

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado Ponente

SEP 00122-2021
Radicación 00002
Aprobado mediante acta No. 82

Bogotá, D. C., siete (07) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Finalizado el juicio adelantado en contra del hoy Representante a la Cámara ERWIN ARIAS BETANCUR, por el delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la Sala Especial de Primera Instancia procede a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

EL PROCESADO

ERWIN ARIAS BETANCUR, hijo de Otorlina Betancur y Jorge Arias, identificado con la cédula de ciudadanía 8.129.343, nacido en Samaná (Caldas) el 18 de julio de 1984, abogado de profesión, residente en la carrera 11 número 19-61 de La Dorada (Caldas), ejerció como alcalde del último municipio entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015 y está actuando como representante a la Cámara por el periodo comprendido entre el 20 de julio de 2018 y el 20 de julio de 2022.

LOS HECHOS

En su condición de alcalde de La Dorada (Caldas), el 3 de abril de 2012 ERWIN ARIAS BETANCUR celebró con el señor ÓSCAR JAIME RIVERA RODAS el contrato 03041201 por valor de \$26.302.602,50, cuyo objeto fue el suministro de los *“insumos necesarios para la cafetería y elementos de aseo para la alcaldía del municipio”*. Con posterioridad se estableció que, para ese momento, el señor RIVERA RODAS tenía la condición de servidor público como educador adscrito al departamento de Cundinamarca.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Dado que los hechos investigados se habrían cometido cuando el acusado ejercía como alcalde de La Dorada (Caldas), la Fiscalía de esa región adelantó la investigación bajo los lineamientos de la Ley 906 del 2004.

El 1° de marzo de 2016 se realizó la audiencia de imputación (folio 1, cuaderno 1 de la Sala).

2. El 5 de mayo siguiente se radicó escrito de acusación (folio 3, cuaderno 1 de la Sala).

En audiencias celebradas por el Juez Penal del Circuito de La Dorada los días 10 de octubre de 2017 y 24 de enero de 2018 se formuló la acusación (folios 52 y 61, cuaderno 1 de la Sala).

3. Como se acreditó que el señor ARIAS BETANCUR fue elegido Representante a la Cámara para el periodo 2018-2022 y que tomó posesión del cargo el 20 de julio de 2018 (folios 89 y 90, cuaderno 1 de la Sala), el expediente se remitió a la Sala Especial de Primera Instancia a donde llegó el 17 de agosto siguiente (folio 93, cuaderno 1 de la Sala).

4. En providencia del 27 de febrero de 2019 la Sala dispuso adecuar el trámite a los lineamientos de la Ley 600 del 2000 (folio 103, cuaderno 1 de la Sala).

5. Luego de que el procesado fuera escuchado en indagatoria y corrido el traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, en auto del 13 de mayo de 2020 (leído en la audiencia preparatoria del 28 siguiente) la Sala se pronunció sobre la práctica de pruebas, admitiendo como tales los elementos que la Fiscalía había recaudado en la indagación adelantada por el procedimiento de la Ley 906 del 2004 (folios 174 y 2, cuadernos 1 y 2 de la Sala, respectivamente).

6. Adelantada la audiencia pública de juzgamiento, la Sala procede a proferir sentencia.

LA ACUSACIÓN

El 5 de mayo siguiente se radicó escrito de acusación, mediante el cual, por los hechos arriba relacionados, la Fiscalía acusó a ARIAS BETANCUR como autor del delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, descrito en el artículo 408 del Código Penal, por cuanto al celebrar el contrato con quien era servidor público (el contratista), infringió los artículos 8°, literal -f-, de la Ley 80 de 1993 y 127 de la Constitución Política, porque a aquél le estaba prohibido realizar ese trámite con “*entidades públicas*” (folio 3, cuaderno 1 de la Sala).

PETICIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES

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

El Ministerio Público

Postuló se emita sentencia condenatoria, en tanto la materialidad de la conducta se demostró con los documentos que acreditan que el contrato objeto de juicio fue suscrito por el acusado, como alcalde en ejercicio de La Dorada, con quien para ese momento era un servidor público, en su condición de profesor de una institución educativa departamental, con lo cual se

vulneraron las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en los artículos 127 de la Constitución Política y 8, literal f, de la Ley 80 de 1993.

En punto de la responsabilidad, rechaza la excusa defensiva soportada en el principio de confianza, pues no puede escudarse en que en las dependencias encargadas de los trámites previos se revisaran con rigurosidad los documentos, pues antes de firmar el contrato tenía la carga de verificar que se cumplieran las exigencias legales, en tanto el ordenador del gasto tiene el deber de vigilancia sobre lo actuado por sus delegados, luego era carga del acusado constatar si el contratista no estaba incurso en un impedimento, lo que resultaba evidente desde la simple observación, dado que el alcalde era abogado especialista en derecho administrativo.

ARIAS BETANCUR estaba llamado a proteger la administración pública; al no hacerlo, contrarió abiertamente el ordenamiento jurídico, pues pasivamente permitió que se emprendiera una contratación violentando el principio de transparencia; tuvo la oportunidad de comportarse conforme a derecho y no lo hizo, lo cual impone condena.

Subsidiariamente, como la defensa alega que el acusado actuó amparado en un error, solicita que, en términos del artículo 32.11 penal, se disminuya la pena a imponer, porque el yerro era vencible dadas las calidades del acusado: abogado con especialización y maestría en derecho público.

La defensa

Reclama absolución porque, si bien es claro que se estructura la tipicidad objetiva, no sucede lo mismo con la subjetiva, porque ARIAS BETANCUR desconocía esa situación, pues todos los servidores de la alcaldía que intervinieron en las fases previas de la contratación declararon que desconocían la condición del contratista como docente de una institución pública, sin que se hubiesen percatado de la anotación de la hoja de vida, en tanto se fijaron en las manifestaciones de RIVERA RODAS en varios documentos, enfatizando que lo hacía bajo la gravedad del juramento, respecto de que conocía las causales de incompatibilidad y de inhabilidad y que no estaba incurso en ninguna de ellas, lo cual generaba mayor confianza dado que aportó varios contratos previos con entidades públicas.

Estas versiones aparecen corroboradas por los documentos que certifican las manifestaciones del contratista, quien, además, declaró estar convencido de que no estaba inhabilitado, en tanto, en su entender, la condición de docente oficial solo le impedía laborar en dos instituciones públicas de manera simultánea, pero cuando la Procuraduría le inició investigación y entendió el alcance del impedimento, lo hizo saber a la alcaldía y pidió la liquidación del contrato. Con antelación estaba convencido de que, siendo docente, podía suministrar productos a las entidades, tanto que celebró varios contratos con esos objetivos.

Igual, hicieron referencia a que RENSON ROJAS, el denunciante, era opositor político del sindicato, por lo cual refirió asuntos mentirosos como que este era amigo del contratista y

departían juntos (cuando ni siquiera lo conocía) y que la actividad de docente público del contratista era conocida, lo cual no es cierto, porque estaba adscrito, no a La Dorada, ni siquiera al Departamento de Caldas, sino a Puerto Salgar, municipio del departamento de Cundinamarca, lo que tornaba difícil conocer esa situación.

Quienes conocieron los hechos son contestes en referir que el acusado no tuvo incidencia alguna en la elección del contratista, que fue escogido por un comité que estaba asesorado por abogados, sin que nadie recibiera insinuación del alcalde, siendo aquellos funcionarios los que cometieron un error pues el contratista estaba inhabilitado, pero incurrieron en el mismo dadas las reiteradas y expresas manifestaciones de RIVERA RODAS de no estar impedido y haber suscrito contratos oficiales con antelación.

Lo anterior descarta las interesadas y contradictorias versiones del denunciante, cuya queja no fue espontánea, sino que se la elaboraron ingenieros y abogados, siendo poco creíble su relato de haber visto juntos al acusado y al contratista, pues, además de ser el único que señala esa circunstancia, no puede precisar los aspectos de esa situación, además de negar su condición de político, opositor al procesado, lo cual es narrado por diversos testigos.

Por tanto, es claro que no existe prueba alguna de que se hubiese actuado con dolo, única forma que admite el delito imputado, en atención a lo cual, en últimas, se estructura un

error de tipo invencible acerca de los elementos subjetivos del delito.

El acusado

Designó como vocero a quien cumple como defensor suplente, profesional que pidió absolución porque no existe prueba del actuar doloso del procesado, esto es, nada indica que obrase con conocimiento y voluntad. Ahora, si se cometió un yerro por omisión, al no cumplirse con el deber de revisar los documentos, ello implicaría un actuar culposos.

Los testigos, que avalan al acusado, fueron reclamados por la acusación, no por la defensa.

Respecto del señalamiento del Ministerio Público sobre los estudios de postgrado del alcalde, debe decirse que nunca lo fueron en contratación y que los títulos no los había alcanzado en el momento de comisión de los hechos. Tampoco acierta al descartar el principio de confianza, en tanto el administrador, el alcalde, obra en virtud de la desconcentración y la delegación de funciones, pues de lo contrario no se podrían llevar a cabo todas las tareas y, al hacer tal cosa, tiene que confiarse en que los delegados cumplan las tareas de manera diligente.

Eventualmente el acusado y todos quienes intervinieron en la etapa precontractual incurrieron en un yerro, pues si bien en la hoja de vida aparecía la condición actual de profesor del contratista, fueron múltiples los documentos en los que de manera expresa y bajo juramento manifestó no estar incurso

en impedimento alguno, lo que llevó a que se confiara en esas palabras. Por tanto, se incurrió en un error de tipo y estando ausente el dolo no hay lugar a condena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la competencia

La Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro del juicio adelantado en contra de ERWIN ARIAS BETANCUR, pues de conformidad con el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, en ella radica la competencia para juzgar a los miembros del Congreso, lo cual reitera el numeral 7° del artículo 75 de la Ley 600 del 2000, Código de Procedimiento Penal aplicable.

Del fallo a proferir

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

2. Por el contrario, si el análisis integral de las pruebas recaudadas acredita que no se estructuraron los delitos objeto

de acusación y/o que el acusado no es responsable de los mismos, el fallo correspondiente será de absolución.

3. La última determinación igual será adoptada en el supuesto de que esa valoración arroje un estado de incertidumbre insalvable, esto es, que no pueda ser despejado, en tanto el acusado llega al juicio amparado por su derecho fundamental de la presunción de inocencia reglado en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 7° del estatuto procesal, norma esta rectora, de obligatorio cumplimiento, que prevalece sobre cualquiera otra, debe ser utilizada como fundamento de interpretación (artículo 24) y que lleva inmerso otro derecho superior, cual es el del *in dubio pro reo*, en virtud del cual toda duda debe ser resuelta en favor del sujeto pasivo de la acción penal.

De la conducta punible juzgada

1. La demostración de la conducta punible, en el grado de certeza exigido para condenar, comporta que se demuestre que es típica, antijurídica y culpable (artículo 9 del Código Penal), entendiéndose por tipicidad que el comportamiento desarrollado por el agente activo se ubique dentro de la descripción que el legislador haga de un tipo penal y que ello suceda de manera inequívoca, expresa y clara respecto de las características básicas estructurales de ese tipo (artículo 10).

2. El comportamiento humano debe recorrer de manera estricta todos los elementos definidos en el correspondiente tipo penal, lo que se corresponde con la tipicidad objetiva.

3. Pero, a la par, se impone verificar la tipicidad subjetiva, en virtud de la cual la conducta punible debe realizarse con dolo, culpa o preterintención; las dos últimas modalidades de la conducta punible son admisibles únicamente en los casos expresamente señalados en los respectivos delitos (artículo 21); en sentido contrario, cuando el tipo penal no exija una modalidad de conducta punible, se entiende que solo admite el dolo.

En el caso objeto de estudio, la norma que define la conducta punible objeto de acusación no exige de manera expresa la culpa o la preterintención, de tal manera que solo admite el dolo. Y la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (artículo 22), esto es, obra con dolo cuando pone en movimiento sus esferas cognoscitiva y volitiva: conoce que la conducta a realizar es delictiva y determina su voluntad a su realización.

4. Igual, debe demostrarse que la conducta típica lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador (artículo 11), esto es, que sea antijurídica, sin que se estructure ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32.

5. La conducta, finalmente, debe realizarse con culpabilidad, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva (artículo 12).

La violación del régimen legal o constitucional
de inhabilidades e incompatibilidades

1. El artículo 408 del Capítulo Cuarto (*“De la celebración indebida de contratos”*), del Título XV (*“Delitos contra la administración pública”*), del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 del 2000), define, tipifica y sanciona el delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, objeto de acusación y juzgamiento, en los siguientes términos:

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de 64 a 216 meses, multa de 66,66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 216 meses”.

2. De la definición legal surgen como elementos del tipo:

- El sujeto activo es calificado: servidor público en ejercicio de sus funciones, condición que en términos del artículo 20 del Código Penal ostentan los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
- La conducta consiste en intervenir (esto es, participar o actuar en un suceso, un acto o una actividad) en la tramitación (hacer las gestiones necesarias para solucionar un asunto), aprobación (considerar que algo está bien, darlo por bueno,

aceptarlo o expresar conformidad con ello) o celebración (llevar a cabo el acto público) de un contrato.

- Que al realizar la conducta se haga con violación de la ley o la Constitución Política en las normas que regulan las inhabilidades o incompatibilidades.

3. Desde el sentido natural de las palabras, por inhabilidad se entiende la situación en que se encuentra la persona que no tiene capacidad legal para hacer una determinada cosa, en tanto que incompatibilidad es la imposibilidad legal de una persona para ejercer una función determinada o dos o más cargos a la vez.

Sobre los elementos de la conducta punible, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha enseñado:

“El sujeto activo es cualificado por exigir que un servidor público en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato. Podrá serlo quien lo tramita, controla, asesora o firma, es decir, todas las personas partícipes del proceso de contratación...”

El sujeto pasivo es el Estado, por ser la administración pública la titular del bien jurídico tutelado.

El objeto jurídico lo configura el interés del Estado en conservar la transparencia de los funcionarios públicos en el proceso contractual, procurando erradicar la injerencia de intereses particulares ligados a la corrupción administrativa, mantener la imagen, confianza y respetabilidad de la administración pública ante la comunidad.

El contrato respectivo es el objeto material.

La conducta es compleja porque además de exigir del sujeto agente su intervención en las etapas de trámite, aprobación y/o celebración del contrato, requiere que lo haga con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Participación a cumplir en ejercicio de sus atribuciones, pues no tipifica el delito si el funcionario actúa al margen de ellas.

La tramitación alude a la etapa previa de selección del contratista, y a la aprobación y/o celebración a la instancia recorrida entre el perfeccionamiento y el cumplimiento de los requisitos para su ejecución” (sentencia del 6 de marzo de 2008, radicado 24.606)

Desde la normatividad se tiene que el artículo 127 de la Constitución Política dispone que los “*servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas*”.

La acusación dedujo la infracción de esa norma superior, pero, además, la del literal -f- del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que bajo el título “*De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar*” determina que “*los servidores públicos*” son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales.

El caso concreto

El tipo objetivo

1. En el caso concreto se tiene que el 3 de abril de 2012 se suscribió el contrato 03041201 por valor de \$26.302.602,50, cuyo objeto era el suministro de los insumos para la cafetería y elementos de aseo para la alcaldía, entre ERWIN ARIAS

BETANCUR, cumpliendo como alcalde de La Dorada (Caldas), y ÓSCAR JAIME RIVERA RODAS-ESTABLECIMIENTO COMERCIAL CÓDIGO DE BARRAS (folio 49, cuaderno 3 de anexos).

2. La calidad en que actuó el señor ARIAS BETANCUR aparece acreditada con la constancia de la Comisión Escrutadora Municipal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que certifica que aquél fue elegido como alcalde de La Dorada para el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015 (folio 78, cuaderno 3 de anexos) y el acta de posesión respectiva de la Notaría del Circuito de esa ciudad (folio 76, cuaderno 3 de anexos), documentos públicos, no cuestionados ni tachados de falsos, de los que deriva incontrovertible que para el momento de los hechos el acusado cumplía las condiciones de sujeto activo calificado requeridas en el tipo porque se procede, pues tenía la calidad de servidor público en ejercicio de sus funciones, en desarrollo de las cuales celebró el contrato.

3. Cumplió como contratista el señor ÓSCAR JAIME RIVERA RODAS y de similares documentos públicos no cuestionados surge lo siguiente:

Mediante resolución 009246 del 1° de noviembre de 2007 la Secretaria de Educación de Cundinamarca nombró en propiedad al señor RIVERA RODAS como docente (folio 79, cuaderno 3 de anexos), advirtiéndose que el mismo desempeñaba esa labor, en periodo de prueba, desde el 16 de

enero de 2006 en la Institución Educativa Departamental Puerto Libre de Puerto Salgar, Cundinamarca (folio 82).

De tal manera que el contratista era servidor público y esa calidad la ostentaba en el momento en que suscribió el contrato, según surge de la hoja de vida que anexó cuando presentó la propuesta para hacerse al contrato, así como de la certificación expedida por el rector de la institución educativa el 28 de agosto de 2012 (folios 290 y 412, cuaderno 2 de anexos).

4. Sobre el elemento relacionado con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la jurisprudencia tiene dicho;

“En cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la normatividad sustantiva actual incluye tanto las de orden legal como constitucional. Integración que no implica la creación de un nuevo requisito, por cuanto la jurisprudencia y la doctrina de antaño vienen aceptando las de rango superior dentro de las “legales” previstas en el artículo 144 del decreto 100 de 1980...

La incompatibilidad se refiere al funcionario y a la posibilidad de actuar como servidor público de forma imparcial, es decir, alejado de cualquier interés particular, en busca del bien común.

Las inhabilidades aluden a las circunstancias que comprometen la independencia del funcionario en ejercicio de sus atribuciones impidiéndole obrar, por afectar su capacidad. Se predica de las personas para ejercer u obtener cargos públicos o ejercer derechos civiles o políticos, e imposibilidad para alguna cosa, por mandato constitucional y legal.

En particular, es la ausencia de aptitud o de una cualidad, calidad o requisito para ser parte de una relación contractual con una entidad estatal por motivos relacionados con los intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales, que exigen su realización con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

La incompatibilidad como la inhabilidad se refieren a la ineptitud o incapacidad para celebrar contratos con el Estado, tanto para quien obra como contratante en representación del Estado, como para quien pretende hacer de contratista en su beneficio o de terceros, en su propia representación o por interpuesta persona. Se configurará este tipo penal, entonces, cuando el servidor público responsable de la contratación permita que el sujeto inhabilitado o incurso en una incompatibilidad participe en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato.

El artículo 127 de la Carta en general prohíbe a los servidores públicos celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

El artículo 8º, literales a y f, de la ley 80 de 1993 estima inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales a las personas inhabilitadas por la Constitución y la ley y, a los servidores públicos. Tiene como propósito esta prohibición mantener la pulcritud en la gestión, garantizar la transparencia, moralidad y evitar la corrupción, el favoritismo y, ante todo, el desconocimiento de la selección objetiva...

En la descripción del tipo penal estudiado, se debe distinguir el comportamiento del servidor público que a nombre del Estado actúa como contratante, y el del servidor público que directamente o por interpuesta persona obra como contratista. La acción del primero será típica siempre que en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, y la del servidor público que actúa como contratista no se subsumirá directamente en el precepto, sino mediante el

artículo 56 de la ley 80 de 1993, que lo considera obrando en ejercicio de sus funciones” (sentencia del 6 de marzo de 2008, radicado 24.606).

Sobe el punto, la prueba documental arriba reseñada demuestra, en grado de certeza, que cuando el señor RIVERA RODAS suscribió como contratista el convenio de suministro aludido, tenía la condición de servidor público en ejercicio, como docente de una institución oficial, contexto dentro del cual infringió el literal -f- del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que establece que “*los servidores públicos*” son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales. Por modo que se comprometió cuando estaba incurso en una causal de inhabilidad.

Así, al alcalde, como contratante, le estaba prohibido suscribir el pacto, pues el artículo 127 constitucional dispone que los “*servidores públicos no podrán celebrar... contrato alguno con entidades públicas*”, expresión amplia que, de necesidad, incluye a una persona natural que tenga la condición de servidor público.

Por tanto, el acusado recorrió en su integridad los elementos del tipo penal del artículo 408, en tanto como servidor público en ejercicio de sus funciones intervino en la celebración de un contrato (lo celebró), cuyo otro extremo, el contratista, estaba incurso en una violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, específicamente la inhabilidad del artículo 8°, literal -f-, del estatuto de la contratación.

La atribución del resultado

1. En términos del artículo 9° del Código Penal, norma rectora que constituye esencia y orientación del sistema penal, prevalece sobre las demás e informa su interpretación (artículo 13 del mismo estatuto), *“la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”*.

Ese mandato impone, entonces, el deber de valorar si el resultado típico descrito puede y debe serle imputado jurídicamente al acusado, lo que debe resultar del análisis y conclusión de si con su actuar creó un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico que tutela el legislador en el artículo 408 penal, o, lo que es lo mismo, si al celebrar el contrato censurado sin observar si el contratista se encontraba inhabilitado o impedido creó un riesgo para la administración pública.

2. El argumento central de la defensa apunta a que desde el principio de confianza, soportado en que la administración municipal actuaba bajo los conceptos de delegación y desconcentración, el funcionario contratante debía fiarse del trabajo diligente de las dependencias encargadas de los trámites previos, pero, además, de las diversas expresiones escritas y juradas del contratista respecto de conocer aquellas exigencias y no estar incurso en ninguna de ellas.

3. Parcialmente asiste la razón a esa postura, en tanto resulta incontrastable que al jefe del ente territorial le queda físicamente imposible ejercer por sí mismo todas las

actividades que reclama la administración, de tal forma que la legislación autoriza que acuda a las figuras de la delegación y la desconcentración (artículos 8 y 9, Ley 489 de 1998), a efectos de que, tratándose de procesos contractuales, ellos se desarrollen mediante un trámite conjunto de diferentes órganos, entendiéndose por delegación la posibilidad de que el funcionario transfiera competencias limitadas en sus subordinados, para lo cual debe estar autorizado por la ley y el otorgante puede reasumir esa competencia en cualquier momento. El delegante queda con la carga de ejercer dirección, instrucción y orientación sobre las tareas del delegatario, además de la obligación de estarse informando sobre el trámite.

En principio, según el artículo 211 de la Constitución Política, el delegante no responde por las acciones del delegatario, pero es claro que sí lo hará respecto de sus propias actuaciones u omisiones en relación con aquellos deberes de dirección, orientación, instrucción, seguimiento y control.

La desconcentración, por su parte, es la radicación que hace el legislador de competencias y funciones en dependencias u órganos de menor jerarquía de la del ordenador del gasto, contexto dentro del cual, esas cargas se adquieren por la instancia inferior, no en virtud de acto del jefe del ente territorial, sino por mandato legal y aquél las reasume del mismo modo, esto es, por orden de la ley. El superior jerárquico, al igual que en la delegación no responde por los actos del órgano desconcentrado, pero sí por sus deberes de supervisión (confrontar sentencia C-727 del 2000 de la Corte Constitucional).

El artículo 37 del Decreto 2150 de 1995 subrogó las normas similares de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 679 de 1993, para reiterar el instituto de la delegación, en tanto que el artículo 11 de la Ley 1107 el 2007, determinó que *“en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”*.

4. Desde esta óptica legal es que debe valorarse el principio de confianza demandado, en tanto es claro que el jefe del organismo, el alcalde en este caso, por razones lógicas de no entorpecer la marcha normal de la administración, pero, además, acatando claros mandatos legales, estaba habilitado para delegar las actividades previas a la suscripción del contrato y, por la misma vía, tenía fundados motivos para confiar en que sus subalternos desempeñaran de manera diligente sus tareas, razón por la cual cuando le radicaron los documentos para su firma podía esperar, en forma válida, que las recomendaciones positivas dadas estaban precedidas de un estudio cuidadoso que incluía, para el caso, que el contratista no estaba incurso en inhabilidades o incompatibilidades.

5. Esa confianza sólo resulta de buen recibo cuando, en efecto, se confía en la diligencia del delegatario, pero en el entendido de que el delegante cumple con las cargas que comporta el acudir a ese instituto; eso es, puede ampararse en la confianza siempre y cuando cumpla una carga adicional, cual es la de haber ejercido sus deberes de control y vigilancia

sobre las actividades desarrolladas por los entes delegados o desconcentrados.

6. Las pruebas recaudadas nada dicen respecto de que en forma directa el alcalde acusado hubiese establecido reglas genéricas o específicas en aras de ejercer la vigilancia de la actuación que en los procesos contractuales cumplían sus delegados, pero todos los testigos que de una u otra manera conocieron los hechos describen que se había conformado un comité evaluador encargado precisamente de eso, de revisar la documentación aportada en los procesos contractuales en aras de constatar que el proponente y/o posterior contratista cumplieran las exigencias legales y existía un equipo de abogados, contratados para realizar el apoyo jurídico en temas de contratación.

Así, MARÍA SULAY LEÓN ALZATE, secretaria general de la alcaldía, que a su vez manejaba las oficinas, jurídica, de personal, de archivo y de prensa, declaró que se contrató un equipo de abogados para realizar el apoyo jurídico en temas de contratación (al comité de evaluación), cuyo concepto positivo la llevaba a ella a dar el visto bueno.

GRACIELA HERRERA ROJAS, directora de presupuesto, da cuenta de la existencia del comité evaluador y de las funciones que cumplía de revisar que los documentos contractuales cumplieran los requisitos de ley. En los mismos términos se pronuncia EDGAR RÍOS PARRA, secretario de planeación, quien aclara que el comité fue creado por el acusado y el testigo formaba parte del mismo, firmándose un

acta en donde recomendaban al alcalde suscribir, o no, el contrato, en el entendido de si se satisfacían o no las exigencias; cabe precisar que, si bien el comité fue creado por el Manual de Contratación del 2011, lo señalado por RÍOS PARRA hace referencia al equipo conformado por el gobernador ARIAS BETANCUR.

El relato de CLAUDIA PARICIA ECHEVERRY BEDOYA, secretaria de hacienda y quien fue integrante del comité evaluador por delegación del alcalde acusado, es similar y advierte que cada integrante revisaba la documentación para verificar la satisfacción de las exigencias desde el área que representaba. Parecida es la versión de YEIMY MARIETH ACEVEDO CRUZ, directora del departamento administrativo.

7. Los relatos se muestran veraces, pues, además de que no han sido cuestionados, surgen coherentes, espontáneos, con la finalidad de referir únicamente lo percibido de manera directa. Por tanto, demuestran el aspecto de que dan cuenta, esto es, que si bien no obra prueba de que de manera directa el acusado ejerciera sus deberes de vigilancia y control, lo cierto es que no puede afirmarse que dejase de hacerlo, en tanto los integrantes del comité citado son contestes en señalar que ese ente evaluador fue creado precisamente con esa función: la de constatar el acatamiento de las exigencias legales.

Como se valorará a espacio más adelante, los integrantes del comité y el propio alcalde acusado refieren que, si bien no se percataron de la nota en la hoja de vida del contratista en la que aseveraba que en ese momento ejercía como docente de

una institución pública, lo cierto es que en el mismo documento y en muchos otros, de manera resaltada expresó, bajo la gravedad del juramento, que conocía las causales constitucionales y legales de inhabilidad e incompatibilidad y que no estaba incurso en alguna de ellas, lo cual llamó a confiar en la verdad de sus palabras.

8. Desde esta nueva perspectiva, en contra de la propuesta del Ministerio Público y de alguna forma de acuerdo con la defensa, se concluye que de manera razonable, en el momento de los hechos el comité evaluador y el procesado pudieron confiar en las palabras del contratista reiteradas en diversos documentos respecto de no estar impedido para contratar, lo cual se ratifica cuando anexó copias de otros contratos suscritos con entidades públicas cuando en forma simultánea cumplía como docente de institución pública, los que permitían inferir en su idoneidad para contratar, pues de manera fundada podía colegirse que esos otros entes oficiales realizaron los respectivos filtros y no encontraron falencia alguna.

9. De tal manera que, si bien asiste parcialmente razón en el argumento defensivo, lo cierto es que las pruebas no aportan certeza para imputar jurídicamente el resultado típico al alcalde, como tampoco para no hacerlo, porque si bien existen los elementos descritos que amparan la teoría del principio de confianza, lo cierto es que en la hoja de vida el contratista aportó elementos que permitían inferir su posible impedimento.

El tipo subjetivo.

Ya se dijo que el delito juzgado exige el dolo como modalidad de conducta punible. Así, lo tiene dicho la Sala de Casación Penal:

“En cuanto al tipo subjetivo, este es netamente doloso, por lo tanto, supone el conocimiento del sujeto activo de la existencia de la causal de inhabilidad o incompatibilidad, y a pesar de ello interviene voluntariamente en la celebración, aprobación o tramitación del contrato” (sentencia del 6 de marzo de 2008, radicado 24.606).

En esas condiciones, se impone que el agente obre con conciencia y voluntad, que conozca los hechos constitutivos de la infracción y quiera su realización; se requiere, entonces, la demostración de que al realizar el comportamiento se pusieron en movimiento las esferas cognoscitiva y volitiva.

El error de tipo:

1. En sus alegatos de cierre, acusado y defensor se pronunciaron por la estructuración de un error de tipo, que para el abogado resultaba invencible, en tanto que para el último sería vencible, pero con la solución, en ambos casos, de la absolución, en tanto, en el último evento, en términos del artículo 32.10 penal, la conducta sería sancionable a título de culpa, modalidad de conducta punible no prevista para el delito porque se procede.

El Ministerio Público, tras su petición principal de que se emita condena, subsidiariamente acogió la tesis defensiva del

error de tipo, pero de manera equivocada postula que, como consecuencia de ese yerro que resultaba superable, se emita condena atenuada, en términos del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal que dispone una rebaja de la mitad de la sanción.

2. La pretensión de la Procuraduría resulta equivocada, toda vez que la norma cuya aplicación invoca (artículo 32.11) define el error de prohibición, en tanto que el de tipo, pedido por la parte defendida y que de alguna manera ella prohíja, está regulado en el numeral 10 de la disposición penal y en el supuesto de que el yerro sea evitable dispone es que se aplique el tipo culposo, de estar regulado en la legislación.

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.

5. El *error de tipo* excluye el dolo (el tipo subjetivo), pues recae sobre los elementos que integran la acción típica; existe una equivocación entre la idea que el actor tiene respecto de una persona u objeto y lo que efectivamente sucede en el mundo real.

Por tanto, entendido el dolo como el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, se tiene una acción ejecutada por un sujeto que carece del conocimiento exigido por la ley; ese proceder excluye el dolo, en tanto no sabe lo que hace, ya sea por ignorancia (no sabe) o yerro (hay un conocimiento que se tiene por verdadero, pero es falso).

6. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal enseña así la diferencia entre el error de tipo y el de prohibición (sentencia del 30 de enero de 2013, radicado 40.336):

“(iii) Las diferencias dogmáticas entre error de tipo y error de prohibición.

La jurisprudencia de la Sala, acerca de cómo estos tópicos son tratados en la Ley 599 de 2000, ha precisado:

“La Constitución Política establece el derecho penal de acto como principio rector, por lo que el delito es, ante todo, conducta o comportamiento humano, como lo determina el artículo 9 de la Ley 599 de 2000. De modo que es un hacer humano cualificado, reglado y descrito con elementos normativos exclusivos del orden jurídico que incluyen desvalor de la acción y del resultado¹.

De este modo, la conducta y la afectación del bien jurídico constituyen los elementos básicos del injusto, estando la primera inserta en la estructura del modelo legal que la prohíbe, y conformada por unas partes subjetiva y objetiva, que integran el tipo penal.

La subjetiva se refiere al proceso ideativo de la acción, representación o motivación, que constituye el proceso de selección de los mecanismos o medios y la voluntad que mueve al acto. La objetiva es la exteriorización del comportamiento que se proyecta en relación con los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, lesionándolos o colocándolos en peligro efectivo.

Así, cuando el legislador en ejercicio del poder punitivo del Estado para salvaguardar bienes jurídicos tipifica una conducta humana como delito, se dirige a los asociados a fin de que conozcan anticipadamente el desvalor jurídico que le asigna a la misma y, por lo tanto, se abstengan de ejecutarla y sus actuaciones en el mundo de relación se ajusten a las exigencias normativas, de suerte que el legislador en ese proceso de criminalización sugiere los aspectos relacionados con la motivación –

¹ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, 1997. § 10, num. 88, págs. 319 - 320 *“Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (cfr. nm. 103 ss.), como el allanamiento de morada (§ 123), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción”.*

procesos internos– de las personas para que a partir de ese conocimiento encasillen su actuación².

De este modo, el desconocimiento o error acerca de los elementos descriptivos o normativos –aspectos objetivos del tipo de injusto– por parte de quien realiza la conducta prohibida excluye el dolo. No obstante, si ese error, atendido el entorno y las condiciones de orden personal en las que se desenvuelve, fuere de naturaleza vencible, transmuta el tipo objetivo de injusto en delito imprudente si así lo ha previsto el legislador. Sin embargo, válido es aclarar que, si el error recae estrictamente en el elemento normativo, suficiente es que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo.

El error acerca de los elementos concernientes a categorías disímiles al tipo no posee notabilidad jurídica alguna en sede de tipicidad, pues solamente el relacionado con los elementos que lo integran elimina el dolo.

*3.2. El error de prohibición difiere del error de tipo en que **el agente conoce la ilicitud de su comportamiento**, pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que por lo tanto lo excluye de responsabilidad penal. En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora.*

Luego en el error de prohibición la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos

² Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte General, 2ª. ediciones Tirant lo blanch, Valencia 1996, Págs. 31 - 32 “En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que ésta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo –segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.– los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente éste orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más precisas y vigorosas. Nace así, secundariamente, la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social de la sociedad. Tanto el orden social, como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia...”.

“...La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista...”

estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad³.

Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.”⁴

Para concluir, sobre el error de tipo:

“5.2. Tiene dicho la jurisprudencia de la Sala (CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 42537), que esa especie de error, es:

“[a]quel que recae sobre los elementos que integran el llamado tipo objetivo, que tiene la virtualidad de excluir la tipicidad dolosa y culposa y, por contera, la responsabilidad penal cuando es invencible, vale decir, aquel en el cual se incurre pese a haber aplicado la diligencia debida atendida la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor; en tanto que si a él se llega por negligencia o falta de cuidado, sólo excluye la tipicidad dolosa y subsiste la culposa, luego el autor en estos casos será responsable a título de culpa si la conducta está prevista en la ley bajo esa modalidad” (Sala de Casación Penal, sentencia SP14992 del 28 de octubre de 2015, radicado 39.754).

El caso juzgado:

1. Cuando el señor RIVERA RODAS acudió a postularse como oferente para el contrato de suministro, anexó copia de su hoja de vida (folio 289, cuaderno 2 de anexos), en la cual, en el apartado titulado “*Empleo actual*”, de su puño y letra

³ Roxin, Claus, Ob. Cit. § 21, Pág. 861. “Concorre un error de prohibición cuando el sujeto pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de julio de 2009, radicación No.31780.

escribió que desde el 16 de enero de 2006 (no estipuló fecha de retiro, con lo que se ratificaba la “actualidad” del cargo) se desempeñaba como docente en propiedad del I. E. D. Puerto Libre del municipio de Puerto Salgar, adscrito a la Gobernación de Cundinamarca, institución que, señaló, era pública.

Las notas de ese documento, entregado a las autoridades encargadas de seleccionar el contratista, denotan que la lectura del cargo actual desempeñado por el oferente, docente de una institución educativa pública adscrita a la Gobernación del departamento de Cundinamarca, evidenciaba que ese proponente y futuro contratista era un servidor público y, por ende, que el mismo podría estar incurso en la inhabilidad prevista en el literal -f- del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, estatuto de la contratación estatal.

2. A las anteriores manifestaciones del oferente, se opone una anotación que el propio RIVERA RODAS marcó en el apartado final de esa misma hoja de vida, seguida de su firma, en la cual aseveró: “*Manifiesto bajo la gravedad del juramento que NO me encuentro dentro de las causales de inhabilidad e incompatibilidad de orden constitucional o legal, para ejercer cargos, empleos públicos o para celebrar contratos de prestación de servicios con la administración pública*”.

En esas condiciones, el documento entregado por el oferente y futuro contratista ofrecía dos elementos contradictorios, pues el primero refería su condición actual de servidor público como docente, en tanto que el segundo expresaba no estar incurso en causal alguna de

incompatibilidad o inhabilidad; mientras el segundo aspecto se manifestaba de manera expresa, categórica y bajo a gravedad del juramento, en el primero no había tal claridad, porque la referencia al empleo desempeñado se imponía confrontarla con las disposiciones reseñadas para colegir en la inhabilidad, esto es, daba lugar a interpretación, en tanto que la negativa jurada fue expuesta sin ambages.

Lo anterior se ratifica cuando se observa que el señor RIVERA RODAS allegó una *“Carta de presentación de la propuesta”*, fechada el 14 de marzo de 2012 y en la cual estampó su firma, aseverando que actuaba de buena fe y que conocía *“las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar con las Entidades Estales de conformidad con el artículo 8° y siguientes de la Ley 80 de 1993... de las sanciones establecidas por trasgresión a las mismas... y manifiesto bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado con la firma del presente documento que no me encuentro incurso en ninguna de ellas ni tampoco la sociedad que represento”* (folio 269, cuaderno 2 de anexos).

Esta nueva expresión juramentada del oferente, a la que estampó su firma, corrobora que pierde consistencia la presunta claridad que parecería surgir de la mención del cargo desempeñado en la actualidad, porque es reiterativo en jurar que no está incurso en prohibición alguna para contratar, alusión esta que pudo llevar a generar confianza, máxime que, en otro documento, del 12 de marzo de 2012, volvió a hacerla expresa (folio 260, cuaderno 2 de anexos).

Lo anterior se ratifica, por otra vía, cuando, para demostrar experiencia, el postulante RIVERA RODAS aportó copia del contrato 203 del 14 de diciembre de 2010 (época en la cual desempeñaba el mismo empleo oficial), celebrado con la Fuerza Aérea (folio 276, cuaderno 2 de anexos), documento que permitía colegir la idoneidad del oferente, porque se asume que esa institución de las Fuerzas Armadas revisó los documentos allegados y concluyó en la satisfacción de las exigencias legales, además de que en la cláusula 16^a el señor RIVERA RODAS hizo expresa manifestación jurada de no estar incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad constitucional o legal.

De tal manera que este contrato previo permitía inferir que no había en el contratista prohibición alguna, como que, de existir, probablemente la Fuerza Aérea lo habría rechazado. Por lo demás, en la cláusula 14^a del contrato objeto de juzgamiento, otra vez, el contratista hizo manifestación expresa, bajo la gravedad del juramento, de no estar incurso en prohibición legal alguna. Por tanto, todas estas expresiones, valoradas de manera conjunta, permitían llevar a un lector diligente a la conclusión de que, en efecto, no concurrían en RIVERA RODAS incompatibilidades ni inhabilidades.

Así, los documentos descritos, que de necesidad han debido ser valorados en la fase precontractual apuntarían a que el oferente, posterior contratista, fue vehemente en varios de ellos en descartar la existencia de causales prohibitivas, desde donde bien pudo generar confianza en ese sentido.

Ahora, ese posible estado de certidumbre sobre que el contratista reunía las exigencias legales, al parecer se mantuvo en el tiempo hasta que, de acuerdo con certificación del 22 de agosto de 2012, suscrita por la Directora Administrativa – División de Compras del municipio informó a RIVERA RODAS que, según informe de la Procuraduría, allí se adelantaba una indagación,

“porque presuntamente usted se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado por ser servidor público.

En vista de lo anterior, y ante el desconocimiento nuestro de esa situación, solicitamos a usted que se sirva indicar si ostenta esa calidad y la acredite mediante documento expedido por la autoridad a la cual se encuentra vinculado.

De confirmarse su calidad de servidor público deberá acercarse a la secretaría general y administrativa del municipio de La Dorada para dar por terminado y liquidar el contrato por usted suscrito” (folio 409, cuaderno 2 de anexos).

De nuevo, esa documentación oficial, pública, no cuestionada, es la que informa que la administración municipal estuvo convencida en las fases pre y contractual que en el contratista se satisfacían las exigencias legales y que la existencia de la causal de prohibición solo se supo en aquel entonces, cuando la Procuraduría dio cuenta de la indagación disciplinaria.

A ese requerimiento el contratista RIVERA RODAS contestó con escrito del mismo mes, en el cual expresó que, al enterarse de la existencia de ese trámite solicitó se terminara el contrato y se liquidara, en el entendido de que no tenía clara

la causal de inhabilidad *“ya que desde hace varios años soy comerciante inscrito y desconozco a qué personas puedo proveer”* (folio 411, cuaderno 2 de anexos).

Con independencia de que válidamente se pueda inferir que la expresión del señor RIVERA RODAS podría apuntar a favorecerse, a dar explicaciones que lo exoneraran de responsabilidad, lo cierto es que ya se vio que, en efecto, no solo ejercía la actividad de comerciante cumpliendo simultáneamente como docente de institución pública departamental, sino que en esa condición había sido proveedor de la Fuerza Aérea, lo cual corrobora las palabras de su escrito y permitía confiar en su idoneidad para contratar con el municipio.

Ese cruce de comunicaciones culminó con la suscripción inmediata del acta de liquidación, en la cual contratante y contratista hicieron expresa alusión a que en todo momento el último manifestó no estar inhabilitado y que de lo contrario solo se tuvo conocimiento a raíz de la indagación disciplinaria que la Procuraduría informó estar adelantando, lo cual se corroboró con la certificación de la institución educativa (folio 413, cuaderno 2 de anexos).

La secuencia de esos documentos públicos auténticos pone de presente que, al parecer, la entidad municipal actuó en todo momento en el entendido de que en el contratista se reunían las exigencias legales para pactar y que solo se supo de la inhabilidad por la actuación disciplinaria. Y fue

precisamente este trámite de la Procuraduría el que llevó a actuar con rapidez para liquidar el contrato.

3. Desde la prueba testimonial practicada en el juicio se tiene: MARÍA TATIANA LEÓN ALZATE, secretaria general del municipio en la época de los hechos, refiere que el trámite se realizó cumpliendo la ley; nunca supo de la inhabilidad del contratista, quien además firmó documentos en donde certificaba esa inexistencia, aportando otros contratos estatales de los que se infería su idoneidad; supo de la prohibición solo cuando en un derecho de petición se les hizo saber el asunto, lo que llevó a indagar y se corroboró que RIVERA RODAS era profesor. No pudo explicar por qué no se reparó en que en la hoja de vida RIVERA RODAS manifestó ser profesor de entidad pública.

En similares términos se pronuncia ÉDGAR RÍOS PARRA, secretario de planeación y miembro del comité de evaluación de las propuestas contractuales, quien no recuerda hechos específicos pero aclara que se encargaba de revisar aspectos técnicos, en el entendido de que previamente el área jurídica valoraba y avalaba los requisitos legales. JOHANNA GUILLÉN LÓPEZ, GRACIELA HERRERA ROJAS y JEIMY MARIETH ACEVEDO CRUZ nada aportan sobre el asunto, porque, o no conocieron los hechos, o no se acuerdan.

CLAUDIA PATRICIA ECHEVERRY BEDOYA, a quien el acusado vinculó a la alcaldía como secretaria de hacienda, formaba parte del comité evaluador en el área de la contratación, dice no recordar los hechos, pero a raíz de una

denuncia en la Procuraduría, el escándalo, los rumores hablaban del contrato que se había suscrito donde el contratista era servidor público. Insiste en que si bien no recuerda los hechos, cuando la documentación le llegaba estaba precedida de un visto bueno del área jurídica, lo que le hacía presumir la legalidad del trámite y los documentos.

ÓSCAR JAIME RIVERA RODAS, el contratista, afirma que, para la época de los hechos y en la actualidad, estaba vinculado como docente de una institución educativa pública en el municipio de Puerto Salgar, adscrita a la Gobernación de Cundinamarca; en ese entonces no sabía que esa condición le impedía contratar con el Estado y con antelación al contrato investigado había celebrado otros con entidades oficiales. Firmó y entregó documentos afirmando no encontrarse inhabilitado porque estaba convencido de ello, en el entendido de que la única prohibición era trabajar en otra institución pública.

Por esos hechos la Procuraduría lo sancionó y la Fiscalía lo absolvió (en realidad, se aplicó el principio de oportunidad en su favor).

Las versiones reseñadas provienen de personas a quienes se puede señalar de tener algún interés, en tanto tuvieron nexos con el acusado, como que las primeras dependían laboralmente del mismo y el último fue el contratista, pero lo cierto es que los relatos coinciden con los documentos valorados en apartados anteriores, de donde deriva que la parte contratante no tenía conocimiento preciso de que en el

contratista confluía una inhabilidad, a pesar de que en la hoja de vida aportada el último señaló ser docente vinculado a una institución pública.

Mención especial merece el testimonio de RENSON ROJAS CORTÉS, quien denunció los hechos. Si bien en principio se muestra un tanto evasivo sobre la forma en que se enteró de lo acaecido, surge que con un equipo de personas se dedicó a revisar la contratación y al analizar el contrato investigado, se detectaron las irregularidades denunciadas. Como en la denuncia, además de la inhabilidad señalada, manifestó que el alcalde y el contratista eran muy amigos, al ser interrogado al respecto señala que en algunas ocasiones personalmente se percató de que los dos se hablaban y a veces se movilizaban en el carro del sindicato.

La descripción, para demostrar el grado de amistad entre las partes contratantes, no pasa de aludir a indicaciones un poco vagas, de las que solo da cuenta el declarante y que en sí mismas no acreditan nada, como que encuentros ocasionales, sin que se sepa el tema tratado no implican, de necesidad, que exista nexo de amistad, además de que el resto de declarantes niega ese vínculo; así lo declaran SULAY LEÓN, JOHANNA GUILLÉN, EDGAR RÍOS y JEIMY ACEVEDO.

En lo que se relaciona con el conocimiento que se tenía de la calidad de docente oficial del contratista, el asunto no parece ser tan obvio como lo pretende el señor ROJAS CORTÉS, en tanto la irregularidad la detectó luego de que con un grupo de personas se dio a la tarea de revisar el contrato, además de que

el contratista ejercía su actividad de profesor en un municipio diverso y no estaba vinculado al municipio sino a un departamento diverso, el de Cundinamarca (el alcalde acusado ejercía en Caldas).

Resáltese que, al decir del testigo, un ingeniero de sistemas consultado por el declarante se dio a la tarea de averiguar por el contratista y logró hacerse a la resolución en donde se fijaba su escalafón como docente, de donde se infiere que el tema no era tan de público conocimiento como se relata, pues, al parecer, ni el declarante lo sabía, sino que fue el ingeniero quien, luego de averiguar, se percató del asunto.

Por lo demás, CLAUDIA ECHEVERRY manifestó haberse encontrado con RENSON ROJAS CORTÉS (encuentro que este admite) y que el último le dijo que el alcalde y el contratista tenían que *“conocerse porque este pueblo es muy pequeño”*, aseveración de la que deriva que sobre ese vínculo lo que relata el testigo es a partir de una suposición, de una conjetura, no porque le conste el vínculo.

4. En esas condiciones, lo que surge de las pruebas valoradas de manera integral es que, al parecer, el área encargada del municipio, en general, y/o el acusado, en particular, no tenían conocimiento claro y preciso de que el contratista, por detentar en ese entonces la condición de servidor público activo (docente), estaba inhabilitado para contratar con el ente territorial.

Agréguese que RIVERA RODAS fue nombrado en el cargo de profesor por el departamento de Cundinamarca, no por el municipio de La Dorada (que además corresponde a un departamento diverso, el de Caldas), y ejercía su actividad en Puerto Salgar, no en La Dorada, desde donde, contrario a lo que en forma interesada quiso dar a entender el testigo ROJAS CORTÉS, no surge que ese hecho pudiese ser de conocimiento público, en tanto el vínculo no era con el municipio de La Dorada, ni siquiera con el departamento al que corresponde éste, y tampoco era en aquel en donde se ejercía la actividad de docente.

Por manera que esas especiales circunstancias tornan viable colegir que en la alcaldía de La Dorada no se supiera que el oferente y posterior contratista cumpliera como profesor de una entidad pública, de un colegio perteneciente a un municipio y un departamento diferentes.

5. No obstante, las pruebas allegadas permiten concluir que la conducta del indagado fue negligente, esto es, culposa, como el propio ARIAS BETANCUR insinuó en la audiencia pública.

En efecto, desde el análisis probatorio reseñado deriva que si bien en múltiples documentos el contratista hizo referencia expresa, reiterativa y jurada, de no estar incurso en causal de inhabilidad, lo cierto es que en un apartado de su hoja de vida escribió que *“en la actualidad”* cumplía como docente de una institución educativa departamental.

Con la diligencia mediana que puede exigirse un hombre común, que en el caso juzgado se acentúa en tanto el acusado era abogado y los soportes del contrato se revisaron, entre otras dependencias por un área jurídica, se puede concluir que se faltó al deber objetivo de cuidado, se fue negligente, por cuanto una revisión cuidadosa, que se dice se hizo, ha podido alertar sobre que aquella anotación llamaba a indagar si esa profesión “*actual*” comportaba un impedimento para contratar.

En esas condiciones, si bien los documentos reiterados y expresos del propio contratista donde juraba no estar impedido pudieron llevar a la convicción errada de la inexistencia de inhabilidad alguna, lo cierto es que ese yerro resultaría vencible en atención al aspecto arriba relacionado, el cual hacía posible que se superara esa convicción equivocada, razón por la cual, como lo postula la defensa surge aplicable la causal 10ª del artículo 32 del Código Penal, que exonera de responsabilidad cuando

*“Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. **Si el error fue vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa**”.*

Así, el yerro sobre que el contratista, según los documentos que aportó, no estaba incurso en causales de inhabilidad, resultaba superable en los términos señalados, de donde deriva que habría lugar a adecuar su comportamiento en la conducta punible culposa, pero como la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades no admite esa

forma, se concluye que el camino es la absolució, en tanto esa conducta es atípica , dado que el error de tipo vencible descarta el dolo (confrontar: Sala de Casación Penal, providencia de 2 de mayo de 2020, radicado 56.235).

6. La conclusión a que llega la Sala de que el acusado actuó bajo un error de tipo vencible, torna innecesario ocuparse de aspectos como la estructuración del error de prohibición vencible que de manera equivocada postula la Procuraduría, pues si bien citó la norma, lo cierto es que al compartir el yerro planteado por la parte defensiva, realmente aludía al de tipo vencible.

Lo anterior, además, por cuanto, al descartarse el dolo y concluirse en la ausencia de la tipicidad (en su componente subjetivo), no se muestra útil valorar la existencia de un error de prohibición (sea invencible o vencible), como que apunta a negar la culpabilidad (Sala de Casación Penal, sentencia SP2020 del 6 de mayo de 2020, radicado 50.889), luego si el caso juzgado no superó el estadio de la tipicidad, deriva innecesario argumentar sobre la antijuridicidad y, menos, sobre la culpabilidad.

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

RESUELVE

ABSOLVER a ERWIN ARIAS BETANCUR, identificado con la cédula de ciudadanía 8.129.343, nacido en Samaná (Caldas) el 18 de julio de 1984, de los cargos que, como autor del delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, le fueran formulados.

Procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



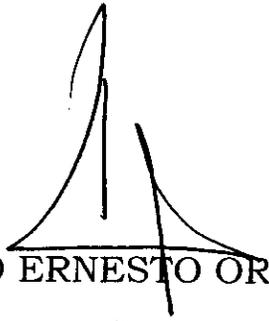
JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'RODRIGO ERNESTO ORTEGA SANCHEZ', written over a horizontal line.

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario