *“pero no participaba en la modalidad de la contratación, eso ya cuando llegó a la oficina jurídica, ya estaba dispuesto”*.

A la luz del artículo 277 de la Ley 600 de 2000 que impone al funcionario judicial sopesar diversos factores referentes a la naturaleza del objeto percibido, el sentido a través del cual el sujeto aprehendió el hecho, las circunstancias de tal percepción, así como la forma de evocación y narración del suceso, etc., resultan para la Sala dignas de crédito las declaraciones referidas, algunas de quienes fungieron como contratistas en los contratos cuestionados, otros, funcionarios de la gobernación para el momento de los hechos, no solo porque provienen de quienes pueden dar fe de las ilegales circunstancias que rodearon las

fases precontractual y contractual, sino porque sus exposiciones espontáneas tienen corroboración con los hallazgos encontrados en la investigación y que acreditan el incumplimiento de los presupuestos esenciales necesarios para la contratación.

Es así como las maniobras puestas en evidencia, tales como el fraccionamiento calculado al detalle para que no se superara el monto a partir del cual se hacía necesaria la licitación pública, sin justificación técnica, financiera, ni jurídica con la participación directa del procesado en la etapa del trámite y celebración de los contratos arroja la convicción de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo penal.

Por eso, la razón no acompaña al defensor en su pedimento de absolución, ya que el análisis conjunto de la prueba permite afirmar, sin dubitaciones, la acreditación del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y el actuar doloso por parte de GNECCO CERCHIARO.

Por demás, se nota vacua la petición del togado de aplicar las posturas jurisprudenciales en tema de contratación vigentes para el momento de los hechos, porque además de no precisarlas, no denota en qué sentido beneficiaria al actuar de su asistido, con lo cual también olvida que la Sala de Casación Penal ha señalado que la aplicación del principio de favorabilidad no se reputa de los

cambios de jurisprudencia para procesos en curso, porque es legítimo que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria varíe la interpretación de un determinado precepto por considerarla errónea. En consecuencia, el precedente judicial no puede petrificarse en el ordenamiento jurídico, puesto que podría provocar inaceptables injusticias⁴⁵.

Bajo esta perspectiva, admitido como está que en los contratos 134 a 138 de 1999 y 004 y 006 de 2000 se fragmentó el objeto contractual, desconociendo con ello los principios de la contratación pública con la finalidad de evadir la licitación, como requisito esencial, ha de afirmarse que tales conductas, en cada grupo de contratos, se cometieron con dolo global o unitario, mediante el cual se infringió gradualmente el bien jurídico de la administración pública.

Así entonces, en los dos grupos de contratos, el primero, que corresponde a los 134, 135, 136, 137 y 138 de 1999 y ,el segundo, por los 004 y 006 de 2000, en armonía con lo que ha establecido esta Sala en otras oportunidades⁴⁶, se predica

⁴⁵ CSJ SP, 14 jun. 2017, rad. 49467

⁴⁶ Al respecto esta Sala el 24 febrero 2021 dentro del radicado 49599, señaló:
“Sobre la unidad de acción y el delito continuado, esta Corporación ha sostenido que si en la secuencia del actuar delictivo se infringen ciertas disposiciones normativas ello no significa que se ha de deducir un delito por cada norma transgredida por cuanto hacen parte de un contexto de acción más amplio encaminado a un fin⁴⁶.

«Los elementos de este último son: (i) pluralidad de comportamientos que realizan un mismo tipo penal; (ii) unidad de designio o lo que es igual, dolo unitario y global; y, (iii) vulnerabilidad gradual del bien jurídico, por lo que se excluyen aquellos de carácter

la tipificación de dos delitos de *celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, descrito en el artículo 146 del Código Penal de 1980, dado que como ya se evidenció en cada uno de esos grupos, hubo fraccionamiento, lo que tendrá incidencia en materia punitiva, como se analizará más adelante.

6.3.4 De la antijuridicidad

Respecto a los delitos que atentan contra la administración pública, la Sala de Casación Penal de esta Corporación tiene dicho que ese bien jurídico protege tanto la función, que corresponde a lo que puede denominarse expresión dinámica del interés jurídico, como los bienes de la administración, la concepción estática del mismo⁴⁷, por tanto la elevación a los delitos contenidos en el título

*personalísimo, como, por ejemplo, la vida, la integridad o formación sexual, entre otros*⁴⁶.

Pues bien, es incontestable que en el presente caso convergen los anteriores elementos: se celebraron cuatro contratos en lugar de uno como correspondía, observando un trámite similar con la trasgresión de los mismos principios de la contratación pública dentro de un mínimo tracto de tiempo, cinco días. En su trámite subyace la misma finalidad de evadir la licitación pública, es decir, se firmaron con dolo global o unitario, lo cual denota la vulneración gradual del bien jurídico tutelado, pues en un lapso de dos meses, hubo un progresivo quebrantamiento a la administración pública departamental.

La convergencia de estos elementos demuestra la unidad acción jurídica y con ello la tipificación de un solo delito de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales.”

⁴⁷ CSJ SP, 26 jun. 2019, rad. 47475.

dedicado al mismo tiene una doble connotación: *i)* apunta al correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines estatales, como garantía de que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y *ii)* propende por la protección de los bienes patrimoniales del Estado, esto es, aquellos destinados para el desarrollo de esos mismos fines.

Aquí ninguna duda surge frente a la lesividad del comportamiento atribuido a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO, en la medida en que ni el trámite ni la celebración de los contratos cuestionados estuvieron orientados a la consecución de los fines estatales que le eran exigibles y en procura del interés general.

Las conductas censuradas lesionaron sin justa causa el bien jurídico de la administración pública ante el claro desvío del propósito que debe regir todas las actuaciones de las autoridades administrativas de cualquier orden y que impone el deber de actuar respetando las normas que regulan la actividad contractual estatal, en detrimento de los principios de la función pública tantas veces mencionados y en abandono de los cometidos asignados al manejo

presupuestal de las entidades oficiales, comportamiento que sin duda deteriora la confianza de los asociados en las instituciones oficiales.

En ese orden, las conductas endilgadas al procesado son antijurídicas, por haber lesionado efectivamente el bien jurídico de la administración pública, sin que se hubiera acreditado la concurrencia de alguna causal de justificación.

6.3.5 De la culpabilidad

Para la Sala, el enjuiciado tenía plena capacidad para comprender la ilicitud del acto y para autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a la normativa.

No se tiene noticia que hubiera ejecutado la conducta típica y antijurídica condicionado por algún tipo de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Por el contrario, la actitud asumida a lo largo del debate penal, en el que decidió voluntariamente mantenerse al margen invocando en su indagatoria el derecho que le asiste a guardar silencio y no concurriendo a la audiencia pública de juzgamiento, permiten afirmar que no padece alguna patología mental que afecte su capacidad de comprensión,

por manera que el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo.

Aunado a lo anterior, GNECCO CERCHIARO tenía plena conciencia de la antijuridicidad de la conducta desplegada, dada su vasta experiencia en la vida pública, desempeñándose a lo largo de su carrera política como concejal del Municipio de La Paz (Cesar), diputado de la Asamblea Departamental del Cesar y Representante a la Cámara por el mismo departamento, además de haber ostentado la calidad de gobernador en dos oportunidades: la primera, para el período 1992-1995, y la segunda en el período 1998-2000.

Se descarta que el grado de instrucción de primero de bachillerato del enjuiciado socave de alguna manera la materialidad de la conducta aquí investigada y su responsabilidad en la misma, pues su trayectoria política indica que no era un lego en la materia y contaba con experiencia en el desempeño de cargos públicos de nivel directivo.

Así, deviene claro que tales circunstancias le permitían conocer que la función a él encomendada por elección popular debía ejercerla con apego a los mandatos

constitucionales suficientemente indicados en precedencia, conforme con los cuales, tenía el deber de orientar su actuar como servidor público a la consecución de los fines del Estado y en procura del interés general y al no hacerlo, actualizó el atentado contra la administración pública.

6.3.6 De la responsabilidad

Es posible en este caso declarar la responsabilidad penal del procesado a partir de la materialidad de las conductas punibles por las que se le procesa, consagradas como comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad del que se hace merecedor GNECCO CERCHIARO, quien, pese a estar en plena capacidad de actuar de otra manera dirigió su conducta a ejecutar la acción antijurídica.

7. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

A LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO se le acusó como autor del delito de *contrato sin requisitos legales* en concurso homogéneo, consagrado en el artículo 146 del Código Penal de 1980, modificado por los artículos 57 y 58 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995, vigente para la época de los hechos, que contempla una pena privativa de la libertad de cuatro (4) a doce (12) años, multa de diez (10)

a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer cargos públicos y proponer y celebrar contratos con entidades del Estado por diez (10) años, cifras que constituyen los límites mínimo y máximo de la infracción, teniendo en cuenta que en la resolución de acusación no se imputaron circunstancias de agravación punitiva.

Se respetarán tales marcos punitivos, pero el proceso dosimétrico se hará de acuerdo con las disposiciones de la Ley 599 de 2000, toda vez que, con la implementación de los cuartos punitivos, fue querer del legislador restringir la discrecionalidad del juzgador en la tasación de la pena, otorgada de manera más laxa en la anterior normativa, donde le correspondía al fallador respetar los límites mínimo y máximo de la respectiva descripción legal, pudiendo moverse en ese margen según la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

Actualmente, de acuerdo con las circunstancias de menor o mayor punibilidad que hayan sido endilgadas el ámbito punitivo se divide objetivamente en cuartos; inferior, medios y superior, ubicándose en la fracción mínima en caso de no concurrir circunstancias de mayor punibilidad o solo mediar las menores, rangos medios cuando unas y otras

convergen, o la porción máxima si únicamente se predicaron las mayores.

Incluso en este aspecto es más garantista el ordenamiento sustantivo de 2000 ante la obligación de justificar la individualización de la pena, como claro desarrollo del deber de motivar las sentencias, propio del principio de legalidad que informa el Estado social de derecho.

Por lo tanto, la discrecionalidad reglada y el sustento razonable serán las bases para que, mediando el criterio de proporcionalidad, se fije la pena, de ahí que advirtiéndose que no fueron predicadas circunstancias de mayor punibilidad (antes llamadas de agravación), la misma no podrá superar el primer cuarto punitivo, como pasa a explicarse.

Fijados los límites punitivos entre 4 y 12 años se advierte que la sanción aflictiva de la libertad tiene un ámbito de movilidad de 8 años, y para la pena de multa, el margen es de 10 SMLMV, guarismos que divididos en cuartos quedan así:

PENA	Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
Prisión	4 – 6 años	6 – 8 años	8 – 10 años	10 – 12 años
Multa	10-20 smlmv	20-30 smlmv	30-40 smlmv	40-50 smlmv

En armonía con lo dispuesto el inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, la Sala habrá de ubicarse en el cuarto

mínimo, en atención a que en este caso concurre como circunstancia de menor punibilidad la carencia de antecedentes penales, consagrada el artículo 55 numeral 1 del Código Penal y no le fue enrostrado por la fiscalía ningún criterio de mayor punibilidad.

Dentro de éste en consideración a los parámetros decantados en el inciso 3° del artículo en cita, al sopesar la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo y la función que la pena ha de cumplir en el caso concreto, se le impondrá la pena de cinco (5) años de prisión, esto es, con un incremento del 50% respecto del ámbito de movilidad del primer cuarto, dado que GNECCO CERCHIARO merece un severo juicio de reproche en tanto la gravedad de la conducta se refleja en el manejo irregular de la actividad contractual adelantada en este caso, en el que se desconocieron de manera protuberante los principios que deben regir la contratación administrativa, acudiendo a maniobras calculadas para evadir las normas que regulan la materia.

Se simuló la selección transparente y objetiva de los contratistas, cuando desde las reuniones de los consejos de gobierno se había direccionado el trámite previo y la contratación por la vía que no correspondía, con miras, se itera, a esquivar el procedimiento legal.

La intensidad del dolo se refleja en la reiteración de la conducta, pues pese a que el procesado conocía las exigencias legales que debían cumplirse en los asuntos que son objeto de censura, y que le correspondía adelantar su función contractual con respeto a los principios que rigen la materia, decidió en dos procesos de contratación, separados en el tiempo y con objetos distintos, desatender las exigencias de licitación pública y selección objetiva, poniendo en evidencia durante su administración un actuar de ilegalidad en temas contractuales, calculado y periódico. Todo lo anterior, conlleva la necesidad de apartarse del límite inferior de la pena imponible y soporta su aumento en 12 meses.

Con el mismo criterio, la sanción pecuniaria se situará en la pena mínima del primer cuarto y se incrementará en la misma proporción (50%), equivalente a 5 SMLMV, lo cual arroja una pena de multa a imponer para el sentenciado de 15 salarios mínimos legales mensuales para la época de comisión de los punibles.

Ahora bien, como se está ante un concurso delictual de carácter homogéneo y sucesivo, que según la Fiscalía abarca los 7 contratos, no obstante, como lo concluyó la Sala párrafos atrás, en relación con aquellos grupos de contratos en que se advirtió el fraccionamiento del objeto contractual ha de predicarse la unidad de acción, esto es, se trata de dos

conjuntos; el conformado por los negocios 134 a 138 de 1999 y un segundo integrado por los contratos 004 y 006 de 2000, quedando reducidos a dos delitos de igual naturaleza.

De acuerdo con el artículo 31 del Código Penal, quien con su acción u omisión infrinja diversas disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sujeto *a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto*, sin que sea superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas individualmente consideradas.

Individualizada la pena para uno de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, para efectos del concurso homogéneo se determinará el incremento en dos (2) meses de prisión por el grupo de conductas concurrentes y como no puede sobrepasar la suma aritmética de las mismas, se fijará en definitiva en cinco (5) años y dos (2) meses de prisión⁴⁸ monto que se advierte razonable y proporcional en orden al propósito de prevención general que se persigue con la sanción.

Por el mismo lapso se condenará a GNECCO CERCHIARO a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, en tanto dicha sanción no fue prevista

⁴⁸ Equivalente a un incremento del 3.33% sobre la pena de prisión individualizada para el delito base.

como principal en la normatividad vigente para cuando cometió los comportamientos (art. 42, numeral 3°, en concordancia con el artículo 52 del anterior estatuto penal), como ahora sí lo está en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, y que, por ende, resulta de aplicación favorable.

Respecto a la sanción pecuniaria según el artículo 46 del Decreto Ley 100 de 1980 se tendrá para su fijación la gravedad de la infracción. La normativa establece que de concurrir varias multas, estas deben sumarse, sin que superen el monto de diez millones de pesos (\$10.000.000,00), por tanto, a los 15 salarios mínimos legales mensuales correspondientes a un solo delito, se aumentará siguiendo la misma lógica del incremento punitivo por el concurso, el equivalente al 3.33%, lo que arroja 0.4 salarios más por las conductas concurrentes, para un total de 15.4 salarios mínimos mensuales vigentes para la época de comisión de los hechos.

8. MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

8.1 Precisión inicial

Teniendo en cuenta que en razón de la favorabilidad se optó por aplicar la pena prevista en el artículo 146 del Código Penal de 1980, para el análisis de los institutos de la

suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión igualmente se hará el cotejo de esa norma, con los presupuestos del estatuto punitivo de 2000.

En todo caso no se podrá tener en cuenta el listado de delitos excluidos para el otorgamiento de beneficios en el cual están los que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, toda vez que el artículo 68-A que consagra tal enumeración fue creado mediante el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, con posterioridad a la época de ocurrencia de los hechos investigados, precepto que incluso ha sido modificado mediante las leyes 1773 de 2016 y 1944 de 2018, que resultan desfavorables al procesado.

8.2 De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 68 del Decreto-Ley 100 de 1980 señala como requisitos: *i)* que la pena impuesta no exceda de tres años de prisión, y *ii)* que la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

Por su parte el artículo 68 de la Ley 599 de 2000 mantiene como límite objetivo que la pena no exceda de tres años de prisión, estableciendo como ingrediente subjetivo que los antecedentes personales, sociales y familiares del

sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La Sala advierte claramente que bajo ninguno de los ordenamientos se satisface el requisito objetivo para el otorgamiento del subrogado penal toda vez que la pena supera los tres (3) años de prisión, y si bien la modificación introducida al artículo 63 por la Ley 1709 de 2014 permite su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de 4 años, en este evento también se supera dicho quantum punitivo.

El incumplimiento del requisito objetivo releva a la Sala de analizar las restantes exigencias normativas.

8.3 Prisión domiciliaria

No estaba prevista en el Código Penal de 1980, pero su análisis se hará frente a los presupuestos exigidos originalmente en el artículo 38 de la ley 599 de 2000 y no en relación con las modificaciones introducidas a través de la Ley 1709 de 2014, porque si bien esta última aumentó la exigencia objetiva de 5 a 8 años de prisión, no le resulta favorable al procesado, máxime que los delitos por los que se procede están incluidos en el inciso 2° del artículo 68-A que prohíbe su concesión.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, el requisito objetivo de la norma en comento, esto es, que la pena se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años o menos, debe analizarse conjuntamente con todas las circunstancias genéricas y específicas que califican o privilegian la conducta reprochada, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad (CSJ SP18912-2017, Rad. 46930).

Bajo tal panorama, el requisito objetivo dispuesto en artículo 38 de la ley 599 de 2000, original, se cumple en el presente asunto, habida cuenta que el delito por el que se declara penalmente responsable a GNECCO CERCHIARO comporta una pena privativa de la libertad mínima inferior a cinco años.

En cuanto a las exigencias de naturaleza subjetiva, se requiere que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita deducir fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Como lo tiene decantado la jurisprudencia⁴⁹ el análisis que debe llevarse a cabo respecto a la concurrencia de los presupuestos de naturaleza subjetiva implica valorar la gravedad del comportamiento y las funciones llamadas a cumplir por la pena en el caso concreto, aspectos con fundamento en los cuales se sustenta el pronóstico sobre el peligro para la comunidad y el cumplimiento de la sanción.

En tal labor, es necesario destacar que más allá de la lesividad intrínseca predicable de cada uno de los delitos atribuidos al procesado, apreciada en su conjunto la conducta reprochada a GNECCO CERCHIARO se advierte una gravedad superlativa, en razón no solo de la afectación cierta del bien jurídico de la administración pública en su doble dimensión, como mecanismo de protección de la función pública y como protectora del patrimonio del Estado, sino por la repercusión social del comportamiento.

Los hechos probados en este caso, acaecidos en espacios temporales diferentes y respecto de dos obras públicas que no se relacionaban entre sí ponen en evidencia que la evasión a la normativa de la contratación estatal era un actuar sistemático y recurrente en la administración de GNECCO CERCHIARO y por tanto, la transgresión a los principios de moralidad, transparencia, eficacia e

⁴⁹ CSJ SP, 9 oct. 2013, Rad.40536, reiterada en AP2300-2018, Rad. 51536.

imparcialidad que estaba compelido a cumplir en el ejercicio de la función pública que detentaba, la cual no puso al servicio del interés general como le era exigible. Sin el menor recato encomendó a los funcionarios de la administración en las reuniones del Consejo de Gobierno, que el trámite de los contratos que acá se juzgan, se adelantara contrariando las disposiciones legales con miras a evadir la licitación pública.

Por ello, en punto de los criterios de retribución justa y prevención general asignados a la pena, no es viable conceder a favor de GNECCO CERCHIARO la prisión domiciliaria, pues el desdén con que desempeñó las funciones propias del cargo impide hacer un diagnóstico favorable sobre el peligro que representa para la comunidad.

Pese a lo anterior, se estudiará la figura de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave, para lo cual cobran vigencia los razonamientos expuestos dentro de la sentencia de 29 de abril de 2021, radicación 45013 en la cual, con soporte en lo decidido por la Sala de Casación Penal en sentencia bajo el radicado 31190 mediante la cual también se condenó a GNECCO CERCHARIO a la pena de veinticuatro (24) años y nueve (9) meses de prisión, entre otras sanciones, por hallarlo responsable de los concursos homogéneos y heterogéneos de los delitos de prevaricato por acción, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado, al encontrar acreditado

con el dictamen expedido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que padecía de enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 599 de 2000 le fue concedida tal reclusión sucedánea de la intramural.

En aquella oportunidad, la Sala de Casación Penal de esta Corporación explicó que mediante el oficio No 7481 de 13 de octubre de 2009 la perito, después de describir la anamnesis, el estado físico y la impresión diagnóstica: “1) *Cardiopatía dilatada de probable etiología hipertensiva e isquémica;* 1) *(sic) Diabetes Mellitus Tipo II no controlada;* 2) *Hipertensión arterial Estado I;* 3) *Neuropatía diabética clínica distal sensitiva activa;* 4) *Obesidad grado I;* 5) *Hiperplasia prostática benigna;* 6) *Hiperlipidemia mixta;* 7) *Enfermedad ácido péptica;* 8) *Artrosis de rodilla derecha*”, concluyó: “*Examinado en control por detención domiciliaria el usuario LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, se puede establecer que presenta los diagnósticos anteriormente anotados y SE ENCUENTRA EN ESTADO GRAVE POR ENFERMEDAD, requiriendo del manejo médico ordenado por especialistas tratantes y controles ambulatorios con la periodicidad que determinen, garantizando el tratamiento en el sitio de reclusión*”.

Y si bien en el actual diligenciamiento no obra dictamen de perito oficial en el mismo sentido, lo que impediría a la Sala entrar a valorar la procedencia de la sustitución de la pena privativa de la libertad por enfermedad grave, no se puede soslayar que los padecimientos de GNECCO CERCHARIO previamente acreditados ante la Corte Suprema de Justicia tienen el carácter de crónicos y al

parecer persisten, pues obra constancia dentro del plenario respecto a que actualmente se encuentra deteriorado su estado de salud⁵⁰, lo que unidos a sus 79 años de edad, además de la emergencia generada por la pandemia de covid-19 que aún subsiste, son indicativos que la internación en establecimiento penitenciario sin consideración alguna al mecanismo sustitutivo previamente reconocido por esta misma Corporación, podría resultar desproporcionado.

Así las cosas, se autorizará la ejecución de la pena privativa de la libertad que por este medio se impone en su lugar de residencia, la que se hará efectiva una vez quede en firme la presente decisión. El control de la medida lo ejercerá el Juez de Ejecución de Penas que asuma su vigilancia, quien deberá adoptar las medidas necesarias para verificar de manera periódica la evolución el estado de salud del procesado.

9. CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL DELITO

De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, *en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta*

⁵⁰ Archivo 48, cuaderno No 2, Sala Especial de Primera Instancia

punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

En el presente asunto, si bien se acreditó la lesión al bien jurídico de la administración pública lo cierto es que no se tiene acreditado el menoscabo del patrimonio del Estado, y menos es posible con los elementos de prueba arrimados a la presente actuación, llevar a cabo la cuantificación de eventuales perjuicios de orden material que pudieran haberse causado con la conducta punible, dada la indeterminación sobre el cumplimiento o no de los objetos contractuales aquí investigados.

En ese sentido, ningún declarante pudo dar cuenta con certeza si los contratos fueron cumplidos a cabalidad o no, y del acervo probatorio restante tampoco es posible concluirlo de manera certera.

Así las cosas, correspondía a la parte civil arrimar o solicitar los medios de prueba que soportaran su pretensión. Sin embargo, en la demanda que para el efecto presentó, se limitó a ofrecer como pruebas *las que obran en el expediente*, y como se ha explicado, con esas no se acredita la existencia de los perjuicios invocados.

Tal indeterminación, aunada al hecho de que el actor civil en la demanda respectiva se limitó a cuantificar los perjuicios en la suma de \$767.474.341,6 sin explicar cómo

estableció ese monto, imposibilita a la Sala a realizar el análisis de rigor y concluir la existencia de algún daño.

10. OTRAS DETERMINACIONES

10.1 Ejecución de la pena

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 de la Ley 600 de 2000, la vigilancia de la ejecución de las sanciones aquí impuestas corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar donde se determine que habrá de purgar la pena el procesado. En consecuencia, una vez en firme, por secretaría se remitirá la actuación a la citada autoridad, para lo de su cargo.

10.2 Comunicación a otras autoridades

Conforme lo dispuesto en el artículo 472 del mismo ordenamiento adjetivo, en firme esta decisión, por secretaría se remitirán las copias respectivas a las autoridades pertinentes, así como a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para el cobro coactivo de la multa impuesta.

10.3 Cumplimiento de la reclusión domiciliaria

El artículo 188 de la Ley 600 de 2000 dispone que las providencias relativas a la libertad y detención, así como las

que ordenan medidas preventivas deben cumplirse de inmediato. No obstante, en su inciso segundo determina que en los eventos en que se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

En el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación, al resolver la situación jurídica de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento. Así, pese a que en la presente decisión se negará la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero se concederá la reclusión domiciliaria por enfermedad grave, tal medida sólo podrá hacerse efectiva una vez adquiera firmeza esta sentencia, y claro está, una vez sea el condenado puesto a disposición de este proceso, en caso de que aun esté purgando las condenas previamente impuestas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONDENAR a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO como autor responsable del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso homogéneo y sucesivo.

SEGUNDO. - IMPONER a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO las penas principales de cinco (5) años dos (2) meses de prisión y multa de quince punto cuatro (15,4) salarios mínimos mensuales vigentes para la época de comisión de los hechos, así como la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

TERCERO. - NO CONDENAR a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHIARO al pago de perjuicios derivados de la conducta punible, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO. - NEGAR al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

QUINTO. - AUTORIZAR la reclusión domiciliaria por enfermedad grave del condenado, en los términos del artículo 68 de la Ley 599 de 2000, bajo los condicionamientos expuestos en la parte motiva.

SEXTO. - En firme, **REMITIR** copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000, así como a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para el cobro coactivo de la multa impuesta y al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad -reparto-, para lo de su cargo.

SÉPTIMO. - Acorde a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, contra esta decisión procede el recurso de apelación, para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese y cúmplase


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



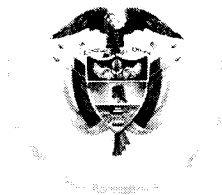
JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado
Aclaración de voto



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicado No. 47253

LUCAS SEGUNDO GNECCO CHERCHIARO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022).

Pese a estar de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia que condena a LUCAS SEGUNDO GNECCO CHERCHIARO, aclaro el voto, por cuanto discrepo de la motiva en los siguientes aspectos:

1. Soy del criterio, ya conocido por la Sala, que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es un delito de resultado y no de mera conducta, por tanto, el principio de confianza debió analizarse en principio en la relación de causalidad como elemento del tipo objetivo, y de entrada en el subjetivo como lo señaló el fallo, verificando para el efecto, si se creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídicamente tutelado, y si dicho riesgo se concretó en el resultado típico, para definir si la conducta era atribuible a GNECCO CHERCHIARO.

En este asunto, el acusado suscribió los contratos de obras públicas 134 a 138 y 004 y 006, sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales por parte de los

funcionarios en quienes estaba delegada o desconcentrada esa función, y no como si se tratara de la antijuridicidad en sede de tipicidad, en la misma puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En ese orden comparto que el *principio de confianza* en casos como el que se revisa, así no se haya abordado de manera expresa, pues lo que rebela la petición de la defensa y los argumentos de la decisión es su invocación en términos materiales; solamente ampara a quien cumplió con los deberes de dirección, vigilancia y control de las actuaciones de los delegatarios, pues su cumplimiento impide imputarle la creación del riesgo jurídicamente desaprobado para atribuirle el *resultado*.

Los argumentos que soportan mi postura son los siguientes:

Respecto al principio de confianza y su análisis en la relación de causalidad como elemento del tipo objetivo de este delito, es un tema del cual la Sala se ha ocupado¹, dando por sentado que es de acción y no de omisión, y de resultado y no de mera conducta; en consecuencia, el principio de confianza se viene estudiando en el tipo objetivo en procura de determinar si el resultado es atribuible jurídicamente al acusado. Criterio del cual participo sin ninguna duda.

En orden a dar claridad al asunto empiezo por destacar la distinción entre *acción* y *resultado*. La *acción* penalmente

¹ CSJ SPE00017-2021, rad. 49599, SPE0057.2021, rad. 00026; SEP00079-47494; Y SPE000130-2021, rad.49053, entre otros.

relevante es la realizada en el mundo exterior. Una vez se exterioriza produce una modificación que no es otra cosa que un *resultado*, pero este ya deja de ser parte de la *acción*. No es extraño que se asuma la *acción* como el *resultado* mismo. Sin embargo, con ello se confunde la expresión de la voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior.

Para Muñoz y García², de quienes tomamos estas líneas, la distinción entre *acción*, como simple manifestación de voluntad, y *resultado* como consecuencia externa derivada de la manifestación de la voluntad, tiene apreciables implicaciones para el derecho penal. Por ejemplo, en algunos casos el legislador sanciona la simple manifestación de voluntad como en la injuria (delito de mera conducta o simple actividad); pero en otros penaliza además el *resultado* que esta produce como el homicidio (delito de resultado). En estos se exige una *relación de causalidad* entre la *acción* y el *resultado*.

En consecuencia, son punibles de *resultado* aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espaciotemporalmente de la *acción* (conducta). Su realización constituye la consumación formal del tipo.

Debido al lapso existente entre la *acción* y el *resultado* se admiten otros riesgos, o intervenciones posteriores de terceros, del autor o de la propia víctima que pueden ser dolosos, imprudentes o fortuitos, comisivos u omisivos y que pueden tener importantes consecuencias en la imputación del resultado, pudiendo llegar incluso a condicionar la necesidad

² Muñoz Conde, F., y García Arán, M. Derecho Penal Parte General. Ed. Tirant lo Blanch. México, D. F., 2012. 8ª. Ed., pág. 225 y ss.

de la pena. Además, el *resultado* debe ser la proyección del riesgo que la *acción* creó. Las lesiones, por ejemplo, son delitos de resultado, pues exigen el menoscabo en la salud de una persona.

Por el contrario, los de *mera actividad* son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de la *acción*, sin que se exija un *resultado* distinto del comportamiento mismo³. El delito de violación de habitación ajena (hoy contravención), por ejemplo, es de simple actividad ya que para su tipificación basta con sólo penetrar en morada ajena o permanecer en ella.

Para Roxin⁴ los *delitos de resultado*, son aquellos en que éste consiste en una consecuencia de lesión o puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Por ejemplo, el homicidio: entre la *acción* (disparar) y el *resultado* (muerte) hay un intervalo de espacio y tiempo. En cambio, los de *simple actividad* son los que su ejecución coincide con el último acto de la *acción* y, por tanto, no se ocasiona un *resultado* separado de ella. Por ejemplo, el allanamiento de morada en el que el tipo se actualiza con la intromisión.

Según el autor, el sentido práctico de la diferenciación consiste en que la *teoría de la relación causal* -que en los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación al tipo objetivo- solo desempeña un papel en los delitos de *resultado*.

³ Fuente:

<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html>

⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. Ed. Civitas, S. A., Madrid 1997, pág. 328 y ss.

Es decir, en los de *mera actividad*, para comprobar la consumación del hecho solo es preciso examinar la concurrencia de la propia *acción* del autor y no la relación de causalidad; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea el momento en que al autor ha hecho lo necesario para provocar el resultado) con la consumación del delito.

Para la Corte la lesión del acto delictivo en los *delitos de peligro*, acorde con un carácter de prevención en el que el Derecho Penal se anticipa y protege el bien de un futuro daño, se toma como algo potencialmente dañoso. La lesión adquiere un sentido figurado, pues su afectación no está en el bien jurídico materialmente, sino en la relación que sobre él tienen sus titulares⁵.

Se les denomina también de *peligro presunto* por el concepto de riesgo que el mismo legislador considera derivado de determinadas situaciones, con lo que pretende no dejar al arbitrio particular el juicio de peligrosidad de una acción⁶.

Esta clase de ilícitos en términos de la Corte no apareja la destrucción o mengua del bien jurídico, sino la amenaza o puesta en riesgo de este. Es, entonces, un delito de *peligro presunto* en el cual el legislador presume esa posibilidad de daño, no de *peligro concreto* en el cual es necesario denotar la efectiva ocurrencia de riesgo para el bien jurídico⁷.

⁵ Cf. CSJ. SP2649-2014, rad. 36337 de 5 de marzo de 2014.

⁶ Cf. CSJ., *ibidem*.

⁷ Cf. CSJ., *ibidem*.

En los punibles de resultado debe mediar *relación de causalidad* entre la *acción* y el *resultado*, esto es, una conexión que permita ya en el ámbito objetivo la imputación del *resultado* al autor de la *acción* que lo causó. La *relación de causalidad* entre la *acción* y el *resultado*, y la imputación objetiva de este último a su autor es presupuesto básico para exigir una responsabilidad por este (*principio de causalidad*)⁸.

2. Atendiendo este marco teórico conceptual, en mi sentir es claro que del título y la redacción del artículo 410 del Código Penal, se desprende diáfano que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es de acción y no de omisión (propia o de comisión por omisión), por tratarse de un hacer y no de una omisión, como también de resultado y no de mera conducta.

De acción porque para que se configure es imprescindible adelantar un proceso contractual, lo que implica un hacer. Es el resultado de adelantar su trámite, celebración y liquidación. El resultado típico se traduce en la existencia de un contrato sin cumplir los requisitos legales (así lo prevé el mismo título).

El supuesto de hecho contempla tres formas de ejecución, tramitar sin observar los requisitos legales esenciales, y celebrar o liquidar el contrato sin verificar el cumplimiento de los mismos; modalidades que se relacionan con las distintas fases del proceso contractual, es decir, el trámite, la celebración y su liquidación. Los verbos rectores que gobiernan cada modalidad delictiva, son: tramitar, celebrar y liquidar, los

⁸ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *ibidem*.

cuales evidencian una acción positiva o un hacer y no una omisión.

Pero, como la administración pública contempla las figuras de la delegación y la desconcentración, debido a que los titulares de la función no pueden realizar personalmente todas las atribuciones complejas a su cargo, el legislador previó como formas de comisión tramitar sin cumplir los requisitos legales esenciales, y celebrar o liquidar sin constatar previamente el cumplimiento de los mismos. La primera se atribuye a los funcionarios en quienes se encuentra delegado o desconcentrado el trámite, y las dos restantes al ordenador del gasto, con la condición que se hayan inobservado los requisitos legales esenciales en el trámite o en la liquidación.

A no dudarlo estamos frente a un delito de acción y no de omisión pura o simple, ni de comisión por omisión. Esta última modalidad podría pensarse concurre en este caso, sin embargo, dicha posibilidad la desecha el propio artículo 25 del Código Penal al admitirla solo para los punibles que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, de suerte que extenderla a los que protegen la administración pública viola el principio de legalidad y de estricta tipicidad de los delitos, pilar de una democracia como la nuestra.

También este punible es de resultado pues exige que el contrato se haya tramitado, celebrado y/o liquidado sin cumplir los requisitos legales esenciales, lo que implica la lesión efectiva al bien jurídico de la administración pública, en

cuanto a su legalidad. En consecuencia, es obligatorio analizar la relación de causalidad en el tipo objetivo, y dentro de ella determinar si es posible atribuir jurídicamente el resultado típico al acusado, para lo cual se debe constatar si actuó al amparo del principio de confianza, cuando este es invocado.

En particular, la modalidad atribuida a los titulares de la función de celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, obedece a que en la mayoría de los casos no es posible demostrar que manipularon la escogencia del contratista, quedando impune el comportamiento. Sin embargo, ello no significa que se convierta en un delito de mera conducta por cuanto el resultado está previsto en el mismo tipo penal, celebrar un contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su trámite. En otras palabras, para que se configure esta modalidad es necesario que se haya comprobado en la etapa precontractual la vulneración de los requisitos legales esenciales. El solo hecho de firmar sin constatar su cumplimiento no es punible.

Ello es obvio. El celebrar el contrato sin corroborar que en el trámite se cumplieron los requisitos legales por sí solo (que es la acción) no configura el punible, pues si se acredita que esta fase se adelantó con apego a la ley ninguna ilicitud comportaría la acción por echarse de menos la concurrencia de su resultado típico, esto es, la obtención de un contrato celebrado con un trámite sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales (resultado separable de la acción).

La praxis judicial también lo corrobora. Hasta ahora no conozco en la judicatura que se haya acusado y menos condenado a un ordenador del gasto por celebrar un contrato legal en su trámite, por no verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

Ahora, para iniciar una investigación se debe conocer cuando menos la concurrencia de una irregularidad en el trámite, para entrar a determinar cuál fue la participación de las personas que intervinieron en el proceso contractual y si se les puede imputar el resultado.

No puede olvidarse que el proceso de adecuación típica parte del conocimiento de una conducta en sus circunstancias de modo tiempo y lugar. Luego se pasa a la verificación de la concurrencia de cada uno de sus elementos, el sujeto agente, la conducta, y la relación de causalidad en los delitos de resultado.

En este punible se constata inicialmente si la etapa precontractual se adelantó conforme a los principios de la contratación pública, qué personas intervinieron, y si esa labor estaba delegada o desconcentrada. De hallarse irregularidades se entra a averiguar quiénes participaron en el trámite, si el ordenador del gasto intervino y, definir, en este caso, si le son atribuibles jurídicamente por manipular la selección del contratista, de no probarse ello, se verifica si cumplió con los deberes de vigilancia y control en los casos de delegación y desconcentración, si lo hizo, su responsabilidad no se podrá predicar por atipicidad objetiva, pero si incumplió se

continuará con el estudio del tipo subjetivo, la antijuridicidad y la culpabilidad

Dentro de este marco, se evidencia con claridad que la acción de celebrar sin verificar el cumplimiento de requisitos legales esenciales en el trámite, se distancia en tiempo y modo del resultado típico, la obtención de un contrato celebrado con un trámite ilegal, toda vez que las anomalías ocurrieron antes de su suscripción.

Si se contraargumenta que con la suscripción es que se configura la obtención de la celebración de un contrato anómalo en su trámite, ello no convierte el delito en uno de mera conducta, porque es incontrovertible que el resultado, la firma de un contrato ilegal en su etapa precontractual, está separado de la acción firmarlo sin verificar la legalidad de su trámite.

Demostrado como está que se trata de un punible de resultado, es imperativo analizar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado para definir si éste le es atribuible jurídicamente al acusado, aplicando la imputación objetiva, que exige, reitero una vez más, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (en este caso la puesta en peligro de la administración pública mediante la firma sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales) y la concreción de dicho riesgo en el resultado típico (la celebración de un contrato sin cumplir las exigencias legales durante su trámite), y no en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como lo considera ahora la Sala mayoritaria.

Reitero, como incurre en este delito –entre otras modalidades– el servidor público que *celebre* contrato “*sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales*”, si estuviésemos ante un delito de *simple actividad o de peligro*, hasta ahí bastaría para asumir que el punible se consumó con la simple suscripción del contrato, pues no se requeriría de un resultado concreto más allá de la firma del contrato sin la verificación prevista (*acción*).

Ese solo hecho, es insuficiente para imputar el contenido de la prohibición al agente. Se requiere además que durante el proceso contractual se hubiesen incumplido los requisitos legales de la respectiva contratación y, por ende, la ilegalidad del contrato. Sin esa condición no podría condenarse al agente. Por ello, se entiende que el tipo lleva explícito en su descripción la *ilegalidad del contrato suscrito*. De otro modo la ley estaría elevando a delito una conducta inocua, puesto que no parece razonable que se castigue suscribir un contrato “sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales” cuando posteriormente se demuestra que este se adecuó a la legalidad. En consecuencia, la prohibición contenida en la norma solamente se actualiza cuando se produce el resultado, que se materializa con la celebración del contrato ilegal en su trámite. En caso contrario, la conducta deviene atípica.

Esta conclusión cobra mayor solidez si se considera que para la Corte⁹ el tipo penal del artículo 410 “*preserva es la legalidad del contrato, esto es, que los servidores públicos que intervengan*

⁹ Cf. CSJ. SP., radicado 31508 de 21 de noviembre de 2011, citado en AP2065-2018, radicado 47265 de 23 de mayo de 2018.

en el trámite, celebración o liquidación del contrato, observen la legalidad con la finalidad de prescindir de subjetivismos, caprichos, desviación de poder o anteponer el interés particular en detrimento del interés general”.

Coincide esta hermenéutica con la visión de la Corte Constitucional respecto al reconocimiento de que constitucionalmente nuestro derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención que significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos. También ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las determinaciones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales.

En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad¹⁰.

Por estas razones cuando se aduce el principio de confianza, éste se debe examinar en el tipo objetivo, concretamente en la relación de causalidad, porque si se tratara de uno de conducta su configuración devendría imposible.

¹⁰ Cf. Corte Constitucional sentencias C-365-12.

De ahí que de probarse su concurrencia ha de absolverse por atipicidad objetiva (como se hizo en SEP-016-2022 de 24 de febrero de 2022, Rad. 00255 MORELLI NAVIA), sin necesidad de examinar el tipo subjetivo, cumpliendo la metodología adoptadas por nuestra Ley Penal Sustantiva que considera punible solo la conducta típica (tipo objetivo y tipo subjetivo), antijurídica y culpable.

Interpretación soportada en lo normado por el artículo 9 del Código Penal que exige para considerar la conducta como punible, que sea típica, antijurídica y culpable; previendo que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, en los delitos que ostentan esa condición.

3. Ante este panorama, el análisis del principio de confianza se debió hacer en el tipo objetivo y no de una vez en el subjetivo.

Estas son las razones que me llevan a aclarar mi voto.

Con toda consideración,

Fecha ut supra


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado