



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada Ponente

SEP 127-2023

Radicación N° 00115

CUI 11001024800020190000800

Aprobado Acta Ordinaria N.º 107

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Emite la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia sentencia en el proceso penal que se adelanta en contra de JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA, otrora Gobernador encargado del departamento de Arauca, acusado por la Fiscalía General de la Nación como probable autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

Según la resolución de acusación, JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA, actuando en calidad de Gobernador encargado¹ del Departamento de Arauca durante el 25 de enero y el 1° de febrero de 2006, celebró el 27 de enero de ese año, los contratos de órdenes de prestación de servicios No 003 y 009, y consultoría No 016, 022, 025, 027, 029, 030, 032, 035, 043, 0045, 046, 047, 048 y 049 sin observar cabalmente los requisitos legales, dado que no contaban con estudios previos para el momento de su suscripción.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA se identifica con la cédula de ciudadanía No. 4.299.644 de Arauca, nació el 28 de septiembre de 1948 en Pamplona, Norte de Santander, es hijo de Hipólito y Pascuala, de estado civil casado, padre de tres hijos, licenciado en química y docente de profesión. Se desempeñó como Secretario de Educación del departamento de Arauca del 21 de abril de 2005 al 2 de enero de 2008 y Gobernador -encargado- de ese mismo ente territorial, para los efectos de este asunto, entre el 25 de enero al 1° de febrero del año 2006.

¹ Designado mediante Resolución No 022 del 25 de enero de 2006.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. Etapa de investigación

El 5 de mayo de 2017 la Fiscalía General de la Nación dispuso apertura la instrucción contra ZÚÑIGA CASTAÑEDA por la presunta comisión del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*².

Vinculado mediante indagatoria recepcionada el 1° de junio de 2017³, le resolvió la situación jurídica el 27 de julio de 2018 absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁴.

El 26 de septiembre de 2018 fue clausurada la instrucción⁵ y el 15 de enero de 2019 se emitió resolución de acusación por el citado delito, verbo rector *celebrar sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales*, en concurso homogéneo, predicando la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 9° del artículo 58 del Código Penal⁶, decisión que en virtud del recurso de reposición interpuesto por la defensa⁷, fue confirmada el 14 de febrero del mismo año⁸.

² Fls. 16 a 18, cuaderno No. 6, Fiscalía.

³ Fls. 81 a 86, ibidem.

⁴ Fls. 116 a 127, ibidem.

⁵ Fls. 181, ibidem.

⁶ Fls. 6 a 18, cuaderno No. 7, Fiscalía.

⁷ Fls. 34 a 44, cuaderno No. 7, Fiscalía.

⁸ Fls. 59 a 66, cuaderno No. 7, Fiscalía.

3.2. Etapa de Juicio

Ejecutoriada la calificación sumarial el 21 de marzo de 2019⁹, fue remitido el expediente a esta Sala y corrido el traslado contemplado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹⁰, la defensa presentó solicitudes de nulidad y probatorias¹¹.

El 25 de febrero de 2020 fue admitida por esta Sala la demanda de parte civil presentada por el apoderado judicial del Departamento de Arauca¹², decisión confirmada por la Sala de Casación Penal el 25 de noviembre del mismo año, ante el recurso interpuesto por la defensa¹³.

Mediante auto del 26 de agosto de 2020, esta Corporación negó la pretensión de nulidad presentada por el apoderado del procesado y se pronunció frente a las pruebas deprecadas¹⁴, providencia que una vez publicitada en la audiencia preparatoria el 21 de enero del 2021¹⁵, fue objeto de reposición y apelación por parte de la defensa. El recurso horizontal fue resuelto mediante auto del 24 de febrero de 2021, reponiendo parcialmente el proveído en relación con la posibilidad de escuchar al procesado en audiencia pública y concediéndose la alzada¹⁶, providencia que fue ratificada por

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

¹⁰ Archivo No. 3, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹¹ Archivo No. 5, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹² Fls. 16 y ss, cuaderno No. 1, Segunda instancia.

¹³ Fls. 3 y ss, cuaderno No. 1, Parte Civil.

¹⁴ Archivo No. 18, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹⁵ Archivo No. 20, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹⁶ Archivo No. 29A, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

la Sala de Casación Penal en decisión del 25 de mayo de 2022¹⁷.

Una vez practicadas las pruebas decretadas, se adelantó la audiencia pública de juzgamiento¹⁸.

4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia acusó a ZÚÑIGA CASTAÑEDA, como autor responsable del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* bajo el verbo rector *celebrar sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales*, en concurso homogéneo, concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58, numeral 9° del Código Penal, al estimar que como Gobernador de Arauca encargado durante el 25 de enero y el 1° de febrero de 2006, celebró el 27 de enero de ese año contratos de interventoría mediante las órdenes de prestación de servicios No 003 y 009, y de consultoría No 016, 022, 025, 027, 029, 030, 032, 035, 043, 0045, 046, 047, 048 y 049 sin observar cabalmente los requisitos legales, dado que no contaban con estudios de conveniencia y oportunidad.

Señaló el ente acusador que los estudios previos relacionados con estos actos jurídicos se realizaron de manera exclusiva para los contratos de obra, más no para los

¹⁷ Fls. 9 y ss, cuaderno No. 2, Segunda instancia.

¹⁸ Archivo No. 33, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

de interventoría que de éstos se derivaron, los cuales requerían del cumplimiento de ese requisito de manera independiente, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 32, numeral 2° de la Ley 80 de 1993, la consultoría es una modalidad de contratación estatal, por tanto, en su celebración y trámite deben atenderse las mismas exigencias de todo contrato público.

Agregó que el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002, en desarrollo de lo previsto en los numerales 7° y 12° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece que los estudios previos deben elaborarse con anterioridad al proceso de selección, con miras a dar cumplimiento a los principios de economía y planeación, dado que, si bien la interventoría supone la existencia de una obra civil, sus objetos contractuales son distintos así como las labores que debe ejercer uno y otro contratista, por lo que los estudios de conveniencia y oportunidad para cada contrato son independientes.

Además, de aceptarse que en este caso los estudios de los contratos de obra cobijan a los de interventoría, los primeros tampoco cumplen con los requisitos legales, al no describir las actividades a desarrollar por parte del interventor. Por eso, pese a que en las fichas EBI y en los formatos de viabilidad y elegibilidad se encuentran descritos los proyectos a realizar y que una parte del presupuesto se destinaría a la interventoría, estos documentos no reemplazan los estudios de conveniencia y oportunidad.

La omisión de este requisito vulneró el *principio de economía*, al no señalar la conveniencia de la celebración del contrato, en tanto el gasto debe estar justificado en una necesidad y quién es la persona idónea para suplirla. Además, *el de responsabilidad*, puesto que es función del ordenador buscar el cumplimiento de los fines del Estado a través de una correcta planeación de las actividades que debe desarrollar mediante la contratación, y en ese orden, asegurarse de contar con todos los documentos requeridos de acuerdo a la labor a desarrollar.

Así mismo, que el análisis de necesidad implica determinar el tipo de contrato a realizar, los recursos a invertir, el estudio técnico, administrativo, financiero, la idoneidad del contratista y los riesgos a prevenir, todo ello, consignado en un documento que sirva de sustento para la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia, previo a la convocatoria para el proceso de selección, lo que corresponde a una debida planeación.

Finalmente, luego de desechar los argumentos defensivos presentados por el procesado y su abogado, hizo hincapié en los elementos del tipo penal por el que se acusa, señalando que la conducta se cometió con dolo, en tanto como Secretario de Educación, ZÚÑIGA CASTAÑEDA conocía los requisitos para la celebración de los contratos y pese a ello decidió en este caso suscribirlos sin el lleno de las exigencias legales; además actuó con culpabilidad dada su capacidad de comprender la ilicitud y determinarse de

acuerdo a ello, y de forma antijurídica por la lesión causada al bien jurídico de la administración pública, sin que exista causal de justificación alguna.

5. AUDIENCIA PÚBLICA

Entre el 25 y el 26 de enero de 2023¹⁹ se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento en cuyo desarrollo se escuchó en interrogatorio al acusado y se presentaron las alegaciones finales por parte de los sujetos procesales.

5.1. Fiscalía

Solicitó emitir sentencia condenatoria en contra del enjuiciado como autor de los delitos objeto de acusación por haberse acreditado los elementos necesarios para la configuración de las conductas punibles, concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad por su posición distinguida y privilegiada en la sociedad al momento de los hechos, su trayectoria en el sector público y la confianza depositada por los electores²⁰.

Al respecto, explicó que se demostró la calidad de servidor público del procesado para el momento de los hechos y que éste ejercía las funciones del cargo previstas en los artículos 305 de la Constitución Política y literal b) del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, por lo que

¹⁹ Archivo No. 033, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

²⁰ Archivo No. 034, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

es sujeto de responsabilidad conforme lo previsto en el artículo 26 de esta última normativa.

Destacó que como los contratos de prestación de servicios profesionales y de interventoría por los que se procede, son contratos estatales conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el ordenador del gasto debía observar los requisitos legales esenciales previstos en el Decreto 2170 del 30 de septiembre de 2002, norma vigente para la época de los hechos, misma que en su artículo 8° establece la realización de estudios previos como garantía del principio de economía, exigencia que no se satisface en este caso teniendo en cuenta que en los contratos de prestación de servicios se observa su elaboración con fecha posterior a su celebración y en los de interventoría no fueron realizados.

Señaló que no resultan de recibo las explicaciones del procesado respecto a que le eran aplicables los estudios de los contratos de obra, teniendo en cuenta que se trata de negocios jurídicos autónomos, máxime cuando el contenido de éstos nada refiere respecto a la interventoría y por el contrario en algunos contratos de obra no se previó la necesidad de estipular a un tercero para la interventoría, estableciéndose que dicha labor estaría a cargo de un funcionario de la entidad.

Agregó, que como ZÚÑIGA CASTAÑEDA ejercía como Secretario de Educación y a su cargo estaba la labor de realizar los estudios previos de los contratos de obra de su

dependencia, conocía y era consciente de que éstos nada consideraban respecto de la interventoría, pese a ello, suscribió los negocios a sabiendas de que no cumplían con un requisito legal esencial, vulnerando los principios de economía y planeación y generando un daño en la administración pública sin justificación alguna, razonamientos que apoyó en la prueba documental y testimonial recaudada en el trámite. Además, sostuvo que se encuentra probada la circunstancia de mayor punibilidad que le fue enrostrada, por su posición privilegiada en la sociedad, dado el cargo que ocupaba el acusado y su formación profesional.

Finalmente, hizo alusión a la relevancia de los estudios previos como garantes del principio de economía, por lo que su inobservancia vulnera el principio de planeación, que, a su vez, garantiza la correcta ejecución del contrato.

5.2. Ministerio Público

Pidió emitir sentencia de carácter condenatorio en contra del acusado, como autor responsable del delito por el que fue acusado.

Luego de hacer un recuento de los hechos jurídicamente relevantes, la resolución de acusación, y relacionar los elementos del tipo penal *de contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y su materialidad, argumentó que, en el caso concreto, el acusado ostentaba la

calidad de servidor público como gobernador del departamento de Arauca para la época de la celebración de los contratos que se le reprochan, contando con la facultad de suscribir contratos estatales; y pese a que la tesis defensiva se enfocó en demostrar que los negocios jurídicos se realizaron bajo la idea de la integralidad y en virtud de ello los contratos de interventoría y de obra estaban cobijados por los mismos estudios previos de conveniencia y necesidad, en su criterio el contrato de interventoría requiere la elaboración otros estudios para su celebración, dado que son negocios autónomos cuyo objeto y propósito es totalmente discernible.

Al respecto, aludió al numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la descripción y el objeto de los contratos de interventoría, destacando que los mismos deben sujetarse a los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, lo que demanda el respeto por los principios rectores de la contratación estatal.

Adujo que la ausencia de estudios previos en el desarrollo de la gestión del contrato de interventoría tiene relación directa con el desconocimiento del principio de planeación, porque a causa del carácter técnico de éste su elaboración es necesaria, en la medida en que con ellos se determinan aspectos propios de la interventoría, encontrándose probada en este caso, la inobservancia de este principio.

Respecto al elemento subjetivo, precisó que no es de recibo que se diga en pro de la defensa del acusado que éste depositó la confianza en un equipo técnico que revisaba los requisitos contractuales, teniendo en cuenta que ZÚÑIGA CASTAÑEDA no solamente podía confiar en las manifestaciones de sus funcionarios sino que le correspondía constatar el cumplimiento de las exigencias, ejerciendo el rol de vigilancia que tiene asignado como ordenador del gasto, quien pese a estar encargado como gobernador, tenía la posibilidad y el deber de informarse sobre los requisitos concernientes a la suscripción de un contrato de interventoría.

También, que la conducta resulta antijurídica en tanto el bien jurídico de la administración pública se vio desprotegido por el procesado al no actuar con probidad al servicio que le fue encomendado, lo que menoscaba el cumplimiento de los fines estatales.

5.3. Defensor

Deprecó sentencia absolutoria a favor de su defendido al estimar que de las manifestaciones del procesado y de Libardo Balaguera, se concluye que se desarrollaron los procedimientos reglados en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 2002, allegándose los estudios de conveniencia y oportunidad a cada contrato de consultoría e interventoría; y, valoradas las pruebas en conjunto, todos los funcionarios coincidieron en que el trámite precontractual y la

estructuración de proyectos, se adelantó con viabilidad y elegibilidad para la posterior elaboración de la minuta contractual, confirmando el testigo Balaguera la legalidad de los procedimientos con el estudio previo.

Refirió como fundamentos absolutorios de la defensa, los artículos 7°, 20 y 231 de la Ley 600 de 2000, señalando que la prueba no logró transmitir al fallador la certeza sobre los elementos de la conducta punible y la presunta responsabilidad del acusado. Por el contrario, encuentra demostrado que, en el desarrollo de cada proceso, se respetaron los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

Analizó cada uno de los negocios jurídicos objeto de acusación, señalando, en términos generales, que no se probó cuál fue la pretermisión, por el contrario, se aportaron los documentos publicados en la página web: pre pliegos, pliegos definitivos, evaluación, resolución de apertura, observaciones, respuestas y adjudicación, sin que se demostrara la existencia de un daño a la Gobernación. Además, se acreditó la existencia de un comité de evaluación financiero, técnico y jurídico, y que en este caso no se trató de una adjudicación contractual arbitraria. Agregó que la Fiscalía no logró corroborar el dolo en la omisión de ningún requisito previo por parte del acusado al momento de firmar los contratos, teniendo en cuenta que las pruebas demostraron que la conveniencia de los mismos estaba

dictada por mandato legal, al tener que contratarse la interventoría con el 5% del presupuesto de las regalías.

5.4. Procesado

Se unió a las pretensiones absolutorias elevadas por su defensor señalando que, con base en las pruebas practicadas se declara inocente respecto del delito por el que es juzgado, dado que su actuar no fue doloso.

Puso de presente, sus condiciones físicas y de salud, y el deterioro que ha causado el proceso penal del que es objeto en su calidad de vida, rogando paz y sosiego en sus últimos años.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia y procedimiento aplicable

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer del presente asunto y emitir sentencia en razón del fuero que ampara a JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA por haber sido Gobernador del departamento de Arauca, (numeral 5° de la última preceptiva citada), aun cuando ya no ostenta tal condición, las conductas descritas en la resolución de

acusación emitida en su contra por la Fiscalía guardan relación con las funciones que desarrolló al frente de ese departamento entre el 25 de enero y el 1° de febrero del año 2006.

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

Según certificación obrante en la actuación, el acusado fue nombrado como gobernador encargado entre el 25 de enero y el 1° de febrero de 2006 mediante resolución No. 022 del 25 de enero de 2006²¹, por ello, en tal condición, celebró las órdenes de prestación de servicios No. 003 y 009, y los contratos de consultoría No. 016, 022, 025, 027, 029, 030, 032, 035, 043, 0045, 046, 047, 048 y 049 de ese año, sin observar cabalmente los requisitos legales, dado que no contaban con estudios previos para el momento de su suscripción.

Establecida la competencia de la Sala, ha de precisarse que en este caso el procedimiento aplicable es el rituado por la Ley 600 de 2000. Lo anterior, teniendo en cuenta que como lo ha reiterado la jurisprudencia²², la Ley 906 de 2004 estableció un método de implementación progresivo en todo

²¹ Fl. 113, 114 y 227, Cuaderno No. 6, Fiscalía.

²² Cf. CSJ, SP, 6 jul. 2011, rad. 34696; CSJ, SP, 6 sep. 2017, rad. 51023; CSJ, SEP, 17 mar. 2022, rad. 00267.

el territorio nacional, fijando en el artículo 529 los parámetros para tal propósito, a partir de los cuales en el artículo 530 de la misma normativa se dispuso que:

Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1o. de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1o. de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1o. de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1o.) de enero de 2008.

Como puede observarse, la norma dejó por fuera entre otros, los distritos de Arauca, Yopal y San Andrés, omisión que el ejecutivo buscó corregir a través del Decreto 2770 de 2004²³, en el que se precisó, para los fines que interesa respecto de Arauca, que los hechos ocurridos en esta jurisdicción en vigencia del nuevo sistema serían conocidos por la Dirección de Fiscalía de Cúcuta a partir del año 2008, época en la que, en los términos del artículo 530 entraría a funcionar el Sistema Acusatorio en ese Distrito Judicial (1° de enero de 2008).

Es por eso, que como los hechos aquí juzgados tuvieron lugar en el departamento de Arauca el 27 de enero de 2006, momento en que no se había implementado la Ley 906 de

²³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-925 de 2005.

2004 en ese territorio, su procesamiento debe someterse al rito de la Ley 600 de 2000, tal como se viene realizando.

6.2. Requisitos para condenar

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, que rige en el presente asunto, para proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba legal, regular, oportuna y válidamente recaudada en el proceso conduzca a la certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

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

Con este fin, se debe destacar que para la emisión de una sentencia condenatoria no basta la asunción de la ocurrencia de un suceso, porque para la adecuación típica y

subsiguiente declaración de responsabilidad penal es menester motivar la atribución jurídico penal o ligazón con el actuar del procesado, aspecto en el cual debe mediar la precisión del tipo objetivo y subjetivo, así como de qué manera desarrolló el procesado en todo o en parte la conducta prohibida, sus circunstancias, el objeto sobre el cual recayó, la forma conductual, etc.

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

6.3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

6.3.1. Del tipo objetivo

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

ello encaminado a cumplir los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

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

El original artículo 410 del Código Penal lo define 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.

Es menester advertir que no resulta aplicable el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, teniendo en cuenta que, en este caso, como se indicó atrás, según la implementación gradual del Sistema Acusatorio en los diferentes distritos judiciales, para el departamento de Arauca su iniciación se produjo a partir del

1° de enero del año 2008²⁴, es decir, con posterioridad a los hechos ocurridos el 27 de enero de 2006.

Ahora, para la estructuración del referido ilícito se exige, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato y, en segundo lugar, llevar a cabo la conducta desvalorada sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales²⁵.

Se trata de un tipo penal de conducta alternativa que contempla como modalidades de ejecución: *i) tramitar* el contrato sin observar el cumplimiento de los requisitos legales, *ii) celebrarlo*, o *iii) liquidarlo* sin verificar del cumplimiento de estos²⁶.

La primera de ellas, por regla general le es atribuible a los servidores públicos en quienes está desconcentrado o delegado el trámite precontractual, al *dar trámite al contrato sin observar los requisitos legales esenciales, gestión que comprende los pasos que la administración debe seguir hasta la celebración del compromiso contractual* ²⁷; mientras que las otras dos, al ordenador del gasto encargado de verificar las exigencias legales al momento de *celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, incluidos aquéllos que de acuerdo con la Ley 80 de 1993*

²⁴ Art. 530, Ley 906 de 2004.

²⁵ Cfr. CSJ SP, 15 mar. 2023, rad. 59994, CSJ SEP, 1° feb. 2023, rad. 46473, entre otras.

²⁶ Cfr CSJ SP, 11 ag. 2021 rad. 53219, CSJ SEP, 28 ag. 2023, rad. 47325.

²⁷ CSJ SP, 9 ab. 2014, rad. 44864.

*constituyen solemnidades ineludibles en la fase precontractual y, finalmente, liquidar el contrato cuando concurren similares falencias.*²⁸

Lo anterior, teniendo en cuenta que por la forma desconcentrada en que se cumple la función pública al interior de una entidad estatal, la ley ha distinguido la conducta que ejecutan los servidores públicos en quienes recae la competencia de tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de tramitación, celebración y liquidación, correspondiendo a este último comprobar al momento de suscribir el negocio jurídico, que en la etapa previa se hayan cumplido todos los requisitos legales, por ser el funcionario encargado de disponer de los recursos. Lo anterior, en armonía con el deber que le asiste de orientar, controlar y vigilar que quienes tienen a su cargo el trámite, lo adelanten ajustado a la normativa que lo rige, buscando en todo caso preservar la legalidad del contrato evitando decisiones subjetivas o que antepongan el interés particular en detrimento del general.

Es un injusto de simple actividad o mera conducta²⁹ que se configura cuando el sujeto calificado tramita, celebra o liquida el contrato sin observancia de los requisitos legales u omite verificar su concurrencia en las mencionadas etapas, sin que se exija la constatación de un resultado separable de

²⁸ Ob. Cit.

²⁹ Cfr. CSJ SEP, 29 abr. 2021, rad. 45013 y CSJ SEP, 7 abr. 2022, rad. 00025.

los propios comportamientos antes referidos, en otras palabras, se consuma con la mera realización de las conductas allí descritas³⁰.

De otro lado, es un tipo penal en blanco, razón por la cual se debe acudir a la normativa extra penal para complementar su supuesto fáctico. En concreto, a aquella regulación consagrada en el Estatuto General de la Contratación Pública, esto es, la Ley 80 de 1993, las demás disposiciones que la desarrollan o, de ser el caso, a las normas consagradas en regímenes especiales de contratación estatal, con el fin de establecer el alcance del elemento normativo *requisitos legales esenciales*.

Tocante a las distintas etapas de la contratación que abarca el correspondiente tipo penal, ha puesto de relieve la Sala de Casación de esta Corporación que el comportamiento puede estar ligado a la tramitación, celebración o liquidación, más no de su ejecución, ello en armonía con el principio de estricta tipicidad³¹.

6.3.2. Del tipo subjetivo

El delito en estudio admite exclusivamente la forma conductual dolosa, por tanto, han de converger las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización. En tal medida, es necesario que medie el

³⁰ Cuestión distinta sería determinar el desvalor de resultado (de lesión o de peligro para el bien jurídico) que exige el referido tipo penal.

³¹ CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 48250 y CSJ SP, 15 mar. 2023, rad. 59994.

conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

6.3.3. Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

Respecto del primero de los requisitos objetivos del tipo, esto es, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato para la fecha de los hechos, la Sala encuentra demostrado con suficiencia que JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA fungió como Gobernador encargado del departamento de Arauca, entre el 25 de enero y el 1° de febrero de 2006, según lo evidencia el acto administrativo que da cuenta de la posesión allegado al plenario ³² y la propia manifestación del enjuiciado³³, y fue en tal calidad que suscribió las órdenes de prestación de servicios No 003 y 009, y los contratos de consultoría No 016, 022, 025, 027, 029, 030, 032, 035, 043, 0045, 046, 047, 048 y 049, todos del año 2006, objeto de la presente actuación judicial.

Como se ha señalado con anterioridad, al ser el mencionado ilícito un tipo penal en blanco se debe acudir a

³² Fl. 113, 114 y 227, Cuaderno No. 6 Fiscalía.

³³ Fl. 247, Cuaderno No. 4, Fiscalía.

las normas que regulan la contratación estatal con el fin de determinar cuáles son los requisitos esenciales de los negocios jurídicos objeto de este proceso.

Lo anterior, por cuanto según la Fiscalía el acusado al momento de celebrar los contratos por los que se le juzga, desconoció las máximas que los rigen, pues lo hizo sin verificar que éstos contaran con los correspondientes estudios previos, impidiendo con ello que se conociera la conveniencia de la contratación, su necesidad y quién era la persona idónea para suplirla vulnerando así el principio de *economía* y desatendiendo el deber que le asiste como ordenador del gasto de buscar el cumplimiento de los fines del Estado a través de una correcta planeación de las actividades que debe desarrollar mediante la contratación, asegurándose de contar con todos los documentos requeridos de acuerdo a la labor a desarrollar, con lo que infringió el principio de *responsabilidad*.

Para el ente acusador, esas irregularidades condujeron a que se careciera del análisis de necesidad en relación con el tipo de contrato a realizar, los recursos a invertir, el estudio técnico, administrativo, financiero, la idoneidad del contratista y los riesgos a prevenir, con lo que se busca establecer los parámetros para la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia previo a la convocatoria para el proceso de selección, lo que finalmente corresponde a una debida planeación.

En ese orden, la conducta reprochada al procesado se enmarca en el verbo rector *celebrar sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales*, toda vez que al momento en que fungía como gobernador, los contratos se encontraban en esa fase. Por eso, no se detendrá la Sala a dar respuesta a los planteamientos defensivos relacionados con la publicación de los trámites precontractuales en la correspondiente página web, la existencia o no de pre pliegos, pliegos, evaluación y demás, teniendo en cuenta que tales aspectos no fueron objeto de acusación.

Para lo que interesa, debe señalarse que los principios generales de la contratación estatal hacen parte de los requisitos esenciales del contrato, y, por tanto, del elemento objetivo del tipo, pues la descripción que hace el artículo 410 del Código Penal está integrada a los principios constitucionales que rigen la función administrativa y al Estatuto General de la Contratación, Ley 80 de 1993, los cuales emanan como faros ineludibles.

Y es que, si bien se tiene establecido con relación al ingrediente normativo, que no cualquier inobservancia en el cumplimiento de las formalidades de las leyes aplicables a la contratación configura *per se* este elemento objetivo del delito en estudio, sí lo hace el quebrantamiento de aspectos sustanciales que la rigen, entre ellos, los principios rectores del Estatuto de Contratación, en tanto que constituyen los límites del ejercicio funcional del servidor público en materia contractual y por ende, la violación de los requisitos legales

esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos³⁴.

En ese orden, el *principio de economía*, aparece contemplado en el artículo 25 de la normativa en cita, enmarcándose la censura de la Fiscalía respecto a la ausencia de *planeación*, desarrollada en los numerales 7° y 12 de esa norma, que imponen la obligación de adelantar, entre otros, estudios de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar de manera previa al proceso de selección, con miras a evitar que la actividad contractual del Estado se desarrolle de forma improvisada o librada al arbitrio del servidor público, siendo un procedimiento reglado en su planeación, proyección ejecución e interventoría.

Por su parte, el *principio de responsabilidad*, consagrado en el artículo 26 del Estatuto Contractual, conlleva para el servidor el deber de buscar en todo momento el cumplimiento de los fines de la contratación y ejercer una vigilancia rigurosa de los contratos desde su etapa previa, atribuyéndole la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas y llevar a cabo la elección del contratista bajo el marco fijado por los pliegos de condiciones.

Como materialización de estos principios, corresponde al Estado prever las actividades necesarias para el cumplimiento de los fines de la administración pública, tarea

³⁴ Cfr. CSJ SEP, 17 mar. 2022, rad. 00267 y CSJ SP, 9 ag. 2023, rad. 60110.

que debe guiarse por la necesidad de una contratación previamente establecida y la correcta fijación de las acciones que han de desarrollarse para satisfacerla.

Es por eso, que como lo ha reiterado esta Sala, los estudios previos deben determinar, entre otros:

(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos...³⁵

No de otra forma podría cumplirse por parte de la administración con el deber de estructurar el negocio jurídico, no solo en términos técnicos y económicos sino también jurídicamente, pues la planeación concreta de una contratación le permite establecer una tipología contractual acorde a las necesidades y el interés público a satisfacer, en armonía con los principios del interés general y la legalidad y descartando cualquier grado de subjetividad o improvisación en el trámite, de allí que precisamente el legislador haya establecido parámetros precisos para los contratos que corresponde celebrar a las entidades públicas en aras de una real y efectiva organización de sus acciones y en pro de lograr los objetivos trazados, por eso, tales presupuestos normativos hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos.

³⁵ CSJ SEP, 1 feb. 2023, rad. 46473.

En el caso concreto, la Fiscalía reprocha al acusado el haber suscrito las órdenes de prestación de servicios No 003 y 009, y los contratos de consultoría 016, 022, 025, 027, 029, 030, 032, 035, 043, 0045, 046, 047, 048 y 049 todos del año 2006, sin que contaran con los respectivos estudios previos. En su defensa, ZÚÑIGA CASTAÑEDA refiere que los estudios previos realizados para los contratos de obra cobijan los de prestación de servicios y consultoría que de estos se derivaron, teniendo en cuenta que tales obras se realizaron con recursos de las regalías y el literal b del artículo 14 de la Ley 756 de 2002 establece que el 5% de esos dineros debe invertirse en las interventorías de las obras que con ellos se hacen.

Al revisar en detalle la interventoría convenida a través de las ordenes de servicio y contratos de consultoría objeto de juicio, se encuentra que la mayoría de estos negocios no contó con estudios de conveniencia y utilidad independientes a los de los contratos de obra, y en aquellos que lo tienen, se aprecia que tales estudios datan de una fecha posterior a la de la celebración del contrato. Veamos:

CONTRATO	OBJETO	REQUISITOS
Orden de prestación de servicios N°003 del 27 de enero de 2006. ³⁶	Prestación de servicios de asistencia profesional a la implementación del sistema de información administrativo y financiero de la Gobernación de Arauca.	Los estudios previos fueron elaborados con posterioridad a la celebración del contrato (1 de abril de 2006) ³⁷ .
Orden de prestación de servicios N°009	Interventoría técnica y administrativa de las obras	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría.

³⁶ Fl. 176 y ss, Cuaderno No. 22, Anexos Fiscalía.

³⁷ Fl. 157 y ss, Cuaderno No. 22, Anexos Fiscalía.

del 27 de enero de 2006. ³⁸	de construcción de la central de transportes y la segunda etapa del Complejo Educativo del Conocimiento en el municipio de Tame. (Contratos de obra 758 y 759 del 30 de diciembre de 2005).	Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 758 de 2005, en los que, respecto de la interventoría se indicó que <i>"el control será llevado por una interventoría contratada o en su defecto por el funcionario delegado por parte de la entidad para tal fin"</i> ³⁹
Consultoría N°016 del 27 de enero de 2006 ⁴⁰ .	Construcción Etapa II Normal Superior María Inmaculada de Arauca. (Contrato de obra 863 del 2005).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad el contrato de obra 863 del 2005, en los que, respecto a la consultoría se expuso que <i>"el seguimiento y evaluación por parte de la interventoría se hará en forma organizada y con los informes respectivos para verificar el cumplimiento y desarrollo del proyecto"</i> . ⁴¹
Consultoría N°022 del 27 de enero de 2006 ⁴² .	Interventoría técnica y administrativa de las obras de reposición y optimización de la segunda etapa del alcantarillado sanitario del casco urbano del municipio de Fortul. (Contrato de obra 058 de 2006).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 058 de 2006, en los que, respecto a la consultoría se referencia que <i>"el control será llevado por una interventoría contratada, adicionalmente personal externo contratado con recursos del proyecto colaborarán con la Secretaría de Infraestructura Física Departamental."</i> ⁴³
Consultoría N°025 del 27 de enero de 2005 ⁴⁴ .	Interventoría técnica, administrativa y financiera de las obras de construcción y cerramiento educativo Rafael Pombo del municipio de Saravena. (Contrato de obra 507 del 2005).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 507 de 2005, en los que, respecto a la consultoría se dijo: <i>"es un componente que se ejecuta para garantizar la optimización de los recursos y la"</i>

³⁸ Fl. 22 y ss, Cuaderno No. 25, Anexos Fiscalía.

³⁹ Fl. 26, Cuaderno No. 34, Anexos Fiscalía.

⁴⁰ Fl. 157 y ss, Cuaderno No. 25, Anexos Fiscalía.

⁴¹ Fl. 36, Cuaderno No. 40, Anexos Fiscalía.

⁴² Fl. 191, Cuaderno No. 25, Anexos Fiscalía.

⁴³ Fl. 90, Cuaderno No. 34, Anexos Fiscalía.

⁴⁴ Fl. 1 y ss, Cuaderno No. 29, Anexos Fiscalía.

		<i>calidad de la construcción de la obra; este componente corresponde al 5% del valor de la obra” (...) “el seguimiento y evaluación por parte de la interventoría se hará en forma organizada y con los informes respectivos para verificar el cumplimiento y desarrollo del proyecto”.⁴⁵</i>
Consultoría N°027 del 27 de enero de 2006. ⁴⁶	Interventoría técnica y administrativa de las obras para la construcción del tanque semienterrado La Chamiza II en el municipio de Tame. (Contrato de obra 055 de 2006).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 055 de 2006, en los que, respecto de la interventoría se indicó que “el control será llevado por una interventoría contratada o en su defecto por el funcionario delegado por parte de la entidad para tal fin” ⁴⁷
Consultoría N°029 del 27 de enero de 2006 ⁴⁸ .	Implementación de la política de modernización y renovación del Estado mediante la elaboración de la lista de precios de la gobernación de Arauca.	Los estudios previos fueron elaborados, con posterioridad a la celebración del contrato (30 de enero de 2006) ⁴⁹ .
Consultoría N°030 del 27 de enero de 2006 ⁵⁰ .	Interventoría técnica y administrativa de las obras de recuperación, refuerzo estructural y adecuación a normas vigentes de la estructura posterior al edificio IDESA en el municipio de Arauca. (Contrato 156 de 2006).	Los estudios previos fueron elaborados, con posterioridad a la celebración del contrato (27 de abril de 2007) ⁵¹
Consultoría N°032 del 27 de enero de 2006 ⁵² .	Interventoría técnica y administrativa para las obras de ampliación y optimización del servicio de acueducto del municipio de Fortul. (Contrato 742 de 2005).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 742 de 2005, en los que, respecto de la interventoría se indicó que “el control será llevado por una interventoría

⁴⁵ Fl. 19 y ss, Cuaderno No. 29, Anexos Fiscalía.

⁴⁶ Fl. 197 y ss, Cuaderno Evidencias, Actuación Fiscalía, Contrato No. 027.

⁴⁷ Fl. 42, Cuaderno No. 35, Anexos Fiscalía.

⁴⁸ Fl. 10 y ss, Cuaderno No. 45, Anexos Fiscalía.

⁴⁹ Fl. 16, Cuaderno No. 4, Anexos Fiscalía.

⁵⁰ Fl. 34 y ss, Cuaderno No. 26, Anexos Fiscalía.

⁵¹ Fl. 82, Cuaderno Evidencias, Actuación Fiscalía, Contrato No. 030.

⁵² Fl. 286, Cuaderno Evidencias, Actuación Fiscalía, Contrato No. 030.

		<i>contratada o en su defecto por el funcionario delegado por parte de la entidad para tal fin</i> ⁵³ .
Consultoría N°035 del 27 de enero de 2006. ⁵⁴	Interventoría de la construcción de la segunda fase de la casa de la cultura del municipio de Cravo Norte. (Contrato de obra 801 de 2005).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 801 de 2005, en los que se menciona la interventoría como un componente del proyecto cuyo "seguimiento y evaluación por parte de la interventoría se hará en forma organizada y con los informes respectivos para verificar el cumplimiento y desarrollo del proyecto". ⁵⁵
Consultoría N°043 de 2006. ⁵⁶	Interventoría técnica, administrativa y financiera a los proyectos: construcción batería sanitaria, restaurante escolar, aula y mejoramiento sede educativa La Paz, vereda Caño Azul, municipio de Arauca. Construcción Infraestructura y adecuación general Centro Educativo Gabriela Mistral, vereda Feliciano de Arauca. (Contrato de obra 660 de 2005)	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 660 de 2005, donde se menciona que la interventoría, es "un componente del proyecto que se ejecuta para garantizar la optimización de los recursos y la calidad de la construcción de la obra; este componente corresponde al 5% del valor de la obra". Además, que "el seguimiento y evaluación por parte de la interventoría se hará en forma organizada y con los informes respectivos para verificar el cumplimiento y desarrollo del proyecto". ⁵⁷
Consultoría N°045 del 27 de enero de 2006. ⁵⁸	Interventoría técnica, administrativa y financiera al proyecto de construcción de filtros para el tratamiento de agua para las sedes Juan Isidro Daboin y Costa Hermosa. Mejoramiento del suministro de agua para la concentración Santa Fe y Juan Francisco Lara, en el municipio de Arauca.	No obran estudios de conveniencia y oportunidad. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 812 de 2005, donde se menciona que la interventoría, es "un componente del proyecto que se ejecuta para garantizar la optimización de los recursos y la calidad de la construcción de la obra; este componente corresponde al 5% del valor de la

⁵³ Fl. 76, Cuaderno No. 45, Anexos Fiscalía.

⁵⁴ Fl. 1 y ss, Cuaderno No. 30, Anexos Fiscalía.

⁵⁵ Fl. 25, Cuaderno No. 30, Anexos Fiscalía.

⁵⁶ Fl. 1 y ss, Cuaderno No. 31, Anexos Fiscalía.

⁵⁷ Fl. 29 y 30, Cuaderno No. 31, Anexos Fiscalía.

⁵⁸ Fl. 1 y ss, Cuaderno No. 33, Anexos Fiscalía.

	(Contrato de obra 812 de 2005).	<i>obra". Además, que "el seguimiento y evaluación por parte de la interventoría se hará en forma organizada y con los informes respectivos para verificar el cumplimiento y desarrollo del proyecto".⁵⁹</i>
Consultoría N°046 del 27 de enero de 2006 ⁶⁰ .	Interventoría técnica y administrativa de las obras de ampliación y mejoramiento de la red de acueducto y planta de tratamiento del municipio Cavo Norte. (Contrato de obra 050 de 2006).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 050 de 2006, donde se establece que <i>"el control y seguimiento a la inversión se hará con una interventoría contratada cumpliendo los preceptos de Ley"</i> ⁶¹ .
Consultoría N°047 del 27 de enero de 2006 ⁶² .	Interventoría técnica, administrativa y financiera al proyecto para la terminación y puesta en funcionamiento del restaurante escolar del centro educativo La Virgen de Guadalupe, vereda La Guaira, construcción de dos aulas, batería sanitaria y restaurante escolar de la escuela Delirio, vereda Botalón, municipio de Tame. (Contratos de obra 609 y 825 de 2005).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 609 y 825 de 2005, donde se establece que <i>"el seguimiento y la evaluación se hará en forma organizada y con los informes respectivos para verificar el cumplimiento y desarrollo del proyecto"</i> . ⁶³
Consultoría N°048 del 27 de enero de 2006. ⁶⁴	Interventoría técnica y administrativa a las obras de construcción de la II etapa del acueducto veredal La Cristalina, municipio de Tame. (Contrato de obra 838 de 2005).	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría. Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 838 de 2005, donde se indica que <i>"el control será llevado por una interventoría contratada o en su defecto por el funcionario delegado por parte de la entidad para tal fin."</i> ⁶⁵
Consultoría N°049 del 27 de enero de 2006. ⁶⁶	Interventoría técnica y administrativa de las obras de mejoramiento del sistema de saneamiento	No obran estudios de conveniencia y oportunidad de la consultoría.

⁵⁹ Fl. 23 y 24, Cuaderno No. 33, Anexos Fiscalía.

⁶⁰ Fl. 236 y ss, Cuaderno No. 26, Anexos Fiscalía.

⁶¹ Fl. 144, Cuaderno No. 34, Anexos Fiscalía.

⁶² Fl. 1 y ss, Cuaderno No. 35, Anexos Fiscalía.

⁶³ Fl. 41, Cuaderno No. 35, Anexos Fiscalía.

⁶⁴ Fl. 294 y ss, Cuaderno Evidencias, Actuación Fiscalía, Contrato No. 048.

⁶⁵ Fl. 183, Cuaderno No. 34, Anexos Fiscalía.

⁶⁶ Fl. 87, Cuaderno No. 7, Anexos Fiscalía.

	básico mediante la construcción de unidades básicas sanitarias en el área rural del municipio de Arauquita. (Contrato de obra 740 de 2005).	Obran estudios de conveniencia y oportunidad del contrato de obra 740 de 2005, donde se indica que "el control será llevado por una interventoría contratada o en su defecto por el funcionario delegado por parte de la entidad para tal fin." ⁶⁷
--	---	---

Reposa además certificación suscrita por el Gerente Técnico de Contratación Administrativa, Edgar Alfonso Cadena Díaz, expedida el 7 de julio de 2017, dando fe que, revisado el archivo central de la gobernación de Arauca no se encontró estudio de conveniencia de los contratos: No. 022, 027, 030, 032, 046, 048 de 2006.⁶⁸

Bajo ese panorama, corresponde establecer, sí, como lo argumenta la tesis defensiva aludiendo al literal b) del artículo 14 de la Ley 756 de 2002, son suficientes para el cumplimiento de los requisitos legales los estudios previos realizados para las obras que dieron origen a la interventoría, dispuesta en este caso mediante prestación de servicios o consultoría; o si, por el contrario, como lo indica el acusador, resultaba indispensable que éstos se hubieran elaborado de manera independiente.

Al revisar la norma invocada por la defensa, es claro que allí se establece la forma en que han de utilizarse por parte de los municipios los recursos provenientes de las regalías y

⁶⁷ Fl. 17, Cuaderno No. 6, Anexos Fiscalía.

⁶⁸ La certificación hace referencia al año 2016 como fecha de los contratos, sin embargo, al revisar el contexto del documento se entiende que es un error de digitación, porque la certificación se expide en atención a la solicitud realizada por la técnico investigadora de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, Blanca Nubia García Fernández, como consta a folio 109 del cuaderno 6 de la fiscalía.

compensaciones monetarias, disponiendo que *i)* el 90% habrá de invertirse en proyectos de desarrollo municipal contenidos en el plan de desarrollo, *ii)* el 5% para la interventoría técnica de estos, y *iii)* el 5% restante para los gastos de funcionamiento u operación. No obstante, nada dice tal disposición respecto a que dichos contratos de interventoría no requieran la realización de estudios previos y tampoco puede concluirse que la obligación legal de que los proyectos realizados con recursos provenientes de regalías o compensaciones monetarias deban de contar con interventoría técnica costada con esos mismos recursos, exime a las administraciones del requisito de elaborar estudios previos para los contratos de interventoría.

A similar conclusión se arriba si se detalla la naturaleza de los contratos de interventoría, los cuales aparecen regulados en el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como una subespecie de las consultorías. Su objeto principal es realizar un seguimiento técnico especializado que permite controlar, verificar y exigir que el objeto del contrato de obra se cumpla, con las especificaciones técnicas y en la forma y tiempos pactados.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

La interventoría es un medio de control administrativo que ejercen las entidades públicas en relación con el contratista que funge como colaborador de la administración, para garantizar los fines perseguidos con la contratación estatal. En los contratos de obra, el interventor es, pues, el representante de la entidad pública frente al contratista, en relación con los aspectos que requieren conocimientos técnicos, bajo cuya responsabilidad se verifica que los trabajos se adelanten conforme a todas

*las reglamentaciones correspondientes, siguiendo los planos, diseños y especificaciones realizados por los diseñadores*⁶⁹

Así pues, entre el contrato de obra y el contrato de interventoría existe una relación o una conexidad funcional, en la medida en que las obligaciones del primero constituyen el objeto de la interventoría, y, en conjunto, las obligaciones de uno y otro están orientadas a un fin práctico común: que los trabajos se adelanten de conformidad con los términos de la contratación, resultando manifiesta la relación de conexidad entre uno y otro, al punto que el segundo solo nace como consecuencia de una obra que deba ser objeto de seguimiento.⁷⁰ No obstante, dicha conexidad no desvirtúa en el contrato de interventoría, su naturaleza de principal y autónomo, como lo ha reconocido la máxima Corporación en materia contencioso administrativa:

*Si bien es cierto que el objeto del contrato de interventoría supone y exige, según ya se indicó, la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma de otro contrato diferente, lo cierto es que la interventoría subsiste a pesar de la extinción de la obligación principal o de la finalización del contrato que aparece como principal, al cual debe su existencia. Adicionalmente, la interventoría no se encuentra circunscrita a aspectos técnicos del contrato que se pretende controlar, sino que puede abarcar la vigilancia y control de las condiciones financieras y económicas del mismo, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional: “La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber, el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.”*⁷¹

⁶⁹ CE, Sección Tercera, Subsección A, 14 jul. 2016, rad. 85001233100020020036201.

⁷⁰ CE, Sección Tercera, Subsección B, 28 feb. 2013, rad. 25199.

⁷¹ Ibidem.

Y ello es así, porque como lo prevé el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas tienen la obligación de tomar los controles para que se cumplan los contratos que se celebran. Justamente, por la complejidad de los proyectos de obra que usualmente contratan las entidades públicas se requieren de ciertos conocimientos técnicos especiales que, en ocasiones, los funcionarios al interior de la entidad contratante no tienen, siendo entonces necesario contratar estos servicios bajo la modalidad de interventoría con personas externas. Así, el contrato de interventoría es autónomo pese a que se celebra como consecuencia del contrato supervisado.

Su autonomía está dada precisamente por su objeto, en la medida en que corresponde a través de este tipo de contratos, verificar que las obras convenidas sean de buena calidad, que cumplan con las reglamentaciones correspondientes y que se adelanten conforme a los planos, diseños y especificaciones previamente establecidos, precaviendo la ejecución oportuna e idónea de la obra, y sobre todo, en concordancia con los pliegos de condiciones y las normas técnicas reglamentarias de acuerdo a la naturaleza de la labor a realizar y las condiciones de calidad pactadas.

Es por ello, que para la celebración de un contrato de interventoría resulta ineludible la realización de estudios previos. Su ausencia impide que la administración planee el proceso contractual, derivando en un estado de improvisación que eventualmente puede conllevar a un inadecuado

desarrollo de la contratación, al desconocerse las necesidades que han de ser satisfechas y la proyección que se tiene de que se atiendan a través de determinado contrato, en la medida en que la planeación inicial fija los procedimientos y las etapas que han de surtir para asegurar el cumplimiento de los fines que la administración se propone. Así lo ha reconocido esta Sala:

En relación con los estudios previos la Corte ha dicho que el principio de planeación está previsto como parte integral de los principios de economía y responsabilidad, al tenor de lo dispuesto en los artículos 25, numerales 7 y 12, y 26 numeral 2, de la Ley 80 de 1993, según los cuales, es una obligación analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, así como la de elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, pliegos de condiciones o términos de referencia. Además, sobre estos últimos el numeral 5 del artículo 24 de la citada normatividad indica cuál debe ser su contenido, dentro de cuyo marco se han de establecer las reglas de adjudicación de los contratos, según el numeral 6 ibidem.⁷²

El contrato de prestación de servicios, por su parte, aparece regulado por el numeral 3 del artículo 32 referido y permite a las entidades estatales contratar con personas naturales por el término estrictamente indispensable, el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, cuando tales labores no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

En este sentido, y efectuando un análisis exclusivamente sobre los fundamentos legales expuestos, serán entonces contratos de “prestación de servicios profesionales” todos aquellos cuyo objeto

⁷² CSJ, SEP, 17 mar. 2022, rad. 00267.

esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado.

*Por consiguiente, el uso de esta concreta figura contractual queda supeditado a las necesidades a satisfacer por parte de la Administración Pública y la sujeción al principio de planeación; **lo que encuentra su manifestación práctica en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico**, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios profesionales⁷³.*

Bajo este panorama, para la celebración de este tipo de contratos también resulta indispensable la elaboración de estudios previos, en los que la entidad debe justificar por qué debe acudir a personal externo a su planta o por qué la necesidad de contar con conocimientos especializados, además del término preciso en el que será ejecutada la contratación, todo ello en respeto al deber que le asiste a la administración pública de dar aplicación al principio de planeación en cada uno de sus procesos de selección y la obligación de llevar a cabo el análisis del sector y las condiciones de idoneidad que se requieren para desarrollar el objeto del contrato⁷⁴.

⁷³ CE, Sección Tercera, Subsección C, 2 dic. 2013, rad. 41719.

⁷⁴ Cfr. CE, Sección Segunda, SU, 9 sep. 2021, rad. 01143.

Ambos contratos -de prestación de servicios y de interventoría como subespecie del de consultoría-, dada su naturaleza de actos jurídicos generadores de obligaciones que celebra una entidad pública, están sometidos al cumplimiento de una serie de solemnidades, entre ellas, los requisitos legales consagrados en el estatuto de contratación, *verbigracia* la elaboración de estudios previos. Tales estudios han de ser necesariamente distintos a los del contrato de obra que se va a supervisar, al tener un objeto y propósito distinto de aquel, esto es: velar por la correcta ejecución de las obligaciones a las que se compromete el contratista de la obra.

Y si se admitiera la tesis defensiva, respecto a que en este caso los contratos de obra cobijaron a los de interventoría -entiéndase por esta tanto la que fue realizada por prestación de servicios como por consultoría-, encuentra la Sala que los estudios previos elaborados para los primeros no contemplaron materialmente los segundos, pues como se indicó, al revisar aquellos correspondientes a los contratos de obra se observa que en ellos se consignó de manera escueta que el control sería llevado por una interventoría *contratada o externa*, o que para tal fin *se destinaría el 5% del valor de la obra*, o que se haría *de forma organizada*, sin que esas manifestaciones puedan entenderse constitutivas del requisito que se echa de menos, pues no contienen análisis alguno sobre el porqué de la interventoría, sus costos, estudios de mercado y alternativas de realización. Nada se dijo allí sobre la necesidad que se pretendía satisfacer, la definición técnica

de la forma como habría de solucionarse y el soporte técnico referido a los recursos que serían afectados.

Y frente a la orden de servicio No. 003 y los contratos de consultoría No. 029 y 030, se observa que los estudios de conveniencia y oportunidad datan de fecha posterior a la celebración de los contratos, sin que se ofrezca una explicación satisfactoria al respecto. Sobre el tema fue interrogado Raúl García Díaz, adscrito para el año 2006 al área de sistemas de la Secretaría General de la Gobernación de Arauca en el cargo de profesional universitario, aduciendo frente a tal inconsistencia que *“a veces pueden ocurrir que en las digitaciones de los documentos se copian los encabezados y se va una fecha posterior, no quiere decir que se haya hecho posterior, sino que es un error de digitación”*⁷⁵ o que pudo obedecer a la alta carga laboral, sobre todo en época decembrina por la premura del tiempo.

Argumentos que no resultan de recibo, porque si lo que se dice es que, al elaborar un documento sobre un formato se omitió involuntariamente modificar la información de la fecha, no resulta razonable que aparezca consignada una data posterior, pues en tal hipótesis lo que usualmente ocurre es que la fecha errónea sea anterior. En todo caso, la existencia de estudios previos para estos tres negocios jurídicos: i) contradice la tesis defensiva respecto a que no es necesario llevar a cabo estudios previos independientes para los

⁷⁵ Declaración del 18 de octubre de 2022, Récord minuto 00:55:49 a 01:07:53 Parte 2.

contratos de interventoría, pues de ser así tampoco existirían estos y *ii)* no descarta la irregularidad detectada en la celebración de los negocios jurídicos a los que pertenecen, teniendo en cuenta que para el momento en que fueron suscritos estos contratos por parte del acusado, no se cumplían a cabalidad los requisitos legales.

Bajo esa línea, la tesis de la defensa no está llamada a prosperar, porque además de que no tiene fundamento legal alguno, materialmente en los estudios previos de los contratos de obra no se planeó la interventoría, desconociéndose así un requisito esencial de la contratación pública en los términos del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que en aras del principio de economía exige que *“con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia”*, encontrándose probada la concurrencia del elemento objetivo del delito por el que fue acusado JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA.

Corresponde ahora establecer la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal, delito contractual que solo acepta la forma conductual dolosa en cuanto el legislador no lo tipificó en modalidad culposa. De conformidad con el artículo 22 del Código Penal, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización o tratándose del dolo eventual

cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

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

Y en este caso, aparece probado que el procesado conocía que estaba celebrando una serie de negocios jurídicos de interventoría que no contaban con estudios previos independientes a los de los contratos de obra que pretendían auditarse, y otros que para ese momento no habían sido elaborados, y pese a ello quiso suscribirlos, proceder con el que se afectó la administración pública.

Sin embargo, al revisar la prueba obrante en el trámite, se observa que JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA no podrá ser declarado responsable del delito enrostrado, dado que su actuar estuvo precedido de la errada convicción de que tal proceder no se encontraba prohibido.

El error de prohibición se encuentra descrito en el artículo 32, numeral 11 de la Ley 599 de 2000, así:

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Quien actúa bajo este error, lo hace con el conocimiento y la voluntad de realizar determinado hecho, en la medida en que conoce las circunstancias que está llevando a cabo, pero cree que su actuar le está permitido⁷⁶. Al respecto, esta Sala Especial ha explicado⁷⁷:

3. Por error debe entenderse toda idea o expresión que una persona considera correcta pero que en realidad es falsa o desacertada; comporta que la persona se hace una idea equivocada o desacertada de la realidad. Ahora, lo vencible es aquello que puede ser vencido, que puede ser derrotado, y, por oposición, lo que no puede ser derrotado ni vencido es lo invencible.

4. En el error de prohibición, el yerro que recae sobre el conocimiento del carácter injusto del acto, en tanto el agente activo tiene la convicción de obrar legítimamente; por una falsa valoración sobre una situación jurídica, considera en forma errada que su acción es legítima, o que la norma prohibitiva no existe, o la considera nula, inválida, derogada, inconstitucional, o porque le confiere una interpretación que no tiene; en fin, el actor cree que actúa en forma legítima, a pesar de que ni siquiera se ha planteado la licitud o ilicitud del hecho; así, al excluirse la conciencia de la ilicitud, se presenta una causal de inculpabilidad, si el error es invencible, pero si es superable, persiste el dolo pero se atenúa la culpabilidad, la pena (artículo 32.11 del Código Penal).

El error de prohibición recae sobre el carácter ilícito del acto, sobre la conciencia de la antijuridicidad, en el entendido de que el conocimiento de la ilicitud no es presupuesto del dolo sino elemento de la culpabilidad.

Para que el error de prohibición tenga la capacidad de excluir la responsabilidad penal, ha de ser invencible, pues si es superable el sujeto deberá responder por el delito

⁷⁶ Cfr. Velázquez Velázquez, 2013, pág 536 Manual de Derecho Penal. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

⁷⁷ CSJ SEP, 7 oct. 2021, rad. 00002.

ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

Respecto a la concurrencia del error en tipos penales en blanco, como el que nos ocupa, se ha pronunciado la Sala Penal de Casación explicando que:

De acuerdo con la interpretación que ha hecho la Sala del artículo 410 del Código penal, "el núcleo y el complemento integran una sola disposición", de manera que, bajo esa lógica conceptual, habría que desgajar el objeto de valoración para concluir que si el error recae sobre el núcleo de la conducta se está ante un error de tipo, pero si recae sobre las normas de complemento, se trata de un error de prohibición.

Según esta última posibilidad, el error acerca de la ley complementaria sería un problema de conocimiento de la ley, y en este caso en particular, de un "error de subsunción", consistente en que el agente conoce la norma, pero la considera no aplicable, en este caso debido a la inocultable y puntual influencia de la asesoría especializada que en esa materia recibió.

En esa misma línea, esta Corporación tiene dicho que en el ámbito de la teoría del error:

(...) las consecuencias del error sobre la norma a la que remite el tipo penal en blanco son diversas al error que recae sobre un elemento normativo del tipo, pues el primero recae sobre el supuesto fáctico del tipo penal, en tanto que el segundo lo hace sobre una cualificación jurídica de alguno de los otros componentes del tipo objetivo. Si el error recae sobre un ingrediente normativo se descarta el tipo doloso, pero si el error es sobre la norma a la que remite el tipo penal, entonces, estaríamos en presencia de un error de prohibición, pues significa el desconocimiento de la existencia de la prohibición o mandato de la norma que se infringe con la conducta.

Tal claridad resulta de suma importancia, pues, tratándose de un error de prohibición, su valoración y sus efectos son diversos al error de tipo. En cuanto a lo primero, han de tomarse en cuenta las circunstancias personales y particulares del autor, su grado de cultura, su instrucción,

profesión, su inveterada vigencia, la información jurídica que posee, las condiciones de la ley, su inveterada vigencia su posición respecto de costumbres y valores culturales (...) ⁷⁸

Bajo ese panorama, por tratarse en este caso de un error sobre los requisitos legales de los contratos celebrados, es decir, respecto de la norma a la que remite el tipo penal por el que se juzga, el análisis se abordará de cara al error de prohibición.

En el caso que nos ocupa, la prueba practicada conduce como aspecto defensivo común:

i) La creencia en el procesado y los funcionarios de la Gobernación de Arauca que participaron en los trámites contractuales censurados, que por tratarse de contratos de interventoría derivados de obras ejecutadas con recursos de regalías estaba permitido celebrarlos contando con los estudios previos realizados para los contratos de obra, teniendo en cuenta el mandato legal contenido en el literal b del artículo 14 de la Ley 756 de 2002, esto es, que el 5% de esos dineros debe invertirse en las interventorías de las obras que se hacen con esos recursos,

ii) Respecto de la orden de servicio No. 003, y los contratos de consultoría números 29 y 30, no obstante ha quedado demostrado que los estudios previos para éstos negocios fueron elaborados con posterioridad a su celebración, la prueba demuestra que al momento en que el

⁷⁸ CSJ SEP, 25 sep. 2023, rad. 00813.

acusado los suscribió, concurría en JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA el convencimiento de que los requisitos para su celebración se encontraban satisfechos, teniendo en cuenta que estos negocios jurídicos habían superado las etapas previas a través de las diferentes secretarías y la oficina jurídica sin inconveniente alguno, y que al momento de su firma se le hizo saber por la dependencia a cargo del área legal que los mismos cumplían con todos los presupuestos para ello.

Al revisar las declaraciones surtidas en el plenario, se observa que en JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA se edificó la convicción invencible de que su actuar no se encontraba prohibido, tal como lo expresó de manera reiterada en sus intervenciones:

En diligencia de indagatoria rendida el 13 de julio de 2015, el procesado manifestó que:

*Revisados los archivos encontré en todos los contratos los estudios de conveniencia y oportunidad para el contrato principal de la obra y **teniendo en cuenta que era proyecto global o integral, estos estudios también correspondían a los contratos de interventoría, los cuales contenían las condiciones económicas, de viabilidad y elegibilidad, los contenidos de la ficha EBI y su incorporación en el Plan de Desarrollo. Si bien, en algún momento no aparecían estos estudios de conveniencia y oportunidad en los contratos de interventoría se debía a que no se archivaban dentro de la documentación del contrato de la interventoría, pero en estos estudios se resaltaba que la interventoría es un componente que se ejecuta para garantizar la optimización de los recursos y la calidad de la construcción de la obra y este componente corresponde al 5% del valor de la obra, tal y como lo plantea la Ley 756 de 2002***⁷⁹.

⁷⁹ Fl. 247 y ss, Cuaderno No. 4, Fiscalía.

Postura que reiteró el 27 de junio de 2017:

Por tratarse de un proyecto en su integralidad, se realizaban unos estudios de conveniencia y oportunidad para el contrato principal y su interventoría respectiva como un componente del mismo. Se tuvo el criterio de que estos estudios de conveniencia y oportunidad que era del proyecto integral eran los mismos para la interventoría teniendo en cuenta que éste era un componente del proyecto en su integralidad. Así las cosas, los estudios de conveniencia y oportunidad del proyecto integral eran válidos para las interventorías y así lo exigía la oficina jurídica⁸⁰.

Al preguntársele si existía para el año 2006 al interior de la Gobernación de Arauca, un comité encargado de la verificación de los procesos contractuales respondió que:

...la Oficina Jurídica de la Gobernación era la encargada de tramitar todos los procesos de contratación, elaborar las minutas de los contratos, revisar la documentación y verificar que se cumpliera todo lo pertinente. Esta oficina estaba a cargo de Carlos Augusto Rincón Jiménez y Liliana Vivas Parada, ambos abogados y asesores jurídicos de la gobernación⁸¹.

Además, que para la celebración de un contrato:

Era necesario el visto bueno de la oficina jurídica, y visaban todos los documentos que eran requisitos para poder impartir la orden de elaborar la minuta del contrato, tales como la ficha EBI (Fichas de Estadísticas Básicas de Inversión), la cual contemplaba el proyecto integral a realizarse, otro documento requerido era los pliegos, los certificados de disponibilidad presupuestal, los estudios de conveniencia y oportunidad, la inscripción del proyecto en el banco de proyectos de la secretaría de planeación, todo lo anterior relativo a la etapa precontractual, revisados y visados por la oficina jurídica, ya que sin el lleno de estos requisitos no se daba la orden de elaboración del contrato⁸².

⁸⁰ Fl. 81, Cuaderno No. 6, Fiscalía.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

Y agregó, que, al ser encargado gobernador por escasos días, lo que le correspondía:

Era firmar actos ya en trámite, con el fin de dar impulso a la administración y con la firme convicción de que mi conducta no contrariaba la Constitución ni las normas vigentes para esos temas de contratación estatal, teniendo en cuenta que mi formación académica es ajena a temas jurídicos y de contratación y no estaba obligado a tener conocimientos específicos en esta materia y mi intención al firmar estos actos administrativos lo hice y lo repito, fue con la convicción invencible de que mi conducta no contrariaba las leyes y que los requisitos establecidos para esa contratación habían sido previamente elaborados y revisados por la oficina jurídica y el grupo técnico de contratación que tenía como función específica elaborar y llevar a feliz término esa clase de procedimientos⁸³.

Al preguntársele si ese discernimiento respecto a la integralidad de proyectos y que los estudios previos del contrato de obra cobijaban el de interventoría, tenía apoyo en alguna norma o directriz, respondió que esos criterios estaban dados por la oficina jurídica, *“ellos decían que esto era así”⁸⁴.*

En términos similares contestó en la audiencia pública al momento de ser interrogado, señalando que suscribió esos contratos porque:

la administración no podía paralizarse y en cumplimiento, dándole agilidad a la administración para poder solucionar los problemas de las comunidades araucanas que estaban sometidas a un conflicto armado en la región como actualmente lo es, pues llegaban al despacho del Gobernador los contratos para la ejecución de obras, que venían previamente revisados y organizados desde la oficina jurídica,

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

*quien era la que servía como una especie de controladora o de filtro para que una vez llegada esa documentación o esos documentos al despacho del gobernador este pudiera firmar.*⁸⁵

Explicó además que para ese momento el criterio de la administración, incluida la oficina jurídica del departamento, consistía en que los estudios de conveniencia del proyecto integral eran válidos para las interventorías. Interpretación equivocada que aparece demostrada además con las declaraciones de los funcionarios a cargo del trámite de los contratos y aquellos adscritos a la oficina jurídica.

Libardo Balaguera Balaguera, Secretario de Infraestructura de la Gobernación de Arauca en declaración del 1 de julio de 2015, señaló:

*Para la secretaría de infraestructura de la vigencia 2004 a 2007, era claro que existían tres tipos de contratación, mientras no fuera dentro de la ley de garantías. La primera que es licitación pública, la segunda contratación directa a través de la página web y la tercera de menor cuantía, pero adicionalmente también debía tener presente que cuando los proyectos eran financiados con recursos de regalías, la misma Ley 756 determinaba que el 5% del presupuesto de regalías debía invertirse en la interventoría de las obras que se financiaban por este medio (...) la documentación aportada evidencia que **el proyecto de obra y de interventoría es uno solo** y así está demostrado en las fichas de elegibilidad, viabilidad y fichas EBI, para cada uno de los proyectos que generaban los contratos de obra y de interventoría. Las certificaciones expedidas por el banco de proyectos de la Secretaría de Planeación del Departamento que posibilitan adelantar el trámite de contratación tanto de la obra como la interventoría era uno solo para los dos tipos de contrato, razón por la cual **no necesariamente se elaboraban estudios de conveniencia y oportunidad por separado, ya que el objeto primordial era el de construir la obra contando con la debida supervisión y control con una interventoría externa (...)** En*

⁸⁵ Audiencia de juzgamiento, 25 de enero de 2023, Récord minuto 00:08:00 a 00:09:53.

las resoluciones de apertura de las contrataciones de interventoría queda claro que existe unidad de proyecto donde está la interventoría y es un solo proyecto y certificación de la Secretaría de Planeación.⁸⁶

Manifestación que reiteró en declaración del 1 de julio de 2017:

El proyecto de construcción y de interventoría obedecen a un solo objetivo y así está consignado en las correspondientes fichas de viabilidad y elegibilidad, así como el estudio de conveniencia que aparece en las carpetas, adicionalmente la consideración fundamental es que la misma Ley 756 de regalías establece la obligación de que cualquier proyecto que se financie con recursos de regalías debe contar con una interventoría, por eso es que se celebran los distintos contratos motivo de investigación del Gobernador encargado⁸⁷.

Y al preguntársele si en esos contratos se cumplieron los lineamientos de la contratación estatal vigente, respondió: *“no solo en estos contratos, sino en los que tramitó para la construcción de obras y consultorías la secretaria que estuvo a mi cargo, siempre fue respetuosa de los requisitos de ley, necesarios y vigentes”⁸⁸.*

Agregó que, en la administración de la época de los hechos, no se recibió indicación alguna tendiente a favorecer determinados proponentes, quienes debían cumplir los requisitos establecidos y que contaban con la suficiente publicidad *“para que quienes consideraran cumplieran con los requerimientos de experiencia, idoneidad y capacidad se presentaran en libre competencia y de allí por los mismos*

⁸⁶ Fl. 229 y ss, Cuaderno No. 4, Fiscalía.

⁸⁷ Fl. 38 y ss, Cuaderno No. 6, Fiscalía.

⁸⁸ Ibidem.

*términos y factores de evaluación establecidos se seleccionaba al mejor oferente*⁸⁹.

Confirmó que todos los procesos pasaban a la oficina jurídica, dependencia encargada de elaborar minutas, evaluar los requisitos jurídicos y aprobar. Este trámite lo realizaba *Carlos Augusto Rincón Jiménez*, quien contaba con un número de profesionales del derecho para los trámites correspondientes⁹⁰, hecho que reiteró en la audiencia pública de juzgamiento⁹¹, al explicar que tanto el gobernador titular como el encargado llevaban a cabo la verificación de los requisitos legales previa firma de los contratos, a través de la oficina jurídica.

En la audiencia de juzgamiento reiteró que la escogencia del contratista, *“se llevaba a cabo mediante un proceso de selección, estaba en libertad de presentarse y de acuerdo a criterios y puntajes se establecía el orden de elegibilidad y así se determinaba a cuál se elegía”*⁹².

Además, que en el caso que nos ocupa se emitió un único estudio previo para los contratos de obra e interventoría, así:

Pregunta de la Sala: Estamos estudiando unas ordenes de prestación de servicio y unos contratos de consultoría, que fueron firmados por el señor José Rafael Zúñiga Castañeda y se tiene conocimiento que para esos contratos se emitió un único estudio previo

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Fl. 41, Cuaderno No. 6, Fiscalía.

⁹¹ Audiencia de juzgamiento, 26 de enero de 2023, Récord minuto 00:58:39 a 01:04:09

⁹² Ibidem.

*que cobijó contratos de prestación de servicios, consultoría y obra pública, ¿recuerda algo al respecto?: la mayoría de contratos del departamento de Arauca obedece a presupuesto de regalías, entonces la ley de regalías establece que no puede haber contratos financiados con esos recursos si no tienen interventor, entonces lógicamente que al configurarse el proyecto de obra pública se debía incluir una partida para la interventoría y **en casi todos los contratos de ese tipo, el estudio de conveniencia y oportunidad establece la obra y la interventoría.** Entonces lógicamente que al existir para la obra existe para la interventoría por ser una obligación de hacerlos y es claro si se revisan los estudios de conveniencia de cualquier proyecto que allí se establece incluso hasta el monto destinado para la interventoría. Cuando ya son licitaciones públicas pues lógicamente que la interventoría debe surtir un trámite que de acuerdo a la cuantía podía ser la contratación directa o la licitación y así se ve en varios de los proyectos que se adelantaron del 2004 al 2007⁹³.*

Criterio que fue expuesto en términos similares por Mary Rocío Herrera Bernal, en diligencia del 25 de agosto de 2011, al indicar que *“se hicieron estudios previos de necesidad y oportunidad que hacían parte del proyecto viabilizado y registrado en el banco de proyecto, como parte **integral** del contrato”⁹⁴*. La señora Herrera Bernal en sus diferentes intervenciones fue reiterativa en señalar que para los temas de contratación estaba el aval del área jurídica en cabeza de Carlos Augusto Rincón, *“donde llegaban los contratos para que se hiciera la revisión legal de toda la contratación”⁹⁵* y en declaración del 14 de junio de 2017⁹⁶, señaló que los negocios jurídicos a su cargo fueron realizados con ajuste a la normatividad de la época.

⁹³ Audiencia de juzgamiento, 26 de enero de 2023, Récord minuto 00:45:44 a 00:58:32

⁹⁴ Fl. 120 y ss, Cuaderno No. 2, Fiscalía.

⁹⁵ Fl. 37 y ss, Cuaderno No. 3, Fiscalía.

⁹⁶ Fl. 65 y ss, Cuaderno No. 6, Fiscalía.

Carlos Augusto Rincón, jefe de la Oficina Jurídica de enero de 2004 a octubre de 2006, en declaración del 12 de junio de 2017 explicó que para el año 2006 había tres comités de evaluación de las licitaciones:

Uno técnico conformado por la secretaria del área correspondiente, uno de evaluación financiera a cargo de la secretaria de hacienda y el jurídico, de la oficina jurídica. Respecto de este último detalló que le correspondía verificar la documentación solicitada en los pliegos de condiciones, elaborar minutas, aprobar pólizas, entre otras, es decir, revisaban la legalidad de los documentos, los estudios previos, y demás⁹⁷.

De manera puntual frente a los contratos objeto de juzgamiento, destacó que su trámite estuvo a cargo del Secretario de Obras Libardo Balaguera y la Secretaria General Mary Rocío Herrera, correspondiendo al área jurídica verificar el cumplimiento de los requisitos legales, además que tratándose de contratos de interventorías no siempre se necesitaban estudios de conveniencia y oportunidad:

*Cuando se trataba de contratos con recursos de regalías **los estudios de conveniencia y de oportunidad eran los mismos tanto para el contrato principal como para el contrato de interventoría**, puesto que los recursos hacían referencia al mismo ítem presupuestal y a la misma disponibilidad, lo que sí recuerdo es que este tema estaba reglamentado por la ley vigente de esa época⁹⁸.*

En audiencia celebrada el 19 de octubre de 2022, afirmó que una vez él, como jefe de la Oficina Jurídica le otorgaba el aval al trámite, éste pasaba al despacho del Gobernador. Y

⁹⁷ Fl. 62 y ss, Cuaderno No. 6, Fiscalía.

⁹⁸ Ibidem.

frente a la convicción equivocada que se construyó en el acusado respecto de la licitud de su actuar, expresó:

*El gobernador me preguntó que cómo estaba seguro de que lo que yo le pasaba estaba bien, y yo le respondí primero no soy una biblia, pero segundo para **cuando yo le envió algo de jurídica para su despacho, tenga la certeza de que yo he revisado que contenga todo lo que la normatividad le está exigiendo para que ese contrato quede legalizado**, es decir, yo no escatimaba en mi función de revisión más que como jurídico como auditor y como contador, sin ser esa mi función, que no faltara nada. Esa era la tranquilidad que a mí me daba que las cosas se estaban haciendo bien⁹⁹.*

Liliana Vivas Parada, asesora jurídica del departamento en declaración del 8 de julio de 2015¹⁰⁰ dijo que para el año 2006 existían varios profesionales en la oficina jurídica, quienes se encargaban de revisar los procesos de contratación que debían cumplir con la Ley 80 de 1993 y las normas vigentes, los documentos que enviaban las oficinas ejecutoras, el proyecto de inversión, ficha EBI, viabilidad, elegibilidad, carta de registro del proyecto, disponibilidad presupuestal, y luego estudio previo, cotizaciones, pliego de condiciones, estudios técnicos, planos y objeto a contratar.

Indicó que del estudio previo revisaban que cumplieran los requisitos del decreto 2170 de 2002, descripción del objeto, modalidad, valor, garantías, riesgos, precisando que esto era del resorte de las unidades ejecutoras que tenían personal para la evaluación respectiva. Luego pasaba la minuta al despacho del gobernador con toda la carpeta a través de la revisión jurídica, *constatando que estuvieran los*

⁹⁹ Declaración del 18 de octubre de 2022, Récord minuto 00:25:36 a 00:26:27

¹⁰⁰ Fl. 292, Cuaderno No. 4, Fiscalía.

documentos con una lista de chequeo desde el aspecto jurídico,
y desde lo técnico lo hacían las unidades ejecutoras.

En diligencia testimonial del 20 de octubre de 2022,
manifestó que cuando un trámite llegaba a la oficina jurídica
para su respectivo chequeo en el proceso contractual, al no
advertirse alguno de los requisitos que debería componerlo
“*se devolvía*”¹⁰¹, con una nota interna o una hoja de ruta.

Como quedó probado en las diligencias testimoniales¹⁰²
al momento en que se puso de presente a los testigos los
contratos de interventoría celebrados, en los negocios
cuestionados aparece consignado que estos se celebraban
“*previo el estudio de conveniencia y oportunidad*”¹⁰³, minuta
elaborada por la oficina jurídica, cuya leyenda creaba en
quien lo suscribía la convicción equivocada que tal requisito
se encontraba satisfecho, lo que sumado a las
manifestaciones realizadas respecto a que para este caso se
entendía cumplido con los realizados para el contrato de obra,
permiten entender el porqué del convencimiento errado del
acusado respecto a que su comportamiento era ajustado a
derecho.

No puede la Sala pasar por alto que este caso está
rodeado de algunas circunstancias particulares frente al
autor: se trata de una serie de contratos que le fueron

¹⁰¹ Récord minuto 01:00:05 a 01:03:31 Parte 2.

¹⁰² Realizadas entre el 18 y 20 de octubre de 2022.

¹⁰³ Cfr. Fl. 201, 208, 237, Cuaderno No. 1, Fiscalía, Fl. 192,157 Cuaderno No. 25
Anexos Fiscalía, Fl. 237, Cuaderno No. 26 Anexos Fiscalía, entre otros.

puestos de presente para su firma en los pocos días en los que estuvo encargado, sin que pueda extraerse de su actuar alguna intención amañada de direccionar la contratación o favorecer a alguien, pues como quedó acreditado, los trámites precontractuales venían surtiéndose incluso desde el año anterior¹⁰⁴ y era usual que en un solo día se firmaran varios contratos teniendo en cuenta que *“la Gobernación de Arauca es una entidad muy dinámica por el volumen de presupuesto que ejecuta”*¹⁰⁵.

La prueba recaudada en el plenario permite concluir que JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA suscribió los contratos por los que se le juzga con la creencia equivocada e invencible de que no contrariaba la Constitución ni la Ley, fundado en *i)* el conocimiento que en su intelecto se había construido respecto a que para este tipo de negocios, derivados de recursos provenientes de regalías, los estudios previos realizados para los contratos de obra eran válidos para los de interventoría, *ii)* el aval que en tal sentido había emitido la Oficina Jurídica de la Gobernación, *iii)* que los trámites contractuales habían transitado por las dependencias correspondientes (secretarías y área jurídica) hasta el despacho del Gobernador para su firma, incluyendo la orden de servicio No. 003, y los contratos de consultoría números 29 y 30, y *iv)* que de acuerdo a su formación

¹⁰⁴ Al respecto obra declaración de Libardo Balaguera Balaguera, 1° de julio de 2015, Fl. 229 y ss, Cuaderno No. 4, Fiscalía.

¹⁰⁵ Así lo reconoció en diligencia del 25 de agosto de 2011, Mary Rocío Herrera, Secretaria General del Departamento para la época de los hechos, en declaración obrante a F. 120 y ss, Cuaderno No. 2, Fiscalía. En ese mismo sentido declaró Naiffe Anilsa Bravo Chacón, funcionaria adscrita a la Secretaría de Educación Departamental, en el 20 de octubre de 2022, Récord minuto 00:07:48 a 00:16:49 Parte 1.

académica en áreas ajenas al derecho y no obstante haber ejercido como Secretario de Educación en aquella entidad, no le es exigible tener conocimientos especializados en materia de contratación estatal.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia, es admisible que, en temas administrativos de relativa complejidad, exista la posibilidad de incurrir en error y el derecho penal no puede marginarse de esa realidad, sostener una tesis contraria, opuesta al principio de culpabilidad que orienta el derecho penal vigente, conllevaría a la imposición de una sanción a partir de la responsabilidad objetiva¹⁰⁶.

Y en este caso aparece demostrado que pese a que ZUÑIGA CASTAÑEDA como gobernador encargado sabía que estaba celebrando una serie de negocios jurídicos que no contaban con estudios previos, y quería hacerlo, su actuar que se enmarca en un error de prohibición, en la medida en que al momento en que celebró los contratos de interventoría por los que se le juzga, lo hizo convencido de que su actuar no estaba prohibido, error que de acuerdo a la prueba recaudada era invencible teniendo en cuenta sus condiciones personales, esto es, que se trata de un licenciado en química, que pese a laborar desde tiempo atrás en la administración pública, no es experto en materias contractuales y quien precisamente por su condición de lego en la materia atendió las directrices de la dependencia encargada de dar el aval respecto al cumplimiento o no de las exigencias de ley para

¹⁰⁶ Cfr. CSJ SP, 14 nov. 2018, rad. 47385 y CSJ SP, 6 may. 2020, rad. 50889.

los trámites contractuales, oficina que insistía para ese momento e incluso en desarrollo de este trámite penal, que todas se encontraban satisfechas.

Por tanto, una actitud acuciosa le imponía al gobernador encargado atender las directrices y conceptos de la Oficina Jurídica del Departamento, dependencia que contaba con profesionales del derecho capacitados en los temas contractuales y que él, docente de profesión, sin formación en asuntos jurídicos, no tenía cómo cuestionar, máxime cuando los contratos que estaba a punto de suscribir habían superado ya todas las etapas pre y contractuales y contaban con el aval del jefe de la dependencia legal, a quien según el manual de funciones le correspondía, entre otras *“revisar que los procedimientos previstos para la contratación y la administración central cumplan con las normas establecidas”, “revisar, coordinar y liderar los procesos contractuales que por competencia deba suscribir el Gobernador”*.¹⁰⁷

Al respecto, cobra relevancia frente al tema del error en el que incurrió el acusado, que éste no infringió el deber de información¹⁰⁸ acerca de la norma aplicable, sino que fue la asesoría profesional y razonable de la oficina jurídica y el aval que para ese momento habían plasmado los demás funcionarios por quienes hizo tránsito el trámite, lo que lo indujo a suscribir en los términos expuestos los contratos,

¹⁰⁷ Fl. 447 Cuaderno No. 28, Anexos Fiscalía.

¹⁰⁸ Cfr. CSJ SP 30 nov. 2017, rad. 29726.

convicción que en las condiciones expuestas no se ofrece
vencible.

No puede perderse de vista, que, para el momento de los hechos el acusado se encontraba encargado por ocho días como Gobernador, mientras que el cargo que ostentaba al interior de la administración era el de Secretario de Educación, es decir, se encontraba asignado a una dependencia ajena a asuntos jurídicos¹⁰⁹.

En suma, se emitirá sentencia absolutoria en favor del procesado respecto del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, por el que fue acusado, al considerar que en este caso JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA actuó inmerso en un error de prohibición, que lo excluye de responsabilidad.

De acuerdo con las previsiones de los artículos 191 de la Ley 600 de 2000 y 1°, inciso 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, esta sentencia es pasible del recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

¹⁰⁹ Cfr. Fl. 448 Cuaderno No. 28, Anexos Fiscalía.

RESUELVE

PRIMERO. - ABSOLVER al acusado JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA, de condiciones civiles y personales ya expuestas, por la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que le fue endilgada en calidad de Gobernador del departamento de Arauca.

SEGUNDO. - CANCELAR, una vez en firme esta decisión, todas las anotaciones emitidas en contra de JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA, con ocasión de este proceso.

TERCERO. - ARCHIVAR definitivamente el expediente, una vez en firme esta decisión.

CUARTO. - Por Secretaría librense las comunicaciones a que haya lugar.

QUINTO. - Contra esta sentencia procede el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Notifíquese y cúmplase.

Notifíquese y cúmplase

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

Salvamento de voto

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario

Se recibe sentencia de 61 folios +

Solvencto de voto de 8 folios

3 Cuaderno SEPI original con 6 cds

2 Cuadernos parte civil

2 Cuadernos segunda instancia

7 Cuadernos de la fiscalía + 4 cds

45 Cuadernos de anexos de la fiscalía

Felix Torres 19/10/2023 12:50 PM

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las opiniones ajenas, en especial por las de mis colegas, presento salvamento de voto a la decisión absolutoria adoptada por la mayoría en favor de JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA, por las razones que expongo a continuación.

La decisión absolutoria se fundamenta en que el acusado obró amparado por la circunstancia de ausencia de responsabilidad prevista en el inciso primero del numeral 11° del artículo 32° de la Ley 599 de 2000 que hace alusión al error de prohibición, es decir, aquel que recae sobre la licitud del comportamiento, señalando que sus consecuencias dependerán de la modalidad invencible o vencible del error, pues en el primer evento no habrá culpabilidad y, consecuentemente, tampoco responsabilidad penal, en tanto que en el segundo subsiste la imputación dolosa, pero con pena atenuada, lo cual es así, porque resulta evidente que para efectuar esa valoración se tiene que haber establecido previamente que ya se ha realizado el injusto, esto es, la conducta típica y antijurídica.

En efecto, en el error de prohibición el agente erradamente asume que el comportamiento le está permitido y que, por lo tanto, lo excluye de responsabilidad penal, desde luego, siempre que de la prueba recaudada se pueda establecer de manera razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora por parte del sujeto agente.

En otras palabras, en el error de prohibición, la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, sino en la convicción que tiene acerca de su permisibilidad.

Para el caso concreto, la configuración de un error de prohibición invencible en el proceder de JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA, conforme a lo dicho en la decisión mayoritaria, se estructura entonces, en tanto optó por realizar el comportamiento definido en la ley, con la errada convicción de que los estudios previos realizados para los contratos de obra eran comunes para los de interventoría, es decir que la existencia de los primeros exoneraba al ente departamental de la realización de estudios independientes para los segundos.

En la sentencia se hace especial énfasis en el cumplimiento de los principios que rigen la contratación pública y se concluye que es “indispensable la elaboración de estudios previos”, que ello resulta ineludible porque su ausencia “...impide que la administración planee el proceso contractual, derivando en un estado de improvisación...”¹

Ahora bien, se afirma igualmente en la sentencia aprobada por la mayoría que:

“... aparece probado que el procesado conocía que estaba celebrando una serie de negocios jurídicos de interventoría **que no contaban con estudios previos independientes a los de los contratos de obra que pretendían auditarse, y otros que para ese momento no habían sido elaborados**, y pese a ello quiso suscribirlos, proceder con el que afectó la administración pública”² (negrillas y subrayas fuera de texto).

¹ Páginas 27, 36, 37 y 38 ibidem

² Página 42 ibidem

Es a partir de esta afirmación que se concluye que ZÚÑIGA CASTAÑEDA actuó con la errada convicción de que tal proceder no se encontraba prohibido.

Y, se llega a esa conclusión, tomando como equivalentes dos situaciones que ni fáctica, ni jurídicamente lo son, pues no es lo mismo afirmar que el acusado obró con la equivocada creencia que los “estudios previos” del contrato de obra eran comunes para el de interventoría, a considerar que era exactamente igual que para algunos contratos no existieran esos estudios, máxime cuando en la misma sentencia se está desechando la tesis de que los estudios de la orden de servicio No. 003 y los contratos de consultoría No.29 y 30, aparezcan con fecha posterior por error, dando argumentos suficientes del por qué ello no resulta de recibo, ni razonable, se indica de manera puntual que “se observa que los estudios de conveniencia y oportunidad datan de fecha posterior a la celebración de los contratos” y que las explicaciones dadas por el señor Raúl García Díaz sobre el particular “no resultan de recibo”³, valoración probatoria en la cual coincido por cuanto surge evidente que mediante esta declaración lo único que se pretende es tratar de justificar, sin éxito, una situación a todas luces irregular.

No puedo pasar por alto, señalar que el aparte transcrito de la sentencia parece avalar una suerte de regla en el sentido de que es posible celebrar contratos públicos, no sólo de interventoría sino de cualquier clase, sin la existencia de estudios previos, con el simple argumento de que “para ese momento no habían sido elaborados”, sin que ello reporte vicio para la Sala, como si la ausencia de ese requisito esencial pudiera subsanarse elaborándolos después, lo que en mi criterio resulta francamente

³ Página 40 ibidem

inaceptable y vulneratorio de la ley, pues se llevaría de calle toda la estructura de la contratación administrativa, abriendo la posibilidad de que cualquier incumplimiento de requisitos sustanciales pueda subsanarse posteriormente, aun después de celebrado el contrato.

En gracia de discusión, la tesis absolutoria del error de prohibición fundado en la errada interpretación del artículo 14 de la Ley 756 de 2002 que, como en la sentencia se señala, riñe con lo que sobre el particular han dicho tanto el órgano de cierre en materia contenciosa administrativa⁴, como la Sala de Casación Penal de esta Corporación⁵, podría eventualmente predicarse de los contratos de orden de prestación de servicios 009, y consultoría No. 016, 022, 025, 027, 032, 035, 043, 045, 046, 047, 048 y 049, pues con respecto a ellos existían los estudios previos para los contratos de obra, y estos, según esta tesis, servían para los de interventoría, errada interpretación que en últimas es en la que se sustenta la tesis del error, esto, si se asume que, como lo señalan los testigos, era la interpretación que en la gobernación de Arauca se tenía sobre el particular.

Sin embargo, no puede predicarse lo mismo en relación con la orden de prestación de servicios 003 y los contratos de consultoría 029 y 030, pues lo que aparece probado es que no contaban con los estudios previos, estos aparecieron después, con fecha posterior, y como antes se señaló, la Sala mayoritaria descartó que se tratara de un simple error, lo que de suyo les quita la naturaleza de previos; y si ello es así, la tesis excluyente de responsabilidad consistente en la equivocada convicción de

⁴ CE Sección Tercera, Subsección A, 14 de Julio de 2016, rad. 85001233100020020036201; CE, Sección Tercera, Subsección B, 28 de febrero de 2013, rad. 25199. Citadas en la sentencia páginas 34 y 35.

⁵ CSJ, SEP, 17 de marzo de 2022, rad. 00267. Citada en la sentencia página 37.

que como existían estudios para los contratos de obra, no se requerían para los de interventoría, no se puede sostener, pues al no existir aquellos, mal podría pensarse que eran comunes para estos.

Lo anterior se encuentra corroborado por las propias manifestaciones de ZÚÑIGA CASTAÑEDA que, en su injurada del 13 de julio de 2015, indicó:

“... revisados los archivos encontré en todos los contratos los estudios de conveniencia y oportunidad para el contrato principal de la obra y teniendo en cuenta que era proyecto global o integral, estos estudios también correspondían a los contratos de interventoría...”⁶, (negrillas y subrayas fuera de texto).

Versión a la que se le da plena credibilidad en la sentencia de la que me aparto, pero que no corresponde a lo probado, pues como aparece detallado en los cuadros de las páginas 28 y 30 de la providencia, de la documental arrimada al proceso se concluye que no fue así, pues de haber revisado los archivos, como lo afirmó el acusado, se habría dado cuenta que estos (los estudios) no existían, y es precisamente por ello que en relación con los tres contratos a los que he hecho referencia no resulta predicable la tesis del error de prohibición, porque el acusado no verificó la existencia de los estudios previos, y por tanto no puede afirmarse que actuó con la convicción errada que estos eran los mismos del contrato de obra, que es en lo que se fundamenta la absolución.

⁶ Folio 247 cuaderno No. 4 Fiscalía

Ahora bien, este tipo de error recae sobre el carácter ilícito del acto, es decir sobre la conciencia de la antijuridicidad, esto es, que el autor erradamente considera que su acción es legítima; y debe recordarse que conforme al inciso 2 del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, el error de prohibición no requiere conocimiento actual o conciencia de lo antijurídico de la conducta, pues la norma señala que, "para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta", lo que es así, porque se trata de un estado subjetivo, cuya acreditación probatoria resulta difícil o imposible, por ello, no se exige demostrar el conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, sino que el agente tuvo la oportunidad de actualizar de manera razonable, conforme a la situación fáctica concreta y a sus condiciones personales, lo injusto de su actuar.

Lo anterior resulta importante en el caso concreto, porque a mi juicio, aunque no se dice de manera expresa en la sentencia, no puede ser otro el entendimiento, no resulta afortunado para sustentar que el acusado no tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento del injusto en términos razonables, sostener que "... no puede perderse de vista, que, para el momento de los hechos el acusado se encontraba encargado por ocho días como Gobernador, mientras que el cargo que ostentaba al interior de la administración era el de Secretario de Educación, es decir, se encontraba asignado a una dependencia ajena a asuntos jurídicos..."⁷, pues se encuentra documentado dentro de la actuación que ZUÑIGA CASTAÑEDA fungió como gobernador encargado en trece (13) oportunidades anteriores (doce en 2005

⁷ Página 59 de la sentencia

y 1 en 2006)⁸ a aquella en que realizó las conductas que se le atribuyen, lo que ciertamente deja sin mayor soporte el que el escaso tiempo que duró su encargo en el periodo en que suscribió los contratos tenga alguna incidencia en la posibilidad de actualizar el conocimiento, pues en trece (13) oportunidades anteriores había desempeñado el mismo cargo. Y, en relación con que se desempeñaba habitualmente en una dependencia ajena a asuntos jurídicos, baste decir que algunos de los contratos acusados no sólo los suscribió, sino que los tramitó, actividad esta última, propia de las funciones del cargo de secretario, como se puede establecer, por ejemplo, con los estudios previos suscritos por él obrantes a folios 108 al 113 del cuaderno No. 4 de la actuación de la Fiscalía⁹, uno de los cuales corresponde al contrato de consultoría No. 45 del 27 de enero de 2006, y que permite afirmar que no era ajeno a la necesidad de dichos estudios.

Si, como lo he venido sosteniendo, el error de prohibición recae sobre el carácter ilícito del acto, es decir sobre la conciencia de la antijuridicidad, o, dicho en otras palabras, en que el autor erradamente considera legítima su acción, esa valoración debe hacerse en relación con el sujeto concreto, y en relación con el caso en particular, para poder establecer si se le puede exigir o no una determinada comprensión del injusto, la que en el caso concreto, como ha quedado establecido, le era exigible a ZÚÑIGA CASTAÑEDA.

En el orden de ideas propuesto, considero equivocada la decisión mayoritaria, porque como ha quedado establecido, dentro de la actuación existen suficientes elementos de juicio que

⁸ Folios 222 y 223 cuaderno 6 actuación de la Fiscalía

⁹ Folios 108 al 113 cuaderno 4 actuación de la Fiscalía

desvirtúan la posibilidad de reconocer el error de prohibición como eximente de responsabilidad.

Así las cosas, por lo menos en relación con la orden de prestación de servicios No. 03, y los contratos de consultoría No. 029 y 030 de 2006, debió proferirse sentencia condenatoria en contra de JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA por los delitos de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, en concurso homogéneo.

Estas son las razones en las que baso mi salvamento de voto frente a la decisión.

Con toda atención,

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

Fecha ut supra,