

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

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

SEP 00069-2022

Radicación N° 49.644

Aprobado Acta No. 60

Bogotá D.C., ocho (08) de junio de dos mil veintidós (2022).

Emite la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia sentencia en el proceso penal que se adelanta en contra del doctor IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, otrora Gobernador del departamento del Putumayo, acusado por la Fiscalía General de la Nación como probable autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso heterogéneo con el de *peculado por apropiación* a favor de terceros, agravado en razón de la cuantía.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

Según la acusación, el doctor IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, actuando en calidad de Gobernador del Putumayo para el periodo 2001 a 2003, sin observar cabalmente los requisitos para su tramitación y celebración, suscribió el contrato de compraventa No. 107 del 24 diciembre de 2003, con la contratista Tanya Isabel Córdoba Fajardo, representante legal de la *Unión Temporal Proveedores Asociados*, el cual tuvo por objeto la adquisición de uniformes de dotación con destino al personal docente y administrativo de la Secretaría de Educación del Departamento por valor de \$787.789.933.

Además, en la negociación se fijaron los precios de los productos objeto del contrato por encima del valor que tenían estos elementos en el mercado para esa época, incurriéndose presuntamente en un sobrecosto avaluado pericialmente en la suma \$212.959.671,40.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA se identifica con la cédula de ciudadanía No. 10.533.622 de Popayán (Cauca), nació el 6 de enero de 1959 en el mismo municipio, es hijo de Víctor Isaías y Ana Moralba, de estado civil casado con Graciela Díaz Castro, es padre de un hijo, y médico de profesión. Se desempeñó como Gobernador del departamento del Putumayo para el periodo 2001 a 2003.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. Etapa de investigación

El 17 de marzo de 2004 la Fiscalía General de la Nación dispuso abrir investigación previa contra GUERRERO GUEVARA por la presunta comisión del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso con *peculado por apropiación* agravado a favor de terceros¹ y el 13 de mayo de 2010 abrió formal instrucción en su contra².

Vinculado mediante indagatoria recepcionada el 24 de enero de 2012³, le resolvió la situación jurídica el 16 de septiembre de 2014 absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁴.

Clausurada la instrucción, el 16 de diciembre de 2016 fue emitida resolución de acusación por los citados delitos, predicando la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 9º del artículo 58 del Código Penal⁵.

3.2. Etapa de Juicio

Ejecutoriada la calificación sumarial el 23 de enero de 2017⁶, el expediente fue remitido a la Sala de Casación Penal de la Corte⁷ y corrido el traslado contemplado en el artículo

¹ Fls. 11 y 15, cuaderno No. 1, Fiscalía.

² Fls. 68 a 70, cuaderno No. 2, Fiscalía.

³ Fls. 188, ibidem.

⁴ Fls. 257 a 312, ibidem.

⁵ Fls. 236 a 306, cuaderno N. 3, Fiscalía.

⁶ Fl. 15, cuaderno No. 4, Fiscalía.

⁷ Fl. 4, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

400 de la Ley 600 de 2000⁸, se presentaron las solicitudes probatorias de la defensa⁹. Seguidamente se llevó a cabo la audiencia preparatoria¹⁰ pronunciándose esa Sala respecto del decreto de pruebas¹¹.

Con la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, el 26 de julio de esa anualidad fue remitido el expediente a esta Sala Especial, donde se practicaron las pruebas decretadas¹² y se adelantó la audiencia pública de juzgamiento¹³.

4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia convocó a juicio a GUERRERO GUEVARA al estimar que como Gobernador celebró el 24 diciembre de 2003 el contrato de compraventa No. 107, el cual tuvo por objeto la adquisición de uniformes de dotación con destino al personal docente y administrativo de la Secretaría de Educación del Departamento por valor de \$787.789.933, sin observar los requisitos legales al no realizar en debida forma los estudios de conveniencia y oportunidad, desconociéndose así el principio de economía, pues tales estudios, además de no haber sido firmados por el Secretario de Educación, carecían del comparativo de precios, encontrando que el almacén *Tanya* fue el único que cotizó los uniformes.

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

⁹ Archivo No. 5, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹⁰ Archivo No. 15, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹¹ Archivo No. 19, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹² Archivo No. 35, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹³ Archivo No. 50, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

Además, consideró que con la celebración de este contrato se incurrió en un sobrecosto avaluado pericialmente en la suma de \$212.959.671,40, equivalente al mayor valor cancelado por los productos adquiridos en relación con los precios que para ese momento tenían en el mercado.

Para el ente acusador, se vulneró el *principio de economía*, establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, numeral 12, y que si bien la etapa precontractual estaba delegada en la Secretaría de Educación y Cultura Departamental, ello no excusaba al gobernador de la verificación del cumplimiento de los requisitos de los contratos de conformidad con el *principio de responsabilidad* consagrado en el artículo 26, numeral 5 de la misma normativa.

Respecto al delito *de peculado por apropiación* a favor de terceros, señaló que devino del presunto sobrecosto de \$212.959.671,40 en que pudo incurrir la administración departamental al contratar las dotaciones para los docentes y el personal administrativo por unos precios que superaban ampliamente los de esos productos en el mercado, como lo concluyó el dictamen pericial realizado.

Frente al punto, dijo que no obstante la Gobernación del Putumayo como entidad territorial era autónoma para asignar el valor de las correspondientes dotaciones, dicha facultad debía ser respetuosa de los principios que rigen la contratación estatal, sin que se hubiera hecho el análisis

debido de precios en los estudios de conveniencia y oportunidad, ni siguiendo el Manual de Procedimientos Contractuales del departamento, el cual exigía un comparativo de valores que permitiera establecer el promedio del costo de los bienes a contratar, máxime cuando la labor de la abogada externa de la Secretaría de Educación del Departamento se limitó a hacer un anteproyecto del pliego de condiciones de acuerdo a la información suministrada por el Secretario.

Estimó que los comportamientos emergen dolosos, pues la contratación se llevó a cabo al final del periodo constitucional del funcionario, además, era una persona con estudios superiores y conocía la responsabilidad que le correspondía, sin que pudiera derivarse de su actuar un propósito distinto al de beneficiar a la unión temporal contratista y auspiciar la apropiación indebida de recursos públicos en favor de terceros.

5. AUDIENCIA PÚBLICA

El 17 de marzo de 2022¹⁴ se dio inicio a la audiencia pública de juzgamiento en cuyo desarrollo se escuchó en interrogatorio al acusado y se hizo la presentación de las alegaciones finales por parte de los sujetos procesales.

¹⁴ Archivo No. 50, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

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 electores¹⁵.

Frente al delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, explicó que se demostró no solo la calidad de servidor público para el momento en que se adelantaron los trámites precontractuales y la celebración del contrato objeto de reproche, siendo titular de la competencia funcional, sino también las irregularidades tanto en el trámite, como en la celebración del contrato, a saber:

En el trámite, por vulnerar:

El principio de transparencia: al contrariar los términos y plazos estipulados en el pliego definitivo de condiciones, en tanto que inicialmente se había fijado como término para la licitación el 24 de noviembre de 2003 y con la adenda de ese día se amplió hasta el 26 del mismo mes y año, favoreciendo a la oferente, ya que hasta ese momento otra integrante de la unión temporal contratante se inscribió como proponente,

¹⁵ Archivo No. 53, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

contrariando la exigencia del pliego de condiciones y del Manual de Procedimientos Contractuales de la gobernación, en torno a que tratándose de uniones temporales cada uno de sus miembros debía estar previamente inscrito, por lo cual no podía habilitársele y debió haber quedado por fuera del proceso licitatorio.

Que GUERRERO GUEVARA estuvo al tanto de la etapa precontractual en la medida en que extendió comunicaciones para participar en la licitación, e intervino directamente en la evaluación de la propuesta dado que era parte del Comité Evaluador, además, desatendió la petición del representante de trabajadores Luis Carlos Ángulo respecto a que fueran tenidos en cuenta los representantes de los educadores y del personal administrativo para la conformación del mencionado comité y, finalmente, pese a que en la minuta del contrato se consignó que en el proceso precontractual había intervenido el Secretario de Educación y Cultura, ello no fue así, porque el mismo gobernador solicitó los servicios de un abogado con conocimientos en el tema, buscando evitar inconvenientes posteriores, ya que por su carga laboral el Secretario no podía realizar esa tarea.

Destacó que algunos de los propietarios o representantes legales de los establecimientos invitados a cotizar manifestaron a la policía judicial encargada de realizar posteriormente las labores investigativas que sabían, o al menos percibían, que el contrato iba a ser adjudicado al almacén *Tanya*, contratista que no era ajena para la

administración, pues en otra ocasión había celebrado negociación con la gobernación.

El principio de economía: ya que el proceso de licitación careció de estudios y análisis de costos que garantizara una debida planeación para asegurar la correcta ejecución de los recursos, pues no se realizó un comparativo de precios con los del mercado, siendo la única propuesta recibida la de la *Unión Temporal Proveedores Asociados*, como consta en el acta de adjudicación.

En la celebración del contrato:

Por haberse celebrado pese a las irregularidades en su trámite ya que la conducta se tipifica al celebrarse sin la verificación de los requisitos legales esenciales.

Para la Fiscalía, si bien la etapa precontractual estaba delegada en la Secretaría de Educación y Cultura, conforme al *principio de responsabilidad* se demandaba de GUERRERO GUEVARA una tutela estricta y control en todas las fases de la contratación, por ello no operaría el *principio de confianza*, más aún cuando estuvo informado e intervino en el desarrollo de algunas actividades precontractuales.

Respecto al delito de *peculado por apropiación*, consideró el ente acusador que el dictamen pericial contable de 28 de noviembre de 2011 estableció la existencia de sobrecostos en el contrato analizado en cuantía de \$212.959.671,40, a partir de la comparación de los valores

unitarios de calzado y ropa para dama y caballero contratados, con los del mercado, prueba que no fue controvertida por la defensa.

Señaló que el actuar del procesado fue doloso en la medida en que conocía las normas, sus funciones y obligaciones y que el contrato no se ajustaba a las exigencias legales, contrariando así a ley en clara afectación de los recursos del Estado.

Tras la cita del pronunciamiento jurisprudencial de la radicación 25495, concluyó que la conducta fue realizada de manera directa por el procesado como ordenador del gasto y en tal calidad comprometió los recursos departamentales autorizando la dotación de docentes y administrativos con los sobrecostos mencionados, lo que determinó la irregular apropiación del dinero público.

5.2. Ministerio Público

Pidió emitir sentencia de carácter absolutorio en favor del aforado al no mediar certeza de su responsabilidad, a partir de la aplicación del *principio de confianza*.

En su criterio, se aceptó que desde la etapa precontractual el proceso licitatorio estaba delegado en la Secretaría de Educación y Cultura Departamental, razón por la cual GUERRERO GUEVARA no tuvo ninguna injerencia en la invitación a proveedores y menos en la tasación de los precios de los elementos objeto del contrato, sin que sea

predicable el sustento jurisprudencial en el que la fiscalía apoya su solicitud de condena (radicado 25495), dado que allí se hace referencia a un contexto procesal específico, el cual no constituye regla o directriz de aplicación general, ni que impida auscultar las circunstancias de cada asunto en particular.

En ese orden, acudió a diferentes citas jurisprudenciales relativas a la delegación para contratar y su consagración constitucional y el alcance de la eximente de responsabilidad al delegante con base en el *principio de confianza*, para concluir que en este caso el procesado cumplió con el deber legal de vigilar el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la fase precontractual y la finalidad no fue eludir la responsabilidad ni omitir ejercer sus funciones de dirección, vigilancia y control, más aún cuando tal delegación ya existía con anterioridad a su mandato.

5.3. Defensor

Deprecó sentencia absolutoria a favor de su defendido por los delitos que le fueron enrostrados.

En cuanto al tipo penal de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, señaló que el trámite precontractual del negocio No. 107 de 2003 estaba delegado en la Secretaría de Educación Departamental, conservando el gobernador las

facultades de adjudicación y celebración, incluso, desde periodos de gobierno anteriores.

Esta figura, en su criterio, lo exime de responsabilidad por las irregularidades en que se pudo haber incurrido en la etapa precontractual por activación plena del *principio de confianza*, en tanto que no se ha demostrado que el proceso de delegación haya tenido por objeto la evasión de su responsabilidad, así como tampoco la participación de su defendido en esa fase previa o la existencia de presiones o influencias en los funcionarios que actuaron en ella y menos que haya direccionado la adjudicación.

Para el defensor, al suscribir el contrato, de modo alguno su prohijado fue consciente de que estaba ausente algún requisito legal sustancial, más aún cuando en este caso, se surtió un filtro de revisión por parte de la oficina jurídica de la gobernación, lo que le brindaba la confianza necesaria respecto a que el trámite previo se apegaba a las normas que lo regulaban.

En ese sentido, subrayó que la prueba testimonial practicada demostró que en la etapa precontractual no participó el gobernador y tampoco se conoce que se le haya advertido la existencia de irregularidades en esa fase, por lo tanto, permanece incólume la presunción de inocencia.

Frente al delito de *peculado por apropiación* precisó que si bien en el texto original del contrato No. 107 de 2003 no se estableció el número de docentes y personal

administrativo a beneficiarse con las dotaciones, ello se corrigió con el contrato modificatorio de 30 de diciembre del mismo año, donde quedó claro que la contratación incluía tres dotaciones para el personal docente por valor de \$95.095,006 cada una, y para el administrativo en cuantía de \$114.666,66, cada una y no por un valor individual de \$285.285,018 y \$344.386, respectivamente, como fue interpretado de manera equivocada por los investigadores judiciales.

Bajo esa línea, señaló que el informe pericial es contradictorio en la cuantía invertida por la contratista para la compra de las dotaciones, lo que hace dudar de la metodología empleada para tal experticia.

Agregó que respecto al mayor valor enrostrado por la Fiscalía, cobran vigencia los argumentos expuestos frente al delito de *celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, dado que no existe prueba indicativa de la participación del procesado en la etapa precontractual ni que haya ejercido presión o influencia en los funcionarios delegados o en los comités para direccionar la adjudicación, pues al ser esta la etapa en la que se llevaron a cabo las cotizaciones, estudios de conveniencia y oportunidad, y de precios del mercado, de haberse presentado presuntos sobrecostos, no se le pueden atribuir, máxime cuando no se ha probado que su actuar estuviera direccionado a beneficiar económicamente al contratista o que se hubiera acordado entre ellos una defraudación al patrimonio departamental.

5.4. Procesado

Se unió a las pretensiones absolutorias elevadas por la Procuraduría y su defensor señalando que, contrario a lo que expuso la Fiscalía, no hizo parte del Comité Evaluador, para el cual se designó a Sandra Patricia Calderón, Jefe de la Oficina Jurídica, Sandro Vallejo, de la sección de contabilidad y a Jorge Eliécer Mustafá, Secretario de Educación, como lo informaron estos funcionarios en sus declaraciones.

Admitió que firmó en su momento el acta de conveniencia con la finalidad de precisar el contenido y el alcance del pliego de peticiones, pero no el acta de cierre de las ofertas, destacando que no conocía a la señora Tanya Isabel Córdoba.

Cuestionó el por qué los demás comerciantes que no quisieron participar, no presentaron las quejas respectivas, pese a que existían los canales para ello, presencialmente, a través de la página *web* o con el representante de los empleados, quien tampoco recibió ninguna observación al respecto.

Agregó que su actuación siempre se basó en las normas que establecían los procedimientos, con confianza en los funcionarios, a quienes les preguntó si advirtieron alguna irregularidad y le dijeron que no.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

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 IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA por haber sido Gobernador del departamento del Putumayo, aun cuando ya no ostenta tal condición, además, 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 del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003.

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

Según acta de posesión No. 001 de 2001 ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Mocoa-Putumayo y las distintas declaraciones del procesado, éste fungió como gobernador en el citado periodo¹⁶, por ello, en tal condición, el 24 de diciembre de 2003 celebró el contrato No. 107 con la *Unión*

¹⁶ Fl. 23, cuaderno No. 1, Fiscalía.

Temporal de Proveedores Asociados, el cual es materia de análisis en este juicio.

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 de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación* agravado a favor de terceros, baremo que servirá para verificar si los comportamientos predicados de GUERRERO GUEVARA se adecúan a las descripciones típicas objeto de acusación, y si de contera, tales conductas devienen en antijurídicas y culpables.

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 que de raigambre constitucional la rigen y específicamente con la descripción típica, que los ámbitos de tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales se cumplan de acuerdo con las normas que los regulan.

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, pues solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005 según la implementación gradual en los diferentes distritos judiciales, y en este asunto los hechos ocurrieron el 24 de diciembre de 2003.

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 esenciales¹⁷.

Es un injusto de simple actividad o mera conducta¹⁸ que se configura cuando el sujeto calificado tramita, celebra o liquida el contrato sin observancia de los requisitos legales u omite verificar su concurrencia en las mencionadas etapas, sin que se exija la constatación de un resultado separable de los propios comportamientos antes referidos, en otras palabras, se consuma con la mera realización de las conductas allí descritas¹⁹.

De otro lado, es un tipo penal en blanco, razón por la cual se debe acudir a la normativa extra penal para complementar su supuesto fáctico. En concreto, debe acudirse 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*.

¹⁷ CSJ SP, 9 feb 2005, Rad. 21547 y CSJ SP, 23 mar de 2006, Rad. 21780.

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

¹⁹ Cuestión distinta sería determinar el desvalor de resultado (de lesión o de peligro para el bien jurídico) que exige el referido tipo penal.

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 tipicidad²⁰.

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 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

6.3.3.1. Elementos objetivos

Respecto del primero de los requisitos objetivos del tipo, esto es, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato para la

²⁰ CSJ SP, 25 ene. 2017, Rad. 48250.

fecha de los hechos, encuentra la Sala demostrado con suficiencia que IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA fungió como Gobernador del departamento del Putumayo, elegido para el período constitucional del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003, según lo evidencia el acto administrativo que da cuenta de la posesión allegado al plenario²¹ y la propia manifestación del enjuiciado²², quien afirmó que se desempeñó en dicho cargo y fue en tal calidad que suscribió contrato No. 107 de 2003, objeto de la presente actuación judicial.

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

Como se ha señalado con anterioridad, al ser el mencionado ilícito un tipo penal en blanco se debe acudir a las normas que regulan la contratación estatal con el fin de determinar cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse en las distintas fases precontractuales y contractuales, específicamente del negocio jurídico celebrado entre el gobernador y la *Unión Temporal de Proveedores Asociados*, objeto de este proceso.

Lo anterior, por cuanto según la Fiscalía en la etapa precontractual del negocio jurídico No. 107 de 2003 fueron desconocidos los requisitos esenciales, en la medida en que se vulneraron los *principios de transparencia y economía*, el

²¹ Fl. 23, cuaderno No. 1, Fiscalía.

²² Fl. 276, ibidem.

primero por haberse ampliado la etapa de postulación para los oferentes en favor del contratista, y el segundo, por omitir los estudios de conveniencia y oportunidad, falencias que a su vez permearon la etapa de celebración del contrato.

En ese orden, la conducta reprochada al procesado se enmarca en los verbos rectores *tramitar* y *celebrar*, toda vez que desde la génesis del negocio jurídico se habría omitido el cumplimiento de requisitos legales, por lo que, en criterio del acusador, la celebración del contrato seguiría la misma suerte.

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.

El *principio de transparencia* aparece consagrado en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, desarrollado por el artículo 24 de la misma norma, a través del cual se pretende que quienes intervengan en los procesos contractuales lo hagan en igualdad de oportunidades con miras a que la selección de los contratistas sea pública e imparcial. Así, cualquier persona interesada podría, no solo participar de los procesos, sino además conocer la información sobre el desarrollo de las etapas que lo componen y las razones de las decisiones que en su interior adopte la administración, con miras a que puedan ser legítimamente cuestionadas.

El *principio de economía* es desarrollado por el artículo 25 de la normativa en cita, enmarcándose la censura de la Fiscalía respecto a la ausencia de planeación, en los numerales 7° y 12 de esa norma, en tanto que impone la obligación de adelantar estudios de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar, al igual que diseños, pliegos de condiciones y términos de referencia 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.

Se halla ligado al de *transparencia*, en la medida en que demanda que el marco contractual que se fije con anterioridad a la elección del contratista, se elabore de manera objetiva y sin buscar beneficiar a ningún posible oferente y en todo caso propenda por no solo por eliminar cualquier asomo de subjetividad, sino, además, por la fijación de reglas claras y equitativas tanto del objeto

contractual como de los requisitos para participar en el proceso de selección.

Pero en este caso el análisis del incumplimiento de los principios aludidos y, en consecuencia, respecto a la concurrencia a cabalidad de los elementos objetivos del tipo arroja duda probatoria como pasa a explicarse:

Reposan en la actuación los estudios de conveniencia y oportunidad²³ para el suministro de calzado y vestido de labor para funcionarios de la Secretaría de Educación Departamental y la constancia de disponibilidad presupuestal con el objeto de adelantar el proceso de contratación, pese a que aquellos no cuentan con la firma de Jorge Eliécer Mustafá Eraso, Secretario de esa dependencia, emerge incertidumbre de su validez, no solo porque no hay prueba demostrativa que su contenido sea espurio, sino porque obran declaraciones dando cuenta de su elaboración e incorporación en el trámite precontractual.

Efectivamente, son contestes los declarantes, algunos de ellos miembros del Comité Evaluador conformado para el seguimiento a este contrato, en señalar que el estudio en mención estuvo a cargo de la Secretaría de Educación. La abogada externa Martha Isabel Segura Bolaños fue contratada con la finalidad de apoyar a esa dependencia por la alta carga laboral que para ese momento tenía el titular, y en declaración aseguró haber realizado el bosquejo de los

²³ Fl. 6 y ss, anexo No. 1, Fiscalía.

estudios *“por orden del secretario”*²⁴, los que, según ella, una vez elaborados fueron presentados ante la oficina jurídica donde se continuó el trámite de rigor. Por su parte Mustafá Eraso, Secretario de Educación, en declaración rendida en esta instancia²⁵ reconoció haberle encomendado a la abogada Segura Bolaños la realización de los documentos, aunque no recordó haberlos firmado.

Sandra Patricia Calderón, Jefe de la Oficina Jurídica del departamento para esa época, hizo saber en diligencia testimonial que no advirtió que los estudios no estuvieran firmados, *“porque todos los documentos cuando llegaban a la oficina jurídica debían llegar suscritos como requisito para elaborar la minuta contractual”*.²⁶

Así las cosas, surge incertidumbre si el estudio de conveniencia que sirvió de base para la elaboración de la minuta contaba con la firma del secretario y devenía válido, y si corresponde a un documento diferente al que obra en el plenario, que, sin dudarlo, carece de rúbrica. O si es que en el trámite se construyó por la abogada externa de la dependencia correspondiente un bosquejo como mera formalidad y no le fue puesto de presente al Secretario de Educación para su aval.

Huelga señalar que el contrato tenía por objeto cumplir con una obligación legal ineludible para la Gobernación como empleador, como lo es el suministro de la dotación periódica

²⁴ Fl. 96, cuaderno No. 1, Fiscalía.

²⁵ Diligencia testimonial del 22 de abril de 2021.

²⁶ Ibidem.

a los funcionarios de esa dependencia, de donde se desprende la conveniencia y necesidad de la contratación.

En lo tocante con el estudio de precios del mercado, según el documento de conveniencia y oportunidad, se solicitaron cotizaciones por escrito a los establecimientos de comercio: *Almacén Tatiana, Maxerato, Zoraida, El Príncipe, Mary Cristy, Alpha Fashion, Tatiana, Tanya y Campo Rosas*, con la finalidad de verificar los precios de referencia, sin embargo, sólo se recibió respuesta de parte de la *Unión Temporal de Proveedores Asociados* representada por Tanya Isabel Córdoba.

Ciertamente, pese a que se remitieron los oficios respectivos, según consta en el informe investigativo 625 de 23 de octubre de 2005²⁷ los establecimientos requeridos no enviaron las cotizaciones solicitadas, algunos por no haber estado interesados, por dedicarse a la elaboración de prendas más exclusivas, por los costos para cumplir con los términos de referencia, por no contar con la capacidad logística para la repetición del tallaje y cumplir con el pedido, y otros, porque según fuentes informales recogidas en las labores investigativas, el contrato iba a ser adjudicado al almacén *Tanya*.

Adicionalmente, constató la Fiscalía que para esa época de los establecimientos requeridos sólo estaba registrado en

²⁷ Fl. 221, cuaderno No. 1, Fiscalía.

el Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio el *Almacén Tanya* y el local comercial *Boutique Tatiana*.

Pero deviene claro que la administración adelantó las gestiones tendientes a obtener la información que le permitiera hacer un estudio de mercado, pero al no recibir alguna respuesta de los establecimientos de comercio requeridos, tampoco insistió en la recolección de datos que le permitieran construirlo.

Se dio inicio a la licitación pública SED 07-03 mediante Resolución 1600 de 21 de noviembre de 2003, la que fue ofertada en los términos del pliego de peticiones, con especificaciones técnicas y la información de la documentación requerida a través de avisos de la página *web* de la entidad y publicaciones de prensa en el diario *El Sur*.

El contrato fue publicitado como de compraventa de calzado y vestido de labor para las tres dotaciones al año con destino a docentes y administrativos de la Secretaría de Educación y Cultura Departamental²⁸, incluyéndose la adenda que amplió la convocatoria del 24 de noviembre de 2003 al 26 de noviembre del mismo año. Los documentos que soportan la publicidad fueron aportados al trámite penal por la Jefe de la Oficina Jurídica para el año 2005, que, al responder el requerimiento hecho por la Fiscalía, hizo constar que en el expediente contractual de la referida licitación reposan los mencionados avisos de prensa²⁹.

²⁸ Fl. 136 cuaderno No. 1, Fiscalía.

²⁹ Fl. 135 cuaderno No. 1, Fiscalía.

Frente a este aspecto, declararon Martha Isabel Segura Bolaños³⁰, abogada externa de la Secretaría de Educación y, Luis Carlos Angulo³¹, Presidente del Sindicato de Trabajadores, confirmando la satisfacción de ese requisito.

La Fiscalía cuestionó el que se haya ampliado el plazo de la convocatoria, del 24 al 26 de noviembre, por considerarlo atentatorio del *principio de transparencia*. Sin embargo, pese a que está probado como hecho objetivo la extensión del plazo, del acervo no logran extraerse con precisión las razones para ello, quedando huérfana la Sala de cualquier medio de prueba que afinque la hipótesis del ente acusador respecto a que la intención era favorecer a la unión temporal.

Ahora, sin que se conozcan las razones de la decisión, tal proceder tiene sustento normativo en el inciso segundo, del numeral 5°, del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que permite a las entidades estatales, cuando lo estimen conveniente, modificar el plazo de la licitación contenido en el pliego de condiciones mediante adendas expedidas antes de su vencimiento por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

En respuesta a la convocatoria, sólo se presentó una propuesta y una vez estudiada la información jurídica y financiera que permitió verificar la garantía de seriedad de la oferta, el certificado de la DIAN y que los demás documentos

³⁰ Fl. 96 cuaderno No. 1, Fiscalía.

³¹ Fl. 312 cuaderno No. 1, Fiscalía.

soportes estaban en orden, entre ellos, que las señoras Tanya Isabel y Claudia Patricia Córdoba Fajardo, quienes conformaban la unión temporal estaba inscritas en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio de Putumayo, el contrato No. 107 de 2003 se adjudicó a la *Unión Temporal Proveedores Asociados*, representada por Tanya Isabel Córdoba Fajardo.

No se desconoce que la existencia de múltiples propuestas en virtud de una convocatoria para contratar redundante en la garantía de la participación efectiva de los posibles interesados, favoreciendo la competencia entre ellos y a su vez, permitiendo al Estado acceder a la mejor oferta, no obstante, de la presentación de una sola oferta no puede derivarse automáticamente el incumplimiento al *principio de planeación* ni ello conduce por sí a que se declare desierta la licitación³², como lo reclama la fiscalía.

Para arribar a esos razonamientos tendrían que haberse acreditado circunstancias que pudieran catalogarse como discriminatorias en el acceso al proceso de selección o en la fijación de exigencias que impidieran a los interesados la participación en condiciones de igualdad, lo que en este caso no sucedió, pues las manifestaciones de algunos de los empresarios a quienes se les solicitó por la administración el envío de una cotización de los productos requeridos, respecto a que no mostraron interés en el trámite porque la licitación iba a ser adjudicada al almacén Tanya, no pasaron de ser

³² Al respecto ver CDE, Sección Tercera, sentencia de 24 de junio de 2004, rad. 15235 y sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 24715.

rumores, ya que ni los mismos entrevistados dieron cuenta al investigador cuál era la fuente de esos dichos que permitiera corroborar su veracidad, sin que se demostrara probatoriamente que tenían sustento en la fijación irregular de las condiciones para la postulación. Tampoco fueron dadas a conocer al interior del trámite licitatorio, pese a que existían canales virtuales y físicos para ello.

Y como se recibió por lo menos una propuesta que cumplía las condiciones objetivas de selección señaladas en el pliego de condiciones, la convocatoria continuó con su desarrollo.

Para la celebración del contrato³³, se aprobó la garantía única de cumplimiento del 29 de diciembre de 2003, y se expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No 3608 por la suma de \$787.789.833 de 22 de diciembre de 2003 y el registro No. 3640 de la misma fecha, materializándose el contrato No.107 de 2003, que finalmente quedó bajo la vigilancia y control del Secretario de Educación y Cultura departamental.

El 30 de diciembre de ese año³⁴ se celebró un contrato modificatorio con la finalidad de aclarar el valor del original, pues el número de dotaciones resultó menor al inicialmente pactado como consecuencia de una variación en el estudio de conveniencia, estableciéndose que el valor final del negocio era la suma de \$735.198.276. Al respecto, no

³³ Fl. 168 cuaderno No. 1, Fiscalía.

³⁴ Fl. 165 cuaderno No. 1, Fiscalía.

obstante que para la Fiscalía tal proceder vulnera el *principio de planeación*, la Sala Especial considera que justamente en ejercicio de esa garantía se llevó a cabo al momento del perfeccionamiento del contrato por parte de la administración departamental una revisión de la lista de beneficiarios con miras a evitar entregar la dotación a quienes no tuvieran derecho, encontrándose que ante la variación del salario en razón de lo cual algunos funcionarios empezaron a percibir remuneraciones superiores a dos salarios mínimos, ya no tendrían derecho a la dotación, lo que a su vez incidió en los datos consignados en los estudios previos a la licitación.

Es sabido que en la dinámica contractual la logística impone la verificación de múltiples factores, por ello es posible que en las fases precontractuales se presenten variaciones que incidan en el valor de la negociación, como en este caso, en el número de beneficiarios, teniendo en cuenta que debieron revisarse algunas situaciones administrativas para determinar si los funcionarios tenían derecho o no a la dotación. Tal modificación evidencia la ausencia de vulneración al mencionado principio y, por el contrario, que sobre el contrato existió una revisión y control permanente la cual permitió identificar la necesidad de modificarlo en favor de la administración, en tanto el valor del mismo se redujo y ello representó el ahorro de un gasto innecesario.

La Fiscalía adujo que la ausencia de un análisis comparativo de precios en el mercado dio al traste con el

principio de economía, pues como parte de las labores investigativas y con la finalidad de determinar si los valores de las dotaciones requeridas se ajustaban al precio del mercado de conformidad con las especificaciones contenidas en los pliegos de condiciones, se le solicitó a distintas empresas en la ciudad de Bogotá dedicadas al campo textil en uniformes y similares, cotizar las prendas con las características detalladas en el pliego de peticiones.

Según consta en el informe investigador No. 224102 de 6 de abril de 2005, se recibieron algunas cotizaciones y se compararon los valores con los de la oferta seleccionada, así³⁵:

Manufacturas Fabiani: cotizó el calzado para hombre marca *La Corona*, sin IVA en \$58.000, mientras que en la oferta seleccionada el precio fue de \$115.080 con IVA incluido.

Dotavani: cotizó camisa manga larga confeccionada en Oxford en \$24.926 con IVA incluido y la manga corta en \$23.768. En la oferta seleccionada el precio para este tipo de prendas fue de \$107.956 y \$92.064, respectivamente.

Creaciones y Confecciones Cleo: cotizó con IVA incluido, pantalón para hombre a \$40.600, \$63.800 y \$66.192, mientras que en la oferta seleccionada el precio fue de

³⁵ Fls. 55 a 70, cuaderno No. 1, Fiscalía.

\$102.147 para personal docente y \$119.354 para administrativos.

Las blusas para dama con falda, fueron cotizadas por esta empresa en \$70.760 y \$89.088, para personal docente y administrativo respectivamente, mientras que la oferta seleccionada fijó los precios en \$187.635 y \$233.448 respectivamente.

Las camisas para hombre fueron cotizadas entre \$31.320 y \$40.600, mientras que en la oferta seleccionada los precios fueron de \$92.064 para personal docente y \$107.956 para el administrativo.

Pero si la razón de ser del principio en mención es proteger los recursos del Estado en la medida en que pueda la administración acceder a bienes y servicios de calidad y a precios competitivos en el mercado, en este caso, al analizar la prueba obrante en el plenario, se tiene que no se llevó a cabo al interior del trámite precontractual el estudio comparativo de precios, pues la tarea quedó en su fase inicial con las solicitudes de cotización a los diferentes almacenes por parte de la Gobernación, y ante la ausencia de respuesta tampoco hizo algo la administración para obtener la información de otras fuentes.

Sin embargo, no puede concluirse con certeza que resultó infringido el *principio de economía*, en la medida en que, de acuerdo a la labor investigativa adelantada por la Fiscalía, los precios del proponente resultaron ser inferiores

a los cotizados por diferentes establecimientos requeridos por el investigador con miras a establecer el precio del mercado para esa época, pues según las explicaciones ofrecidas por GUERRERO GUEVARA a lo largo de la actuación³⁶ y refrendadas por Tanya Isabel Córdoba Fajardo³⁷, los precios de la oferta de la unión temporal no corresponden al valor de cada elemento para las dotaciones periódicas, sino al monto de la dotación anual, es decir, al fijarse el valor de los zapatos en \$115.080 se está aludiendo al costo de tres pares de zapatos que configuran la dotación del año 2003 y no a que cada par tenga ese valor, y así mismo con los otros elementos que la componen.

De razonarse como lo hace el ente acusador, matemáticamente el contrato superaría de manera exorbitante el monto por el que finalmente se suscribió, pues tendría que multiplicarse el valor de cada dotación por tres periodos, lo que arroja un monto superior al millón de pesos por cada funcionario al año, mientras que si se hace el ejercicio matemático de sumar por cada funcionario, por una única vez el valor de los elementos que le correspondían, esto es, un rubro de zapatos, otro de camisa y pantalón, para los hombres, y en el caso de las mujeres, un par de zapatos, una falda y una blusa, el precio se ajusta al valor fijado en el contrato, esto es, \$344.836 para el personal administrativo y \$285.285 para el personal docente, por las tres dotaciones, no por cada una de ellas.

³⁶ Fl. 276 cuaderno No. 1, Fiscalía.

³⁷ Fl. 307 cuaderno No. 1, Fiscalía.

Según la nota de ingreso No. 0082 del 23 de abril de 2004, derivada del contrato en estudio, las dotaciones estaban discriminadas para clima frío y cálido, tanto para docentes como para administrativos, lo que, a su vez, conlleva a que los precios fluctúen, aunque no de manera significativa, para finalmente arrojar el precio del contrato.

También para la Fiscalía el incumplimiento de los requisitos legales en la etapa precontractual se extiende a la celebración, en la medida en que, pese a los vicios existentes en la fase previa, se siguió adelante con la contratación, sin embargo, debe precisarse que, como lo tiene decantado de tiempo atrás la jurisprudencia³⁸, unos son los requisitos legales esenciales que deben cumplirse en la etapa precontractual, otros los concomitantes a la celebración del contrato y los posteriores a esta, por lo que era carga del ente acusador señalar con apego a la estricta tipicidad, de qué manera el incumplimiento de las exigencias precontractuales irradiaba a los requisitos esenciales para la celebración del contrato y ubicar el yerro de manera puntual, además de

³⁸ CSJ SP, 20 may. 2009, rad. 31.654

1) Previos a la celebración del contrato: a. Competencia del funcionario para contratar. b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar. c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente. d. La licitación o el concurso previo.

2) Concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular: a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos. b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista. c. La firma del contrato por las personas autorizadas.

3) Posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el mismo la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado: a. La aprobación por parte de la entidad competente. b. El pago del impuesto de timbre. c. La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto.

acompañar la incriminación con la correspondiente prueba demostrativa.

Por eso, habiéndose ya realizado el análisis sobre las falencias denunciadas en la etapa precontractual y al no haberse precisado por la Fiscalía que se haya incurrido en otras diferentes en la etapa de celebración, el estudio del caso solo se puede limitar a la fase previa, en la cual, como ya se explicó, la Sala Especial no encuentra probado en grado de certeza el incumplimiento de los requisitos legales ante la duda probatoria que impide concluir que los elementos objetivos del tipo penal del delito en estudio se encuentran satisfechos.

6.3.3.2 Elemento subjetivo

El delito contractual solo acepta la forma conductual dolosa, en cuanto el legislador no lo tipificó de forma culposa y 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.

Para valorar el elemento subjetivo cobran relevancia las condiciones personales y profesionales de GUERRERO GUEVARA, quien es médico cirujano, especialista en gerencia de salud, fue además Secretario de Salud del Departamento del Cauca y asesor de la Superintendencia de Salud³⁹, pero del hecho de haber desempeñado distintas labores en la administración pública no demuestra *per se* que tenía la suficiente instrucción en materia de contratación estatal y menos que haya querido transgredir tales disposiciones.

Obra en el plenario que para la época de los hechos en la administración central de la Gobernación del Putumayo a través del Manual de Procedimientos Contractuales⁴⁰, adoptado mediante Decreto 0176 del 28 de junio de 2002 y actualizado por el Decreto 0376 del 28 de noviembre del mismo año, se detallaron paso a paso cada una de las etapas a seguir para dar estricto cumplimiento al marco jurídico de la contratación estatal, radicando la fase precontractual a cargo de cada una de las secretarías del despacho, así:

“c) Cada una de las Secretarías de Despacho individualmente consideradas asumen sus compromisos de acuerdo con sus competencias y los plasma en su plan de acción sectorial que obviamente es el desarrollo de las políticas consagradas en el Plan de Desarrollo Departamental acorde este último con el Plan de Desarrollo Nacional, convirtiéndose de este modo el plan de acción en la herramienta fundamental para el logro de la misión institucional.

³⁹ Audiencia Pública de Juzgamiento.

⁴⁰ Fl. 57 y ss, cuaderno anexo 2, Fiscalía.

Requisitos

h) Elaborar el estudio de conveniencia y oportunidad (art. 25 numeral 12, art. 30 numeral 1 ley 80 de 1993), la ley no dice cuáles son esos estudios, no obstante, debe tenerse en cuenta que la contratación obedece al interés general, en ese orden de ideas consideramos importante realizar los siguientes estudios: técnico (...) económicos (...) jurídicos (...)

j) Cada Secretaría de Despacho ejecutora dependiendo de la obra, bien o servicio a contratar debe contar con los permisos y licencias requeridas legalmente para proceder a iniciar un proceso de contratación...

PROCEDIMIENTO:

La doctrina al referirse a esta etapa precontractual ha dicho que va desde el momento en el cual la entidad estatal exterioriza su voluntad de celebrar un contrato para el desarrollo del objetivo fin propuesto, y hasta cuando resuelve mediante actos jurídicos comprometerse con uno o más particulares (adjudicaciones) para el efecto de suscribir posteriormente contratos con aquellos.

En consecuencia, de lo anteriormente anotado a continuación se explica el procedimiento precontractual que se surte en el Departamento del Putumayo, así:

ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD: a nivel departamental este procedimiento comienza con la Planeación del contrato, es decir, con la determinación de la conveniencia y oportunidad de la contratación estatal, todo contrato por pequeño que sea en su valor debe obedecer a una necesidad detectada lo cual se plasma en este oficio. Es deber de cada secretario de despacho presentar al Gobernador este oficio con el fin de obtener autorización para iniciar el trámite de contratación.

AUTORIZACIÓN: La competencia para suscribir contratos radica en el Gobernador del departamento del Putumayo en su condición de Ordenador del Gasto; en ausencia temporal del mismo esta función será ejercida por el Secretario de Despacho delegatario de facultades para este fin.

ELABORACIÓN DE ESTUDIOS, DISEÑOS, PLANOS, EVALUACIONES (...) Una vez determinada la necesidad se debe proceder a realizar los estudios del caso para determinar con exactitud la manera como se satisface esa necesidad y luego proceder a adquirir los compromisos.

ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES O TÉRMINOS DE REFERENCIA: En estos documentos es donde se definen las reglas de la participación jurídicas, técnicas y económicas. Estos pliegos de condiciones o términos de referencia deben tener en cuenta los principios señalados en el Estatuto Contractual:

CONVOCATORIA: A través de esta los Secretarios de Despacho de acuerdo con sus competencias dan a conocer a los particulares (personas naturales y jurídicas) las intenciones de contratar la ejecución de un proyecto, obra, bien o servicio a cargo del Departamento del Putumayo.

(...)

EVALUACIÓN DE LA OFERTA: Radica en cabeza de cada secretario de Despacho el deber de practicar la evaluación de las ofertas y seleccionar en su respectivo orden de elegibilidad al proponente favorecido.

No obstante lo anterior, es discrecional de cada Secretario de Despacho asumir directamente la evaluación de las ofertas o integrar un comité de evaluación para que lo haga, en todo caso el comité deberá ser precedido por él, en caso de ausencia por el

Secretario de Despacho Delegatario con funciones de ser dicha secretaria de despacho.

(...)

DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL: Una vez culminado este proceso el Secretario de Despacho procede a solicitar la expedición del Certificado de Disponibilidad presupuestal (...)"

Así, emerge claro que de acuerdo al Manual de Procedimientos Contractuales la etapa previa del contrato No. 107 de 2003, estaba delegada en el Secretario de Educación de la época, por ser un proyecto de esa dependencia.

En esta misma línea de estudio, la delegación⁴¹ como técnica de manejo administrativo y contractual autorizada por la Constitución Política⁴² y desarrollada por los artículos 12 y 25 numeral 10° de la Ley 80 de 1993, permite el traslado de competencias de un órgano que es titular de las

⁴¹ Artículo 9, Ley 489 de 1998: *Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

⁴² Artículo 211 Constitución Política.

respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por este bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley.

Se funda en la necesidad de dinamizar los múltiples procesos contractuales que transitan al interior de las entidades estatales y en pro de la materialización de los *principios de eficiencia y eficacia*⁴³ que rigen la administración pública, pues de lo contrario no resultaría posible que los representantes legales de tales entidades del Estado logren de manera personal y directa adelantar todas las etapas de los procesos contractuales que han de llevarse a cabo para el correcto desarrollo de los fines que le han sido encomendados.

En virtud del acto de delegación se crea un vínculo entre el delegante y el delegatario, *“que se manifiesta en las atribuciones de orientación, vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo. El delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de este tipo de atribuciones”*⁴⁴ y le permite además al delegante reformar o revocar los actos del delegatario o el acto mismo de la delegación, teniendo siempre como faro el deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al primero.

El alcance de la responsabilidad del delegante a que alude el literal del artículo 211 de la Constitución Política, ha

⁴³ Artículo 209 ibidem

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-693 de 2008.

sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, así:

En relación con el primer aspecto, al dar aplicación a los principios constitucionales sobre la responsabilidad de los servidores públicos, aparecen, en comienzo, dos alternativas en relación con la responsabilidad del delegante: 1ª) el acto de delegación constituye, de manera inmediata, una barrera de protección o de inmunidad al delegante y, en concordancia con la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política, toda responsabilidad corresponde exclusivamente al delegatario, y 2ª) el delegante, junto con el delegatario, responde siempre por las decisiones que éste tome en ejercicio de la delegación.

Considera la Corte que estas alternativas constituyen dos extremos incompatibles con los principios referentes a la responsabilidad del servidor público en general y del delegante en especial. En efecto, no puede darse al artículo 211 de la Constitución una lectura aislada y meramente literal para considerar que la delegación protege o aparta total y automáticamente a la autoridad delegante de todo tipo de responsabilidad en relación con el ejercicio indebido o irregular de la delegación pues con esta interpretación se dejarían de lado los principios de unidad administrativa y de titularidad de los empleos públicos, como fundamento de la competencia de las autoridades públicas. La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos,

de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad del delegante no es suficiente el artículo 211 de la Carta Política y será necesario considerar otros principios constitucionales sobre la materia.

En virtud del acto de delegación el delegante no se desprende por completo de la materia delegada, por lo que el vínculo que se crea entre este y el delegatario debe reflejarse en instrucciones y orientaciones generales, pero esta figura no puede utilizarse como el medio para evadir prohibiciones e incompatibilidades, o como herramienta para imponer al delegatario la toma de decisiones contrarias a derecho con la convicción de que, en razón de ella, el delegante se encuentra protegido o aislado de toda modalidad de responsabilidad, pues de por medio siempre estará la búsqueda de la eficacia bajo criterios de moralidad e imparcialidad.

Acotado la anterior, el argumento defensivo radica en que en razón de la figura de la delegación que medió en el trámite precontractual del negocio jurídico No. 107 de 2003, operaría el *principio de confianza*.

Frente al tema, la Sala Especial ha hecho énfasis en que para que opere tal principio, como criterio normativo y límite de los criterios de imputación objetiva, es menester cumplir con el deber legal de vigilar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la función de adelantar la fase precontractual, así mismo, ha indicado que si bien la delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación, en ciertos

casos se reconoce tal principio frente a las irregularidades cometidas en la fase precontractual por los delegatarios, siempre y cuando no se compruebe que la delegación haya sido usada precisamente para eludir la responsabilidad.⁴⁵

Con esta perspectiva, al analizar el caso concreto, se tiene que, si bien se demostró la existencia de la figura de la delegación, emerge una duda insalvable respecto a si el actuar de GUERRERO GUEVARA se encuentra amparado o no por el *principio de confianza*, en la medida en que no se probó con certeza que hubiese incumplido los deberes de dirección y vigilancia que le imponían su condición de delegante para de allí atribuirle responsabilidad penal.

Al respecto, de la prueba practicada emerge que mediante Resolución No. 1676 del 1 de diciembre de 2003⁴⁶, se conformó el Comité Evaluador del trámite previo que culminó con el contrato No. 107 de 2003, integrado por el Secretario de Educación Departamental, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación y el Presidente del Sindicato de Trabajadores, organismo del cual no hizo parte GUERRERO GUEVARA.

En ese sentido, el procesado desde lo manifestado en su versión libre⁴⁷, fue conteste en señalar que no participó de dicho comité, y que la labor de vigilancia y control a los asuntos contractuales la llevaba a cabo en los Consejos de

⁴⁵ Cfr. CSJ SEP 00017-2021, 24 feb. 2021, rad. 49599.

⁴⁶ Fl. 127, cuaderno anexo No. 1, Fiscalía.

⁴⁷ Fl. 276 cuaderno No. 1, Fiscalía.

Gobierno “que realizaba permanentemente para hacerle seguimiento a cada una de las ejecutorias de las diferentes secretarías”. Y en la audiencia pública de juzgamiento acotó que “en las reuniones que se celebraban cada quince días o cada mes, en los consejos de gobierno, se presentaban informes por cada uno de los secretarios, se evaluaba parte de la etapa de cada uno de los procesos, se informaba cada una de las etapas en el consejo de gobierno, a través de la oficina jurídica se verificaba si el proceso estaba legal y el gobernador revisaba para la adjudicación.”⁴⁸

Por su parte, Sandra Patricia Calderón Sánchez⁴⁹, Jefe de la Oficina Jurídica del departamento refrendó que el gobernador no hizo parte del mencionado comité, detallando que al interior de ese órgano se evaluaban tres criterios: el jurídico, a cargo suyo, tendiente a revisar “que los documentos acreditaran la capacidad jurídica del proponente de acuerdo a los parámetros establecidos en los términos de referencia, el criterio financiero con el contador de la gobernación, es decir la capacidad financiera del proponente y el criterio técnico a cargo de la secretaria de origen, que la propuesta se ajustara a las especificaciones técnicas exigidas⁵⁰”. Así mismo, indicó que la dinámica de trabajo conllevaba a que cada uno hiciera por separado el análisis que le correspondía y al final se presentaba un informe.

Al preguntársele a la testigo cuántas veces se reunió el Comité Evaluador con GUERRERO GUEVARA para presentarle informes sobre el desarrollo del trámite, explicó: “nosotros nos reuníamos sin el gobernador, cuando hacíamos las evaluaciones el gobernador no estaba ahí, cada uno evaluaba su parte,

⁴⁸ Audiencia del 17 de marzo de 2022, minuto 15:25

⁴⁹ Fl 173, cuaderno No. 3, Fiscalía.

⁵⁰ Diligencia testimonial del 22 de abril de 2021, minuto 1:05:03

rendía un informe que le presentaba al gobernador cada uno por su lado, en mi parte diciéndole que cumplía con la parte jurídica y cada uno desde su parte, con él no nos reunimos”.⁵¹

Así mismo, explicó que GUERRERO GUEVARA no tuvo participación directa en el proceso en la medida en que como gobernador tenía conocimiento solo cuando le enviaban el trámite, lo que sucedía después de la etapa precontractual a cargo del Secretario de Despacho, donde una vez recolectada la documentación, el asunto pasaba a la oficina jurídica para la elaboración de la minuta, y *“sólo ahí se enteraba”*.

Al preguntársele si se le advirtió al gobernador de alguna irregularidad, respondió: *“no, nunca se le advirtió al gobernador”*, pero que ella tampoco las percibió, agregando que de modo alguno se les sugirió a los miembros del comité que la selección tuviera que ser favorable a la señora Tanya Isabel Córdoba, *“ni en ese ni en ningún otro”*, haciendo alusión a los procesos de selección, por lo que según afirmó, pudo ejercer su labor de manera independiente y sin presiones.

En términos similares declaró Martha Isabel Segura Bolaños⁵², abogada externa de la Secretaría de Educación a cargo de quien estuvo la elaboración del bosquejo del pliego de condiciones, por órdenes del secretario de educación de esa época, Jorge Eliécer Mustafá, documento que una vez confeccionado, presentó ante la Directora de la Oficina Jurídica de la Gobernación.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Fl. 96, cuaderno No. 1, Fiscalía.

Y si bien la testigo dijo no recordar cómo estaba integrado el comité encargado de adelantar el proceso contractual y precontractual, sí recuerda que el procesado no tuvo ninguna injerencia ni participación directa en la escogencia del contratista en la fase precontractual, pues ella fue testigo del momento en que se abrió la urna con las propuestas de los oferentes y solo había una, pese a que el pliego fue publicado en la página *web*. Agregó que esa empresa cumplía con los criterios fijados y por eso fue seleccionada la *Unión Temporal Proveedores Asociados*.

Al indagársele por la falta de estudios de mercado y ausencia de evaluación de las propuestas, dijo no saber, y sólo constarle que le correspondía a la Secretaría de Educación la etapa precontractual y a la Oficina Jurídica hacer el seguimiento directo a la licitación.

También el Presidente del Sindicato de Trabajadores, Luis Carlos Angulo⁵³ explicó que estuvo al tanto del comité encargado de la evaluación del proceso de contratación, la forma como se revisaron las ofertas y se optó por aquella que participó, sin que de su parte se advirtieran irregularidades en el proceso de contratación, así como tampoco recuerda haber recibido quejas respecto a dicho trámite.

Jorge Eliecer Mustafá Erazo⁵⁴, Secretario de Educación para la época de los hechos, se mostró ajeno a la

⁵³ Fl. 312, cuaderno No. 1, Fiscalía.

⁵⁴ Diligencia testimonial del 22 de abril de 2021, minuto 22:43

participación en el comité diciendo que para ese momento por la carga laboral se le asignó una abogada de apoyo, Martha Segura, que fue la encargada del proceso precontractual, reconociendo que encomendó a la profesional realizar el estudio de conveniencia y oportunidad, pese a que nunca lo suscribió. Concluyó que no le consta si al Gobernador se le dieron informes del paso a paso de la etapa precontractual.

De la prueba testimonial aludida y de la documental obrante en el expediente no se desprende la existencia de alguna directriz emanada del gobernador a la Secretaría de Educación o al Comité Evaluador, encaminada a direccionar el trámite que culminó con la celebración del contrato No. 107 de 2003.

En los documentos no obra algún tipo de comunicación o constancia de órdenes, directrices o instrucciones que determinaran al Secretario de Educación a adelantar el proceso previo de la forma en que fue encaminado.

No se allegaron las actas de los Consejos de Gobierno en los cuales, según indicó el procesado, realizaba las labores de vigilancia y control que le correspondían, pero los miembros del Comité Evaluador han indicado de manera consistente que no hubo participación del gobernador al interior de ese organismo, y que las actuaciones se surtieron de manera independiente por cada funcionario que lo integraba y trasladadas para su revisión a los demás miembros, sin que para ello mediaran reuniones.

Los declarantes muestran al enjuiciado ajeno a esa etapa y de manera relevante, algunos de ellos coinciden en que tampoco era puesto al tanto de lo que en ella sucedía, hasta el momento de la firma del contrato. En esa línea, no le fue informada la existencia de irregularidad alguna, la que, en todo caso, consideran no se presentó.

La prueba recolectada tampoco da cuenta de la forma en que el Gobernador una vez recibió el trámite previo con miras a la celebración del negocio jurídico, llevó a cabo el control de lo actuado, o si no lo hizo y se arropó en que éste había sido avalado por el comité evaluador y revisado por los funcionarios a quienes correspondía el estudio de los criterios jurídicos, técnico y financiero, pues sobre el acontecer histórico de este momento del trámite contractual, la actuación se encuentra en términos probatorios, huérfana.

Así como no se probó por parte de GUERRERO GUEVARA la realización o no de esas labores de vigilancia y control, tampoco que la confianza depositada en los funcionarios a quienes correspondía el trámite lo hubiera llevado a suscribir el contrato No. 107 de 2003 sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Pese a que fue insistente el procesado en señalar que *“confiaba en que el trámite se había surtido seria y responsable y con el principio de confianza, las propuestas se evaluaban por el comité evaluador y el gobernador tenía la confianza absoluta en el comité evaluador, en que se surtió el proceso legal. Cada uno de los responsables, Sandra Patricia Calderón, Sandro Vallejo el contador, remitían al despacho del secretario de educación todo el trámite...el*

gobernador tenía plena y absoluta seguridad que los procesos se estaban llevando correctamente”,⁵⁵ no logró acreditarse con igual certeza que hubiese desarrollado las labores propias de vigilancia y control, pero tampoco puede descartarse que no lo haya hecho, porque a la vez alude a la realización de múltiples reuniones de Consejos de Gobierno a través de las que accedía a los informes presentados por los secretarios de despacho respecto de los procesos que en cada dependencia se estaban adelantando.

Tampoco fue posible establecer con certeza quién dio el aval al estudio de conveniencia y oportunidad, si bien se determinó que el borrador del documento le correspondió construirlo a la abogada Martha Bolaños, el Secretario de Educación Jorge Eliécer Mustafá, niega haberlo firmado y la Jefe de la Oficina Jurídica Sandra Patricia Calderón no recuerda que este careciera de rúbrica. Por el contrario, dice que con base en ese documento se adelantó el trámite subsiguiente, aspecto determinante a la hora de evaluar la confianza que fundó los actos que concluyeron con la firma del contrato.

Finalmente, no se probó que entre el procesado y la representante legal de la unión temporal existiera algún tipo de vínculo previo que permita derivar la intención de favorecerla, ni que GUERRERO GUEVARA hubiese direccionado la licitación de modo tal que fuese esta la oferta seleccionada. Los declarantes niegan haber recibido

⁵⁵ Audiencia del 17 de marzo de 2022, minuto 22:28

cualquier tipo de presión o sugerencia indebida en el desarrollo de la etapa precontractual que le hubiera permitido a la proponente participar y ser beneficiaria de la adjudicación del contrato.

En conclusión, no se probó que el gobernador hubiera intervenido direccionando la etapa previa del contrato, ni que hubiese sido advertido de la existencia de alguna irregularidad. Por el contrario, le fue entregado el documento que debía suscribir, previo tránsito del trámite por cada uno de los miembros del Comité Evaluador, y como la prueba no transmite la certeza sobre la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal de *contrato sin el cumplimiento de requisitos legales*, contenido en el artículo 410 del Código Penal, en aplicación del artículo 7° de la Ley 600 de 2000, ha de absolvérsele de tal ilícito.

6.4. Del delito de peculado

6.4.1. Del tipo objetivo

Se ha entendido como la apropiación o la incorrecta aplicación de las cosas confiadas a un funcionario, a quien se le había encargado darle un fin previamente definido en la ley para el cumplimiento de sus funciones. Pretende proteger los bienes del Estado y garantizar la obligación que asumen los servidores públicos con la administración, de custodiar y aplicar esos bienes que en razón de su cargo le han sido confiados, a lo que precisamente están destinados,

cuidándolos y retornándolos a la administración al momento de la desvinculación del cargo.

El artículo 397 del Código Penal lo define en los siguientes términos:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado... cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

Es menester advertir que tampoco resulta aplicable el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005, según su implementación gradual en los diferentes distritos judiciales, pues los hechos ocurrieron en diciembre de 2003.

Ahora, para la estructuración del referido ilícito se exige, *i)* ostentar la calidad de servidor público; *ii)* el abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga; *iii)* de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos

parafiscales, o de bienes de particulares; *iv*) la tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones. Se trata, además, de un ilícito de resultado⁵⁶.

El ingrediente normativo relativo a que la administración, tenencia o custodia de los bienes se haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones ha sido objeto de estudio, concluyéndose que alude a la existencia de una relación funcional entre el servidor público y los bienes objeto material de la conducta.

Así, para que se configure la conducta punible se requiere la calidad de servidor público, que éste se apropie de bienes del Estado sobre los cuales haya asumido la tenencia, custodia o administración, por razón o con ocasión de sus funciones, así no le corresponda legalmente tal atribución, pero que, en todo caso, le sea disponible en razón al ejercicio de la función.

6.4.2. 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 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

⁵⁶ CSJ SP, 12 dic 2012, Rad. 38289.

realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

6.4.3. Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

Respecto del primero de los requisitos objetivos del tipo, esto es, ostentar la calidad de servidor público, como se estableció párrafos atrás, se tiene acreditado con suficiencia que IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA fungió como Gobernador del departamento del Putumayo, elegido para el período constitucional del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003, y que fue en tal calidad que el 24 de diciembre de esta última anualidad celebró el contrato No. 107 con la *Unión Temporal Proveedores Asociados*, objeto de juzgamiento.

Ostentaba la calidad de ordenador del gasto y en términos del literal b) del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, era competente para celebrar contratos en representación del ente territorial. En ejercicio de esa competencia, suscribió el contrato No. 107 de 2003, cumpliéndose así el elemento del tipo relacionado con la cualificación del sujeto activo.

La Fiscalía funda la ocurrencia del delito agravado por la cuantía, en la presunta existencia de un sobrecosto en los precios de los elementos objeto del contrato No. 107 de 2003,

avaluado pericialmente en la suma de \$212.959.671,40⁵⁷, valor que, según la hipótesis acusadora, favoreció a la contratista.

El dictamen en que soporta su argumento fue ordenado⁵⁸ y rendido en etapa de instrucción, y pese a que no ostentaba los requisitos del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, una vez recibido la fiscalía omitió requerir al perito para que lo elaborara en debida forma, por el contrario, a través de auto del 19 de diciembre de 2011⁵⁹ suscrito por la Fiscal General de la Nación de la época, se dispuso el traslado a los sujetos procesales para su contradicción, señalando que la pericia cumplía las exigencias de la referida norma.

Y es que, el perito concluyó la cuantificación del mayor valor cancelado por la administración departamental del Putumayo, pero al revisar tal experticia no encuentra esta Sala Especial cuáles fueron los criterios para establecer el monto que se endilga como valor de la apropiación, ya que el perito de manera genérica arribó a esa conclusión sin explicar con qué precios confrontó los valores fijados por la contratista para los diferentes productos objeto de adquisición en el contrato en estudio.

Según el experto, como fuente de información acudió a los documentos obrantes en el expediente, sin detallar a

⁵⁷ Folio 121 a 145, cuaderno No. 2, Fiscalía.

⁵⁸ Mediante auto del 13 de mayo de 2010, Fl. 68 a 70, cuaderno No. 2, Fiscalía

⁵⁹ Fl. 173, cuaderno No. 2, Fiscalía

cuáles hacía referencia. Así mismo, indicó que para establecer los precios del mercado de los productos contratados consultó a la Procuraduría, entidad que le indicó que no era posible aportar esos datos. Igual petición elevó a la Contraloría, entidad que manifestó que se hacía necesario allegar los códigos del Catálogo Único de Bienes y Servicios (CUBS) pero sin que se conozca si finalmente fueron recibidos o no, y si lo fueron, cuáles sirvieron de base para el comparativo de precios llevado a cabo y que le permitió arribar a la conclusión de que los montos cancelados para adquirir los elementos eran superiores a los del mercado y de allí derivar el monto imputado como sobre costo.

Carece entonces el informe de base científica ya que no se explicó la regla de la que se valió el perito para arribar a sus conclusiones, ni tampoco el ejercicio especializado que llevó a cabo para determinar que los valores pagados por la entidad territorial estaban por encima de los precios del mercado, pues consignó los precios a los que la contratista adquirió los elementos, pero no los confrontó con otro valor o por lo menos no quedó plasmado cuáles fueron esos precios, desconociéndose el ejercicio matemático empleado.

De forma genérica se aludió que el valor del contrato de \$733.334.452, en tanto que los precios del mercado más la utilidad es de \$341.733.949, cifra a la que descontó los gastos, para fijar el monto del mayor valor cancelado en \$212.959.671,40, pero sin referenciar cómo se obtuvieron esos valores.

Más allá de las conclusiones a las que arribe un experto en una ciencia, arte u oficio, el procedimiento que le permite llegar a ellas resulta esencial para la valoración que le corresponde al juez, como nítidamente lo ha señalado la Sala de Casación Penal:

“...el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito, sino el procedimiento técnico científico empleado para su examen, pues es éste el que en definitiva el que convencerá al juez de su acierto o desatino. Por ello se ha dicho que cuanto interesa al juzgador tratándose de pericia documentaria no es la conclusión en sí, sino la forma como fue adoptada”⁶⁰. (sic)

Por esta razón la Corte ha sido cuidadosa y rígida en definir las características y requisitos de un dictamen pericial:

En este caso, al desconocerse el soporte objetivo que le permitió al perito comparar los precios de los elementos contratados, impide conocer cuál fue el estudio específico sobre los valores de esos insumos en el mercado y debilita la fiabilidad de las cifras que se plasmaron en el informe a partir de las cuales se concluyó que la contratista les había fijado un mayor valor al del comercio.

Así entonces, la conclusión expuesta carece de sustento técnico, pues de modo alguno se explicó por el experto cuál fue la regla que fijó en su análisis, tampoco el nivel de generalidad de la misma, su aceptación en la

⁶⁰ CSJ SP070-2019, 23 ene. 2019, rad. 49047. En el mismo sentido CSJ SP 27 jun. 2012, rad. 32882.

comunidad científica, la relación entre los hechos del caso y los principios que se le pusieron de presente y cómo llegó a una conclusión que pueda tenerse como razonable de acuerdo al nivel de probabilidad, elementos que deben acompañar un dictamen pericial⁶¹.

No puede olvidarse que la prueba pericial debe servir de apoyo al fallador, en la medida en que a través del dictamen se le traducen unas conclusiones de forma que le permiten comprender unos hechos que requieren explicación científica o artística lo que impone una relación ineludible entre éste y su base fáctica, elemento que en este caso ha sido desatendido al no conocerse cuál fue la base fáctica en términos de los valores que le sirvieron de fundamento para llevar a cabo el ejercicio comparativo.

Y es que, como los demás medios de prueba, la pericial debe ser valorada por el juez en su conjunto, bajo criterios de racionalidad y sana crítica, en conjunto, como todos los demás medios y no de manera incondicional y sin discernimiento ante los dictámenes de los especialistas:

[...] como ocurre con todos los medios probatorios, la pericial debe ser considerada racionalmente por el juez, porque en la apreciación del dictamen resulta imperativo tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos que obren en el proceso.

Por ello de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha

⁶¹ CSJ SP-1557-2008, 9 may. 2018, rad. 47423.

entendido que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, de modo que resulta intolerable una actitud pasiva o de irreflexiva aceptación del juez frente al dictamen, pues fácilmente pueden potenciarse y extenderse los errores que como humano puede cometer el perito⁶².

No por el hecho de que provengan de un experto deben aceptarse como una verdad irrefutable las conclusiones periciales, pues es posible que tengan falencias a partir de la capacidad del perito, de la técnica utilizada, del grado de probabilidad de la conclusión y que esta no tenga la fuerza suficiente para darla por acreditada o que las características del caso que se estudia sean diferentes a la muestra utilizada por el experto, y por eso puede el juez, en su proceso de valoración probatoria, apartarse de esas conclusiones, proponiendo razones para la desestimación de estas, por ello, la generalidad y vaguedad con que se establecieron las cifras consignadas en el dictamen impide estimar con certeza la existencia de un sobrecosto en el contrato No. 107 de 2003 y de contera el delito de *peculado por apropiación*.

A ello se suma, que como se explicó al momento de analizar los elementos objetivos del tipo penal de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, los precios de los productos ofrecidos por la *Unión Temporal* resultaron ser inferiores a los cotizados por diferentes establecimientos en

⁶² CSJ SP, 16 sep. 2009, rad. 31795.

razón del acto investigativo adelantado con miras a establecer el precio del mercado para esa época, si se tiene en cuenta que los valores fijados por el proponente para cubrir la dotación para cada uno de los funcionarios beneficiados, corresponden al monto de la dotación anual, es decir, tres entregas para cada servidor público, y no al precio de una sola de las dotaciones que de acuerdo a las normas laborales, debe suministrarse cada cuatro meses.

La tipicidad, como categoría jurídico penal, emana del principio de estricta legalidad y exige la exacta coincidencia entre una situación fáctica y una norma penal, lo que en este caso no ocurre, pues al no haberse acreditado que la administración hubiese pagado un mayor valor por la compra de los elementos de dotación contratados, la apropiación como elemento objetivo del tipo penal corre igual suerte, por lo que el delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros, agravado por la cuantía, deviene en atípico.

Sería del caso proceder con el análisis del ingrediente subjetivo del tipo penal, no obstante, ante la no concurrencia de los elementos que componen el elemento objetivo, dicha tarea se torna innecesaria, pues al referirse el primero de ellos a un estado tanto como cognitivo y volitivo, presupone la existencia del tipo objetivo, lo que conduce a la absolución de IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA en relación con el delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros, agravado por la cuantía.

En suma, se emitirá sentencia absolutoria en favor del procesado respecto de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso heterogéneo con el de *peculado por apropiación* a favor de terceros, agravado en razón de la cuantía.

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,

RESUELVE

PRIMERO. - ABSOLVER al acusado IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, de condiciones civiles y personales ya expuestas, por la conducta punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso con el delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros, agravado, que le fueron endilgadas en calidad de Gobernador del departamento del Putumayo.

SEGUNDO. - CANCELAR, una vez en firme esta decisión, todas las anotaciones emitidas en contra de IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, 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.

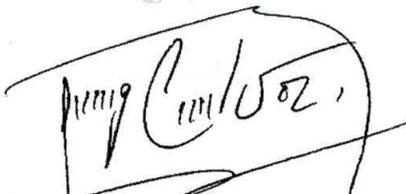
QUINTO. - Contra esta sentencia procede el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese y cúmplase



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

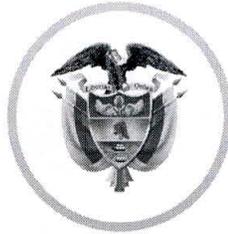
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicado No. 49644

Pese a estar de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia que absuelve a IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, aclaro el voto porque discrepo de la motiva en los siguientes aspectos:

1. Soy del criterio, ya conocido por la Sala, que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es un delito de resultado y no de mera conducta como lo pregona el fallo, lo que conlleva a que cuando se aduce el principio de confianza se analice en la relación de causalidad como elemento del tipo objetivo, a fin de determinar si la conducta es atribuible jurídicamente al procesado, verificando para el efecto, si con ella se creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídicamente tutelado, la administración pública en cuanto al principio de legalidad de la contratación estatal y si dicho riesgo se concretó en el resultado típico, para este caso, firmar un contrato ilegal en su trámite sin verificar su cumplimiento por parte de los funcionarios en quienes estaba delegada o desconcentrada esa función, y no como si se tratara de la antijuridicidad en sede de tipicidad, en la misma puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En ese orden comparto que el *principio de confianza* solamente ampara a quien cumplió con los deberes de

dirección, vigilancia y control de las actuaciones de los delegatarios, pues su cumplimiento impide imputarle la creación del riesgo jurídicamente desaprobado para atribuirle el *resultado*.

Sin embargo, en cuanto a la expresión "*resultado típico*", independientemente de sus acepciones, pues de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva solo puede ser atribuido al acusado cuando además de crear un riesgo jurídicamente desaprobado (a la administración pública en este caso), éste se concreta en el resultado típico, la suscripción de un contrato ilegal en su trámite y no en la puesta en peligro del bien jurídico.

Ello, en el entendido que la simple omisión de verificar el cumplimiento de los requisitos legales en el trámite al instante de firmar el contrato, no tipifica el delito si no se comprueba que en el trámite se incumplieron los principios de la contratación pública, por parte de los encargados de esa labor.

Los argumentos que soportan mi postura son los siguientes:

Respecto al principio de confianza y su análisis en la relación de causalidad como elemento del tipo objetivo de este delito, es un tema del cual la Sala se ha ocupado¹, dando por sentado que es de acción y no de omisión, y de resultado y no de mera conducta; en consecuencia, el principio de confianza

¹ CSJ SPE00017-2021, rad. 49599, SPE0057.2021, rad. 026; SEP00079-47494; Y SPE000130-2021, rad.49053, entre otros.

se viene estudiando en el tipo objetivo en procura de determinar si el resultado es atribuible jurídicamente al acusado. Criterio del cual participo sin ninguna duda.

En orden a dar claridad al asunto empiezo por destacar la distinción entre *acción* y *resultado*. La *acción* penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior. Una vez se exterioriza produce una modificación que no es otra cosa que un *resultado*, pero este ya deja de ser parte de la *acción*. No es extraño que se asuma la *acción* como el *resultado* mismo. Sin embargo, con ello se confunde la expresión de la voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior.

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

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

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

Debido al lapso existente entre la *acción* y el *resultado* se admiten otros riesgos, o intervenciones posteriores de terceros, del autor o de la propia víctima que pueden ser dolosos, imprudentes o fortuitos, comisivos u omisivos y que pueden tener importantes consecuencias en la imputación del resultado, pudiendo llegar incluso a condicionar la necesidad de la pena. Además, el *resultado* debe ser la proyección del riesgo que la *acción* creó. Las lesiones, por ejemplo, son delitos de resultado, pues exigen el menoscabo en la salud de una persona.

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

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

³ Fuente:

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

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

resultado separado de ella. Por ejemplo, el allanamiento de morada en el que el tipo se actualiza con la intromisión.

Según el autor, el sentido práctico de la diferenciación consiste en que la *teoría de la relación causal* -que en los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación al tipo objetivo- solo desempeña un papel en los delitos de *resultado*. Es decir, en los de *mera actividad*, para comprobar la consumación del hecho solo es preciso examinar la concurrencia de la propia *acción* del autor y no la relación de causalidad; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea el momento en que al autor ha hecho lo necesario para provocar el resultado) con la consumación del delito.

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

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

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

⁶ Cf. CSJ., *ibidem*.

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

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

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

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

⁷ Cf. CSJ., *ibidem*.

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

El supuesto de hecho contempla tres formas de ejecución, tramitar sin observar los requisitos legales esenciales, y celebrar o liquidar el contrato sin verificar el cumplimiento de los mismos; modalidades que se relacionan con las distintas fases del proceso contractual, es decir, el trámite, la celebración y su liquidación. Los verbos rectores que gobiernan cada modalidad delictiva, son: tramitar, celebrar y liquidar, los cuales evidencian una acción positiva o un hacer y no una omisión.

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

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

protegen la administración pública viola el principio de legalidad y de estricta tipicidad de los delitos, pilar de una democracia como la nuestra.

También este punible es de resultado pues exige que el contrato se haya tramitado, celebrado y/o liquidado sin cumplir los requisitos legales esenciales, lo que implica la lesión efectiva al bien jurídico de la administración pública, en cuanto a su legalidad. En consecuencia, es obligatorio analizar la relación de causalidad en el tipo objetivo, y dentro de ella determinar si es posible atribuir jurídicamente el resultado típico al acusado, para lo cual se debe constatar si actuó al amparo del principio de confianza, cuando este es invocado.

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

Ello es obvio. El celebrar el contrato sin corroborar que en el trámite se cumplieron los requisitos legales por sí solo (que

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

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

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

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

En este punible se constata inicialmente si la etapa precontractual se adelantó conforme a los principios de la contratación pública, qué personas intervinieron, y si esa labor estaba delegada o desconcentrada. De hallarse irregularidades

se entra a averiguar quiénes participaron en el trámite, si el ordenador del gasto intervino y, definir, en este caso, si le son atribuibles jurídicamente por manipular la selección del contratista, de no probarse ello, se verifica si cumplió con los deberes de vigilancia y control en los casos de delegación y desconcentración, si lo hizo, su responsabilidad no se podrá predicar por atipicidad objetiva, pero si incumplió se continuará con el estudio del tipo subjetivo, la antijuridicidad y la culpabilidad

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

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

Demostrado como está que se trata de un punible de resultado, es imperativo analizar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado para definir si éste le es atribuible jurídicamente al acusado, aplicando la imputación objetiva, que exige, reitero una vez más, la creación de un

riesgo jurídicamente desaprobado (en este caso la puesta en peligro de la administración pública mediante la firma sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales) y la concreción de dicho riesgo en el resultado típico (la celebración de un contrato sin cumplir las exigencias legales durante su trámite), y no en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como lo considera ahora la Sala mayoritaria.

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

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

con la celebración del contrato ilegal en su trámite. En caso contrario, la conducta deviene atípica.

Esta conclusión cobra mayor solidez si se considera que para la Corte⁹ el tipo penal del artículo 410 *“preserva es la legalidad del contrato, esto es, que los servidores públicos que intervengan en el trámite, celebración o liquidación del contrato, observen la legalidad con la finalidad de prescindir de subjetivismos, caprichos, desviación de poder o anteponer el interés particular en detrimento del interés general”*.

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

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

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

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

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

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

3. Ante este panorama, en este caso se debió absolver por duda en el tipo objetivo como lo planteaba el proyecto, y si se quería analizar el principio de confianza que tampoco estaba acreditado debió hacerlo en el tipo objetivo y absolver por duda también, y no pasar al análisis del tipo subjetivo ya que el

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

esquema de la conducta punible según nuestro Código Penal impide que sin existir certeza sobre el tipo objetivo se aborde el subjetivo.

Así lo comprueba la misma sentencia al absolver por dudas en relación con uno de los elementos del tipo objetivo del delito del delito de peculado por apropiación, sin necesidad de adentrarse en el estudio del subjetivo, implicando esta decisión una abierta contradicción con la metodología aplicada al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

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

Con toda consideración,

Fecha ut supra



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado