



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado Ponente

SEP 002-2024
Radicación N° 48737
CUI N° 11001020400020160155900
Aprobado mediante acta N° 2

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Culminada la audiencia pública dentro de la presente causa seguida contra el exgobernador del departamento de la Guajira **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**, acusado por la Fiscalía General de la Nación como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 C.P.), en concurso heterogéneo y sucesivo con peculado por apropiación agravado por la cuantía (art. 397 inc. 2 C.P.), procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a dictar el fallo correspondiente.

HECHOS

Mediante providencia de 7 de septiembre de 2006, el Tribunal Administrativo de la Guajira ordenó la compulsión de copias ante la Fiscalía General de la Nación, en contra de **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**, para que se investigara su conducta con ocasión del contrato departamental N° 487 de 2001 por un valor de \$2.119.889.561.00 que suscribió en su condición de Gobernador del Departamento de La Guajira con la Unión Temporal CV-ICG Ltda., cuyo objeto era *“la construcción de obras para el plan maestro de alcantarillado sanitario de Riohacha, sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final”*.

La investigación inició basándose en que la obra fue suspendida en varias oportunidades porque **i)** no contaba con la licencia ambiental para la construcción; **ii)** el municipio de Riohacha no había hecho entrega de los terrenos donde se iba a construir el sistema de tratamiento y, **iii)** no se realizó consulta previa con las comunidades indígenas para evitar que se vieran afectados por el desarrollo del proyecto. Según el ente acusador, dichas circunstancias afectaron los principios de transparencia, planeación y economía consagrados en los artículos 209 de la Constitución Política, 23, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993 y el consecuente incremento patrimonial del contratista.

IDENTIDAD DEL ACUSADO

HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.164.386, expedida en Bogotá D.C., nació el 30 de enero de 1950 en Riohacha (La Guajira), hijo de Alfredo Deluque Panaflet y Remedios Freyle, de 72 años de edad, casado con Denis Zuleta Curvelo, con grado de instrucción universitario, graduado como abogado, con especialización en derecho civil y comercial, de profesión político y abogado, residente en la carrera 2 N° 1-57, urbanización Villa del Mar, casa 9, bloque D de Riohacha (La Guajira).

ANTECEDENTES

1. Actuación procesal

1.1.- Luego de la compulsión de copias ordenada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Judicial de La Guajira, el Despacho del Fiscal General de la Nación emitió resolución de 26 de abril de 2010 en la que dispuso la apertura de la investigación previa¹ contra **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**.

1.2. Una vez practicadas algunas pruebas en la fase preliminar, el 24 de septiembre de 2013 la Unidad de Fiscalías delegada ante la Corte Suprema de Justicia ordenó la apertura de instrucción y dispuso la vinculación de **DELUQUE FREYLE**²

¹ C. 1 fiscalía original, folios 5-7

² C. 2 fiscalía original, folios 83-85

mediante diligencia de indagatoria, la que fue realizada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal de Riohacha el 30 de diciembre de 2013. Allí se le comunicaron cargos por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, respecto de los cuales se declaró inocente³.

1.3. Con resolución del 25 de junio de 2015 la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia resolvió la situación jurídica de **DELUQUE FREYLE** absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁴.

1.4. Mediante resolución del 24 de noviembre de 2015, se declaró cerrada la investigación⁵.

1.5. El 19 de febrero de 2016 la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó la instrucción con resolución de acusación contra **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso heterogéneo y sucesivo con peculado por apropiación agravado por la cuantía⁶.

1.6. Contra tal decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de reposición⁷, cuyo resultado fue la confirmación emitida el 20 de mayo de 2016, para luego enviar el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia e iniciar la etapa del juzgamiento⁸.

³ Ibidem, folios 264-275

⁴ C. 3 fiscalía original, folios 90-183

⁵ Ibidem, fiscalía original, folio 267

⁶ C. 4 fiscalía original, folios 72-180

⁷ C. 4 fiscalía original, folios 195-215

⁸ Ibidem, folios 224-238

1.7. El 25 de agosto de 2016 comenzó a correr el traslado de que trata el art. 400 de la Ley 600 de 2000 a nombre de los sujetos procesales⁹.

1.8. El 7 de noviembre de 2017 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió las solicitudes probatorias formuladas por la Fiscalía y la defensa en audiencia preparatoria¹⁰.

1.9. Con motivo de la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, el 23 de julio de 2018 se remitió la actuación a esta Sala Especial de Primera Instancia¹¹.

1.10. El 19 de septiembre de 2022 se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento, donde se produjeron las alegaciones conclusivas, la Fiscalía reclamó sentencia condenatoria¹², representante del Ministerio Público demandó sentencia condenatoria¹³, mientras que el defensor del procesado solicitó sentencia absolutoria¹⁴.

2. La acusación

Fue proferida en Resolución de 19 de febrero de 2016, y como se indicó en precedencia, allí se le atribuyó a **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** ser autor responsable de los delitos

⁹ C. 1 conocimiento original, folio 8

¹⁰ Ibidem, folios 32-40

¹¹ Ibidem, folio 289

¹² C. 4 conocimiento original, folios 66-85

¹³ C. 3 conocimiento original, folios 193-198

¹⁴ C. 4 conocimiento original, folios 2-65

de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 C.P.) en concurso heterogéneo y sucesivo con peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía (art. 397 inc. 2° C.P.).

Los argumentos del ente acusador para llegar a dicha conclusión, fueron expuestos una vez reseñó las pruebas allegadas, de concluir su competencia y descartar la causal de nulidad pedida por la defensa, encontró satisfechas las exigencias para acusar por las siguientes irregularidades:

La licencia ambiental y la consulta previa a las comunidades indígenas constituía requisito que debía cumplirse antes de contratar, porque se habían emitido resoluciones de la autoridad ambiental según las cuales en los términos de referencia debía establecerse el estudio de impacto ambiental puesto que se involucraba la salubridad pública por el manejo de aguas residuales.

Tan necesaria era la licencia que la Corporación Autónoma Regional de la Guajira (en adelante CORPOGUAJIRA), en la Resolución 1262 del 5 de julio de 2000 analizó el tema, incluyendo un estudio técnico del 16 de mayo de ese año que concluyó que para que el Departamento de la Guajira pudiera desarrollar ese proyecto se requería aquel permiso. De igual manera, en la Resolución 1838 del 8 de agosto de 2001 hizo exigencias a la Gobernación para que pudiera adelantar el plan de alcantarillado, sin que dijera que se eximía de la licencia.

Además, celebrado el contrato, fue necesario decretar suspensiones, entre otras razones, porque no se contaba con la licencia, lo que permite inferir que el acusado ha debido lograr ese permiso antes de suscribir el contrato, aunado a que para ese momento ni siquiera se contaba con el terreno donde se realizarían las obras, todo lo cual implica que se faltó a los principios de planeación, transparencia y economía.

Las decisiones del Ministerio del Medio Ambiente y del Tribunal Administrativo corroboraron que era necesario obtener la licencia, además de que no hubo las debidas consultas previas y concertación con las comunidades indígenas, por lo cual se retrotrajo un procedimiento previo que había concedido la licencia ambiental, lo que delata el comportamiento del procesado, que era comprometer recursos oficiales a favor de un tercero que no justificó el empleo del anticipo. Tan cierto es lo anterior, que para el momento de calificarse el mérito del proceso no se había realizado ni siquiera un metro de la obra.

La exigencia de la licencia la disponían la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994.

La carencia de los terrenos para desarrollar el proyecto quebrantó el contrato porque no podía ejecutarse, pues no se demostró la propiedad de los terrenos en cabeza del municipio y que éste los entregara al departamento para realizar la obra, todo lo cual tipifica el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Adicionalmente, como con ese contrato ilegal se entregó un anticipo del 50% al contratista, es por ello que el gobernador permitió que este, como tercero, se apropiara de recursos públicos, incurriendo en peculado, porque durante su mandato, por las irregularidades señaladas, no se ejecutó la obra, lo cual causó detrimento, como lo expresa un escrito del politólogo Miguel Ángel Bohórquez, que transcribe en su integridad.

3. Alegatos de conclusión en la audiencia pública

Agotado el debate probatorio del juicio, las partes elevaron las siguientes solicitudes:

3.1.- La Fiscalía

Solicita la emisión de sentencia condenatoria en contra de **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** en calidad de autor, por los delitos por los que fue acusado, indicando que existen elementos recopilados en la etapa de instrucción como en la de juicio, que acreditan la ejecución de las conductas y la responsabilidad del acusado.

Luego de establecida la condición de servidor público de **DELUQUE FREYLE**, se refiere al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales indicando que bajo la

condición de gobernador del departamento de la Guajira, suscribió el contrato 487 de 2001 con la Unión Temporal CV-ICG LTDA, por un valor de \$2.119.889.561.00, desconociendo de manera consciente y voluntaria los principios rectores del proceso contractual, en concreto los de economía, transparencia y responsabilidad, por inobservancia de los deberes de planeación.

Señala que al procesado como representante legal del departamento y como ordenador del gasto le correspondía la coordinación de la acción administrativa de la Guajira en forma continua, permanente y autónoma hacia la satisfacción del bien común, con fundamento en los principios de eficacia, eficiencia, economía, celeridad y responsabilidad.

Sin embargo, desconoció los requisitos esenciales para la fase previa del negocio contractual, esto es, no contar con la licencia ambiental y los demás aspectos necesarios para la aprobación de la misma, como la participación de las comunidades indígenas mediante consulta previa, lo cual lo respalda con el testimonio de Bielca Pimienta Padilla, quien sostuvo que la Ley 99 de 1993 y su Decreto reglamentario 1753 de 1994 exigían la expedición de la licencia ambiental. De la misma manera la Corporación Autónoma Regional, CORPOGUAJIRA, mediante concepto técnico N° 03.03.102 del 16 de mayo de 2000, indicó que para ejecutar dicha obra se requería la expedición de licencia ambiental, tal como lo manifestó aquella, quien participó en la elaboración de los estudios requeridos para la obtención de ésta.

Recalca que se trataba de una obra de gran envergadura, como quiera que no solo estaba involucrada la salubridad pública, al lograr el manejo integral de las aguas residuales del departamento de la Guajira, sino garantizar la protección máxima del medio ambiente, como emisario final de las aguas tratadas, en uno de los afluentes.

Manifiesta que eran tan imprescindibles dichos requisitos para el desarrollo del proyecto y del negocio jurídico contractual, que según acta N° 002 del 18 de febrero de 2002, es decir, a solo un mes de haberse dado inicio a la ejecución de las obras objeto del contrato, se suspendieron las actividades, como quiera que CORPOGUAJIRA no había expedido aún la licencia ambiental.

Refiere que, debido a esa cadena de sucesos nefastos, se produjo la demanda de acción popular incoada por la comunidad, ante el Tribunal Administrativo de la Guajira, que, en providencia del 7 de septiembre de 2005, declaró responsable al Departamento de la Guajira, al municipio de Riohacha, a CORPOGUAJIRA y a la Empresa de Aguas de la Guajira, la cual fue confirmada por el Consejo de Estado el 18 de junio de 2009, revocando solo lo concerniente con la responsabilidad de esta última entidad. De tal magnitud fue el material probatorio allegado que se ordenó la compulsión de copias contra todos los funcionarios que intervinieron en el proceso de contratación.

Indica que se acredita el aspecto subjetivo de la tipicidad por cuanto el acusado eludió, de manera consciente y voluntaria y sin justificación atendible, requisitos de su esencia producto de falta de planeación, economía y responsabilidad, al suscribir los

compromisos derivados del negocio jurídico contractual en mención, en el ejercicio de la función administrativa a su cargo, advirtiéndose también acreditada la lesión al bien jurídico tutelado y la culpabilidad.

Con relación al delito de peculado por apropiación, explica que se acreditó que **DELUQUE FREYLE** en su condición de gobernador de la Guajira, realizó la entrega del anticipo del 50% del valor de la obra contratada, notándose la indiscutible intención de proveer de dineros del erario público a terceros, al ser evidente que la obra a desarrollar no gozaba de viabilidad en su ejecución, como consecuencia de la omisión de los requisitos esenciales del contrato en mención tal como se evidencia en el dictamen pericial elaborado por el politólogo Miguel Ángel Bohórquez y en el informe No. 779299 suscrito por la contadora Myriam Galvis Gómez.

Por último, indica que la afectación al bien jurídico es evidente, como resulta serlo a nivel de culpabilidad el reproche, tal como se analizó con relación al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales¹⁵.

3.2.- El Ministerio Público

Postuló la emisión de sentencia condenatoria en contra de **DELUQUE FREYLE**, en calidad de autor de los delitos de contrato

¹⁵ C. 4 conocimiento original, folios 66- 85

sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros.

Señaló que, con relación al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, existen las pruebas suficientes para acreditar tanto la existencia de la conducta como su tipicidad, teniendo en cuenta que el procesado, en calidad de Gobernador de la Guajira, suscribió el contrato No. 487 del 26 de diciembre de 2001, con la Unión Temporal CV-ICG LTDA, mediante el cual se vulneraron los principios de planeación y economía, previstos en el artículo 25 numerales 7 y 12 de la Ley 80 de 1993, los cuales exigen que antes de iniciar el procedimiento de selección del contratista o de la firma del contrato, se deben elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos.

Lo anterior, porque: “1. *La Corporación Autónoma regional de la Guajira no ha expedido aun la licencia ambiental para la construcción y operación del sistema de tratamiento de aguas residuales.* 2. *El municipio de Riohacha no ha hecho entrega de los terrenos en donde se construirá el sistema de tratamiento y las servidumbres del emisario final*”, con lo cual se incurrió en improvisación, en detrimento del patrimonio público, dadas las numerosas suspensiones que impidieron que se cumpliera el objeto contractual.

Con relación al primer punto, señala que la Corte Suprema de Justicia, en providencia SP182532-2017 y de conformidad con el artículo 49 de la Ley 99 de 1993 indica que es exigible tramitar y contar con la aprobación de la licencia ambiental previo a la suscripción del contrato. Adicionalmente, la Gobernación se

encontraba advertida mediante concepto técnico No. 03.03.102 del 16 de mayo de 2000, emitido por CORPOGUAJIRA, respecto a que el proyecto a realizar requería licencia ambiental.

Considera que tampoco se puede ratificar que con el POT del municipio de Riohacha se suplió la necesidad de contar previamente con la licencia ambiental y mucho menos su ausencia puede ser atribuida al contratista, por el simple hecho de que una de las cláusulas del contrato la estipulara, toda vez que la misma requería un trámite en la etapa precontractual.

Adicionalmente, indica que no se puede justificar la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, con respecto a las consultas previas con la comunidad, ya que este tema debió ser objeto de revisión en los estudios previos. Si bien es cierto que aparecían varias comunidades realizando exigencias, este tipo de circunstancias debían quedar resueltas antes de suscribir el contrato de tal manera que, si no había acuerdos con los mismos, el contrato no podía haberse suscrito.

Con relación a los terrenos, manifiesta que el procesado no debió suscribir el contrato si los predios en los que se iba a construir la obra no eran propiedad del Estado, lo que solo sucedió el 7 de junio de 2006, cuando el alcalde del municipio de Riohacha realizó la entrega de los mismos para la construcción objeto del contrato referido, ya que estos fueron adjudicados como terrenos baldíos mediante Resolución 0051 del 17 de marzo de 2006 por INCODER, circunstancia con la que se prueba que el procesado incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Dicho lo anterior, el procesado no se puede excusar de responsabilidad bajo el entendido de que contaba con un equipo de asesores y además actuó de buena fe o dentro de los límites del principio de confianza, toda vez que para la época de los hechos estaba comprometido en la suscripción de numerosos contratos, razón por la cual le era imposible estar en todos.

Con relación al delito de peculado por apropiación indica que el procesado, al suscribir el contrato en mención, ocasionó detrimento al patrimonio público de manera sistemática, puesto que fue un mecanismo legal solo para desviar los mismos tal como se puede acreditar en el dictamen pericial allegado por la Fiscalía General de la Nación en la etapa de investigación.

Finaliza señalando que el procesado, a sabiendas de que el contrato no podía iniciar su ejecución, autorizó el pago del anticipo correspondiente del 50% del valor del mismo al contratista, lo que determina que DELUQUE FREYLE de manera dolosa constituyó un medio efectivo para que terceros se apropiaran de manera ilícita de dineros públicos, lo cual se puede constatar en el informe número 779299 del 31 de mayo de 2013, suscrito por la investigadora Myriam Galvis Gómez¹⁶.

3.3.- La defensa

Reclama absolución toda vez que las conductas endilgadas son plenamente atípicas porque al momento de la suscripción del

¹⁶ C. 3 conocimiento original, folios 193- 198

contrato, para el inicio de las obras no se necesitaba licencia ambiental, solo bastaba con un plan de manejo ambiental que fue lo que CORPOGUAJIRA expidió mediante Resolución No. 001838 del 8 de agosto de 2001, donde no se realizó advertencia de la supuesta necesidad de tramitar más adelante o a futuro una licencia ambiental formal.

Señaló que para el momento de la firma del contrato y para el inicio de las obras la normatividad vigente era la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994 que su artículo 8 dispone en su parágrafo 6° *“Hasta tanto se expidan los reglamentos correspondientes a cada sector, el interesado en adelantar algunos de los proyectos, obras o actividades descritos en este artículo solicitará un pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre la necesidad de obtener la Licencia Ambiental”*.

La norma en referencia dejaba a discreción de la autoridad ambiental, en este caso a CORPORGUAJIRA, la decisión del tipo de permiso o licencia necesaria para iniciar las obras, por ninguna parte la misma hacía obligatorio contar o exigir la licencia ambiental. Lo anterior se corrobora con la mayoría de los testigos que comparecieron a la investigación e informaron que para el momento de la firma del contrato se contaba con un plan de manejo ambiental, que fue la exigencia de CORPOGUAJIRA cuando se presentó el proyecto; es de aclarar que el mismo fue tenido en cuenta y ejecutado en la etapa de “concertación previa” y “la socialización con las comunidades”, tal como se acreditó con los documentos aportados y con el testimonio de Bielca Pimienta en su declaración del 4 de diciembre de 2017.

Es por eso que la Fiscalía en su llamamiento a juicio se equivoca al concluir que el artículo 8 de la Ley 99 de 1993 tenía aplicación en este asunto, por dos motivos: primero, esa ley es general mientras que el Decreto 1753 es especial, por lo que el artículo 49 de la Ley 99 no es aplicable en dicho caso, puesto que la obra a realizarse no se consideraba que pudiera producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente.

Adicionalmente, si bien el Plan de Ordenamiento Territorial de Riohacha entró en vigencia el 2 de febrero de 2002, lo cierto es que con mucha antelación se conoció el contenido del mismo, tal como lo manifestaron varios testigos, de igual manera la Alcaldía de dicho municipio lo envió a CORPOGUAJIRA desde el año 2001, esto quiere decir que automáticamente se hizo aplicable el artículo 99 numeral 2 de la Ley 388 de 1997 sobre Ordenamiento Territorial, que está en el capítulo de “Licencias y Sanciones Urbanísticas”, el cual establece que: *“dichas licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en su reglamento, no se requerirá licencia o plan de manejo ambiental, cuando el plan haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en esta Ley”*.

Estima que, bajo esta norma, no se necesitaba licencia ambiental ni para firmar ni para iniciar obras, desde que el respectivo proyecto hubiera sido expedido de conformidad con la Ley en mención, esto es, al amparo del POT. Lo anterior se puede comprobar con la certificación expedida por el señor Mario David

Brochero Zúñiga, como Secretario de Planeación Municipal Delegado, donde se puede constatar que las obras materia del contrato 487 de 2001 hacían parte del POT.

Cabe resaltar que con la entrada en vigencia del Decreto 1728 de 2002 emitido por el Ministerio de Medio Ambiente, su artículo 11 ratificó que, para un municipio como Riohacha, con menos de 200.000 habitantes para ese entonces, no era obligatoria la licencia ambiental ni para contratar ni para iniciar obras, bastando un registro ante la autoridad ambiental competente.

Sin embargo, advierte que el panorama jurídico relativo a la supuesta obligatoriedad de la licencia ambiental se hizo confuso con la irrupción y posición de las comunidades indígenas supuestamente residentes en el sector donde se construirían las lagunas de oxidación, que, entre mucho frentes de acción, presentaron quejas ante el Ministerio de Ambiente, interpusieron recursos ante el mismo ente, que al resolverlos hizo exigible la licencia ambiental formal, no quedándole a CORPOGUAJIRA alternativa diferente que la de obedecer, solicitando y exigiendo a las autoridades locales la licencia ambiental que incluyera de nuevo una concertación previa.

Conforme a la exigencia planteada, las autoridades tramitaron la licencia ambiental y es así como en Resolución No. 01747 del 15 de junio de 2002, la entidad CORPOGUAJIRA concede por primera vez la licencia ambiental formal, pero las comunidades indígenas interpusieron recurso de reposición y apelación frente a la misma y en enero de 2004 la entidad

ambiental confirmó la decisión, esto es, casi un año y medio después de emitida la primera licencia y más de seis meses luego de que el procesado dejara de ser gobernador.

Advierte que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de mayo de 2009, radicado 31654, hace énfasis en el sentido de aceptar que cuando hay Plan de Ordenamiento Territorial no se hace necesaria la licencia ambiental para la ejecución del contrato, razón por la cual el Fiscal General de la Nación, en el año 2005, emitió resolución inhibitoria a favor del aquí procesado dentro del radicado No. 6127, que había incluido lo relativo al contrato 487 de 2001, esto es, se refería a los mismos hechos material del presente proceso.

Adicionalmente, reitera que en la cláusula 5° del contrato se estableció que, respecto a los replanteos y permisos, el contratista era el responsable de "...tramitar todas las licencias...", siendo facultativo para la Gobernación el "...cooperar..." en ese sentido.

Por último, indica que no existe irregularidad alguna que pueda generar responsabilidad penal por la supuesta pretermisión del requisito de la licencia ambiental en la medida en que esta no era obligatoria o exigible, únicamente se debía contar con un plan de manejo ambiental, que existía, de igual manera se encontraba inscrito en el POT del municipio de Riohacha, situación de la que dan cuenta los testimonios de Martha Ligia Durán Zafra (secretaria de obras públicas de la Gobernación), Enrique Rafael Quintero Bruzón (empleado de CORPOGUAJIRA), Manuel Leopoldo Góngora Sierra (representante de la firma interventora estudios y construcciones),

Fernando Hugo Garantiva Brugez (representante de la Unión temporal contratista CVG-IBG LTDA), José Rodrigo Melo Peña (empleado de estudios técnicos y construcciones, firma interventora).

En cuanto a la consulta a las comunidades indígenas en la etapa preliminar del contrato de la referencia, la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior informó al gobernador sobre la no existencia de las mismas en el área a donde se pretendía realizar el proyecto, lo cual, en principio, tornaba inaplicable esa exigencia.

De igual manera las pruebas documentales y testimoniales demostraron que antes de la suscripción del contrato sí hubo una concertación, consulta previa y socialización con las comunidades indígenas presumiblemente afectadas con las obras a realizar, proceso que se llevó a cabo entre los años 1999 y 2001.

En efecto, consta que hubo un proceso de concertación y consulta previa desde el año 1999 y que se realizó antes de la suscripción del contrato, tal como lo refieren los testigos Bielca Pimienta Padilla (Coordinadora del proyecto, ingeniera especialista en derecho del medio ambiente), Manuel Leopoldo Góngora Sierra (representante de la firma interventora estudios y construcciones), Georin Blanchar Díaz (secretario de obras públicas de la Gobernación), Martha Ligia Durán Zafra (secretaria de obras públicas de la Gobernación), Enrique Rafael Quintero Bruzón (empleado de CORPOGUAJIRA), Fernando Hugo Garantiva Brugez (representante de la Unión temporal contratista CVG-IBG LTDA), José Rodrigo Melo Peña (empleado de estudios

técnicos y construcciones, firma interventora), además que el procesado se pronunció en el mismo sentido en la indagatoria.

Indicó que adicionalmente aparecieron nuevas comunidades indígenas que irrumpieron en la zona, y se afirma que no residían allí, obstaculizando las obras materia del contrato mediante una estrategia consistente en traer nuevos grupos indígenas que se iban presentando ya después de la suscripción del contrato e iniciadas las obras, so pretexto de ser afectadas, y que obligaban a las autoridades a iniciar nuevos procesos de concertación, en un círculo vicioso que se prolongó en el tiempo.

Señaló que es justo reconocer que la conducta de algunos integrantes de las comunidades indígenas fue causa eficiente para la dilación de las obras por más de 10 años, en la medida en que con razón o sin ella se opusieron con toda suerte de pretextos jurídicos como los recursos, y extrajurídicos como los bloqueos, al desarrollo de las obras objeto del contrato.

Frente a los predios destinados para las obras contratadas, manifestó que ni el procesado ni el departamento de la Guajira eran los responsables de adquirir y entregar los predios donde se habrían de efectuar las obras, siendo obligación única y exclusiva del municipio de Riohacha.

Adicionalmente, realizó un recuento de la adquisición de los predios, para concluir que los mismos fueron adjudicados como baldíos al municipio de Riohacha, además que, según los informes del CTI, el único responsable de la adquisición y entrega de los terrenos para la construcción de las lagunas de oxidación, era el municipio y no la Gobernación de la Guajira, porque para estos

efectos el departamento era un simple cofinanciador del proyecto a realizar, de forma que no se encuentra cómo se le puede endilgar la responsabilidad al procesado en cuanto a este aspecto.

Así lo refirieron los testigos Remberto Jiménez Moreno (topógrafo del Incoder), Manuel Leopoldo Góngora Sierra (representante de la firma interventora estudios y construcciones) y Fernando Hugo Garantiva Brugez (representante de la Unión temporal contratista CVG-IBG LTDA).

Señaló que la responsabilidad del departamento era únicamente aportar unos recursos económicos vía adjudicación de un contrato de obra, tal como se cumplió en el contrato 478 de 2001 con la entrega del anticipo para el inicio de las obras, en tanto que al municipio le asistía el deber de aportar los terrenos adecuados para efectuar tales obras, responsabilidad que no cumplió o lo hizo mal, con las consecuencias de más de 10 años de dilación y los errores al momento de adquirir y entregar esos predios, motivo por el cual no se pudieron iniciar las obras.

Por ello, el único responsable de la gerencia y coordinación del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Riohacha era el mismo municipio, toda vez que era el encargado de la prestación y ejecución de los servicios públicos domiciliarios y la responsabilidad de los departamentos se basa únicamente en el apoyo presupuestal, técnico, financiero y administrativo, tal como lo refieren las Leyes 99 de 1993 y 142 de 1994, afirmación que se puede corroborar con los testimonios de Martha Ligia Durán Zafra (secretaria de obras públicas de la Gobernación) y Manuel

Leopoldo Góngora Sierra (representante de la firma interventora estudios y construcciones).

Respecto al delito de peculado por apropiación, indicó que el anticipo efectivamente fue invertido en las obras, a pesar de las dificultades ampliamente ventiladas y que el departamento de la Guajira no presenta saldos a devolver al girador de los recursos, el Fondo Nacional de Regalías, hoy en liquidación. No es cierto lo que reiteró la Fiscalía General de la Nación respecto de que el contratista “...ha disfrutado de los dineros inicialmente entregados en calidad de “anticipo”...” sin siquiera haberlos invertido en las obras...”, para lo cual, invoca como prueba, el informe N° 779299 del 31 de mayo de 2013 rendido por una contadora del que no se corrió traslado como dispone la legislación, por lo que no es ley para el proceso, donde de manera subjetiva, esto es, de forma no científica, se dice que “tal parece” que el contratista considera los dineros del anticipo como propios y que “al parecer” esos dineros no son manejados como lo ordena la normatividad, esto es, en cuenta conjunta entre interventor y contratista.

De ese informe se puede evidenciar que es absolutamente preliminar y que por ninguna parte ni de su cuerpo ni de sus conclusiones aparece si quiera una insinuación de peculado, bien sea por faltantes o por sobrecostos o por otro motivo. El “hallazgo” de los lotes para campamentos es meramente incidental o anecdótico y la misma perito contadora solicita se corrobore de manera adecuada el mismo.

Varios de los testigos, como Martha Ligia Durán Zafra (secretaria de obras públicas de la Gobernación), Fernando Hugo

Garantiva Brugez (representante de la Unión Temporal contratista CVG-IBG LTDA), Mario David Brochero Zúñiga (profesional adscrito a la Secretaría de Planeación de la Gobernación), José Rodrigo Melo Peña (empleado de estudios técnicos y construcciones, firma interventora) y el propio procesado coincidieron en que el contratista inició las obras, que hubo excavación, replanteo, movimiento de tierras, apertura de caminos, construcción de instalaciones, que se vieron obreros, trabajadores, todo esto a inicios del año 2002.

Agrega que en el supuesto de concluir en la tipicidad objetiva no existe prueba de que hubiese actuado con dolo, además de que el acusado actuó amparado en el principio de confianza legítima. En efecto, existía una gerencia de proyectos designada por el anterior gobernador, en cabeza de la firma “Estudios Técnicos y Construcciones”, representada por el señor Manuel Leopoldo Góngora Sierra y un equipo interno y externo de asesores y colaboradores de la secretaría de obras públicas; de igual manera a su prohijado se le hizo la entrega del contrato para la firma, con la certeza de que todo el proceso precontractual se encontraba en orden, teniendo en cuenta que se había realizado la concertación y consulta previa con las comunidades indígenas y donde había un POT en trámite y pronto a aprobarse; de la misma manera se le aseguró que por parte de la Alcaldía de Riohacha ya había un predio adquirido y listo para ser intervenido para la obra objeto del contrato.

En cuanto a la ausencia del dolo, indica que no existe simplemente porque no hubo planes siniestros, diseño de argucias, voluntad dañina o dolosa y en el peor de los escenarios

si hubo irregularidad alguna esta fue de absoluta buena fe de parte de los subalternos de su prohijado y eventualmente de parte de él solo en las obligaciones de vigilancia y control que como gobernador le asistían. Las irregularidades planteadas por la Fiscalía no pueden ser atribuidas a su prohijado, por cuanto se escapaban de la órbita de sus funciones y de ninguna manera se demostró que él hubiera impartido órdenes o instrucciones en torno al contrato. Además, no se acreditó que hubiera manipulado o tratado de manipular el trámite contractual o que hubiese hecho alguna distribución de funciones, ni que hubiera realizado algún aporte trascendente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la competencia

El fuero a que alude el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política es una garantía que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, *“es decir basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento”*¹⁷.

Prerrogativa que en este caso concurre ya que la directora administrativa de la Oficina de Talento Humano de la

¹⁷ CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

Gobernación del departamento de la Guajira acreditó, por medio de acta de posesión, que **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** fue elegido por votación popular como Gobernador para el período comprendido entre el año dos mil uno (2001) al año dos mil tres (2003)¹⁸.

El párrafo del artículo 235 de la norma constitucional prevé que en aquellos eventos en que los gobernadores hubiesen cesado en el ejercicio de su cargo, la Sala conserva la competencia siempre y cuando el delito que se impute tenga relación con las funciones desempeñadas¹⁹.

Esta Corporación ha reiterado que el fuero constitucional de los gobernadores surge de dos posibilidades: *i*) que el imputado o sindicado de una infracción a la ley penal se desempeñe como tal, lo que exige la actualidad de la investidura o que, *ii*) después de haber cesado en sus funciones, la conducta que se le imputa tenga relación con las mismas.

En el presente asunto **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** ya no se desempeña como titular del ente territorial, sin embargo, la Sala tiene competencia en razón a que las conductas por las que se le juzga según la acusación, -contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía-, se realizaron cuando se desempeñó como Gobernador del departamento de la Guajira y tienen relación con las funciones.

¹⁸ C. 1 fiscalía original, folios 31-34

¹⁹ CSJ. AP. 1 sep. 2009, rad. 31652 y 15 nov. 2009, rad. 27032.

2. Del fallo a proferir

A partir del análisis de los elementos probatorios aportados, corresponde concluir si se satisfacen las exigencias del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal aplicable, Ley 600 del 2000, esto es, si surge la certeza sobre la conducta punible y la responsabilidad del acusado, consecuencia de lo cual será emitir sentencia de condena en su contra.

Por el contrario, si el análisis integral de las pruebas recaudadas acredita que no se estructuraron los delitos objeto de acusación y/o que el acusado no es responsable de los mismos, el fallo correspondiente será de absolución.

Igualmente se impondrá la absolución en el evento que la valoración de la prueba arroje un estado de incertidumbre insalvable, que permita mantener vigente el principio de presunción de inocencia reglado en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 7° del estatuto procesal, que le asiste al procesado.

Partiendo de las anteriores precisiones, la Sala procederá a establecer si con fundamento en los medios probatorios allegados se acreditan, en grado de certeza, las categorías de las conductas punibles y la consecuente responsabilidad de **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**, quien fue acusado como presunto autor responsable del concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros.

Para el efecto, una adecuada metodología para la presentación de la argumentación que pondrá fin a la controversia, invita a abordar inicialmente la valoración de cada una de las conductas atribuidas, para luego verificar la eventualidad del estudio de los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad.

3. Delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El artículo 410 del Código Penal, describe y sanciona la conducta delictiva de contrato sin cumplimiento de requisitos en los siguientes términos:

«El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en 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».

Valga la oportunidad para aclarar que de acuerdo con la fecha de ocurrencia del hecho, cuya referencia es la de suscripción del contrato (26 de diciembre de 2001), se toma la redacción y sanción originales de Ley 599 de 2000.

Como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, se trata de un delito que exige sujeto activo determinado y conducta compuesta alternativa, la cual integra dos modalidades de ejecución: la

primera consistente en el incumplimiento de los requisitos legales para tramitar el contrato y que involucra los pasos a agotar hasta su celebración y la segunda alude a celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de las condiciones legales para su perfeccionamiento, dentro de los que se incluyen aquellos relativos a la fase precontractual y los relacionados con la liquidación.

Dada la forma desconcentrada en que se cumple la función pública al interior de una entidad territorial o estatal, la ley ha distinguido la conducta que ejecutan los servidores públicos en quienes recae la competencia de tramitar el contrato, de aquella que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación. Este último es quien debe verificar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos de la entidad cuyos derechos agencia.

3.1. De la tipicidad

3.1.1. De la tipicidad objetiva

3.1.1.1. En torno al primer aspecto que demanda la tipicidad objetiva, esto es la condición de sujeto activo calificado del autor, se ha acreditado en el expediente que el señor **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** fungió como Gobernador del Departamento de la Guajira para el periodo comprendido desde el 1° de enero de 2001 hasta el 4 de julio de 2003, conforme se extrae de copias del acta de posesión, la

certificación laboral y la credencial por la que el Consejo Nacional Electoral lo declara gobernador electo, cargo para el que tomó posesión el 29 de diciembre de 2000 en la Plaza Principal “Almirante José Prudencio Padilla” ante los testigos Jorge Eduardo Pérez Bernier y Horacio Serpa Uribe²⁰, resultando indiscutible que para el momento de los hechos, el acusado ostentaba la condición señalada por la norma arriba transcrita.

3.1.1.2. En segundo lugar, se aprecia que **DELUQUE FREYLE** dada su condición de Gobernador de la Guajira para el 1° de enero de 2001 hasta el 4 de julio de 2003, contaba con la representación legal del ente territorial, tal como lo dispone el artículo 303 de la Constitución Política al indicar que el Gobernador “...será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento”, en tanto que el artículo 305 de la misma obra le confiere, entre otras atribuciones, la de “2. Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes”, de donde se extrae que posee facultades administrativas en lo que concierne a la entidad territorial.

Debe subrayarse también que conforme lo enseña la Constitución Política en su artículo 286 “Son entidades territoriales los departamentos (...)”, aspecto que resulta relevante para indicar que conforme al artículo 110 del Decreto

²⁰ C. 1 fiscalía original, folios 30-38

111 de 1996²¹ –aplicable por la fecha de los hechos–, las entidades territoriales “...tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la misma sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. (...) En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales...”.

Por su parte, el numeral 3° literal b del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 fija en los gobernadores la competencia para celebrar contratos a nombre del ente territorial, de ahí que **HERNANDO DAVID** en su condición de Gobernador del Departamento de la Guajira, contaba con la condición de ordenador del gasto y podía entonces contratar en su representación, acreditándose así el segundo aspecto de la tipicidad objetiva arriba señalado.

3.1.1.3. Frente al tercer aspecto, esto es el trámite, celebración o liquidación de un contrato sin observar o verificar la ocurrencia de los requisitos legales esenciales, debido a que desde el punto de vista fáctico planteado en la acusación son varios los cargos que se endilgan a **DELUQUE FREYLE**, la Sala procederá a su análisis en el orden propuesto.

No obstante, como preámbulo, dígase que en torno al elemento normativo “*requisitos esenciales*” es preciso subrayar

²¹ Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto

que conforme lo ha indicado la Sala de Casación Penal de esta Corporación²², aquellos corresponden al acatamiento de los principios de planeación, economía, transparencia y responsabilidad, contenidos tanto en la Constitución Política en el artículo 209 como en la Ley 80 de 1993 que orientan y son aplicables a la actividad contractual en cada una de sus fases, que, valga decir, en torno al delito que se analiza, se predicen de la tramitación, formalización y liquidación, por lo que “...desconocer los requerimientos mediante los cuales se expresan aquellos axiomas da lugar a la tipificación de la conducta punible”.

Ahora, para la verificación de los anotados requisitos esenciales, dada la connotación del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* como “*tipo penal en blanco*” se impone acudir a normas ajenas al ordenamiento penal para encontrar el supuesto de hecho y la conducta delictiva, pues si bien posee una descripción concreta de la consecuencia no así de la acción, es un delito de aquellos “*en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal*”²³.

La Corte Constitucional, ha señalado también cuatro requisitos para que la remisión que se hace se adecue a la ley, como que “*En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término, la norma de complemento debe ser de conocimiento público y,*

²² CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344

²³ Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2012.

*finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales*²⁴.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de esta Corporación señaló, en la providencia CSJ SP del 12 de diciembre de 2005, radicado 23899²⁵, que:

«Es preciso distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, en el sentido de señalar con claridad y precisión tanto los elementos básicos de la conducta punible, como la correspondiente punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El segundo, esto es, el complemento, especifica las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo».

Lógicamente, en el caso concreto es ineludible la remisión a las normas que regulan la contratación estatal, que conforme a lo descrito en la resolución acusatoria, estarían contenidas en la Ley 80 de 1993 y las que la reglamentan, que contiene las reglas y principios que rigen los contratos estatales y de los que se demanda su acatamiento, pues justamente su desconocimiento constituye el complemento a que se aludió anteriormente, y que es reprochable penalmente siempre que tal trasgresión esté relacionada, como se dijo, con un requisito esencial del contrato. Así lo expresó la Sala de Casación Penal²⁶:

«El incumplimiento de los principios que informan la función pública y, más específicamente, la contratación estatal puede, entonces, configurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-605 de 2006

²⁵ Reiterado en la SP14190, del 5 de octubre de 2016, rad. 40089.

²⁶ CSJ SP, 20 may. 2009, rad. 31654

legales. Esta afirmación, sin embargo, amerita una precisión. No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador».

3.1.1.3.1. En el caso en estudio se tiene que el ex gobernador de la Guajira **DELUQUE FREYLE** suscribió el contrato de obra N° 487 de 2001 con la Unión Temporal CV-ICG Ltda., cuyo objeto era la construcción de obras para el plan maestro de alcantarillado sanitario de Riohacha, sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final, por un valor de \$2.119.889.561.00, los cuales serían cancelados con un anticipo del 50% y, la suma restante, sería entregada con un plazo de 6 meses contados a partir de la fecha en que se firmara el Acta de Inicio, el cual proviene del Fondo Nacional de Regalías mediante resolución N° 1-035 del 5 de diciembre de 2000 quien asignó los recursos²⁷.

De la resolución de acusación, se desprende que en el trámite del contrato, esto es, en la denominada fase precontractual, se habría incurrido en las siguientes irregularidades, señaladas de sustanciales y que, por tanto, realizan el tipo objetivo: (a) no se solicitó ni obtuvo la licencia ambiental, (b) no se realizó una consulta previa con las comunidades indígenas que estaban asentadas en la zona y podrían resultar afectadas por la obra, y (c) el municipio de Riohacha no entregó los terrenos en los que se construiría la obra.

²⁷ C. 1 anexo original fiscalía, folios 11-25

Así, expone la acusación, el trámite contractual se agotó desconociendo el principio de *planeación* que deriva del de economía, estipulado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual pretende que la actividad contractual "*no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad*"²⁸

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, explica la planeación de la siguiente manera:

«El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado».

Conforme a lo anterior, para determinar si en efecto para la tramitación y celebración del contrato 487 de 2001 se desconocieron elementos sustanciales y por ende se actuó en contravía de los principios descritos, se valorará la ocurrencia o no de esas irregularidades con soporte en lo que señalen las pruebas aportadas a la actuación.

²⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Radicado 15324

(a) De la licencia ambiental

La Fiscalía refiere en la acusación que la licencia ambiental, era indispensable toda vez que se requería para adelantar, concretar y celebrar el contrato 487 de 2001 y que no era suficiente el estudio de impacto ambiental, postura que sustenta en el artículo 49 de la Ley 99 de 1993 y su decreto reglamentario, los cuales exigen:

«La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental».

«La licencia ambiental es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente, mediante acto administrativo, a una persona, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que conforme a la ley y a los reglamentos, puede producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, y en la que se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario de la Licencia Ambiental debe cumplir para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada»²⁹.

Para la época de los hechos, en efecto, regían las normas citadas, en especial el Decreto Reglamentario 1753 de 1994, en cuyo artículo 6 se facultó a las Corporaciones Autónomas Regionales para expedir licencias ambientales, entre ellas, para situaciones como la descrita en el numeral 15 del artículo 8 del mismo Decreto, esto es en casos de “*Construcción y operación de sistemas de alcantarillado, interceptores marginales, sistemas y estaciones de bombeo y plantas de tratamiento y disposición final de*

²⁹ Decreto 1753 de 1994, artículo 2

aguas residuales de entidades territoriales bajo jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional respectiva”.

El parágrafo 6 del mismo artículo señaló que *«Hasta tanto se expidan los reglamentos correspondientes a cada sector, el interesado en adelantar algunos de los proyectos, obras o actividades descritos en este artículo solicitará un pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre la necesidad de obtener la Licencia Ambiental».*

Al respecto, conforme se desprende de la parte considerativa de la Resolución No. 001838 del 8 de agosto de 2001 expedida por CORPOGUAJIRA *“Por la cual se establece el Plan de Manejo Ambiental para el alcantarillado de Riohacha”*³⁰, se observa que la Gobernación de la Guajira, mediante Oficio del 27 de marzo de 2001 solicitó licencia ambiental para la operación del Plan Maestro de Alcantarillado de la ciudad de Riohacha, esto es, que más allá de la consulta sobre la necesidad de la licencia ambiental, la reclamó directamente, - tal como incluso lo sugirió la Resolución No. 001262 de 2000³¹ y la Certificación del 13 de diciembre de 1999 expedida por el Director General de CORPOGUAJIRA donde se señaló que el proyecto del plan maestro de alcantarillado de Riohacha *“es ambientalmente viable, pero está sujeto a la expedición de la licencia ambiental”*³²- respecto de lo cual, la entidad ambiental resolvió:

³⁰ C. anexo original 2 fiscalía, folios 282-285

³¹ C. anexo original 2 fiscalía, folios 286- 297, “Por la cual se establecen los términos de referencia para la elaboración del estudio de impacto ambiental, para el Proyecto Construcción de la Laguna de Oxidación del municipio de Riohacha, departamento de la Guajira”.

³² C. anexo original 2 fiscalía, folio 298

«PRIMERO. Establecer el Plan de Manejo Ambiental, para el funcionamiento del alcantarillado sanitario de la ciudad de Riohacha, presentado por Gobierno Departamental en cabeza de su representante legal, doctor HERNANDO DELUQUE FREYLE, en calidad de Gobernador del departamento de la Guajira.

SEGUNDO.- El departamento de la Guajira, en desarrollo de las actividades propias del Alcantarillado Sanitario de Riohacha, deberá cumplir con cada una de las medidas y acciones presentadas en el Plan de Manejo Ambiental, presentado y además con las siguientes:
(...)

e) Elaborar un Estudio de Impacto Ambiental para la construcción y operación del sistema de Tratamiento de las aguas residuales, lagunas de estabilización, de conformidad con los lineamientos o términos de referencia establecidos para tal fin (...)»³³

TERCERO. **Corpoguajira realizará visitas de seguimiento con el fin de verificar el cumplimiento de lo propuesto en el Plan de Manejo Ambiental presentado ante esta entidad**

CUARTO. El Plan de Manejo Ambiental que se establece por medio de la presente resolución tendrá un término igual a la duración del proyecto.

QUINTO. El Departamento de la Guajira por intermedio de su representante legal doctor HERNANDO DELUQUE FREYLE, en su calidad de Gobernador, deberá constituir una póliza de cumplimiento por un valor equivalente al Treinta (30%) del valor anual del Plan de Manejo Ambiental (...) con el fin de garantizar los daños ambientales que puedan causarse durante la operación del proyecto mencionado»³⁴(Subrayado y negrilla de la Sala)

La cita permite establecer que CORPOGUAJIRA consideró finalmente, que para la operación del proyecto, esto es, el plan maestro de alcantarillado de Riohacha, la presentación del Plan de Manejo Ambiental y su aprobación por parte de esta autoridad, -como se infiere del numeral primero de la parte resolutive- es suficiente para dar viabilidad al inicio de la obra. La resolución refiere que se harán visitas de seguimiento para verificar su cumplimiento y también impone una garantía monetaria por los daños que puedan ocasionarse “durante la operación del proyecto mencionado” de donde fácilmente se

³³ De acuerdo al contenido d

³⁴ Ibídem, folios 282-285

deduce que alude al lugar y a la materialización de las obras, pues en otro caso, donde se considerare necesaria la expedición de la licencia ambiental, no se aviene lógico que se planteen visitas ni garantías, hasta tanto ésta fuere expedida.

CORPOGUAJIRA se limitó a señalar el requisito del plan de manejo ambiental y en forma alguna indicó o siquiera insinuó, la necesidad de requerir una licencia para la construcción de obras, sino que reclamó en su lugar un “*estudio de impacto ambiental*” que conforme se extrae de la Resolución No. 0049 de 2004³⁵ efectivamente fue aportado el 27 de julio de 2001 por el señor Manuel Góngora en su condición de Gerente de la firma Estudios Técnicos y Construcciones Ltda.; fue con posterioridad que la misma autoridad ambiental encontró necesario ese requisito.

En efecto, luego de suscrito el contrato, para el 18 de febrero de 2002, la Secretaría de Obras Públicas del Departamento emitió el acta de suspensión de obra No. 2, por cuanto “*la corporación autónoma regional de la Guajira no ha expedido aún la Licencia Ambiental para la construcción y operación del sistema de tratamiento de aguas residuales*”³⁶.

Sobre el cambio de postura al que inicialmente se habría ofrecido por parte de CORPOGUAJIRA en torno a la necesidad de la licencia ambiental, declaró MANUEL LEOPOLDO GÓNGORA SIERRA (representante de la firma interventora Estudios y Construcciones) quien indicó:

³⁵ C. anexo original fiscalía 11, folio 53

³⁶ C. anexo original fiscalía 2, folios 152-154

«en el momento de este proyecto, el proyecto requería era plan de manejo. Se presentó el plan de manejo, se acordó el plan de manejo con CORPOGUAJIRA. Después, CORPOGUAJIRA solicitó que no fuera plan de manejo sino licencia ambiental, a pesar de que la ley decía que para poblaciones menores de 200.000 habitantes, no se requería licencia ambiental sino plan de manejo. Pero se hizo en su respectivo plan de manejo, se concertó el plan de manejo, después que no, que la licencia ambiental. Se hizo todos los términos de referencia para la licencia ambiental, pero eso fue un problema de CORPOGUAJIRA, de que si era plan de manejo o licencia ambiental³⁷».

Por su parte, el testigo ENRIQUE RAFAEL QUINTERO BRUZÓN³⁸, quien para la época de los hechos se desempeñó como funcionario de CORPOGUAJIRA y expuso haber participado directamente como evaluador dentro del proceso de establecimiento del plan de manejo ambiental para la construcción del sistema de tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Riohacha, sobre la exigencia de dicho plan o Licencia Ambiental como presupuesto para la realización de las obras indicó:

«...Solo participé y lo que recuerdo es la parte técnica del proceso de establecimiento del plan de manejo ambiental inicialmente y luego al ordenar el Ministerio el proceso de licenciamiento, igualmente participamos en el proceso de evaluación para otorgar la licencia ambiental (...) El plan de manejo ambiental se establece cuando no está establecido que se requiere licencia ambiental, porque es importante también aclarar que cuando se requiere licencia ambiental, también hay un plan de manejo, (...) En este caso habíamos establecido un plan de manejo, el Ministerio consideró que había afectaciones a las comunidades y exigió que se hiciera una licencia ambiental»

³⁷ Minuto 37:55 – 38:36, continuación audiencia pública de junio de 2022

³⁸ Ibídem, folios 143-146

Puntualmente, al ser consultado sobre si el Plan Maestro de alcantarillado de Riohacha requería plan de manejo ambiental o licencia ambiental expuso que *«Requería plan de manejo ambiental. Ya bajo el criterio del Ministerio, considerando que había recibido una solicitud de queja de comunidades que se verían afectadas por la construcción y operación, consideró que se debía emitir licencia ambiental y retrotrajo todo el proceso»*.

Así también, el testigo JOSÉ RODRIGO MELO PEÑA (empleado de Estudios Técnicos y Construcciones, firma interventora)³⁹ declaró:

«todo concerniente a esta etapa previa para poder llevar a cabo la construcción del sistema de tratamiento, se llevó a cabo a partir del plan de manejo ambiental, que dadas las circunstancias (...) personas inescrupulosas intervinieron una serie de acciones y de protestas ante la entidad CORPOGUAJIRA que ya había avalado como tal del plan de manejo, y eso es lo que llevó a cabo que se procediera a una solicitud de licencia ambiental por parte de CORPOGUAJIRA, que de igual manera, atendiendo todos los requerimientos y todas la serie de situaciones que personas interpusieron, en el 2002 se llevó a cabo el otorgamiento de licencia ambiental, teniendo en cuenta que para la época, la conceptualización era de que no se requería licencia ambiental sino plan de manejo».

Vale señalar que, los testigos Martha Ligia Durán Zafra (secretaria de obras públicas de la Gobernación)⁴⁰ y Fernando Hugo Garantiva Brugez (representante de la Unión temporal contratista CVG-IBG LTDA)⁴¹ igualmente declararon en el juicio,

³⁹ C. 2 conocimiento original, folios 207-208

⁴⁰ C. 3 conocimiento original, folios 168-169

⁴¹ Ibídem, folios 138-141

indicando que para el contrato censurado no era requisito la licencia ambiental, sino un plan de manejo ambiental, con el cual se contaba.

De lo anterior se extrae que la legislación vigente para la firma del contrato no tornaba imperativo solicitar y así mismo obtener una licencia ambiental para la celebración del mismo, sino que, por entonces era menester un pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre la necesidad de ésta, la que habría brindado CORPOGUAJIRA a través de la Resolución 01838 del 8 de agosto de 2001⁴² -previa a la suscripción del contrato- donde estableció el Plan de Manejo Ambiental como presupuesto para el funcionamiento del alcantarillado sanitario de la ciudad de Riohacha, tal como así lo entendieron los extremos contractuales e incluso el funcionario de la Corporación conforme con los testimonios que fueron recibidos en el juicio y que, valga decir, gozan de credibilidad, dado que, muestran respaldo tanto en las normas como en los documentos señalados y de los que surge que era la entidad ambiental la que debía indicar la necesidad de una licencia y en este caso consideró suficiente un plan de manejo ambiental:

⁴² Folio 282 C. Anexo 2 de la Fiscalía



Corporación Autónoma Regional de la Guajira

COPIA

RESOLUCIÓN N° 001038 DE 2001

(8 AGO. 2001)

"POR LA CUAL SE ESTABLECE EL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL PARA EL ALCANTARILLADO DE RIOHACHA."

EL DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA, "CORPOGUAJIRA", en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas por los Decretos 3453 de 1983, modificado por la Ley 99 de 1993, 2811 de 1974, 1594 de 1984, 1753 de 1994, demás normas concordantes, y:

CONSIDERANDO:

Que mediante oficio fechado 27 de marzo de 2001, el señor SAMUEL LANA O ROBLES en su condición de Gobernador encargado, del Departamento de la Guajira, solicitó Licencia Ambiental para la Operación del Plan Maestro del Alcantarillado de la ciudad de Riohacha, para lo cual presentó los Tomos I y II del Plan de Manejo Ambiental de dicho proyecto.

Que mediante Auto N° 081 de 2001, Corpoguajira, avocó conocimiento de la solicitud de Licencia Ambiental para la operación del Alcantarillado Sanitario de la ciudad de Riohacha.

Que en cumplimiento de lo establecido en lo Artículo Sexto de la Resolución 655 de 1996, Corpoguajira solicitó a los ejecutores del proyecto, una reunión para la presentación del Plan antes mencionado, lo cual se realizó el día 18 de mayo de 2001, en el Hotel Arimaca de esta ciudad, con la presencia de los interesados. Es de anotar que en dicha reunión se le hicieron por parte de los funcionarios de Corpoguajira, algunas recomendaciones que era necesario corregir y complementar en los Capítulos I y II del Plan de Manejo Ambiental presentado por parte de los ejecutores del proyecto.

Que posteriormente mediante oficio fechado junio 11 de 2001, el señor MANUEL GÓNGORA, Gerente de la firma Estudios Técnicos y Construcciones Ltda., en atención a las recomendaciones de Corpoguajira, presentó nuevamente con las correcciones solicitadas, el Plan de Manejo Ambiental del Proyecto Plan Maestro del Alcantarillado Sanitario de Riohacha.

Que Corpoguajira mediante Auto 0180 de 2001, avocó conocimiento de la presentación del Plan de Manejo Ambiental ya corregido para la ejecución y funcionamiento del proyecto antes mencionado y corrió traslado al Área de Control Ambiental para lo de su competencia.

Que los funcionarios evaluadores del Plan de Manejo Ambiental del proyecto de Alcantarillado Sanitario de Riohacha, destacan que este documento contiene presentación del proyecto, determinación del área de influencia, descripción del estado actual del área de influencia del proyecto, evaluación ambiental, Plan

RESUELVE :

ARTICULO PRIMERO: Establecer el Plan de Manejo Ambiental, para el funcionamiento del Alcantarillado Sanitario de la ciudad de Riohacha, presentado por Gobierno Departamental en cabeza de su representante Legal, doctor HERNANDO DELUQUE FREYLE, en calidad de Gobernador del Departamento de la Guajira

ARTICULO SEGUNDO: El Departamento de la Guajira, en desarrollo de las actividades propias del Alcantarillado Sanitario de Riohacha, deberá cumplir con cada una de las medidas y acciones presentadas en el Plan de Manejo Ambiental presentado y además con las siguientes:

Además, del texto de la resolución citada deriva irrefutable que el convenio no se estaba tramitando a espaldas de las regulaciones ambientales; por el contrario, se hizo todo un plan de manejo ambiental que fue presentado a CORPOGUAJIRA, entidad ambiental independiente del ente territorial que estableció el mismo como exigencia para todas las tareas de alcantarillado, mismo que fue realizado por el acusado, quien lo presentó y le fue aprobado.

Para mayor claridad, el plan de manejo ambiental «Es el conjunto detallado de medidas y actividades que, producto de una evaluación ambiental, están orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados, que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia, y abandono según la naturaleza del proyecto, obra o actividad»⁴³, mientras que una licencia ambiental «Es un proceso de toma de decisión en el que se evalúa el potencial que tiene un proyecto, obra o actividad de generar impactos ambientales significativos, que culmina con el otorgamiento o la negación de la licencia ambiental solicitada por el proponente. Dicho proceso se apoya en un

⁴³ Fuente <https://www.minvivienda.gov.co/node/44796>

conjunto de herramientas técnicas y normativas expedidas por Minambiente, que orientan las acciones, tanto de los interesados en obtener una licencia ambiental, como de las autoridades ambientales.»⁴⁴

De las anteriores definiciones, es claro que quien presenta el estudio de impacto ambiental y su consecuente plan de manejo para la ejecución del proyecto, en este caso, la Gobernación de la Guajira y la autoridad ambiental (CORPOGUAJIRA) es la encargada de evaluar el plan de manejo para otorgar el permiso de ejecución de la obra a través de la **licencia ambiental**.

En el presente asunto, está probado que para la obtención de la licencia, la Gobernación de la Guajira presentó ante CORPOGUAJIRA el plan de manejo ambiental y esta autoridad, consideró que para el inicio de la obra era suficiente con el plan de manejo, pero luego de suscribirse el contrato, indicó que era necesaria la licencia, la cual se otorgó mediante resolución 1747 de 15 de julio de 2002.

Ahora, la Fiscalía avalada por el Ministerio Público refirió que la exigencia de la solicitud y expedición de la licencia ambiental se reforzaría con la circunstancia que, en efecto, la misma fue concedida por CORPOGUAJIRA mediante Resolución 1747 del 15 de julio de 2002⁴⁵. Empero, ese argumento, es decir, la existencia misma de la licencia, tiende a indicar que no se incurrió en la supuesta irregularidad, por

⁴⁴ Fuente <https://www.minambiente.gov.co/asuntos-ambientales-sectorial-y-urbana/licenciamiento-ambiental/>

⁴⁵ C. 2 anexo original fiscalía, folios 231-250

el contrario, da cuenta que esa autorización fue requerida de manera oportuna y que se cumplieron los requisitos legales para obtenerla, al punto que fue concedida.

Por otra parte, le asiste razón a la defensa al referir el Plan de Ordenamiento Territorial, -en adelante POT-, en respaldo de la tesis de la no exigencia de la licencia ambiental en el asunto juzgado. Lo anterior debido a que si bien el mismo no regía para el momento de suscribirse el contrato⁴⁶, sí generaba una expectativa razonable, en cuanto había sido redactado y presentado para su aprobación con suficiente antelación⁴⁷.

En efecto, mucho antes que se iniciara el trámite contractual censurado, el proyecto de POT presentado para aprobación, acogió lo señalado en el artículo 99 de la Ley 388 de 1997 que estableció que no se requería licencia ambiental o plan de manejo ambiental cuando aquel *“haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en esta ley”*.

El Acuerdo N° 0003 del 2 de febrero de 2002 expedido por el Concejo Municipal de Riohacha por el cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial 2001-2009⁴⁸, en sus artículos 28 y 29 fijó el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de ese municipio, sin que allí se estableciera, para su viabilidad, la necesidad de obtener licencia ambiental de la autoridad competente como sí lo previó en materia de funcionamiento de estaciones de servicios para la venta de combustibles⁴⁹.

⁴⁶ Fue expedido al año siguiente de la celebración del contrato

⁴⁷ C. 2 conocimiento original, folio 2

⁴⁸ C. 1 conocimiento original, folios 98-282

⁴⁹ Acuerdo 0003 de 2002, artículo 224 - POT

Además, existen certificaciones del Secretario de Planeación⁵⁰ así como del Director General de CORPOGUAJIRA⁵¹ que acreditan que las obras objeto del contrato 487 de 2001 estaban dentro del POT del municipio de Riohacha. Este último señaló al respecto que *“cuando fue presentado el POT del Municipio de Riohacha el año 2001 (sic) el expediente 054 de 2001 de la Subdirección de Autoridad Ambiental, ya había iniciado el trámite de Licencia Ambiental desde diciembre del año 1999 siendo Gobernador, el Dr. Álvaro Cuello Blanchar”*, de donde se extrae que desde mucho antes del proceso contractual se buscaba acatar la legalidad.

En esas condiciones, resultaba válido inferir que en el contrato se aplicarían las disposiciones del POT, esto es, que no se requería licencia ambiental, pues, habiéndose presentado con antelación y atendiendo las exigencias legales, sería aprobado, como finalmente sucedió, desde donde se mostraba válido, o cuando menos razonable, inferir que sus disposiciones podían ser aplicadas.

Con relación a la no exigencia de licencia ambiental cuando la obra esté prevista en el POT, la Sala de Casación Penal en sentencia 31654 del 20 de mayo de 2009, ha indicado:

«... la licencia ambiental constituye requisito esencial para la celebración del contrato cuandoquiera que la naturaleza del mismo lo requiera.

No obstante, el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 388 de 1997 establece que no se requerirá licencia ambiental cuando la obra esté

⁵⁰ C. 2 Fiscalía Original, folio 262

⁵¹ C. 2 conocimiento original, folio 2

incluida en el plan de ordenamiento territorial y el mismo ha sido expedido conforme a las normas establecidas en dicha ley...

Mal hizo, por tanto, el Tribunal cuando reprochó al procesado... la elaboración del contrato... por la no obtención previa de la licencia ambiental».

No obstante, como se explicó, además de las pruebas analizadas, aunado al texto del artículo 49 de la Ley 99 de 1993⁵² y del artículo 2° del Decreto 1753 de 1994, obran otras que conducirían a afirmar que la licencia ambiental era requisito para la tramitación del contrato 487 de 2001. Veamos:

La Resolución 001262 de 2000 expedida por CORPOGUAJIRA, donde se establecen los términos de referencia para la elaboración del estudio de impacto ambiental del proyecto de construcción de las lagunas de oxidación que hacen parte del Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha indicó que *“según concepto técnico No. 03.03.102 del 16 de mayo de 2000, para que el Departamento de la Guajira, pueda desarrollar el proyecto requiere de Licencia Ambiental, por lo tanto deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental, de conformidad con los términos que establezca Corpoguajira”*.

Así también lo plantea la certificación del 13 de diciembre de 1999, expedida por CORPOGUAJIRA, donde indica que *“el proyecto PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE RIOHACHA DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA es ambientalmente viable, pero está sujeto a la expedición de la Licencia Ambiental”*⁵³

⁵² C. anexo original 2 fiscalía, folio 83

⁵³ C. anexo original 2 fiscalía, folio 298

Este escenario, esto es, pruebas que muestran innecesaria la licencia ambiental y en su lugar un plan de manejo ambiental para la realización del proyecto y en oposición, otras que suponen su previa expedición para el mismo propósito, ubican el comportamiento del procesado en un contexto de conducta claramente atípica en cuanto su única obligación era la de prever un impacto ambiental en el proyecto de alcantarillado para promover ante CORPOGUAJIRA un plan de manejo, lo cual realizó oportunamente.

Es más, del mismo órgano competente para la expedición de la licencia ambiental (CORPOGUAJIRA), surgen posturas contradictorias, pues, de una parte, en un comienzo estimó necesaria la obtención de licencia ambiental para el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Riohacha y posteriormente, a través de la Resolución No. 1838 de 2001 consideró suficiente el plan de manejo ambiental realizado y presentado por el acusado para iniciar el proyecto, situación que permite cuestionar aquello que entendió el ente acusador, tras considerar la estructura del delito analizado en contra de DELUQUE FREYLE por haber firmado el contrato sin el requisito de la licencia ambiental.

En conclusión, el cargo referido a la firma del contrato sin un requisito esencial como lo era la licencia ambiental, no prospera, en el entendido que la conducta ejecutada por el procesado referente a este particular aspecto, deviene en atípica.

(b) De la consulta previa a las comunidades indígenas

En términos de la acusación para iniciar las obras se debía contar con la consulta previa a las comunidades indígenas, requisito indispensable para acceder a la licencia ambiental. Sobre el particular se tiene:

La Constitución Política en su artículo 7 dispone que: *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”*.

De igual manera el artículo 330 prevé:

«De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades...»

Y su párrafo establece que:

«La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades».

Esas normas fueron desarrolladas por el numeral 3 del artículo 7 de la Ley 21 de 1991, según el cual:

«Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser

considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas».

Según el Decreto 1320 de 1998, el objeto de la consulta previa es analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio y se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras.

Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras.

Adicionalmente el Decreto 1753 de 1994, en su artículo 30, numeral 1, indicó que:

«El interesado en obtener la Licencia Ambiental formulará una petición por escrito dirigida a la autoridad ambiental competente, en la cual solicitará que se determine si el proyecto, obra o actividad por realizar requiere o no la elaboración del Diagnóstico Ambiental de Alternativas; de igual manera solicitará que se fijen los términos de referencia de los estudios ambientales correspondientes, cuando éstos no estuvieran definidos por la autoridad ambiental».

Al respecto, en el presente caso, por iniciativa de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, “CORPOGUAJIRA” (autoridad ambiental), la Gobernación del Departamento de la Guajira, como titular del proyecto, mediante oficio de 17 de octubre de 2001, solicitó de manera formal a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del

Interior, la expedición del certificado sobre la presencia o no de Comunidades Indígenas en el lugar donde se realizaría el proyecto para “*la construcción de obras para el plan maestro de alcantarillado sanitario de Riohacha, sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final*”.

El 14 de noviembre de 2001, mediante oficio N° 4158 la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior dio respuesta a la Gobernación certificando:

*“con base en nuestros registros, mapas y bases de datos institucional del IGAC y el DANE que **en el área donde se pretende desarrollar el proyecto no existen comunidades ni parcialidades indígenas que se puedan ver afectadas por el mismo**. Sin embargo, si al realizarse el respectivo estudio de impacto ambiental ordenado por el Ministerio del Medio Ambiente para el otorgamiento de la respectiva licencia ambiental y específicamente en el componente socio-cultural se encuentra que en el área del proyecto existe presencia de alguna comunidad indígena, se debe dar cumplimiento a la realización del Proceso de Consulta de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7° de la Ley 21 de 1991 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993. En este caso se debe informar a la Dirección General de Asuntos Indígenas de conformidad con la Ley 199 de 1995 y el Decreto 2546 de 1999”⁵⁴ (Resalta la Sala).*

Dicha situación la confirma el testimonio de Bielca Pimienta Padilla, rendido el 4 de diciembre de 2017 ante la Sala de Casación Penal⁵⁵, quien manifestó que el proceso de concertación inició en el año 1999 y recibieron la certificación donde les indicaban que no había indígenas, pero, durante los trabajos de campo evidenciaron algunos, razón por la cual se procedió a informarle al Ministerio la existencia de

⁵⁴ C. 2 anexo original fiscalía, folio 278

⁵⁵ C. 2 conocimiento original, folios 247-248

comunidades asentadas y por ello se inició el proceso de acuerdo al Decreto 1320 de 1998, realizándose las reuniones con la comunidad, la socialización y al final la consulta previa.

Cabe resaltar que el ingeniero José Rodrigo Melo Peña (empleado de estudios técnicos y construcciones, firma interventora), en su testimonio rendido el 4 de diciembre de 2017, manifestó que fue el encargado de supervisar las obras y compromisos adquiridos con las comunidades indígenas, que la consulta previa se realizó y de igual manera se les cumplió con lo que pedían a cambio (viviendas, institución educativa, etc.), pero, -agregó- al momento de llegar a un acuerdo con dichas comunidades directamente afectadas, llegaron más indígenas indicando que eran familiares de los anteriores y se negaban a irse pidiendo más cosas a cambio.

Enfatiza que la Gobernación siempre estuvo presta y en forma positiva a tratar con los indígenas brindándoles el apoyo y cumpliendo con los compromisos que exigían, pero que *“a los indígenas se les da y piden más”*⁵⁶.

En sus testimonios, Georin Blanchar Diaz (secretario de obras públicas de la Gobernación)⁵⁷, Martha Ligia Durán Zafra (Profesional de la Secretaría de Obras de la Gobernación)⁵⁸ y Fernando Hugo Garantiva Brugez (representante de la Unión temporal contratista CVG-IBG LTDA)⁵⁹, indicaron que sí se realizó consulta previa con las comunidades indígenas.

⁵⁶ Ibídem, folios 207-208

⁵⁷ C. 3 conocimiento original, folios 138-141

⁵⁸ Ibídem, folios 168-169

⁵⁹ Ibídem, folios 138-141

El testigo Manuel Leopoldo Góngora Sierra (representante de la firma interventora estudios y construcciones), manifestó:

“hay una consulta previa entre la gobernación -que el doctor Hernando Deluque estaba de Gobernador- y las diferentes comunidades y se realizó una consulta previa, pero antes de esa consulta previa se realizaron muchas consultas con las comunidades, con toda la zona de influencia del proyecto. Fueron varios. En este capítulo estaba encargada la doctora Bielca Pimienta, ambientalista, y hubo mucha concertación con la comunidad, pero sí hubo finalmente hubo un acuerdo, una audiencia con la comunidad y la gobernación, donde se llegaron a acuerdos que permitieran el desarrollo del proyecto⁶⁰”.

Las manifestaciones aludidas encuentran respaldo en el documento denominado: *“Resultados de la consulta previa realizada con la comunidad indígena del área de influencia directa del proyecto construcción y operación del sistema de tratamiento y disposición final de las aguas residuales en la ciudad de Riohacha”.*

El procedimiento para la consulta previa inició a partir de octubre de 2001 por cuenta de CORPOGUAJIRA en acatamiento a lo dispuesto en el Decreto 1320 de 1998 por lo que se realizaron reuniones con la comunidad.

El documento que expone los resultados de la consulta previa menciona a los partícipes y el sitio donde se llevó a cabo, el cual corresponde al área donde se construirá el sistema de tratamiento de aguas residuales de Riohacha, talleres y la infraestructura que a juicio de la comunidad requiere la zona, documento firmado por autoridades indígenas y el acusado el

⁶⁰ Minuto 33:57 – 34:43, continuación audiencia pública de junio de 2022

30 de diciembre de 2001. El documento fue realizado por Bielca Silena Pimienta Padilla⁶¹.

El Convenio de cofinanciación N° 0131 del 27 de diciembre 2001 suscrito por el Departamento de la Guajira y el Cabildo Indígena Suchi Wakuaipa el cual tenía por objeto *“desarrollar e implementar programas tendientes al mejoramiento de las condiciones de vida de las poblaciones asentadas en las rancherías la Loma, Campo Alegre, Guayabito, los Olivos y el Arroyo del área de influencia del proyecto de construcción de la laguna de oxidación de Riohacha”*⁶².

De acuerdo a la verificación de estos documentos, se advierte que las comunidades indígenas que habrían participado de las reuniones, talleres, acuerdos y convenios serían las asentadas en el área de influencia del proyecto de construcción de las lagunas de oxidación y que además tales actividades se habrían iniciado con antelación a la suscripción del contrato, a pesar de la certificación del Ministerio del Interior acerca de la inexistencia de comunidades en esa zona.

Así también, obran en el expediente otros documentos que permiten inferir que la anotada consulta previa sí se produjo y que ello ocurrió de manera oportuna:

La Resolución 0475 del 23 de abril de 2003, por medio de la cual *“se resuelve el recurso de apelación interpuesto a la licencia ambiental otorgada para el proyecto de construcción y*

⁶¹ C. 2 conocimiento original, folios 121-195

⁶² C. 2 anexo original fiscalía, folio 270-272

operación de tratamiento de aguas residuales del municipio de Riohacha”, proferida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, señaló en el punto uno:

“Al analizar el procedimiento realizado en la consulta previa, se concluyó que el dueño del proyecto avanzó en lo concerniente con la participación de las comunidades afectadas directamente por el proyecto, es decir aquellas que están asentadas en un espacio determinado donde interactúan los elementos físicos, bióticos, socioeconómicos y culturales tal como quedó definida en los documentos de los Estudios de Impactos Ambientales y su Plan de Manejo, correspondientes en este caso a las comunidades de Campo Alegre, La Loma, El arroyo, Los Olivos y Guayavito, incluidas en un radio de cobertura de 1.500 metros tal como se verificó durante la visita realizada por este Ministerio y el Ministerio del Interior...”

Más adelante, en el punto tres indicó:

“...que el proceso de la participación se desarrolló con las comunidades que correspondía consultar y concretar, esto es, que, en cuanto a las comunidades indígenas asentadas en el lugar del proyecto, se obró en concordancia con la exigencia de la norma, involucrando en este proceso solo a aquellas asentadas en el área de influencia directa...”

De la misma manera, esta providencia, resuelve a su vez revocar la Resolución N° 01747 de julio del 2002, teniendo en cuenta que:

*«a la luz del derecho y de la normatividad reglamentaria sobre la denominada consulta previa, en tanto la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, no cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 12, en sentido contrario, **si bien es cierto que el dueño del proyecto llevó a cabo el proceso de socialización**, la autoridad ambiental correspondiente, omitió algunas etapas de carácter procedimental del Decreto 1320 de 1998 y que van en contra del principio al debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Constitución Política como fueron:*

- *Falta de emisión del auto por el cual se convoca a reunión de consulta previa, suscrito por la autoridad ambiental respectiva que para este caso sería el director de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira.*
- *Ausencia del Ministerio del Interior.*
- *Firma del acta de protocolización de la reunión de consulta previa, suscrita por los representantes de la autoridad ambiental competente, del Ministerio del Interior y de las autoridades de control que asistan a ella⁶³.*

Es preciso subrayar que es con ocasión de las causales anotadas que nuevamente se realiza una consulta previa y CORPOGUAJIRA otorga una vez más la licencia ambiental mediante Resolución 00049 de enero de 2004⁶⁴, sin que ello se produjere por no haber consultado a la comunidad Wayuú como lo indica la resolución de acusación, pues aquella misma providencia también concluyó que “... *no se han violado los derechos de la participación e integridad de la comunidad Wayuú, ya que del proyecto participaron las comunidades del área de influencia directa en la etapa de elaboración del estudio e identificación de los impactos del proyecto*”.

De lo anterior se puede concluir que la consulta previa sí se realizó, luego no es cierta la conclusión de la Fiscalía y el Ministerio Público en ese sentido; sin embargo, se advierte que hubo falencias en algunos procedimientos relacionados con la misma que, como se extrae de la última providencia citada, serían atribuibles a la autoridad ambiental al desconocer algunas etapas para su formulación pero que no recaen en el acusado. Se precisa que si bien es cierto, la licencia ambiental expedida con la Resolución No. 01747 de julio de 2002 fue

⁶³ C. 13 anexo original fiscalía, folios 7-26

⁶⁴ C. 2 anexo original fiscalía, folios 66-87

revocada por “*que el proceso de consulta previa, que se surtió dentro del trámite de licencia ambiental, no se llevó a cabo con el lleno de los requisitos legales*, la actuación indica que esta última fue emitida y que en cualquier caso el procedimiento para la convocatoria a la consulta previa era responsabilidad de autoridad ambiental y no del jefe del ente territorial.

Obsérvese que cuando se llevan a cabo las fases del trámite precontractual y se celebra el contrato, se había consultado a las comunidades indígenas. Por tanto, el deber de vigilancia que se podía exigir al funcionario acusado era revisar que ese presupuesto se había cumplido, sin que resulte lógico pretender que debería suponer que en el futuro se le exigiría materialmente la licencia ambiental y que esta sería revocada por errores de trámite que el Ministerio de Medio Ambiente le atribuyó a CORPOGUAJIRA, todo lo cual hace que el cargo no se sostenga como elemento del delito analizado.

(c) De la carencia de terrenos para la iniciación del proyecto

La Fiscalía indicó que se requería la adquisición previa de los inmuebles para ejecutar las obras estipuladas en el contrato N° 487 de 2001 y que esa exigencia no se cumplió porque no obra prueba de que el municipio se hiciera a los predios y los entregara al departamento. Para establecer la realidad del cargo, la Sala se ocupará de valorar el material probatorio allegado.

El Informe No. 733250 del 19 de diciembre de 2012⁶⁵, conforme a inspección realizada en FONADE, refleja que el departamento de la Guajira en apoyo con el municipio de Riohacha y del Corpes Costa Atlántica, contrataron con el consorcio Pedro Gómez & Co, estudios y diseños del Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha para octubre de 1996. Según el mismo documento, el proyecto del consorcio indicado tenía prevista la construcción de lagunas de oxidación cerca a las orillas del arroyo Guerrero, pero el predio comprado por el municipio para su construcción no correspondía al sitio seleccionado en el proyecto realizado por Pedro Gómez & Co; en efecto, a través de Acuerdo No. 005 de abril de 1997 el concejo municipal de Riohacha declaró de utilidad pública un bien inmueble identificado con cédula catastral 00-03-001-3565 como aquel destinado para la construcción de lagunas de oxidación y cuyas coordenadas distan al menos en 2 kilómetros de la orilla del arroyo guerrero⁶⁶.

De hecho, a través del Acuerdo No. 020 de 1997 el Concejo Municipal de Riohacha modificó el acuerdo 005 en este mismo punto asegurando lo siguiente:

“El inmueble identificado con la cédula catastral 00-03-001365 que se encuentra localizado dentro de las siguientes coordenadas Norte 1’765.000 M.N, Sur 1’763.000 M.N., Este 1’126.000 M.E. y Oeste 1’122.000 M.E.. Este predio se destinará para el proyecto PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO DE RIOHACHA, construcción de la laguna de oxidación y contempla la utilización de sesenta y cinco hectáreas (65 Has)”.

⁶⁵ C. 1 fiscalía original, folios 147-165

⁶⁶ C. 1 fiscalía original, folio 149-151

Ahora bien, conforme se indicó en Informe No. 621634 de 2011⁶⁷, sobre el anotado bien, el ciudadano Leonardo Herrera Pushaina a través de Escritura No. 1372 de 1997 dijo probar la posesión del lote de terreno que se ubica entre Guiracanal y Rincón Tigre, lo que llevó a la celebración de un contrato y Escritura pública N° 1381 del 18 de noviembre de 1997 de la Notaria Segunda del Circulo de Riohacha, donde se protocoliza la compraventa del lote ubicado en Guiracanal, por un valor de \$195.300.000.00; acto protocolario que firma el citado Joaquín Herrera Pushaina como vendedor y Fabian Conde Deluque como comprador en su condición de gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del municipio de Riohacha “Fonvisocial”⁶⁸.

Así mismo, obran otras pruebas que indicarían la adquisición de los terrenos donde se habría de construir el Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha por el municipio:

En un estudio elaborado por el politólogo Miguel Ángel Bohórquez Méndez, se aclara que *“para la época de los hechos, ya existía la certeza y precisión sobre la localización geográfica exacta en la que se deberían ubicar las lagunas de oxidación y por ende, se contaba con suficientes elementos de conocimiento como para establecer, sin lugar a equívocos, las hectáreas que se requerían para su construcción, como los predios que debían adquirirse”*⁶⁹.

⁶⁷ C. 1 fiscalía original, folio 43

⁶⁸ C. 9 anexo original fiscalía, folios 31-40

⁶⁹ Ibídem

En el mismo estudio se señala que *“el señor Fabián Conde Deluque Góngora, con pleno conocimiento de la localización geográfica exacta en la que se deberían ubicar las lagunas de oxidación, y por ende, con la capacidad para identificar los predios que resultaban afectados, decidió adquirir con cargo a los recursos públicos del municipio de Riohacha - La Guajira, los predios ubicados en Guiracanal y Rincón de tigre, que ni colindan ni se acercan al arroyo guerrero, pues se localizan a dos (2) kilómetros de este⁷⁰”*.

Por su parte, en el proyecto de la consulta previa, elaborado por Bielca Pimienta Padilla, en el numeral 4.2 indica:

«El proyecto de construcción y operación para el tratamiento y disposición final de las aguas residuales en el municipio de Riohacha, se encuentra ubicada en inmediaciones del perímetro urbano de la capital Guajira, la que geográficamente está localizada en la zona denominada Media Guajira con coordenadas 11° 33' 59" de Latitud Norte y a los 72° 54' 37" de Longitud Oeste con relación al meridiano de Greenwich. Para seleccionar el sitio de ubicación de las lagunas, se tuvieron en cuenta dos alternativas, considerando la localización inicial proyectada en los diseños del Plan Maestro del Alcantarillado de Riohacha, realizado por el Consorcio Pedro Gómez Ingenieros & CO Ltda. e Ingenieros Ltda., y la localización del lote adquirido por el municipio. La opción que presentó la firma que elaboró los primeros diseños fue descartada, por insuficiencia de la superficie requerida, la complejidad de la topografía, y por la presencia de un caño que atraviesa el terreno. Por lo anterior, el sistema se proyectó sobre la segunda alternativa, teniendo en cuenta que el terreno ya fue adquirido por el municipio. El sitio en donde se construirá el sistema de tratamiento de las aguas residuales de Riohacha y donde se llevó a cabo el día 24 de noviembre el proceso denominado Consulta Previa, se localiza en inmediaciones del perímetro urbano a unos 7593.36 metros de distancia, a la margen izquierda de la carretera que comunica a Riohacha con la ciudad de Santa Marta⁷¹».

⁷⁰ C. dictamen pericial original, folios 1-79

⁷¹ C. 2 conocimiento original, folios 121-195

En su testimonio, el topógrafo Remberto Jiménez quien laboraba en el INCODER, dijo haber atendido un requerimiento de la alcaldía de Riohacha por la que le demandaban un levantamiento topográfico de un predio donde se iba a construir una laguna de oxidación, donde recuerda que *“todo levantamiento topográfico que uno realiza va acompañado con personas que conocen el sitio que se va a levantar, cuando existe información exacta con papeles ya no es un levantamiento sino un replanteo donde se materializa lo que diga el documento, pero acá en el levantamiento hubo personas que me mostraron los linderos y no recuerdo bien, pero me parece que hubo colaboración de la alcaldía para la logística⁷²”*.

Así, es claro que el terreno donde finalmente se construiría la obra, fue adquirido por el municipio, de donde se desvirtúan los cargos, porque resulta irrefutable la participación activa del municipio y que era éste el adquirente de los predios, luego mal puede pretenderse que si el municipio adquiere los terrenos los cuales estaban dirigidos para la ejecución de tal obra, finalmente no los entregara y que el departamento obrara de manera irracional haciéndose a predios arrebatados inconsultamente al municipio.

Así también, del informe No. 733250 del 19 de diciembre de 2012, se puede extractar lo siguiente:

«El lote comprado por el municipio para la construcción de las lagunas de oxidación no correspondía a sitio seleccionado en el proyecto realizado por el consultor Pedro Gómez.

⁷² C. 2 fiscalía original, folios 253-258

Por lo que para el momento de la adquisición del lote ya se sabía que técnicamente:

- 1. El sistema a implementar eran unas lagunas de estabilización.*
- 2. La localización era el sector del arroyo guerrero.*
- 3. Que esta solución estaba planteada desde el año 1996.*

El 1 de noviembre de 2.006, Estudios Técnicos y Construcciones Ltda., manifiesta lo siguiente: "El contrato No 001 de 1999, cuyo objeto incluía la "Revisión de la Línea de Impulsión de la Estación de Bombeo No 3 a las Lagunas Facultativa y Lagunas Facultativas (sic) para el plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha realizado entre el Departamento de la Guajira y nuestra firma, se debió a que el lote comprado por el municipio de Riohacha para la construcción del sistema de tratamiento de las aguas residuales, no correspondía al sitio seleccionado en el proyecto ejecutado por el consorcio que realizó los diseños iniciales, ya que la localización de las obras proyectadas por el mencionado consorcio presentaba el inconveniente de que las mismas fueron ubicadas sobre un brazo del arroyo Guerrero."

De acuerdo a lo manifestado por Estudios Técnicos, "la firma realizó nuevos estudios, ubicando el proyecto en el lote de propiedad del municipio, hecho que además facilitó el acortamiento de la línea de impulsión y por ende la disminución de los costos constructivos y operativos del sistema. "

El nuevo proyecto realizado por estudios técnicos tampoco fue ubicado parcialmente en el predio que adquirió la Alcaldía municipal de Riohacha y para la fecha en que se suscribió el contrato tampoco cumplía la norma técnica RAS 2.000"⁷³

Se deduce de lo acopiado, por una parte, que efectivamente, era conocido por las partes involucradas en la contratación que el municipio de Riohacha habría adquirido unos terrenos para la construcción del Plan Maestro de Alcantarillado, pues incluso así lo concluyen los informes de policía judicial, los que más allá de señalar que los predios que serían utilizados finalmente para la construcción serían distintos a los que habría referido inicialmente el Consorcio Pedro Gómez & Cia., dan cuenta de tal negocio jurídico.

⁷³ C. 1 fiscalía original, folios 147-165

Por otra parte, los elementos cognoscitivos permiten establecer que el municipio participó en todo el proceso adelantado para el Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha, esto es que intervino en el inicio, ejecución y suspensión de las obras objeto del contrato; así se evidencia el acta de suspensión de obra del 01 de febrero de 2001⁷⁴ y que por ende podría estar al tanto de que las obras se ejecutaran en predios que le pertenecían.

Así lo explicó el testigo Mario David Brochero quien refirió que *“por ser en su territorio y ser una necesidad básica insatisfecha, infraestructura en nuestra localidad, eso era de la competencia del municipio -por deber constitucional- disponer de los servicios públicos, los elementos que permitan tener este tipo de infraestructura. En este sentido. Responsabilidad directa del representante legal del municipio, aportando o aunando esfuerzos para donar este tipo de infraestructura⁷⁵”*.

Adicionalmente, se aprecia que la escogencia y adquisición de un predio distinto al que señaló el Consorcio Pedro Gómez & Cia., no devino del capricho de la administración sino que obedeció a un nuevo diseño que se ajustaría al predio finalmente comprado, lo anterior teniendo en cuenta que el proyecto fue radicado con el Reglamento Técnico de Agua y Saneamiento, en adelante RAS de 1998 y la normatividad cambio en el 2000, por lo que hubo que modificar

⁷⁴ C. 2 anexo original, folios 102-104

⁷⁵ Minuto 13:56 – 14:34, continuación audiencia pública del 28 de noviembre de 2017

la obra conforme a esta última norma técnica. Así lo dice el informe arriba citado:

«Mediante el contrato No 1449 -11-08 cuyo objeto era: Consultoría para la optimización de diseños existentes de la laguna de oxidación del municipio de Riohacha se replanteó el proyecto y adicionalmente se quería considerar la posibilidad de reusar -entiéndase reutilizar- el agua tratada en un distrito de riego.

El rediseño arrojó cinco (5) lagunas, tres (3) facultativas y dos (2) de maduración y el emisario. Las lagunas facultativas miden 172 metros de ancho por 343 metros de largo cada una, con un área de 5.9 hectáreas y una profundidad de 3.3 metros hasta la corona de la laguna, y un borde libre de 0.5 metros. Las lagunas se encuentran conectadas en paralelo y cada una se encarga de tratar un tercio del caudal entrante a la planta. Luego se tienen 2 lagunas de maduración de 230 metros de largo por 230 metros de ancho, con una profundidad de 2 metros y un borde libre de 0.5 metros, conectadas también en paralelo. Cada laguna de maduración cubre un área en planta de 5.3 hectáreas y trata la mitad del gasto.

Para la ubicación de los sistemas de tratamiento era necesario tener en cuenta la recomendación del RAS 2000 en su artículo 4.3.3 sobre Selección de Sitios de Ubicación de los Sistemas Centralizados dice: "La distancia mínima de amortiguamiento para zonas residenciales debe ser de 75 m. Para sistemas particulares pueden exigirse aislamientos superiores"

Para sistemas extensivos en área requerida como las lagunas de oxidación el RAS 2000 en el artículo 4.8.3 sobre Localización de Lagunas y Reactores dice: " El área debe estar lo más alejada posible de urbanizaciones con viviendas ya existentes: se recomiendan las siguientes distancias: 1. 1000 m como mínimo para lagunas anaeróbicas y reactores descubiertos. 2. 500 m como mínimo para lagunas facultativas y reactores cubiertos 3. 100 m como mínimo para sistemas con lagunas aireadas.

En cumplimiento a la norma RAS 2.000 es que se ha visto afectado el proyecto por el asentamiento de comunidades indígenas»⁷⁶

De tal manera que la adquisición de nuevos predios, diversos a los inicialmente recomendados, no puede imputarse como una irregularidad en el proceso precontractual, pues, surgió por el cambio de legislación, específicamente del RAS, dado que, en un comienzo, se aplicó el entonces vigente y al ser

⁷⁶ Ibídem, folios 147-165

este modificado, tuvieron que variarse las condiciones del proceso contractual.

Ahora, Luis Miguel Melo Guerrero (director operativo de infraestructura de la Guajira)⁷⁷, Manuel Leopoldo Góngora (representante de la firma interventora estudios y construcciones)⁷⁸, Fernando Hugo Garantiva Brugez (representante de la Unión temporal contratista CVG-IBG LTDA)⁷⁹, José Rodrigo Melo Peña (empleado de estudios técnicos y construcciones, firma interventora)⁸⁰, precisaron que la obra del departamento se realizaría en terrenos cedidos por el municipio y que solo con posterioridad se supo de algunos problemas de titularidad, pero que los derechos de propiedad estaban en cabeza del municipio de Riohacha.

Esta consideración, asociada a la responsabilidad del municipio con relación a la adquisición de los terrenos para la construcción de obras de saneamiento, se advierte también de la lectura de la Ley 99 de 1993, que en el numeral 3° del artículo 64 dispone:

«Corresponde a los Departamentos en materia ambiental, además de las funciones que le sean delegadas por la ley o de las que se le deleguen a los Gobernadores por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:

[...]

⁷⁷ C. 2 conocimiento original, folios 247-248

⁷⁸ C. 3 conocimiento original, folios 138-141

⁷⁹ Ibídem, folios 138-141

⁸⁰ C. 2 conocimiento original, folios 207-208

3) Dar apoyo presupuestal, técnico, financiero y administrativo a las Corporaciones Autónomas Regionales, a los municipios y a las demás entidades territoriales que se creen en el ámbito departamental, en la ejecución de programas y proyectos y en las tareas necesarias para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables».

Y en el numeral 1° del artículo 65 refiere:

«Funciones de los Municipios, de los Distritos y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá. Corresponde en materia ambiental a los municipios, y a los distritos con régimen constitucional especial, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que se deleguen o transfieran a los alcaldes por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:

1) Promover y ejecutar programas y políticas nacionales, regionales y sectoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables; elaborar los planes programas y proyectos ambientales municipales articulados a los planes, programas y proyectos regionales, departamentales y nacionales.»

Analizando dichos artículos, la responsabilidad departamental se basa en el apoyo presupuestal, técnico, financiero y administrativo y la responsabilidad municipal en promover y ejecutar, es por ello que era la administración municipal la encargada de ejecutar el proyecto de la laguna de oxidación, toda vez que debía brindar de manera eficiente los servicios domiciliarios de la población.

Por ello, como lo refiere la defensa, el departamento de la Guajira, en el contrato N° 487 de 2001, solo brindó un apoyo presupuestal o financiero para su ejecución, pero la misma se vio obstaculizada por varios factores entre ellos la inadecuada compra y entrega de terrenos por parte del municipio de

Riohacha, quien debía cumplir la exigencia, de acuerdo a las Leyes 99 de 1993 y 142 de 1994.

Lo anterior encuentra respaldo en la Resolución 0051 de 2005⁸¹, mediante la cual el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, especificó que Riohacha presta un servicio público y su actividad la ejerce en ese terreno, que es de utilidad pública e interés social, razón por la cual resuelve adjudicar la propiedad definitiva a favor de ese municipio.

Así, contrario a lo percibido por el ente acusador, Rioacha sí contaba con los predios y participó de manera activa en todo el trámite del contrato, cuyo objetivo era proveer un servicio esencial a la población y si bien no existe un acta formal de entrega de los terrenos del municipio al departamento, lo cierto es que aquél los había adquirido con el propósito conocido, esto es, apoyar el proyecto de creación de un sistema de alcantarillado para la ciudad, por lo mismo, surge como inferencia válida que la actuación del departamento en el proceso contractual estuvo bajo el convencimiento de realizar trabajos para ofrecer servicios sanitarios en terrenos de propiedad de Riohacha.

No obstante, la pretendida demostración de hacer ver que se había comprado un bien inmueble con el propósito de la construcción de las obras a que se refiere el contrato 487 de 2001, en realidad, apenas se produjo una compraventa de derechos y acciones sobre el predio, lo que se le conoce como “falsa tradición”, situación que se extrae de la lectura en

⁸¹ C. 9 anexo original fiscalía, folios 265-268

conjunto de las Escrituras 1372 y 1381 de 1997 y de la inexistencia de certificado de tradición que muestre la propiedad en cabeza del vendedor Joaquín Herrera Pushaina.

La actuación muestra que el ciudadano RAÚL ANTONIO CASTAÑEDA actuando en representación de sucesores de María Teresa Quintero e Iris Isabel Iguarán, para el mes de noviembre de 2002 -con posterioridad a la suscripción del contrato 481- ofrecieron la enajenación voluntaria de los predios que *“están ubicados exactamente dónde está proyectado construir (...) la laguna de oxidación del alcantarillado sanitario de la ciudad de Riohacha”*⁸², mientras que FULGENCIO QUINTERO RAMÍREZ ofició ante el INCODER en marzo de 2004 presentando *“oposición a la adjudicación de unos predios adquiridos por la Alcaldía de Riohacha, sin ubicación definida, para la construcción de la laguna de oxidación”*⁸³, así como también figura Auto de aceptación 677441 del INCODER donde se refiere que la solicitud de adjudicación apenas fue elevada por el municipio de Riohacha el 9 de febrero de 2005⁸⁴.

Es así como una vez más, la Fiscalía pretende atribuir al acusado comportamientos de terceros, pues, como quedó visto, la Gobernación de la Guajira cumplía una función que se concretaba en financiar el proyecto y el aporte de la ciudad de Rioacha era la entrega de los terrenos y si estos tuvieron un componente irregular al momento de adquirirse, la responsabilidad de este acto es de personas ajenas a la Gobernación y a las funciones que cumplía el acusado.

⁸² C. 9 anexo original fiscalía, folio 56

⁸³ C. p anexo original, folio 63

⁸⁴ C. 9 anexo original, folio 96

Los tres eventos que se le atribuyen al procesado, escapaban a sus funciones en el trámite precontractual, pues, el primero (licencia ambiental), correspondía a un asunto de competencia de CORPOGUAJIRA y fue ella quien inicialmente promovió la autorización reclamando solamente un plan de manejo ambiental que le fue presentado oportunamente por DELUQUE FREYLE, quien simplemente realizó lo que la autoridad ambiental le exigió.

El segundo aspecto (consulta previa), la actuación muestra que las reuniones con las comunidades indígenas afectadas con el proyecto, se realizaron y llegaron a acuerdos sobre el particular y esto hizo, precisamente, que CORPOGUAJIRA emitiera finalmente la licencia ambiental, la cual fue revocada porque esta entidad no emitió auto de convocatoria a la consulta previa y en el acta final no aparece funcionario del Ministerio del Medio Ambiente, componente fáctico ajeno no solo a la competencia del ex gobernador, sino también a sus funciones en el período precontractual, en el que solo hizo lo que CORPOGUAJIRA le iba indicando.

Y, finalmente, en relación con los predios, la gobernación de la Guajira apoyaba a la ciudad de Rioacha en la financiación del proyecto sanitario, luego era la autoridad local (no el gobierno departamental), la encargada de adquirir y entregar los predios para su ejecución y si hubo alguna irregularidad en cuanto a la titularidad de la propiedad o que se ubicaban en lugar que en principio no era viable pero que, de acuerdo con nuevos estudios esa ubicación generaba reducción de costos,

corresponde a un asunto que escapa a la responsabilidad de DELUQUE FREYLE.

En conclusión, respecto de estos tres postulados de la acusación, existe diversa prueba que permiten afirmar sin dubitación alguna, que la conducta de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE deviene en objetivamente atípica, en tanto no se demostró el incumplimiento de requisitos legales en la fase precontractual y suscripción del contrato 487 de 2001.

Con fundamento en lo anterior, se consideran resueltas las inquietudes y peticiones de los sujetos procesales, quedando claro que la decisión final debe ser la absolución a favor de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE del cargo a él atribuido en este caso por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

4. Peculado por apropiación a favor de terceros

Está descrito en el artículo 397 del Capítulo Primero (*“Del peculado”*) del Título XV (*“Delitos contra la administración pública”*) del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 de 2000), con el siguiente tenor literal:

«Artículo 397. Peculado por apropiación. *El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado y sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales*

mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes...».

De acuerdo con la descripción de la conducta típica, su estructuración demanda: *a)* un sujeto activo calificado, en este caso servidor público; *b)* apropiación de bienes del Estado o de empresas o instituciones donde aquél tenga parte o de bienes o fondos parafiscales o particulares que se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones; *c)* que la apropiación se produzca en provecho propio o de un tercero; y *d)* que el agente posea competencia funcional o material para disponer de éstos.

En torno al primer aspecto a valorar, esto es la condición de sujeto activo calificado, la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha decantado que sobre aquel “...*debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional*”⁸⁵, es decir, que no resulta necesario como atributo del sujeto activo que posea la disponibilidad directa de los bienes, sino que también deriva de una potestad jurídica que se le brinda para que disponga sobre su destino⁸⁶.

⁸⁵ CSJ SCP, 8 nov. 2017, rad. 43263

⁸⁶ CSJ SCP, 6 mar. 2003, rad. 18021

Ahora, con relación al momento en que se consuma el delito, la Sala de Casación Penal ha definido que éste se presenta *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*⁸⁷, de donde se decanta que se trata de un ilícito de carácter instantáneo que se materializa cuando el bien público es objeto de disposición o incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, esto último caracteriza la conducta como de resultado, en tanto si no se concreta esta disposición del objeto material, el comportamiento sólo sería tentado.

Finalmente, antes de abordar el caso concreto, es preciso subrayar que la comisión del delito de peculado por apropiación no depende necesariamente de la comprobación de la ocurrencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues si bien poseen como nota similar que con su tipificación se protege el mismo bien jurídico tutelado, los dos delitos son de naturaleza distinta e independiente, ya que en tanto en el primero se sanciona la apropiación de bienes públicos, mientras en el segundo se castiga desatender las normas que guían la contratación. La Sala de Casación Penal⁸⁸ lo ha explicado en los siguientes términos:

⁸⁷ CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38396

⁸⁸ CSJ SP. 11 jul. 2018, rad. 51574

“... si bien pueden concurrir en concurso heterogéneo incluso en relación de medio a fin, de allí no puede concluirse que la materialización del primero necesariamente conduzca al segundo o que este último solo se explica en función del otro.

Vale decir si se advierte la ejecución objetiva y subjetiva de un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales no necesariamente ello implica asumir interés subjetivo y actos objetivos dirigidos a atacar el patrimonio estatal en cuanto a requisitos necesarios del delito de peculado.

Perfectamente, es necesario resaltar, el dolo puede ir dirigido, no a afectar patrimonialmente al ente estatal, sino apenas a que determinado contrato omita en lo sustancial las exigencias legales que lo signan, como judicialmente se tiene ampliamente documentado”.

Pues bien, con base en el derrotero fijado, se abordará el examen de las distintas categorías dogmáticas encaminadas a determinar la eventual responsabilidad penal del acusado.

4.1 De la tipicidad

Como se ha expuesto con antelación⁸⁹, **HERNANDO DAVID DELUQUE** fungió como Gobernador del Departamento de la Guajira en el periodo constitucional comprendido desde el 1° de enero de 2001 hasta el 4 de julio de 2003, habiendo tomado posesión el 29 de diciembre de 2000, conforme a credencial que le fuere expedida por el Consejo Nacional Electoral y que dentro de las funciones que le fueron discernidas, por su condición de representante legal del ente territorial durante ese periodo, conforme lo indicado en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 tenía competencia para

⁸⁹ Ver página 30 de esta providencia

celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva, por lo que claramente reúne la condición especial que reclama el tipo penal para ser sujeto activo del mismo, pues no sólo se trataba para entonces de un servidor público, sino que se hallaba facultado para administrar los bienes del ente territorial.

Dicho lo anterior, **HERNANDO DAVID** suscribió el **Contrato de obras públicas No. 487 del 26 de diciembre de 2001⁹⁰**, con la Unión Temporal CV- ICG LTDA cuyo objeto era *“la construcción de obras para el plan maestro de alcantarillado sanitario de Riohacha, sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final”*, por un lapso de 6 meses y por un valor de \$2.119.889.561.00.

La Fiscalía señaló que con ocasión del contrato en mención se produjo detrimento patrimonial en perjuicio de la administración departamental, conforme al dictamen pericial elaborado por el politólogo Miguel Ángel Bohórquez, de donde se resalta lo siguiente:

*«El entonces gobernador **HERNANDO DAVID DELUQUE**, antes de suscribir y adjudicar el contrato estaba en la obligación de contar con los requisitos esenciales para la obra y uno de ellos era la licencia ambiental, con la cual no contó sino hasta los seis meses después y aun así le hizo entrega al contratista por concepto de anticipo el 50% del valor del contrato, esto quiere decir 1.059.944.780.00, dinero proveniente del erario público, sabiendo que el contratista no podía cumplir con el objeto contractual. Dicha circunstancia es ratificada por el contratista Fernando Garantiva, quien manifiesta que efectivamente recibió el 50% del valor objeto del contrato⁹¹».*

⁹⁰ C. 1 fiscalía original, folios 15-29

⁹¹ C. dictamen pericial original, folios 1-79

Adicionalmente, el informe N° 779299 del 31 de mayo de 2013, suscrito por la investigadora contable Myriam Galvis Gómez, manifiesta que: *“de los documentos que obran en el expediente solo se puede concluir un total incumplimiento ya que el dinero entregado en calidad de anticipo no ha sido invertido en las obras, únicamente existe una relación donde indican que invirtieron algunos recursos en compra de terrenos para montar los “campamentos”, lo que quiere decir que los consideran propios⁹²”*.

Entonces, según la acusación, es posible determinar que efectivamente el procesado permitió la apropiación ilícita de dinero públicos en cabeza de un tercero, en cuantía superior a los 200 s.m.l.m.v., toda vez que el contrato no se podía ejecutar ya que no contaba con requisitos esenciales como era la licencia ambiental, los terrenos en donde se construirían las lagunas, ni tampoco se había acordado previamente con las comunidades indígenas.

Por oposición a los cargos así planteados y el soporte probatorio de los mismos, además de que lo demostrado en apartados anteriores no permite concluir la existencia de las irregularidades en el proceso contractual, la Sala encuentra que el material probatorio recaudado, valorado de manera integral, respecto del peculado por apropiación a favor de terceros, acredita lo siguiente:

Habiéndose establecido que el contrato 487 de 2001 se celebró sin incurrirse en incumplimiento de requisitos legales,

⁹² C. 2 fiscalía original, folios 1-47

sus cláusulas generaban obligaciones para las partes, una de ellas (la DÉCIMO TERCERA), se acuerda la forma de pago. Allí se señaló:

«EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA se compromete a pagar al CONTRATISTA el valor del presente Contrato de la siguiente manera: 13.1.1. Un anticipo equivalente al Cincuenta por ciento (50%) del valor contractual, que será cancelado por EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA al CONTRATISTA una vez perfeccionado este Contrato, contra cuenta de cobro y previa presentación por parte del CONTRATISTA y aprobación por EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA de la Garantía Única, acordada en el mismo Contrato.»

Lo anterior para indicar que el pago del anticipo derivó de una obligación contractual ineludible para el Gobernador.

Ahora, Conforme los testimonios de Martha Ligia Durán Zafra (secretaría de obras públicas de la Gobernación)⁹³, Bielca Pimienta Padilla (Coordinadora del proyecto, ingeniera especialista en Derecho del Medio Ambiente)⁹⁴, Mario David Brochero Zúñiga (profesional adscrito a la secretaría de planeación de la Gobernación de la Guajira)⁹⁵, José Rodrigo Melo Peña (empleado de estudios técnicos y construcciones de la firma interventora)⁹⁶, se puede destacar que sí se realizaron las obras objeto del contrato.

Así, indicaron que hubo descapotes, excavaciones, levantamientos topográficos, las obras de taludes, localización y replanteo, pero no pudieron concretar el objeto planeado porque las comunidades indígenas del área de influencia indirecta se opusieron varias veces.

⁹³ C. 3 conocimiento original, folios 168-169

⁹⁴ C. 2 conocimiento original, folios 247-248

⁹⁵ Ibidem, folios 205-208

⁹⁶ Ibidem, folios 207-208

En principio, las versiones señaladas se muestran creíbles, pues no se observa en ellos afán diferente de narrar lo realmente percibido, aunque vale resaltar que la vinculación con la Gobernación puede mostrarlos interesados en favorecer al acusado, pero lo cierto es que los dichos parecen coherentes y contra ellos no se ha ofrecido prueba que los desvirtúe, además de que se nota que exponen acerca de lo realmente percibido, lo que pueden hacer a partir de que las funciones que cumplían los hacían testigos de lo acaecido, es por ello que se infiere que su tendencia es a mencionar lo que constataron por haberlo observado directamente.

Adicionalmente, el testimonio de Fernando Hugo Garantiva Brugez (representante de la Unión temporal contratista CVG-IBG LTDA)⁹⁷, indica que sí recibió el anticipo equivalente al 50%, pero que fue invertido de acuerdo al plan de inversión de anticipo que había presentado, en los campamentos, en la movilización de los equipos, arriendo de unos equipos, los gastos de operación de combustible, lubricantes, repuestos, el transporte de material, las volquetas para el descapote, pago de personal operativo y administrativo y compra en algunos materiales en general.

Este relato debe ser valorado con especial cuidado, como que proviene del directo involucrado como presunto receptor del dinero logrado de manera indebida, pero lo cierto es que el mismo no ha sido refutado y, por el contrario, los testimonios señalados arriban lo corroboran, de donde deriva que estas pruebas niegan

⁹⁷ C. 3 conocimiento original, folios 138-141

al menos parcialmente los cargos, en el entendido de que el anticipo sí se invirtió en las obras estipuladas.

En estas condiciones se desvirtúan los cargos, máxime que la Fiscalía y Ministerio Público soportan sus razones en un supuesto dictamen pericial rendido por un politólogo, en el que lo único que se evidencia es que se dedica a indicar al juez la forma de interpretar la normatividad que regula el proceso.

En efecto, el experto parte del interrogante de “¿Cuáles son los hechos a resaltar que podrían determinar la existencia de un fenómeno de corrupción en el caso concreto?”⁹⁸, el cual desarrolla desde un contenido teórico, utilizando un enfoque sistemático y una categoría conceptual, aspectos que desde ese encabezado y en todo su texto no demuestran los elementos propios de un dictamen, sino que se dedica única y exclusivamente a ilustrar al juez sobre la forma como debe valorar los elementos del tipo penal, es decir, le enseña cómo interpretar el derecho, ejercicio que es exclusivo del juzgador.

Es por eso que la citada prueba carece de valor suasorio, toda vez que la Sala de Casación Penal ha sido reiterativa que la prueba pericial no es admisible para explorar “puntos de derecho”. En efecto, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, ha enseñado:

«Ello se desprende, como lo tiene precisado la Corte Constitucional, del artículo 228 de la Carta Política, que «le reconoce, a la Administración de Justicia, autonomía e independencia en sus decisiones, de manera que son ellos (los Jueces y Magistrados)

⁹⁸ C. dictamen pericial original, folios 49-58

quienes tienen la competencia asignada de interpretar y aplicar las normas que dentro del ordenamiento consideren que plantean una consecuencia jurídica para el supuesto que configuran los hechos del caso»⁹⁹.

Como consecuencia de lo anterior, «esa labor del juez de determinar las normas aplicables a cada concreto y la interpretación de su contenido de acuerdo con el supuesto de hecho, y por tanto la aplicación de una determinada consecuencia jurídica, hace parte del ámbito dentro del cual el juez tiene la libertad de concluir de acuerdo con los conocimientos de la ciencia jurídica que posee»¹⁰⁰ (negrilla fuera del texto).

En similar sentido, esta Corporación ha sostenido que «la interpretación y aplicación del derecho para concluir si hubo o no delito y si el sindicado es o no responsable del mismo, resulta exclusivo y excluyente del juzgador, de quien se asume conoce la ley, quien, además, en apoyo de sus valoraciones puede y debe acudir a la jurisprudencia (no sólo la penal sino la de otras especialidades si es necesario), a la doctrina, a los principios generales del derecho y a la equidad, en aras de orientar sus conocimientos, como con claridad lo ordena el artículo 230 constitucional»¹⁰¹.

Lo anterior significa que el derecho vigente y su interpretación, contrariamente a lo pretendido por quien recurre, no puede en ninguna circunstancia ser objeto de prueba, tanto así, que el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, reiterado en similares términos en el artículo 226 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento penal en virtud del principio de integración de que trata el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, de manera expresa dispone que la prueba pericial no es admisible para explorar «puntos de derecho»¹⁰².

En efecto, del concepto citado como dictamen, el “politólogo” se dedica a exponer una clase magistral sobre lo que debe entenderse como ciencia política, sus enfoques, métodos de estudio, qué se entiende por política pública y la forma en que se financia.

⁹⁹ Sentencia T – 346 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ CSJ AP, 7 dic 2011, rad. 37.596. En similar sentido, CSJ SP, 21 jul 2004, rad. 14.588.

¹⁰² CSJ AP, 22 abril 2015, rad 45711 MG Eugenio Fernández

Cuando pretende descender al caso concreto, sucede lo mismo: teoriza sobre cuál es la razón de ser de esos convenios, hace un recuento de todo lo sucedido a partir de la documentación existente, para describir lo obvio: que la obra no se ejecutó, con lo cual concluye que hubo detrimento porque se pagó el anticipo; aclara que no hubo planeación pues desde un comienzo se sabía la necesidad de terrenos y no se adquirieron los que eran necesarios, sino otros, algunos de los cuales lo fueron de manera fraudulenta, y que se requería licencia ambiental¹⁰³.

Resáltese, entonces, que el estudio del politólogo se ubica solo a describir lo que encuentra en los documentos inspeccionados y, dese su percepción, concluye si se satisficieron o no las exigencias del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, análisis este que corresponde al juez de la causa a partir precisamente de la valoración de las pruebas allegadas. Con soporte en sus elucubraciones, en la página 59 de su informe, el experto concluye:

«De esta forma, los hechos analizados dan cuenta de circunstancias específicas, que evidencian la existencia de un fenómeno de corrupción, en el que un funcionario público (HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE) en ejercicio de su posición como gobernador del Departamento de La Guajira (2001 - 2003), desconoció todo el procedimiento administrativo que se debía llevar a cabo para garantizar el desarrollo del proyecto de construcción del plan maestro de alcantarillado sanitario de Riohacha, sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final en el municipio de Riohacha - La Guajira, a través de una serie de actuaciones que reñían con el legítimo ejercicio de la función pública en un servidor público elegido

¹⁰³ C. dictamen pericial original, folios 1-79

en representación de los intereses del constituyente primario, con las cuales puso en riesgo el adecuado manejo de los recursos del erario público, en detrimento de la calidad de vida de los Riohacheros, y de la solución al problema público de la contaminación ambiental en el mar caribe¹⁰⁴”.

El perito no solo está emitiendo conceptos de derecho, lo cual, si bien no se encuentra expresamente prohibido en el artículo 251 de la ley 600 de 2000 que rige para este caso, en virtud del principio de integración normativa, el 226 del Código General del Proceso lo contiene, según el cual, en la labor del perito, *«...No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas».*

En el presente evento, no fue presentado el testigo como un asesor de la Fiscalía, lo fue a título de prueba pericial, luego sus opiniones no podrían incorporarse a sus alegatos, lo cual, por demás, resultaría inane en atención a que el politólogo parte de una premisa que ya fue analizada en el capítulo anterior, esto es, la referida a la presunta comisión de conductas que desconocieron los requisitos contractuales y con ello, según su conclusión, afectó el patrimonio departamental.

Al margen del discurso en puntos de derecho del perito, lo cierto es que su contexto además corresponde a claros juicios de responsabilidad penal, lo cual no está permitido por

¹⁰⁴ Ibidem

el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, pues, allí se indica que «...*En todos los casos, a los peritos se les advertirá sobre la prohibición absoluta de emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal*».

El dictamen aludido contiene juicios de valor en puntos de derecho y además de responsabilidad penal, luego, es claro que lo realizado por el experto corresponde a un acto ajeno al rol de perito, pues, se dedicó a valorar los elementos del tipo y a concluir que el acusado es responsable de un acto de corrupción, lo cual no le es permitido.

En efecto, respecto del detrimento patrimonial en que se sustenta el peculado, el politólogo expone su particular opinión a partir de la circunstancia objetiva de haberse pagado el anticipo, lo cual no es consecuencia de una estructura científica de un dictamen pericial.

De otro lado, recuérdese que la acusación por este delito se sustentó en el hecho de haberse entregado el 50% del valor total del contrato como anticipo y la obra ni siquiera inició dentro del mandato de DELUQUE FREYLE, precisamente, en criterio del ente acusador, por haber firmado el documento sin el requisito esencial de la licencia ambiental¹⁰⁵, lo cual soporta en la indagatoria del procesado quien reconoce que en su mandato no se inició la obra pero no le admitió su exculpación cuando afirma que no fue su responsabilidad; así mismo, se apoyó en el informe pericial 779299 de 31 de mayo de 2013, en

¹⁰⁵ Folio 98 y siguientes Cuaderno 4 de la Fiscalía.

el que la contadora al servicio de la Fiscalía, relacionó las inversiones que hizo el contratista.

Al respecto, esto se dice en la resolución de acusación:

«Lo único que aparece en las diligencias, y además es de público conocimiento, son documentos mediante los cuales se avizora un total incumplimiento del contrato cuestionado, es decir, el contratista ha disfrutado los dineros inicialmente entregados en calidad de "anticipo" sin invertirlos en las obras, prueba de ello es que según se dice en el informe núm. 779299 del 31 de mayo de 2013 suscrito por la investigadora Contadora Myriam Galvis Gómez, simplemente tal parece que lo consideran dineros propios, al punto que al momento de pasar las cuentas correspondientes acerca de la utilización e inversión de dichos dineros entregados anticipadamente para ser invertidos en las mismas obras, se hizo una relación algo acomodada, pues se invirtieron algunos recursos incluso en compras de terrenos para montar allí el "campamento", supuestamente en donde se dirigirían las obras, pero por mera sustracción de materia se cae tal acomodaticia "relación de gastos" pues si no ha habido obra alguna, menos aún "campamentos para dirigirla.»

Consultado el contenido del informe presentado en el año 2013 (doce años después de los hechos), allí se elabora una relación de gastos correspondiente al Contrato N° 487 de 2001 emitida por el contratista, donde se evidencia que el total de ejecución para el año 2012 fue de \$1.483.757.935,00, de tal manera que la afirmación de la acusación respecto de que el dinero no se invirtió, no encuentra respaldo; por el contrario, se ratifica que sí hubo aplicación del dinero en la obra con la misma prueba de la Fiscalía.¹⁰⁶

Ahora si bien no se ejecutó el anticipo, como quedó explicado en el capítulo anterior, ello no obedeció a un hecho que vinculara la responsabilidad del acusado, en virtud a que movido por la esperada diligencia con que debía obrar una

¹⁰⁶ C. 2 fiscalía original, folios 1-47

entidad ajena a la Gobernación de la Guajira, como lo era CORPOGUAJIRA aceptó inicialmente que era suficiente con un Plan de Manejo Ambiental y no con una Licencia Ambiental en concreto y es la misma autoridad quien, pretendiendo corregir su propio error, exige la licencia siendo necesaria la llamada Consulta Previa con las comunidades indígenas asentadas en el sector del proyecto; sin embargo, fracasó CORPOGUAJIRA en el trámite de dicha licencia que logró expedir pero fue revocada por errores en el procedimiento de la consulta.

La Fiscalía orientó la investigación en contra del Gobernador de la Guajira sin advertir que, un estudio detenido sobre el comportamiento de este, quien obedecía cuanto le exigía CORPOGUAJIRA y las respuestas de ésta, habría hecho que en su momento, se lograra identificar a quienes en verdad generaron la suspensión de la obra y con ello la imposibilidad de que el contratista invirtiera oportunamente el anticipo.

Ahora bien; la misma contadora de la Fiscalía en su informe relata todo aquello que mencionó Martha Durán Zafra de la Secretaría de Obras Públicas acerca de las causales de suspensión de la obra:

«La Gobernación de la Guajira a través de la Gerencia del proyecto Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Riohacha, presento desde el 2001 ante Corpoguajira la Licencia Ambiental del proyecto para su estudio y aprobación.

El Contrato de Obra No 487 de 2001 se inició el 10 de enero de 2002, con un plazo de ejecución de seis meses contados a partir de la suscripción de la presente Acta de Iniciación de obra y su terminación sería el (9) nueve de julio de 2002. El contratista se compromete a cumplir el programa de ejecución de obra e inversiones presentado en su propuesta a los pliegos de condiciones.

La Interventoría de obra fue ejercida por la firma ESTUDIOS TECNICOS Y CONSTRUCCIONES Representante legal MANUEL GONGORA SIERRA Contrato No 024 de 05 de junio de 2001 celebrado con el Departamento.

El 18 de febrero del 2002 se suspende la obra mediante Acta No 002, debido a que la Corporación Autónoma Regional no había expedido la Licencia Ambiental para la Construcción y Operación del Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales, además el Municipio de Riohacha no había hecho entrega de los terrenos donde se construiría el sistema y las servidumbres del emisario final.

Después de agotar el Departamento todos los requerimientos y observaciones del equipo de apoyo de la oficina de Control Ambiental de Corpoguajira se otorga la Licencia Ambiental al Departamento mediante Resolución No 01747 de 15 de julio de 2.002. Se reinicia la obra el día 01 de agosto de 2002 Acta No 003.

Posteriormente la Corporación Autónoma Regional de la Guajira informa que se debe suspender la obra porque las comunidades indígenas de zona directa de la laguna habían interpuesto un recurso de Reposición ante Corpoguajira y apelación ante el Ministerio del medio ambiente, el Departamento procede a suspender la obra a través del Acta No 004 de fecha 30 de agosto de 2002, y vuelve a reiniciar la obra Acta No 005 el día 06 de mayo de 2003.

Nuevamente surgen conflictos con otras comunidades que aducían que no participaron en el proceso anterior y estaban asentadas en el área directa reclamando sus derechos de igualdad y mediante Resolución No 0475 de fecha 23 de abril de 2003, emanada del Ministerio del Medio Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, fue revocada la Resolución No 01747 del 15 de julio de 2002 en el citado proveído, se ordena retroceder el procedimiento llevado a cabo , a partir de la etapa de la CONSULTA PREVIA.

La Administración Departamental cumplió con el Auto No 148 de fecha 10 de junio de 2.003 expedido por el Ministerio efectuar la Convocatoria a la celebración de la CONSULTA PREVIA, el Departamento adelanto en concertación con el Municipio de Riohacha, Corpoguajira y el Ministerio del Interior (etnias) el inventario de las comunidades Indígenas -asentadas en el área de influencia directas e indirectas de las lagunas, siendo las de mayor afectación la zona directa en un radio de acción de 600mt que incidirían los impactos ambientales que actividad mencionada podía generar, y por normatividad ambiental de la entidad competente, se recomienda que no debe existir asentamientos en un radio mínimo de 1500 mt del centro de las lagunas para evitar efectos dañinos, las cuales tendrían que ser reubicadas y mejoradas sus condiciones de vida e infraestructura sin desconocer sus tradiciones. La situación encontrada era viviendas Wayuu construidas en bahareque, cada vivienda de estas consta de: casa dormitorios, cocina, enramadas, corrales de chivos, gallineros, y algunos que otros tipos de

cerramientos...siendo identificadas las comunidades Ranchería Guayabito, los olivos. La loma, El arroyo, Mawaichon y al Campo Alegre y el cabildo jirrawaikat, con las cuales se concertó aspectos sociales, ambientales y de inversión en el campo productivo, a manera de compensación, con base en lo anterior, y recomendaciones dadas el director de Corpoguajira Otorga Nuevamente la Licencia Ambiental...»

En el documento que hizo adición al contrato¹⁰⁷, contiene igualmente una descripción de las razones por las cuales la obra no se ejecutó en el periodo de gobierno del acusado:

«Departamento de la Guajira dentro de los seis (6) meses contados a partir de la fecha en que se firme el acta de inicio. F) Que el Contrato se inició el 10 de enero del año 2002, siendo suspendido el día dieciocho (18) de febrero de 2002, por cuanto la Corporación Autónoma Regional de La Guajira no había expedido la Licencia ambiental para la construcción y operación del sistema de tratamiento de aguas residuales y el municipio de Riohacha no había hecho entrega de los terrenos en donde se construirá el sistema de tratamiento de aguas residuales y la servidumbre del emisario final. G) Que se reinició el 10 de agosto de 2002, pero las comunidades indígenas no dejaron avanzar la obra y es así como el 30 de agosto de 2002 se suspende la obra por un Recurso de reposición presentado por las comunidades Indígenas ante CORPOGUAJIRA y Apelación ante el Ministerio del Medio Ambiente, exclusivamente en lo referente a la Consulta previa, H) Que la obra se reinició el día seis (6) de mayo del 2003, pero el día doce (12) del mismo mes se hace necesario suspenderla por cuanto el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial revoca la Resolución No. 01747 del 15 de julio de 2002; y la Corporación Autónoma Regional de La Guajira debería retroceder el procedimiento llevado a cabo para el otorgante de la Licencia Ambiental a partir de su etapa de Consulta previa. El día 28 de septiembre del año 2006 se reinició la obra mediante el Acta No. 007 de 2006»

¹⁰⁷ Folio 79 cuaderno del contrato.

EL anterior relato, demuestra que la obra se intentó iniciar pero fue por circunstancias que, de acuerdo con lo probado, no estaban bajo el control del procesado para atribuirle a él la falta de inversión del anticipo, pues debido a los errores en que incurrió CORPOGUAJIRA y a la intervención de las comunidades indígenas, no pudo avanzar con el proyecto.

Finalmente, retomando los argumentos de la acusación, no resulta admisible atribuirle al procesado el destino que el contratista le dio a los dineros del anticipo (compra de predios para campamento, materiales, nóminas, etc.), primero porque la Fiscalía es insistente en que en el período de gobierno del acusado no se ejecutó ningún dinero del anticipo y, segundo, se contradice al afirmar que el contratista lo invirtió en predios y otros elementos propios, lo cual ocurrió cuando DELUQUE FREYLE ya no era Gobernador.

En efecto, los gastos e inversiones por el valor antes indicado y que menciona la contadora de la Fiscalía, fueron realizados después del año 2003 en el que DELUQUE FREYLE terminó su mandato, luego, para ese entonces, no tenía el deber de vigilar y controlar el destino del anticipo.

Podría pensarse, como argumento en contra de lo dicho, que esa fue una de las consecuencias de no haberse utilizado el presupuesto del anticipo en el periodo de gobierno del acusado, sin embargo, corresponde a una conclusión derivada de premisas que no surgen del análisis de la prueba y además, porque el deber de vigilancia y control estaba en cabeza de

funcionarios públicos del momento, es decir, de quienes tenían a su cargo la interventoría del contrato y la representación legal del Departamento posterior al año 2003 y el consecuente deber de verificar aquello relacionado con los gastos e inversiones que dice haber realizado el contratista con el valor del anticipo.

En este caso, lo único que se probó claramente es que el anticipo del 50% del valor del contrato fue entregado al contratista con ocasión de una obligación contractual y que en el periodo de gobierno HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, no se usó en la obra por las razones suficientemente explicadas, las cuales llevan a la conclusión de atipicidad objetiva, en tanto su actuación se vio truncada por actos de terceros para poder exigirle al contratista la aplicación del dinero en la obra, luego es claro que no se puede afirmar acerca de una apropiación de recursos públicos en favor de terceros.

En resumen, se absolverá a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE de los cargos a él atribuidos por la Fiscalía General de la Nación dentro de este asunto y que se referían a los delitos de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES Y PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS AGRAVADO POR LA CUANTÍA, previstos en los artículos 410 y 397 inciso segundo del Código Penal.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a la Secretaría de la Sala, que una vez en firme este fallo, proceda a adelantar las gestiones necesarias para que en virtud del

principio de anonimización, el nombre e identificación del procesado se oculten en las bases de datos públicas donde se lleva el historial de este proceso, especialmente en el Sistema Judicial Siglo XXI, como garantía del derecho fundamental al habeas data.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- ABSOLVER a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, identificado con la cédula de ciudadanía 19.164.386, de los cargos que a él formulados por los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía, con soporte en los argumentos expuestos en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO. - Una vez cobre ejecutoria este fallo, comuníquese su contenido a las autoridades en cargadas de administrar registros sobre actividades criminales para la actualización de sus bases de datos.

TERCERO.- En firme esta sentencia, **Ordenar** a la Secretaría de la Sala que proceda a realizar las anotaciones correspondientes en el sistema judicial Siglo XXI, cancelar

aquellas que se hayan generado en contra del procesado y para efectos del principio de anonimización, deberá realizar las gestiones necesarias para que el nombre e identificación del procesado, se oculten de las bases de datos públicas, dejando incólume el historial del proceso.

Realizado lo anterior, procédase al archivo definitivo de la actuación.

Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2 y 3 num. 6° del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario