



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Radicación	2014-00178-01 (22-614A)
Asunto	Proceso Penal
Procesado	Álvaro Antonio Ramírez Herrera Óscar Pulido Castellanos
Delito	Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y otros

TÉRMINO PARA NO RECURRENTES - IMPUGNACIÓN ESPECIAL:

Se deja constancia que conforme a lo reglado en Sentencia SP4883-2018 Casación N° 48.820 y el comunicado N° 5 de 2019 remitido por la H. Corte Suprema de Justicia respecto del recurso de impugnación especial para garantizar la doble conformidad, que señala las reglas provisionales fijadas para su trámite, se deja constancia que el término para los NO RECURRENTES corre por cinco (5) días e inicia el 19 de enero de 2023 a las 8.00 de la mañana y vence el 25 de enero de 2023 a las 4.00 de la tarde.

Bucaramanga, 19 de enero de 2023

July Carolina Zárate Gordillo
Secretaria



ÍNDICE.

SI. HECHOS DEL CASO Y SÍNTESIS PROCESAL.....	3
SII. SOLICITUD Y ENUNCIACIÓN DE LAS TESIS.....	13
1. Precisión del objeto de debate.....	13
<i>1.1. Aspectos que NO son objeto de la impugnación especial</i>	<i>13</i>
<i>1.2. Aspectos que SÍ son objeto de la impugnación especial</i>	<i>14</i>
2. Solicitud concreta y tesis	15
§III. DESARROLLO DE LOS ARGUMENTOS QUE SOPORTAN LA SOLICITUD.....	16
1. Argumentos que soportan la ATIPICIDAD OBJETIVA.....	16
1.1. La forma como fueron confeccionados los hechos jurídicamente relevantes en la imputación y acusación es defectuosa y no permiten realizar un juicio positivo de tipicidad objetiva frente al delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales del artículo 410 del CP.....	16
<i>1.1.1. La construcción de los hechos jurídicamente relevantes en los denominados tipos penales en blanco y, de manera puntual, en el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales</i>	<i>16</i>
<i>1.1.2. Los defectos en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes atribuidos al señor ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA</i>	<i>21</i>
<i>1.1.2.1. Las omisiones de la Fiscalía</i>	<i>21</i>
<i>1.1.2.1.1. Ampliación de los comentarios acerca de la forma como la Fiscalía redactó de forma incompleta los hechos jurídicamente relevantes o, en definitiva, no los incluyó</i>	<i>24</i>
<i>1.1.2.1.2. La omisión de los hechos jurídicamente relevantes referido al dolo del artículo 410 del CP</i>	<i>32</i>
<i>1.1.2.2. Los agregados del Tribunal</i>	<i>32</i>
<i>1.1.3. La consecuencia jurídica de tales yerros</i>	<i>37</i>
1.2. Aun cuando se pasaran por alto los defectos en la confección de los hechos jurídicamente relevantes en que incurrió la Fiscalía, desde el punto de vista probatorio, la conducta demostrada durante el juicio oral no sería típica objetivamente.....	39



1.2.1. <i>Contraargumentos al argumento I del cual concluyó el Tribunal la “ausencia de idoneidad” del contratista y según el cual no existía relación entre los contratos allegados por la Fundación y el objeto a contratar</i>	41
1.2.1.1. <i>Cuestión preliminar: problemas con lo estipulado</i>	41
1.2.1.1.1. <i>¿Qué reglas jurídicas rigen en materia de estipulaciones probatorias?</i>	45
1.2.1.1.2. <i>¿Qué alcance tuvieron las estipulaciones probatorias realizadas entre la Fiscalía y la Defensa en el presente caso?</i>	51
1.2.1.2. <i>Cuestión de fondo: dependiendo del alcance que deba dársele a las estipulaciones probatorias, ¿qué solidez tendría el argumento I del Tribunal Superior de Bucaramanga?</i>	51
1.2.2. <i>Contraargumentos al argumento II del que concluyó el Tribunal la “ausencia de idoneidad” del contratista y según el cual el objeto social de la Fundación era muy amplio y no se allegaron pruebas que demostraran su capacidad técnica para ejecutar el contrato</i>	57
1.2.3. <i>Contraargumentos al argumento III del cual concluyó el Tribunal la “ausencia de idoneidad” del contratista y según el cual el valor de los contratos allegados como soporte era demasiado irrisorio en comparación con el del Convenio que se ejecutaría, lo que denotaba su falta de capacidad para ejecutarlo</i>	59
1.2.4. <i>Contraargumentos al argumento IV del cual concluyó el Tribunal se vulneraron los principios de planeación y selección objetiva por parte del procesado</i>	61
1.2.5. <i>Contraargumentos al argumento V del cual concluyó el Tribunal se violaron requisitos esenciales del contrato porque se eligió como contratista a una persona sin reconocida idoneidad que no realizaría ningún aporte al Convenio por cuanto todos los elementos relevantes (presupuesto, puntos de instalación, diseños, etc.) los suministraba el propio municipio</i>	63
1.3. Conclusión general	64
2. Argumentos que soportan la ATIPICIDAD SUBJETIVA	64
3. Excursus: observaciones finales	69
§IV. NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES.....	69



San José de Cúcuta, 13 de diciembre de 2022.

**Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala de Casación Penal
E.S.D.**

Asunto: Sustentación de la **impugnación especial**.

Radicado: 680016000000201400178

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA, mayor de edad y vecino de este Municipio, identificado con C.C. No 1'090.398.102 de Cúcuta y T.P. No 192.159 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado del señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** identificado con C.C. 13'894.727 de Barrancabermeja, acudo ante su honorable despacho con el fin de **SUSTENTAR** el recurso de **IMPUGNACIÓN ESPECIAL** interpuesto en contra de la sentencia de segunda instancia (**primera condena**) de fecha 25 de octubre de 2022 proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, con base en los siguientes argumentos:

SI. HECHOS DEL CASO Y SÍNTESIS PROCESAL.

1. La Fiscalía General de la Nación el día 09 de junio de 2014 **imputó** cargos, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, los delitos de *Prevaricato por acción* (art. 413 del CP) y *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* (art. 410 del CP) al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** en calidad de **autor** y el señor Óscar Pulido Castellanos, en calidad de **interviniente**, también la conducta punible de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y, adicionalmente, *Peculado por apropiación* (art. 397 del CP) sin que ninguna de las mencionadas personas aceptaran cargos.
2. Posteriormente, el día 02 de septiembre de 2014, la Fiscalía General de la Nación presentó Escrito de Acusación ante el correspondiente Centro de Servicios asignándose, por reparto, al Juzgado Décimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento el cual realizó la **Audiencia de Acusación** el día 17 de marzo de 2015. En dicha audiencia la Fiscalía **acusó** al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** – única persona sobre la que refiere la presente sustentación – y al señor Óscar Pulido Castellanos con base en los siguientes **“hechos”** (algunos jurídicamente relevantes, otros irrelevantes y muchos de ellos carentes de circunstanciación):
 - 2.1. En primer lugar, la Fiscalía indicó que el alcalde de Bucaramanga, para la época de los hechos, expidió el Decreto 230 de 2011 con el cual mantuvo en sus secretarios de despacho la posibilidad de



celebrar, adjudicar y realizar otras actividades con relación a los contratos y convenios de dicha entidad territorial.

- 2.2.** Que con base en esa facultad el alcalde de la época suscribió el día 22 de noviembre de 2011 un *Convenio de Asociación* con la *Fundación de Asistencia Social* que representaba el señor Carlos Arturo Suárez Gaitán para realizar el diseño, instalación y mantenimiento del alumbrado navideño del municipio de Bucaramanga, aportando tal entidad territorial la suma de \$856.512.993 y la fundación co-ejecutora \$74.000.000.
- 2.3.** Así las cosas, luego de realizar la anterior introducción, la Fiscalía pasó a señalar que le *atribuía* al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**, como funcionario en cabeza de la secretaría de infraestructura Municipal y encargado de adelantar la fase precontractual del *Convenio de asociación* mencionado, la realización de varias irregularidades (las cuales enumeró en 12, aunque muchas de ellas son ininteligibles, carecen de relevancia típica, no poseen una circunstanciación comprensible o, sencillamente, resultan repetitivas) y que fueron las siguientes:
- (i) Certificar mediante acta de consulta del CISE¹ de fecha 15 de noviembre de 2011 que no existían precios indicativos de los ítems del proyecto a ejecutar y que, por ello, se procedía a solicitar cotizaciones a proveedores idóneos sobre la materia.
 - (ii) Un documento sin fecha denominado “*Presupuesto oficial estimado exclusivamente para construcción y mantenimiento de figuras navideñas*” en el que se especificaban 10 sitios a iluminar, el suministro nuevo de casi todos los materiales y otros detalles.
 - (iii) Posteriormente, “*sin constancia de invitación alguna por parte de la secretaría de infraestructura*” ni tampoco indicación “*del por qué se invitaron a estas personas jurídicas*” aparecen las cotizaciones, sin fecha y hora de recibido, de dos empresas (LIGHT COLORS y CODENSA) que no son de Bucaramanga, las cuales, posteriormente, resultaron ser documentación falsa. Así mismo, señala la Fiscalía, que la cotización de LIGHT COLORS tenía fecha de 21 de octubre de 2011, es decir, un mes antes de abrirse el proceso contractual referido, existiendo evidencia que tal empresa sí había sido contactada en octubre de 2011 para que presentara propuestas de proyectos de alumbrado navideño, lo cual hizo por \$2'128.284.566, la primera, y otra por \$1'049.759.772, pero sin que ninguna de ellas coincidiera con la cotización mencionada.
 - (iv) Sucede entonces, que el día 15 de noviembre de 2011 el señor **RAMÍREZ HERRERA** efectúa los *Estudios previos* señalando, desde el título, que se trataba de un *Convenio*

¹ Antiguo SECOP.



especial de asociación acorde el artículo 355 de la Constitución Política, al ser más costosas las otras modalidades de contratación estatal, y debiéndose asignar a aquel contratista que acreditara “una idoneidad relacionada con el ramo de ‘... alumbrado público y/o alumbrado navideño...’ mediante ‘... tres (3) contratos en los últimos cinco años, cuyo objeto esté relacionado con el especificado en el contrato...” dejando por fuera, según la Fiscalía, al aludir al análisis económico, los sitios a iluminar del palacio de justicia. Luego, agrega el Ente Acusador que el señor **RAMÍREZ HERRERA** hizo aparecer esa actividad como prevista en el Plan de Desarrollo de Bucaramanga, línea estratégica No 2, cuando en realidad lo que se pretendía con el proyecto era “afianzar los fines culturales y turísticos de la ciudad, sin que se tratara de un equipamiento para la ciudad, sino de un suministro y reparación de algunas figuras navideñas, su instalación, mantenimiento y desinstalación de las mismas al final de la temporada navideña, lo que evidencia una ausencia de un verdadero estudio previo ajustado a la necesidad del municipio, en desmedro del principio de planeación y selección objetiva”.

- (v) El 15 de noviembre de 2011 el señor **RAMÍREZ HERRERA** certifica que el proyecto no ha sido contratado dentro de la vigencia fiscal de 2011, sin especificar nada relativo a los diseños al igual que tampoco aparecía en las cotizaciones mencionadas.
- (vi) El 16 de noviembre de 2011 el señor **RAMÍREZ HERRERA** solicita el certificado de disponibilidad presupuestal.
- (vii) El 18 de noviembre de 2011 el señor **RAMÍREZ HERRERA** cita a la *Fundación de Asistencia Social* para que presente propuesta para ejecutar el contrato referido, con oficio sin número, sin constancia de envío, recibido, y sin especificar el más mínimo motivo acerca de por qué se escogió a dicha Fundación, señalando que tal propuesta se debía allegar el día 21 de noviembre de 2011. Así mismo, tampoco indicó nada acerca de las especificaciones técnicas y de los sitios que se debían iluminar.
- (viii) Efectivamente, el día 21 de noviembre de 2011 la *Fundación Asistencia Social* allegó la propuesta, fotografía y especificaciones técnicas, presentando la misma cotización que LIGHT COLORS había entregado desde el 21 de octubre de 2011.
- (ix) Dentro de los documentos que anexó la *Fundación Asistencia Social* se allegaron tres contratos anteriores que, además de resultar falsos, dos de ellos “nada tenían que ver con la actividad a contratar”.
- (x) El mismo 21 de noviembre de 2011 el señor **RAMÍREZ HERRERA** realizó el *Acta de verificación de idoneidad* concluyendo que se trataba de una persona sin ánimo de lucro, con reconocida idoneidad, y que se recomendaba viabilidad del contrato por vía del artículo 355 de la



Constitución Política, razón por la cual el alcalde firmó tal *Convenio* el día 22 de noviembre de 2011 con la *Fundación de Asistencia social* aun cuando “no se tenía la menor noticia de su capacidad técnica, operativa y jurídica para realizar la labor contratada, hasta el punto que visto su amplio objeto social ello por sí solo indicaba su incapacidad de ejecución y el lugar donde tenía registrado su domicilio, carrera 11No 33-19 de esta ciudad funcionaba una tipografía”.

- (xi) Con base en lo anterior la Procuraduría – según lo manifiesta la Fiscalía General de la Nación – sancionó al alcalde por celebración indebida de contratos pues dicho contrato debía sujetarse a la ley 80 y no al artículo 355 de la Constitución política, al tratarse de un *Contrato de suministro* dado que se invirtió el 86% del dinero en compra de materiales, llegando a sancionar, igualmente, a Pulido Castellanos y absolviendo a **RAMÍREZ HERRERA** al encontrar que la *Fundación Asistencia Social* no era idónea para realizar la labor contratada por lo que debió buscarse otra forma de contratación.
- (xii) Finalmente, la Fiscalía aseguró que hubo un sobrecosto y daño fiscal de \$406’926.138,9.

2.4. En cuanto a la **imputación jurídica** la Fiscalía señaló que el **Prevaricato por acción** lo atribuía a **RAMÍREZ HERRERA** por “emitir un concepto o resolución manifiestamente contrario a la ley, esto, al realizar los estudios previos y conceptuar que esa era la modalidad contractual a seguir, luego al citar sin fundamento alguno a la *Fundación Asistencia Social* para que presentara la propuesta y luego al conceptuar que superaba los estudios técnicos de idoneidad”. Y, respecto del delito de **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, la atribución de tal conducta punible la hacía porque **RAMÍREZ HERRERA** intervino “en calidad de secretario de infraestructura del municipio de Bucaramanga, en la fase precontractual como oficina gestora de lo que terminó con el contrato 423 de 2011, primero, pues desde la misma consulta del CISE advertía que debían solicitarse cotizaciones a proveedores idóneos en esta materia (...); segundo, elaborando lo que llamó el ‘PRESUPUESTO OFICIAL (...)’ de manera confusa (...); tercero, al elaborar los estudios previos de la manera como lo hizo, pues de entrada ya sabía que era bajo la modalidad de convenio especial de asociación (...) desdeñando que debían invitarse cotizantes de esta ciudad y que las que llegaron a ese proceso contractual, no existía constancia de la invitación a estas personas jurídicas y cómo se hacen aparecer en este escenario contractual; cuarto, soslayando que la cotización de LIGHT COLORS tenía fecha de 21 de octubre de 2011, tiempo donde tan siquiera se había aperturado ese proceso contractual, que no tenía constancias de cómo llegó a esa actuación y que la de CODENSA no tenía fecha, quien y cuándo se elaboró, menos cómo llegó al proceso, que eran unos simples formatos; quinto al invitar por arte de magia a la *Fundación de Asistencia Social* para que presentar la propuesta,



tres días después de los estudios previos, con oficio sin número, sin constancia de recibido (...) desconociendo su capacidad técnica, operativa, jurídica y financiera; sexto, al conceptuar que el alcalde podía suscribir el contrato pues Fundación de Asistencia Social era idónea sin el menor acto de averiguación sobre los contratos que la acreditaban” (...).

3. Luego de proferirse sentido del fallo **ABSOLUTORIO** para los dos procesados, el día 04 de febrero de 2022 el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento emitió **sentencia** en la cual argumentó, con relación al señor **RAMÍREZ HERRERA**, entre otros aspectos, lo siguiente:

3.1. En primer lugar, recordó que la propia Fiscalía General de la Nación consideraba que la base fáctica del *Prevaricato por acción* quedaba subsumida en el delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. Pero que, al margen de ello, las razones por las cuales **no** podía proferirse sentencia condenatoria sino absolutoria con relación a tal delito eran las siguientes²: **(i)** no indicó en la acusación el hecho jurídicamente relevante que permitía determinar “*en qué consistió el concepto expedido*” y “*cuál era el contenido manifiestamente contrario a la ley*”; **(ii)** así mismo, el Juzgado echó de menos en la acusación que se estableciera de qué manera “*la interpretación o aplicación de la ley, para el caso, el artículo 355 Constitucional desarrollado en el decreto 777 de 1992, resultaba manifiestamente contraria a su verdadero sentido y alcance, y qué impedía contratar bajo dicha modalidad*” de *Convenio de Asociación* pues tampoco señaló la Fiscalía por qué el alumbrado navideño no podía enmarcarse como una actividad de “*interés público*”; y **(iii)** aun cuando la Fiscalía mencionó tangencialmente los principios de planeación y selección objetiva “*ciertamente, frente a este tipo penal, no logró estructurar cómo se vulneraron los mismos, quedando entonces en una mera enunciación*”.

3.2. En segundo lugar, respecto al delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* las razones de la absolución fueron las siguientes: **(i)** inicialmente recordó el Juzgado que de la acusación presentada se podían extraer como hechos jurídicamente relevantes referidos al trámite del proceso contractual la realización de 4 conductas³ por parte del señor **RAMÍREZ HERRERA**: **(a)** la elaboración de los *Estudios previos* el día 15 de noviembre de 2011; **(b)** la solicitud de expedición de disponibilidad presupuestal el día 16 de noviembre de 2011; **(c)** el envío de la invitación a la *Fundación Asistencia social* el día 18 de noviembre de 2011 en contravía del principio de selección objetiva; y **(d)** la suscripción del *Acta de verificación de idoneidad* de la *Fundación Asistencia Social* indicando que cumplía con la experiencia e

² Sentencia de primera instancia, p. 24-25.

³ Sentencia de primera instancia, p. 27.



idoneidad requerida y que era viable suscribir el *Convenio de asociación* sin verificar la capacidad operativa, jurídica y financiera de tal entidad; **(ii)** posteriormente señaló el *a quo* que resultaba irrelevante señalar como violación del principio de selección objetiva el hecho de haberse invitado a una persona para la suscripción del contrato mencionado porque el Decreto 777 de 1992 permitía efectuar incluso una sola invitación⁴, siendo por lo tanto inane que en verdad hubiese invitado a CODENSA o a LIGHT COLORS de forma previa al inicio de la contratación o que, en verdad, nunca lo hubiese realizado⁵; **(iii)** así mismo explicó el Juzgado que la Fiscalía omitió⁶ en su acusación fundamentar fácticamente en qué consistía la línea estratégica 2 del Plan de Desarrollo de Bucaramanga y por qué, a partir de allí, el objeto del *Convenio de asociación* no resultaba de interés público por tratarse de un *Contrato de suministro* que debía regirse por la Ley 80 de 1993, no logrando tampoco desvirtuar probatoriamente que acorde a la teleología de dicho Plan de Desarrollo y el objeto del contrato, dicho *Convenio* sí era de interés público, comunitario, cultural o de interés general; **(iv)** adicionalmente, aun cuando la Fiscalía citó los artículos 209 y 355 de la Constitución Política y el artículo 2 del Decreto 777 de 1992 que trata sobre la idoneidad de la entidades privadas sin ánimo de lucro, “*lo cierto es que, no especificó en qué sentido esos enunciados normativos fueron transgredidos*”⁷ señalando que la Fundación “*no cumplía con dicha idoneidad, pero no circunstanció fácticamente el por qué de esa afirmación, cuestión que sí realizó en sus alegatos conclusivos, lo que no puede ser objeto de análisis, so pena de violación del principio de congruencia*”⁸; **(v)** ahora bien, aun cuando la Fiscalía le atribuyó al procesado el no verificar la capacidad operativa, jurídica y financiera de la Fundación, el Juez consideró que como el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 777 de 1992 únicamente establecía que la entidad debía cumplir con la capacidad técnica y administrativa “*no podría exigírsele que para certificar la idoneidad de la Fundación, debiera en ese momento verificar la capacidad financiera, pues ello no hacía parte de la norma vigente para el año 2011 y frente a la capacidad técnica, la misma, ex ante, fue acreditada mediante los tres contratos de obra y suministro*”⁹, aunque luego algunos de ellos resultaran falsos, no habiéndose demostrado, ni enunciado en la acusación, además, “*el por qué y cómo **Álvaro Antonio Ramírez Herrera** debió percatarse de la irregularidad del medio de corroboración de la experiencia*”¹⁰ ya fuera por lo burdo del documento o porque, en contravía del principio de buena fe, la Fiscalía considerara que se debían presumir falsos tales documentos; **(vi)** en cuanto a la falta de pluralidad de invitaciones

⁴ Sentencia de primera instancia, p. 29.

⁵ Sentencia de primera instancia, p. 33.

⁶ Sentencia de primera instancia, p. 30.

⁷ Sentencia de primera instancia, p. 31.

⁸ Sentencia de primera instancia, p. 31.

⁹ Sentencia de primera instancia, p. 32.

¹⁰ Sentencia de primera instancia, p. 32.



y la aparente existencia de propuestas previas de otras empresas que no se tuvieron en cuenta (LIGHT COLORS y CODENSA), la Fiscalía asegura que se vulneraron dos principios de la contratación estatal “*pero no identifica el precepto normativo ni el mandato de conducta quebrantado por **Álvaro Antonio Ramírez Herrera**”¹¹; (vii) respecto a la tipología de contratación utilizada, el Juzgado consideró que la Fiscalía, aunque enunció una serie de irregularidades, nunca estableció “*el grado de compromiso y en qué consistió el rol del acusado en la comisión del presunto delito*”¹² a pesar de que debía circunstanciar y no lo hizo, la norma presuntamente vulnerada a la cual nos reenviaba el tipo penal en blanco de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*; y (viii) finalmente, el *a quo* argumentó que frente a las irregularidades presentadas en el proceso precontractual (tales como la adulteración de ciertos documentos) la Fiscalía no logró probar la participación o autoría del acusado en la realización de las mismas pues, por el contrario, “*no se evidenció nexo de causalidad entre el comportamiento del acá investigado y quien aportó los documentos para efectos de acreditar idoneidad*”¹³ siendo tal aportación documental responsabilidad exclusiva del contratista, razón por la cual existiría duda razonable acerca de la responsabilidad del señor **RAMÍREZ HERRERA**.*

4. De esta manera, ante la apelación que realizaran la Fiscalía y el Representante de Víctimas del caso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, mediante sentencia de segunda instancia de fecha 25 de octubre de 2022 decidió **REVOCAR PARCIALMENTE** el fallo de primer grado y, en su lugar, condenar exclusivamente al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** por el delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* con base en los siguientes argumentos:

4.1. Según el Tribunal los fundamentos de la acusación de la Fiscalía se concretaban exclusivamente en dos y “*en esencia diferentes*”¹⁴: (i) que el contrato celebrado era de *suministro* y no un *Convenio de asociación* regulado por el artículo 355 de la Constitución Política y (ii) que **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** “*desconoció de manera dolosa el requisito esencial de dichos convenios consistente en que se tratare de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad*”¹⁵. Sin embargo, acorde lo argumentado por el *ad quem*, todos los esfuerzos probatorios de la Fiscalía estuvieron orientados a demostrar únicamente el segundo de tales fundamentos de la acusación y no “*que la modalidad de selección del contratista estuvo errada*”¹⁶, además de que, al efectuar la atribución fáctica de los cargos, es cierto que el ente acusador “*no especificó cuál era*

¹¹ Sentencia de primera instancia, p. 33.

¹² Sentencia de primera instancia, p. 33.

¹³ Sentencia de primera instancia, p. 34.

¹⁴ Sentencia de segunda instancia, p. 41.

¹⁵ Sentencia de segunda instancia, p. 41.

¹⁶ Sentencia de segunda instancia, p. 41.



la norma concreta de selección que se obvió, ni a cuál modalidad de contratación debía acudirse”¹⁷.

- 4.2. Por lo tanto, la Sala de Decisión Penal decide **revocar** la absolución y, en consecuencia, **condenar exclusivamente** porque el señor **RAMÍREZ HERRERA** al realizar el estudio de la documentación aportada por la *Fundación* conceptuó que sí tenía idoneidad para suscribir el *Convenio de Asociación*, aun cuando no era verdad, por carecer de la capacidad técnica para hacerlo.
- 4.3. De esta forma, las **premisas** que soportaron el **exclusivo fundamento de la condena** fueron las siguientes: **(i)** la Fiscalía, según el Tribunal, señaló en su acusación tres razones por las cuales la *Fundación de asistencia social* no cumplía con el requisito esencial de reconocida idoneidad: **uno**, porque los documentos allegados por tal entidad eran falsos; **dos**, porque su objeto social era tan amplio que de allí podía inferirse “su *inexperiencia y falta de idoneidad*”, además del hecho que en su domicilio tan solo funcionaba una litografía indicándose así que la *Fundación* no se dedicaba a desarrollar proyectos de interés público; y **tres**, porque “*los montos por los cuales se registraban los contratos eran irrisorios en comparación con el previsto para la iluminación de la ciudad*”¹⁸. Así mismo, a tales fundamentos de incumplimiento de requisitos legales esenciales del contrato que atribuyó la Fiscalía, el Tribunal agregó “*otro elemento*” y atinente al “*hecho que su oficina contara con dos propuestas previas, además falsas*”¹⁹ de otras dos empresas (LIGHT COLORS y CODENSA) sin que para la Sala de Decisión Penal tales circunstancias tuvieran explicación distinta que el hecho de que el proceso contractual estuviera “*destinado en todo momento a favorecer los intereses de la fundación*”²⁰ por cuanto la propuesta de ella resultó ser una copia de la que presentó LIGHT COLORS, ajustada a los valores previstos en el presupuesto municipal el 21 de octubre de 2011; **(ii)** no obstante, el Tribunal **descartó** la razón número “**uno**” de la Fiscalía porque “*tal como lo refiriera el juez instancia no puede censurársele sino de una perspectiva ex ante*” el análisis de idoneidad que debía hacerse a la *Fundación* sin que se demostrara que “*Álvaro Antonio Ramírez Herrera tuviera conocimiento de la falsedad de las certificaciones arrimadas como soportes para acreditar la idoneidad reclamada*”²¹, no siendo tampoco acreditada la existencia “*de un contubernio con el aquí acusado*”²² ni “*que tuviera la obligación de hacer un estudio de legalidad sobre los soportes, pues tal como lo argumentara el juez de instancia, su estudio partía de la buena fe*”²³; y **(iii)** en consecuencia, para el Tribunal de Bucaramanga, la

¹⁷ Sentencia de segunda instancia, p. 41.

¹⁸ Sentencia de segunda instancia, p. 43.

¹⁹ Sentencia de segunda instancia, p. 47.

²⁰ Sentencia de segunda instancia, p. 47.

²¹ Sentencia de segunda instancia, p. 43.

²² Sentencia de segunda instancia, p. 43.

²³ Sentencia de segunda instancia, p. 43.



responsabilidad de **RAMÍREZ HERRERA** se derivaría de los siguientes argumentos: **(a)** que la *Fundación de asistencia social* debía tener reconocida idoneidad pues era un requisito esencial²⁴ que tenía que cumplirse y estudiarse al realizar la tramitación del *Convenio de asociación*; **(b)** dicha exigencia provenía del artículo 355 de la Constitución Política²⁵; **(c)** al contrario de lo establecido por el Juez de instancia “*del escrito de acusación y de los hechos comunicados por sustento de la acusación, sí es posible deducir cuál fue la reconocida idoneidad que se estableció como requisito esencial del convenio de asociación, esto es, que se tratara de una entidad sin ánimo de lucro que pudiera apoyar el proyecto de alumbrado navideño; tal capacidad, según los estudios previos elaborados por el procesado, podían acreditarse con lo menos 3 contratos relacionados con alumbrado público y/o navideño*”²⁶; y **(d)** para el Tribunal el procesado sí fue responsable del delito porque: **uno**, como lo dijo la Fiscalía, de “*la relación de tales soportes con el objeto a contratar (...) no resulta claro y por el contrario, evidencia la intención del funcionario de obviar las falencias presentadas y a toda costa elegir a la Fundación de Asistencia Social*”²⁷ aun cuando en los falsos soportes que allegó “*solo uno (...) hace alusión a alumbrado público de un parque, los otros dos hacen referencia al mantenimiento de la red eléctrica externa de una empresa (Ripol Service SAS) y el mantenimiento de tres escenarios deportivos a cargo del INDERBU, nada de lo cual concuerda con alumbrado público y/o navideño*”²⁸; **dos**, el señor **RAMÍREZ HERRERA** sabía que lo que acreditaba la *Fundación de asistencia social* eran actividades que no estaban relacionadas con el objeto a contratar y que ella carecía de la idoneidad requerida por el artículo 355 de la Constitución porque “*además de desempeñarse como secretario de infraestructura del municipio de Bucaramanga desde el 27 de mayo de 2009*”²⁹ era “*arquitecto de profesión*”³⁰; **tres**, los estatutos de la *Fundación*, aun cuando hacen “*alusión a actividades relacionadas con el alumbrado público (...) lo cierto es que tan amplio portafolio exigía pruebas concretas de haberse adelantado actividades propias de la necesidad establecida en los estudios previos*”³¹ sin que así ocurriera por cuanto los contratos que allegaron “*distaban de demostrar la capacidad técnica exigida y de contera la idoneidad para desempeñar un contrato de semejante envergadura*”³²; **cuatro**, aun cuando el procesado careciera de los estudios que tenía, según el Tribunal, “*cualquier persona promedio*” podía evidenciar que la *Fundación* no tenía “*la capacidad para desarrollar el contrato de alumbrado navideño*” por “*las*

²⁴ Sentencia de segunda instancia, p. 41.

²⁵ Sentencia de segunda instancia, p. 42.

²⁶ Sentencia de segunda instancia, p. 42.

²⁷ Sentencia de segunda instancia, p. 44.

²⁸ Sentencia de segunda instancia, p. 44.

²⁹ Sentencia de segunda instancia, p. 44.

³⁰ Sentencia de segunda instancia, p. 44.

³¹ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

³² Sentencia de segunda instancia, p. 45.



*cantidades tan irrisorias de los contratos arrimados como soportes*³³ dado que, los tres contratos allegados, sumados, arrojaban apenas la suma de \$72'000.000 y el contrato tenía un presupuesto de \$856'512.993 *“que representaba aproximadamente 12 veces más de la experiencia falsamente acreditada”*³⁴ a lo que el Tribunal le sumó el hecho de que la entidad sin ánimo de lucro se encontraba obligada a realizar un aporte de \$74'000.000, reflejándose de todo lo anterior, según su parecer, que dicha persona jurídica no iba a *“tener el personal, la logística, el material ni los elementos necesarios para desarrollar un proyecto en menos de un mes”*³⁵; **cinco**, adicionalmente para la Sala de Decisión Penal existió otro indicio de que **RAMÍREZ HERRERA** desconoció los requisitos esenciales del contrato y consistente en *“el hecho que su oficina contara con dos propuestas previas, además falsas”* (de LIGHT COLORS y CODENSA) pues, según dicha Corporación de Justicia, *“la única explicación racional de cara a la prueba es que como lo indicara Darío José Linares Agudelo, se la hubiesen pedido desde la alcaldía de Bucaramanga en un proceso precontractual a todas luces ilegal, destinado en todo momento a favorecer los intereses de la fundación Asistencia Social, al punto que no es descabellado deducir, comparando ambas propuestas, esto es, la de Light Colors y la de Fundación Asistencia Social, que la segunda es una copia de la primera, ajustada a los valores previstos en el presupuesto municipal”*³⁶ siendo creíble su testimonio por la coherencia que tenía con la demás pruebas practicadas en el proceso y no existir animadversión del declarante hacia el procesado; **seis**, lo anterior implicó para el Tribunal un *“claro desprecio de los principios de planeación y selección objetiva puesto que el análisis de conveniencia y oportunidad, así como el estudio de la documentación soporte, previa a la celebración del convenio constituyen requisitos de orden esencial a la tramitación del mismo, por ser aplicables a la selección del contratista, independientemente que se haya optado por la modalidad prevista en la constitución política en su artículo 355, ya que como lo argumentara la fiscalía en su alegación final, éste escenario no es ajeno a los principios de la función pública”*³⁷, es decir, se incumplieron los requisitos esenciales al *“escoger una entidad que abiertamente no poseía las calidades previstas en la norma ni en los estudios previos”*³⁸; y **siete**, la invitación directa que se le realizó a la Fundación no fue producto de su reconocida idoneidad, dado que no la tenía, sino con el objeto de favorecerla³⁹, máxime cuando, según el Tribunal, *“como lo reclama la Fiscalía, cuál era el aporte significativo de la Fundación, cuando por cuenta de la propuesta presentada por Light Colors de manera subrepticia, la secretaría de infraestructura a*

³³ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

³⁴ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

³⁵ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

³⁶ Sentencia de segunda instancia, p. 47.

³⁷ Sentencia de segunda instancia, p. 48.

³⁸ Sentencia de segunda instancia, p. 50.

³⁹ Sentencia de segunda instancia, p. 49.



cargo de Álvaro Antonio Ramírez Herrera no solo contaba con el presupuesto, las especificaciones técnicas e incluso los diseños” sino que también fue esta “quien materializó todos los puntos que se especificaron en los estudios previos constitutivos de la supuesta necesidad de contar con un particular y que fueron calculados en \$74’000.000”⁴⁰.

5. Una vez leída la sentencia, **al tratarse de la primera condena**, en materialización del principio de doble conformidad se interpuso por el anterior abogado el recurso de **IMPUGNACIÓN ESPECIAL**.

SII. SOLICITUD Y ENUNCIACIÓN DE LAS TESIS.

1. **Precisión del objeto de debate:** teniendo en cuenta el devenir del presente caso y en virtud del principio de limitación de instancia, voy a **precisar a continuación** qué aspectos de este proceso penal **no** debatiré y cuáles **sí**, utilizando como base para ello los *exclusivos fundamentos de condena* del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resumidos en el **§I.4.**, de este memorial.

1.1. Aspectos que NO son objeto de la impugnación especial:

- (i) Todo lo atinente a la responsabilidad penal y existencia del delito de *Prevaricato por acción* (art. 413 del CP) porque, aun cuando se imputó y acusó por tal punible, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga **absolvió** por tal conducta punible y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga **confirmó dicha absolución**.
- (ii) Tampoco son objeto de la impugnación especial los *hechos jurídicamente relevantes* atinentes a si la **modalidad de contratación** seleccionada por el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** (esto es, el *Convenio por asociación* y no el *Contrato de suministro* con las implicaciones que ello conllevaba) fue el correcto o no, por cuanto el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga **descartaron** la existencia de responsabilidad penal derivada de tales hechos al considerar que: **uno**, la Fiscalía **no** demostró durante el Juicio Oral que esa fuera la modalidad de contratación adecuada, por dedicarse a debatir otros aspectos del proceso contractual; y **dos**, la Fiscalía en la imputación y acusación no especificó cuál era la norma concreta de selección que se obvió, ni a cuál modalidad de contratación debía acudir lo que impidió una adecuada construcción de hechos jurídicamente relevantes.

⁴⁰ Sentencia de segunda instancia, p. 49.



(iii) Finalmente, NO son objeto de la presente impugnación especial los *hechos jurídicamente relevantes* atinentes a la falta de idoneidad de la *Fundación de asistencia social* y el consecuente incumplimiento de los requisitos legales esenciales del proceso precontractual que pudiera derivarse de **dos circunstancias** en particular: **uno**, la *falsedad* de la documentación aportada por tal entidad sin ánimo lucro, habida cuenta que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de forma coincidente con el Juzgado de primera instancia, consideró que la Fiscalía **no demostró** que existiera de parte del procesado un contubernio con el contratista que aportó los documentos señalados o que aquél hubiese tenido “*conocimiento de las certificaciones arrojadas como soportes para acreditar la idoneidad reclamada*”⁴¹ sin que tampoco el ente acusador **especificara, como hechos jurídicamente relevantes en la imputación o acusación**, cuáles serían las razones fácticas que permitían, desde una perspectiva *ex ante*, concluir que el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** podía haber determinado la falsedad de los contratos allegados para derivar de allí la falta de idoneidad de la *Fundación de asistencia social* mencionada; y **dos**, no se demostró ni incluyó como hecho jurídicamente relevante en la imputación y acusación que el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** “*tuviera la obligación de hacer un estudio de legalidad sobre los soportes*” que entregó la *Fundación*, pues ellos estaban amparados por la buena fe constitucional y, en consecuencia, el Tribunal al igual que el *a quo* descartó dicho argumento como fundamento de condena y concluyó que a mi defendido “*no podía exigírsele que verificara las locaciones y el domicilio de la fundación, para corroborar una infraestructura concreta que diera soporte a tales documentos*”⁴².

1.2. Aspectos que SÍ son objeto de la impugnación especial: el presente recurso girará en torno a los exclusivos argumentos que sirvieron de soporte al Tribunal para concluir, equivocadamente, que el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** tramitó, dolosamente, contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales por haber suscrito un *Acta de verificación de idoneidad* en la que conceptuaba que la *Fundación de asistencia social* sí tenía capacidad para desarrollar el contrato de alumbrado navideño de Bucaramanga aun cuando, desde una perspectiva *ex ante*, se podía concluir fácilmente que tal persona jurídica carecía de la idoneidad necesaria para ejecutarlo en el plazo de un mes por cuanto **(i)** de los contratos allegados por ella y las actividades que supuestamente se realizaron con base a estos, se podía inferir que la entidad se había dedicado a la ejecución de actividades diferentes de las que ahora debían realizar; **(ii)** de las cantidades tan irrisorias de los

⁴¹ Sentencia de segunda instancia, p. 43.

⁴² Sentencia de segunda instancia, p. 43.



contratos adjuntados como soportes (frente al monto del *Convenio de asociación* que representaba un valor 12 veces superior al que logró falsamente acreditar) era evidente que el contratista no iba a “*tener el personal, la logística, el material ni los elementos necesarios para desarrollar un proyecto en menos de un mes*”⁴³; (iii) que el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** buscó favorecer a la *Fundación de asistencia social* vulnerando los principios de planeación y selección objetiva, por cuanto escogió una entidad que abiertamente no poseía las calidades previstas en la norma ni en los estudios previos para ejecutar el proyecto de alumbrado navideño y su selección no se realizó por su reconocida idoneidad y tampoco porque fuera a brindar algún aporte al *Convenio* ya que el presupuesto, las especificaciones técnicas e incluso los diseños del alumbrado los estaba aportando la propia secretaría de infraestructura gracias a la propuesta que subrepticamente había sido entregada por LIGHT COLORS un mes antes de iniciarse el proceso contractual; (iv) para el Tribunal fue claro que el procesado actuó con dolo porque, de su profesión de arquitecto y de la evidente falta de idoneidad derivada de los valores irrisorios de los contratos allegados, cualquier persona podía concluir que la *Fundación de asistencia social* no tenía la idoneidad requerida; y (v) igualmente consideró el Tribunal, contrario a lo expresado por el *a quo*, que todo lo anterior sí fue incluido como hechos jurídicamente relevantes en la acusación y también, debidamente demostrado en juicio.

2. Solicitud concreta y tesis: SOLICITO que se **REVOQUE** la sentencia condenatoria de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, el día 25 de octubre de 2022 y mediante la cual se condenó, por primera vez, al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** por el delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y, en consecuencia, se **ABSUELVA** de tales cargos por cuanto su conducta fue:

2.1. ATÍPICA OBJETIVAMENTE al **no** haber incumplido en la tramitación del *Convenio de Asociación 423 de 2011* el requisito esencial consistente en seleccionar para su realización a una entidad sin ánimo de lucro de “*reconocida idoneidad*” por haberse presentado documentación de la cual se podía extraer con suficiencia, desde una perspectiva *ex ante*, que la *Fundación de asistencia social* **si** tenía la capacidad técnica para ejecutar el proyecto de alumbrado navideño en Bucaramanga en los términos requeridos por el municipio.

2.2. Así mismo, se trataría de una conducta **ATÍPICA SUBJETIVAMENTE** por cuanto si, en gracia de discusión, hubiese sido típica a nivel objetivo, su actuación se habría enmarcado dentro del denominado **ERROR DE TIPO SOBRE LA BASE FÁCTICA DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL DELITO IMPUTADO** (art. 32, numeral 10, del CP) **eliminándose de esta manera el dolo** al haber suscrito el señor **RAMÍREZ HERRERA** el

⁴³ Sentencia de segunda instancia, p. 45.



Acta de verificación de idoneidad mencionada **convencido**, a partir de la documentación aportada al proceso contractual, que la *Fundación de asistencia social* sí tenía la capacidad técnica para desarrollar el contrato de alumbrado navideño que se debía realizar en la ciudad de Bucaramanga.

§III. DESARROLLO DE LOS ARGUMENTOS QUE SOPORTAN LA SOLICITUD.

1. Argumentos que soportan la ATIPICIDAD OBJETIVA:

1.1. La forma como fueron confeccionados los hechos **jurídicamente relevantes** en la imputación y acusación es defectuosa y **no** permiten realizar un **juicio positivo de tipicidad objetiva** frente al delito de **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales** del artículo 410 del CP.

1.1.1. **La construcción de los hechos jurídicamente relevantes en los denominados tipos penales en blanco y, de manera puntual, en el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.**

Los **hechos jurídicamente relevantes** son los hechos del caso concreto que encajan, se subsumen o encuadran en el *supuesto fáctico* o la *hipótesis de conducta* de la norma jurídica. Entonces:

*“(...) al estructurar la hipótesis el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes: (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo **tipo penal**; (iv) analizar los aspectos atinentes a la **antijuridicidad** y la **culpabilidad**, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera. (...) También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera. Así, por ejemplo, si se avizora una hipótesis de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, se debe consultar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, en orden a poder diferenciarla de la complicidad, del favorecimiento, etcétera.”* (CSJ, Rad. 44599 de 2017).

Sin embargo, cuando el tipo penal contiene **elementos normativos** por consagrar, por ejemplo, elementos estructurales que nos **reenvían a otras normas** para *complementar* la arquitectura de la tipicidad objetiva, los **hechos jurídicamente relevantes** también deberán referirse **de forma específica** y de manera abstracta a tales “normas complementarias”.

En estas hipótesis, siguiendo a la sentencia C-091 de 2017, estaríamos en presencia de **tipos penales en blanco**; es decir, en una clase particular de delitos en los que al definir el supuesto de hecho (es decir, la conducta que se quiere prohibir) el Legislador menciona un referente



normativo específico, por lo que se habla de una remisión o reenvío normativo.

Así las cosas, en la siguiente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la sentencia SP20262-2017, rad. 29726, 30 de noviembre de 2017, es posible verificar que los tipos penales en blanco tienen, en particular, **dos grandes partes**:

- (i) Un **núcleo esencial** (ubicado en la ley penal) en donde se describen los elementos básicos de la conducta prohibida, así como el reenvío *expreso* o *tácito* a otro precepto. Este *núcleo esencial* vendría a estar integrado por algunos o todos los clásicos elementos del “tipo objetivo”: **(a)** sujeto activo, **(b)** sujeto pasivo, **(c)** verbo rector, **(d)** resultado, **(e)** objeto material, **(f)** elementos descriptivos, **(g)** elementos **normativos** que remiten a **normas jurídicas**, **(h)** nexo causal y, además, **(i)** imputación objetiva (nexo jurídico). No obstante, aunque *no todos los tipos penales* puedan llegar a exigir cada uno de estos elementos (por ejemplo, algunos no exigen de un *resultado* o de *nexo de causalidad*), lo cierto es que el *tipo penal en blanco* **siempre** tendrá *elementos normativos que remitan a normas jurídicas* porque, justamente, este componente es el que lo convierte en un tipo penal en blanco.
- (ii) Un **complemento** compuesto por aquellas **normas jurídicas** que puedan ser extraídas de leyes, decretos, reglamentaciones administrativas, la Constitución Política e inclusive el propio precedente jurisprudencial

Empero, como lo ha aclarado la jurisprudencia mencionada ambos “*conforman una sola norma, la cual, en su integridad, estructura el tipo penal, momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante, formando una unidad normativa*” (CSJ SP13448-2016, rad. 48262, 20 de septiembre de 2016). Por ello, en respeto del principio de legalidad habrán de tenerse en cuenta las siguientes reglas:

*“El núcleo y el complemento integran una sola disposición esencial pero ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad, esto es, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (**ley previa**), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (**ley escrita**) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (**ley cierta**)”* (CSJ SP14190-2016, rad. 40089, 02 de noviembre de 2016).

Así mismo se ha considerado (sentencia C-605 de 2006) que existen **(i)** tipos en blanco **impropios** cuando la norma de complemento se extrae de otra disposición legal y **(ii)** tipos en blanco **propios** cuando la norma en blanco remite a instancias normativas de jerarquía inferior a la ley penal.

En todo caso, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (fusionando la regla y subreglas citadas) se tendría que para dicha Corporación de Justicia (sentencia C-605 de 2006) “*la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir **cuatro requisitos***”



fundamentales. En **primer** lugar, la remisión debe ser precisa; en **segundo** lugar, debe ser previa a la configuración de la conducta. La norma de complemento debe ser, en **tercer** término, de conocimiento público y, **finalmente**, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.”

Así las cosas, el tipo penal de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* establece lo siguiente (art. 410 del CP): “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”. En ese **núcleo esencial** se identifican dos elementos normativos: **(i)** ejecutar la conducta “por razón del ejercicio de sus funciones” y **(ii)** tramitar el contrato “sin observancia de los requisitos legales esenciales” o celebrarlo y liquidarlo sin verificar el cumplimiento de los mismos. Por ende, el **complemento** para este punible se establecería o identificaría resolviendo los siguientes interrogantes:

Elemento normativo 1: “por razón del ejercicio de sus funciones”.
(a) ¿Qué función puntual tenía el servidor público para el momento en el cual se <i>tramitó</i> el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o para cuando se celebró o liquidó <i>sin verificar</i> el cumplimiento de los mismos?, (b) ¿En qué <i>enunciado normativo</i> puntual aparece dicha función?, y (c) ¿Cuál sería la relación que tendría dicha función con la tramitación, celebración o liquidación del contrato? (juicio valorativo)
Elemento normativo 2: inobservancia o incumplimiento “de los requisitos legales esenciales”.
(a) ¿Cuál fue el requisito contractual incumplido y por qué? Esto implica especificar: <i>uno</i> , ¿Cuál es la disposición jurídica en donde se exige de tal requisito?; <i>dos</i> , ¿En qué consiste dicho requisito (la norma) ?; y <i>tres</i> , ¿cómo se incumplió tal requisito?; y (b) ¿Por qué dicho requisito incumplido era esencial para la tramitación o celebración del contrato? (juicio valorativo). Además, cuando la “esencialidad” del requisito incumplido se deriva de la violación de los principios de la contratación, mínimamente, deberán incluirse como <i>hechos jurídicamente relevantes</i> la identificación de la respuesta a los siguientes interrogantes: (a) ¿Cuál fue el principio contractual vulnerado?; (b) ¿En qué disposición jurídica se encuentra consagrado tal principio? (c) ¿Qué faceta, manifestación o regla derivada de dicho principio fue vulnerado? (d) ¿En cuál disposición jurídica se encontraría consagrado tal principio? Y (e) ¿Cuál “requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador” (CSJ SP, 24 de mayo de 2017, rad. 49.819), se conectaba con el principio supuestamente vulnerado por el trámite contractual mencionado?

Justamente, por lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante el caso CSJ SP 16891-2017, rad. 44.609, del 11 de octubre de 2017, explicó que los *hechos jurídicamente relevantes* frente al delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* deben plantearse así:



Forma como se deben redactar los HJR para algunos de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito de Contrato sin cumplimiento de requisito legales.	<p><i>“(i) el sujeto X, (ii) por razón del ejercicio de sus funciones, (iii) celebró el contrato Y; (iii) sin cumplir el requisito Z, (iv) que es esencial porque... (juicio valorativo), (v) sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y (vi) quiso la realización de la infracción (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible).”</i> (CSJ SP 16891-2017, rad. 44.609, del 11 de octubre de 2017).</p>
---	---

En consecuencia, se tiene que *“la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios no puede aceptarse como referente suficiente para tener por estructurado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”* (CSJ SP7322-2017, rad. 49.819, 24 de mayo de 2017).

Al respecto manifestó en la sentencia citada en precedencia:

“De otro lado, la Sala ha establecido parámetros para delimitar la normatividad que puede tenerse como referente para completar el contenido del artículo 410 en cada caso en particular, en orden a salvaguardar el principio de legalidad, habida cuenta de que se trata de un “tipo penal en blanco”.

En tal sentido, en la decisión CSJ SP 3963-2017, 22 mar. 2017, rad. 40.216, la Sala, basada en sus propios precedentes y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reiteró que aunque es cierto que los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política y los que rigen la actividad contractual estatal en general son aplicables a cualquier tipo de contrato celebrado por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, ello no implica que la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios pueda aceptarse como referente suficiente para tener por estructurado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Aclaró:

En efecto, si bien es cierto, como atrás se precisó, que los principios de la contratación pública rigen para todo tipo de contratos independientemente de su naturaleza (licitación o contratación directa), ello no quiere decir que baste con predicar su desconocimiento para tener por estructurado el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Una hermenéutica adecuada y respetuosa de las garantías de los ciudadanos debe indicar que el servidor público, al contratar, ha de ceñirse a los requisitos legales vigentes y velar porque en la celebración, tramitación y liquidación del contrato se cumplan los principios que inspiran la contratación pública. Para la de tipo directa, en particular, conforme lo establecía el artículo 2° del Decreto 855 de 1994, en vigor para el momento de los hechos, los de transparencia, economía y selección objetiva. Lo inaceptable es que a través de una ponderación ex post y expansiva de tales principios se agreguen presupuestos no previstos claramente en las normas aplicables, pues ello, como ya se dijo, resulta violatorio de la legalidad, por indeterminación de los elementos del tipo penal.

En la sentencia CSJ SP, 20 mayo 2009, rad. 31.654, ante un asunto similar, la Corte razonó de igual manera al señalar:

“El incumplimiento de los principios que informan la función pública y, más específicamente, la contratación estatal puede, entonces, configurar el delito de



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

“Lo anterior porque si no fuera así el tipo penal previsto en el artículo 410 devendría inconstitucional ante la indeterminación de sus elementos descriptivos, es decir, se apartaría del principio de tipicidad estricta que constituye componente del principio de legalidad, a su vez, integrante de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política...”.

La Sala arribó a esa conclusión de la mano con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-917 de 2001 cuando declaró exequible el artículo 410 del Código Penal, contentivo del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, frente al reparo de que se trataba de una norma penal en blanco cuyo reenvío no aparecía de forma clara e inequívoca. Sobre el particular, en esencia ese Tribunal adujo:

“El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, al igual que el artículo 146 del Código Penal anteriormente vigente, describe como conducta delictual el tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales, o la celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos, razón ésta por la cual habrá de acudir, en cada caso, a la norma legal vigente, en cuanto al establecimiento de tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución”.

Esta posición reafirma la que ya había expuesto el mismo Tribunal en la sentencia C-739 de 2000, cuando refirió que la existencia de los tipos penales en blanco tiene validez constitucional **“siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa...”**⁴⁴.

Cuando ese complemento está constituido por principios, debe tenerse en cuenta que estos se caracterizan por tener “textura abierta”, lo que puede limitar su eficacia directa, o, visto de otro modo, es posible que requieran de un desarrollo normativo puntual en cada ámbito del tráfico jurídico, lo que adquiere mayor relevancia cuando se trata de establecer la ley penal aplicable a un determinado caso, que debe reunir los requisitos referidos en los precedentes jurisprudenciales atrás relacionados. Al respecto, es ilustrativo lo expuesto por la Corte Constitucional en torno a los principios consagrados en la Constitución Política:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante, el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial”.

⁴⁴ Negrillas fuera del texto original.



1.1.2. Los defectos en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes atribuidos al señor ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA.

Cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga fundamentó su condena en contra del señor **RAMÍREZ HERRERA** manifestó que, a diferencia del *a quo*, consideraba que “del escrito de acusación y de los hechos comunicados por sustento de la acusación, si es posible deducir cuál fue la reconocida idoneidad que se estableció como requisito esencial del convenio de asociación, esto es, que se tratara de una entidad sin ánimo de lucro que pudiera apoyar el proyecto de alumbrado navideño; tal capacidad, según los estudios previos elaborados por el procesado, podían acreditarse con lo menos 3 contratos relacionados con alumbrado público y/o navideño”⁴⁵. Sin embargo, veremos que la Sala de Decisión Penal, sutilmente, **agregó hechos jurídicamente relevantes** que no estaban en la acusación, pero que se necesitaban para que la condena tuviera sentido y fundamento, razón por la cual si analizamos en detalle y pureza tal acto de postulación de la Fiscalía General de la Nación será fácil evidenciar que **faltaron múltiples hechos jurídicamente relevantes** sin los cuales la atribución fáctica efectuada a mi defendido convertiría su comportamiento en una conducta **atípica objetivamente** o, por lo menos, sin las bases necesarias para soportar una sentencia condenatoria ante la carencia de elementos fácticos-normativos que resultaban, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la ley penal colombiana y la Constitución Política absolutamente indispensables.

1.1.2.1. Las omisiones de la Fiscalía.

Así las cosas, se tiene que la Fiscalía manifestó en la acusación – frente al *hecho puntual* por el cual el Tribunal fundamentó su condena – únicamente lo siguiente:

Tipo objetivo de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.	Los hechos jurídicamente relevantes que debían incluirse para satisfacer la tipicidad de este delito en punto del elemento normativo:	Los hechos jurídicamente relevantes que la Fiscalía incluyó en la acusación respecto del <i>exclusivo</i> fundamento de condena del Tribunal (esto es, haber considerado a la <i>Fundación</i> una entidad sin ánimo de lucro <i>idónea</i> , aun cuando carecía de tal capacidad):
“Hecho abstracto” o “supuesto de hecho” que se encuentra establecido como elemento normativo por el tipo:	I. Con relación al requisito legal incumplido: (a) ¿Cuál fue el requisito contractual incumplido y por qué? Esto implica especificar: uno , ¿Cuál es la disposición jurídica en donde se exige de	I. Con relación al requisito legal incumplido: (a) <u>¿Cuál fue el requisito contractual incumplido y por qué?</u>

⁴⁵ Sentencia de segunda instancia, p. 42.



<p>inobservancia o incumplimiento <u>“de los requisitos legales esenciales”</u>.</p>	<p>tal requisito?; dos, ¿En qué consiste dicho requisito (la norma)?; y tres, ¿cómo se incumplió tal requisito?; y (b) ¿Por qué dicho requisito incumplido era esencial para la tramitación o celebración del contrato? (juicio valorativo).</p> <p>II. Con relación al principio de la contratación estatal vulnerado:</p> <p>(a) ¿Cuál fue el principio contractual vulnerado?; (b) ¿En qué disposición jurídica se encuentra consagrado tal principio? (c) ¿Qué faceta, manifestación o regla derivada de dicho principio fue vulnerado? (d) ¿En cuál disposición jurídica se encontraría consagrado tal principio? Y (e) ¿Cuál “requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador” (CSJ SP, 24 de mayo de 2017, rad. 49.819), se conectaba con el principio supuestamente vulnerado por el trámite contractual mencionado?</p>	<p>Esto implicaba especificar:</p> <p>Uno, <u>¿Cuál es la disposición jurídica en donde se exige de tal requisito?</u></p> <p>Rta: la Fiscalía no incluyó una disposición jurídica en la cual se consagraba tal requisito legal incumplido.</p> <p>Comentario: es cierto que en distintas partes de la acusación la Fiscalía menciona múltiples disposiciones jurídicas, pero en distintos contextos que no hacen referencia a que en tales artículos se encontrara la “idoneidad” como exigencia esencial para el trámite del contrato y que la actuación de RAMÍREZ HERRERA hubiese contrariado tales disposiciones jurídicas.</p> <p>Dos, <u>¿En qué consiste dicho requisito (la norma)?</u></p> <p>Rta: acorde a los <i>Estudios previos</i> se debía seleccionar un particular para la ejecución del <i>Convenio de asociación “siempre y cuando acredite una idoneidad relacionada con el ramo de ‘... alumbrado público y/o alumbrado navideño...’ mediante ‘... tres (3) contratos en los últimos cinco años, cuyo objeto esté relacionado con el especificado en el contrato...”</i>⁴⁶</p> <p>Tres, <u>¿cómo se incumplió tal requisito?</u></p> <p>Rta: dentro de los documentos que anexó la <i>Fundación Asistencia Social</i> se allegaron tres contratos anteriores que, además de resultar falsos, dos de ellos “<i>nada tenían que ver con la actividad a contratar</i>”⁴⁷. A pesar de ello, el mismo 21 de noviembre de 2011 en que se allegó la propuesta el señor RAMÍREZ HERRERA realizó el <i>Acta de verificación de idoneidad</i> concluyendo que se</p>
--	---	--

⁴⁶ Escrito de acusación pp. 5-6, numeral 4.

⁴⁷ Escrito de acusación p. 7, numeral 9.



		<p>trataba de una persona sin ánimo de lucro con reconocida idoneidad y que se recomendaba viabilidad del contrato por vía del artículo 355 de la Constitución Política, razón por la cual el alcalde firmó tal Convenio el día 22 de noviembre de 2011 con la <i>Fundación de Asistencia social</i> aun cuando “no se tenía la menor noticia de su capacidad técnica, operativa y jurídica para realizar la labor contratada, hasta el punto que visto su amplio objeto social ello por sí solo indicaba su incapacidad de ejecución y el lugar donde tenía registrado su domicilio, carrera 11No 33-19 de esta ciudad funcionaba una tipografía”⁴⁸.</p> <p><u>(b) ¿Por qué dicho requisito incumplido era esencial para la tramitación o celebración del contrato? (juicio valorativo).</u></p> <p>Rta: la Fiscalía no incluyó el hecho jurídicamente relevante que permitía saber por qué la “idoneidad” era un requisito esencial.</p> <p>Comentario: aun cuando la Fiscalía enunció como una de las irregularidades del trámite contractual el hecho de que se hubiese seleccionado a la <i>Fundación</i> como la entidad contratista, aunque no tenía la “idoneidad” necesaria para ejecutar el proyecto, en ninguna parte indicó y comunicó la razón fáctica por la cual dicho requisito era esencial.</p> <p>II. Con relación al principio de la contratación estatal vulnerado:</p> <p><u>(a) ¿Cuál fue el principio contractual vulnerado? (b) ¿En qué disposición jurídica se encuentra consagrado tal principio?</u></p>
--	--	--

⁴⁸ Escrito de acusación pp. 7-8, numeral 10.



		<p><u>(c) ¿Qué faceta, manifestación o regla derivada de dicho principio fue vulnerado?</u> <u>(d) ¿En cuál disposición jurídica se encontraría consagrado tal principio?</u> <u>Y (e) ¿Cuál “requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador” (CSJ SP, 24 de mayo de 2017, rad. 49.819), se conectaba con el principio supuestamente vulnerado por el trámite contractual mencionado?</u></p> <p>Rta: la fiscalía no incluyó ninguno de esos tres hechos jurídicamente relevantes (a, b, c, d y e).</p> <p>Comentario: si bien es cierto la Fiscalía General de la Nación mencionó en su Acusación que se habían vulnerado los principios de planeación y selección objetiva lo hizo refiriéndose a otras irregularidades y no con respecto a la <i>falta de idoneidad</i> del contratista que no vinculó con la infracción de ningún principio de la contratación estatal.</p>
--	--	--

1.1.2.1.1. Ampliación de los comentarios acerca de la forma como la Fiscalía redactó de forma incompleta los hechos jurídicamente relevantes o, en definitiva, no los incluyó:

*** Comentario a la falta de inclusión del hecho jurídicamente relevante que respondería la pregunta I (a) “uno”:**

- (i) El artículo 355 de la Constitución Política fue citado por la Fiscalía en su acusación únicamente en 3 oportunidades en los siguientes contextos fácticos:

(a) Primera cita: aparece en la página 5 del Escrito de Acusación que se leyó al redactarse el numeral 4 de la atribución de cargos hecha a **RAMÍREZ HERRERA** al explicarnos la Fiscalía que dicha persona al realizar los *Estudios previos* “insinuó” que se debía “contratar mediante la modalidad del convenio de asociación, art. 355 de la constitución, pues las otras



modalidades ‘... resultan más costosas...’ necesítándose por lo tanto de un particular que coopere con la actividad a desarrollar porque el municipio no tiene todo el dinero ni un personal calificado para realizarlo. En consecuencia, la cita del artículo 355 que aquí realizó la Fiscalía **no hacía referencia a la “idoneidad” de la entidad sin ánimo de lucro como requisito esencial exigido por la Constitución Política** que el señor **RAMÍREZ HERRERA**, sino al tipo de contrato que mi defendido seleccionó para adelantar el proceso contractual conforme sus *Estudios previos*.

(b) Segunda cita: aparece en la página 7 del Escrito de Acusación que se leyó al redactarse el numeral 10 de la atribución de cargos que se le estaba realizando a **RAMÍREZ HERRERA** al explicarnos la fiscalía que mi defendido mediante el *Acta de verificación de idoneidad* recomendaba “la viabilidad de suscripción del contrato, por la vía del artículo 355 de la ley superior”; es decir, aquí tampoco la Fiscalía nos está diciendo que la “idoneidad” sea un requisito esencial exigido en el artículo 355 de la Constitución Política, sino que menciona tal disposición para contarnos que el procesado *recomendó* utilizar el camino contractual que allí se establecía.

(c) Tercera cita: aparece en la página 8 del Escrito de Acusación que se leyó al redactarse el numeral 11 de la atribución de cargos que se le estaba realizando a **RAMÍREZ HERRERA** al contarnos que la Procuraduría General de la Nación sancionó al alcalde que suscribió el contrato mencionado “*por celebración indebida de contratos, pues este contrato debía sujetarse a la ley 80 y no al artículo 355 de la CN, pues lo era de suministro*”. En consecuencia, tampoco en este contexto nos indicó que la “idoneidad” fuera un requisito exigido por el artículo 355 o la ley 80, dado que allí estaba haciendo referencia a una actuación realizada por el Procuraduría que, entre otras cosas, no tendría la calidad de hechos jurídicamente relevantes y aunque la tuviera, haría referencia a la adecuada modalidad de contratación que se debió utilizar, lo cual, según se explicó en precedencia, **no fue el fundamento de condena** del Tribunal cuya Sala de Decisión Penal lo descartó como argumento válido para soportar la responsabilidad penal de **RAMÍREZ HERRERA**.

(ii) La “ley 80” (sin fecha) fue enunciada por la Fiscalía General de la Nación en su acusación en el contexto anteriormente mencionado y que nada tiene que ver con la “idoneidad” como requisito contractual supuestamente incumplido.

Así las cosas, **queda demostrado** que la Fiscalía General de la Nación **no incluyó como hecho jurídicamente relevante** la *fuerza normativa* de la “idoneidad” como requisito supuestamente incumplido por **RAMÍREZ HERRERA** al tramitar el *Convenio de asociación 423 de 2011* a pesar de que



el origen jurídico del tal “requisito” (dice el artículo 410 del CP que debían tratarse de requisitos **legales** esenciales) era una condición necesaria de tipicidad y la comunicación clara y precisa de su *ubicación en el Derecho Colombiano* desde la Audiencia de Formulación de la Imputación y en la Audiencia de Acusación eran componentes básicos del derecho de defensa (art. 8, literal h, CPP) y del debido proceso (arts. 288.2, 337.2 y 339 CPP).

Veamos, entonces, la **trascendencia** de la **omisión** señalada:

* **Frente al principio de legalidad:** según se explicó en el anterior acápite⁴⁹, cuando se trata de *tipos penales en blanco* que nos remiten a otras normas tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, han establecido con buen tino que *“el núcleo y el complemento integran una sola disposición esencial pero ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad (...) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos”* (CSJ SP14190-2016, rad. 40089, 02 de noviembre de 2016), *“razón ésta por la cual habrá de acudirse, en cada caso, a la norma legal vigente, en cuanto al establecimiento de tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito (...)”* (Corte Constitucional, sentencia C-917 de 2001, citada por CSJ SP7322-2017, rad. 49.819, 24 de mayo de 2017).

Así las cosas, la **omisión**, por parte de la Fiscalía General de la Nación al acusar a mi defendido, respecto de la *inclusión* (como hecho jurídicamente relevante **concreto**) de la específica disposición normativa aplicable en este caso particular y que **se integraba como complemento** al núcleo esencial del tipo penal de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, implicó la atribución de hechos **atípicos objetivamente** porque, según vimos, el mencionado delito **no se configuraba** por el mero incumplimiento de requisitos contractuales inventados por el ente acusador o que se hallaran en normas inválidas para el momento del suceso, sino por la inobservancia de requisitos que **se encontraban en el ordenamiento jurídico vigente**, razón por la cual la **tipicidad objetiva** de tal punible exigía, como apenas es obvio, de *hechos jurídicamente relevantes* que permitieran satisfacer los elementos normativos del artículo 410 del CP mediante algo más que la simple alusión genérica del requisito incumplido; esto es, comunicando al procesado, entre otras cosas, la **precisa consagración jurídica y exigencia legal, constitucional o reglamentaria** que en alguna parte del derecho colombiano se hacía de tal “requisito” supuestamente omitido, para así verificar si se cumplían o no con las condiciones mínimas de legalidad formal y material que establece nuestro sistema constitucional; es decir, la *lex praevia, lex certa, lex stricta y lex scripta*. Lo anterior, entre otras razones, porque como bien lo establece el artículo 6 del CP *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.”*

⁴⁹ §III, 1.1.1.



De esta manera, la **trascendencia** frente al principio de legalidad de no haber incluido la Fiscalía General de la Nación la **disposición jurídica** en donde se encontraba el *requisito* “**legal**” incumplido se concreta en el hecho de que la atribución de cargos devino en **atípica objetivamente** pues terminó cargando a la cuenta de **RAMÍREZ HERRERA** el haber incumplido un requisito del contrato estatal, la “idoneidad”, que *acorde su acusación* no tenía origen legal, constitucional o jurídico pues **nunca** nos enunció *en qué disposición normativa* aparecía el mismo como condición de tipicidad a la luz de lo establecido por el artículo 410 del CP. Es como si en un delito de abuso sexual la Fiscalía dijera que “*Pedro accedió carnalmente a María*” y nunca nos dijera que “*María*” tenía, por ejemplo, 13 años de edad. Aquí pasó lo mismo, solo que en el artículo 208⁵⁰ del CP la edad – “*menor de 14 años*” – es un “elemento descriptivo” y en cambio en nuestro caso el origen del requisito contractual incumplido – esto es, que deben ser requisitos “*legales esenciales*”⁵¹ y no de otra clase – es un “elemento normativo”. Por lo tanto, la Fiscalía dijo que “*Ramírez Herrera al realizar el Acta de verificación de idoneidad conceptuó que la Fundación sí tenía la capacidad para realizar el proyecto, aun cuando no la tenía*”, quedándonos debiendo, entre otras cosas, el concretar **(i)** ¿en qué enunciado normativo – reglamentario, legal o constitucional – se exigía la idoneidad como requisito del trámite contractual?; **(ii)** ¿por qué la “idoneidad” era esencial?; **(iii)** ¿por qué no era idónea?; **(iv)** ¿qué principio contractual se ataba a dicho requisito contractual?; y **(v)** ¿de qué manera tal principio fue quebrantado con la selección de una entidad sin ánimo de lucro carente de idoneidad?

*** Frente al derecho de defensa y contradicción:** la completa y circunstanciada comunicación de los hechos jurídicamente relevantes (como de manera precisa nos los recordó de forma magistral el Juez de instancia) son requisitos básicos del derecho de defensa y el principio de contradicción porque yo no puedo defenderme de lo que no conozco y me es imposible controvertir lo que nunca se me dice. Justamente por esta razón el artículo 8 literal h) del CPP preceptúa que es derecho del procesado “*conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan*”.

⁵⁰ ARTÍCULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que acceda carnalmente a persona **menor de catorce (14) años**, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

⁵¹ ARTÍCULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> 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 sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.



Entonces, aterrizando en nuestro caso concreto, el dar a **conocer** mediante su comunicación en la Acusación del **enunciado normativo** preciso que supuestamente exigía de un determinado requisito contractual que se incumplió era una condición necesaria del Derecho de Defensa, porque como bien lo dijo la Corte Suprema de Justicia, citando a la Corte Constitucional:

“De esta forma se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución.” Corte Constitucional, sentencia C-917 de 2001, citada por CSJ SP7322-2017, rad. 49.819, 24 de mayo de 2017)

*** Comentario a la falta de inclusión del hecho jurídicamente relevante que respondería la pregunta I (b):**

Según se pudo explicar, la Fiscalía General de la Nación **no incluyó** el hecho jurídicamente relevante que permitía saber por qué la “idoneidad” era un requisito **esencial**. Así pues, acorde la propia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, al redactar la acusación era deber del titular de la acción penal señalar, entre otras cosas, que “(i) el sujeto X, (ii) por razón del ejercicio de sus funciones, (iii) celebró el contrato Y; (iii) sin cumplir el requisito Z, **(iv) que es esencial porque... (juicio valorativo)**, (v) sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y (vi) quiso la realización de la infracción (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible).” (CSJ SP 16891-2017, rad. 44.609, del 11 de octubre de 2017).

Lo que aparece subrayado es lo que la Fiscalía **nunca dijo en su acusación** respecto a la “idoneidad” como requisito contractual supuestamente infringido en el trámite adelantado por el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**. Entonces, si la Fiscalía **no lo dijo** no sería posible *sobreentender*, buscar, *adivinar* o tratar de *inferir cuál era la razón de la esencialidad* de tal requisito, sino tan solo aceptar como existente lo único que aparece literalmente en la Acusación: que fue un requisito para la tramitación del contrato que no se cumplió y cuya calificación dada, por el propio ente acusador, es de mera “irregularidad”⁵².

No obstante, las meras irregularidades por sí mismas no constituyen **conductas relevantes** para la tipificación del artículo 410 del CP, sino tan solo el incumplimiento de “requisitos legales **esenciales**”. Por lo tanto, era necesario para la adecuación típica satisfactoria del comportamiento de **RAMÍREZ HERRERA** que la Fiscalía **(i)** señalara expresamente que se trataba de un requisito legal “**esencial**” y no una mera irregularidad intrascendente y **(ii)** que explicara “**por qué**” (**juicio valorativo**) razón de tipo fáctico, dicha condición exigida (en nuestro caso la “idoneidad” del

⁵² En la página 4 del Escrito de Acusación enumeró varios hechos que denominó “irregularidades”. La atinente a la falta de idoneidad del contratista fue la “irregularidad” número 10.



contratista) resultaba esencial y no, simplemente, un elemento *relevante y deseable*, pero no esencial.

Por lo tanto, la **trascendencia** de esa omisión en la cual incurrió la Fiscalía General de la Nación es la siguiente: **(i)** frente al **principio de legalidad** el titular de la acción penal atribuyó al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** una conducta **atípica**, puesto que el incumplimiento de requisitos contractuales en el trámite de un contrato estatal era una conducta **irrelevante o inocua** para el Derecho Penal que por expresa disposición legal (art. 410 del CP) tan solo adquiría importancia si el requisito incumplido era, *primero*, de carácter “legal” (en sentido amplio) y, *segundo*, una condición “esencial” para tal negocio jurídico. De esta manera, así se hayan cometido 1000 irregularidades, si ninguna era esencial o no tenían el carácter de ser una exigencia legal, las 1000 irregularidades **no** tipificarían el delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* (sin perjuicio que ellas pudieran tener algún impacto a nivel disciplinario o en el derecho administrativo) porque así lo establecía la “*ley preexistente*” al acto imputado. Es como si en un caso de *Estafa* el Fiscal, al atribuir tal punible en la acusación dijera que “*Pedro indujo en error a Juan obteniendo X provecho económico con correlativo perjuicio patrimonial para la víctima*” pero no mencionara que lo hizo a través de ciertos “*artifícios o engaños*” particulares dado que esos elementos también deberían enunciarse por ser obvias condiciones de tipicidad exigidas por el artículo 246 del CP. Y **(ii)** respecto al **derecho de defensa** es evidente que ante el silencio de la Fiscalía era difícil, cuando no imposible, estructurar argumentos probatorios para controvertir *lo que no se dijo*, haciéndose necesario adivinar qué tenía en la mente la Fiscalía como argumentos fácticos y jurídicos que justificara calificar la *idoneidad* como un requisito esencial del *Convenio de asociación* – y ello suponiendo que tuviera alguna razón oculta porque bien podía ocurrir que no tuviera ninguna y su omisión derivara, justamente, de carecer de premisas que soportaran tal calificación –.

Ahora bien, **¿cómo debía establecer la Fiscalía General de la Nación la “esencialidad” de tal requisito para que, acorde a los estándares convencionales, constitucionales y legales del debido proceso lo comunicara claramente al procesado al imputarle los cargos y posteriormente acusarlo durante la etapa de juicio?** De la siguiente manera:

“A efectos de facilitar la identificación de los requisitos sustanciales de un contrato, deben atenderse los criterios derivados de la teoría general del negocio jurídico (SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037), según los cuales se tienen por tales: (i) «aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente» (art. 1501 C.C.); (ii) los que de ser incumplidos conllevan la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 L. 80/1993); y, (iii) en especial, las formas legales que materializan uno o varios principios de la contratación pública (arts. 23-26 y 29, ibidem).

Sobre la incorporación de los principios rectores de esas actuaciones administrativas al tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se explicó desde la sentencia SP, 6 may. 2009, rad. 25495 (reiterada en SP8292-2016, jun. 22, rad. 42930):



Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, si es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, desentrañar cuáles son esos requisitos legales esenciales con apoyo en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.

[...] Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública.

4.3.6 No obstante lo anterior, la imputación del delito «no puede efectuarse a través de una genérica y abierta enunciación de principios de la contratación infringidos, sino que, con referencia a estos, ha de identificarse el concreto precepto normativo y el mandato de conducta quebrantado por el servidor al tramitar, celebrar o liquidar el contrato ...» (SP1038-2020, jun. 3, rad. 52768, que reiteró la SP3963-2017, mar. 22, rad. 40216).» (CSJ SP3478-2021, rad. 53219, 11 de agosto de 2021).

Lo anterior nos lleva a realizar una ampliación del comentario relativo a la **ausencia de inclusión del hecho jurídicamente relevante** respecto a *cuáles* principios de la contratación estatal y *de qué manera* éstos se vieron afectados por el incumplimiento de la *idoneidad* al seleccionar a la *Fundación* como contratista del *Convenio de asociación*.

*** Comentario a la falta de inclusión de los hechos jurídicamente relevantes que responderían las preguntas II (a), (b), (c), (d) y (e):**

Según se señaló anteriormente, para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el concepto de requisitos esenciales como elemento normativo del tipo penal hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993⁵³, normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan⁵⁴. Entonces, en nuestro caso **no bastaba** con señalar que **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** al tramitar el *Convenio de asociación 423 de 2011* incumplió la verificación de la “idoneidad” del contratista o que, habiéndose percatado de su incapacidad técnica para asumir la ejecución del proyecto, decidió emitir concepto favorable de “idoneidad”, sino que tenía que señalar **explícita y claramente** *qué principio de la contratación estatal se habría vulnerado con tal actuación*. No obstante, **no lo hizo** y tampoco ofreció ninguna otra razón jurídica,

⁵³ Al respecto CSJ. SP4463-2014, reiterado en CSJ. SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; y, CSJ. SP15528-2016, rad. 40383.

⁵⁴ Entre estas: Ley 1150 de 2007.



distinta de la violación de principios estatales, por la cual debía considerarse *esencial* el requisito de “idoneidad” echado de menos por el ente acusador.

Por supuesto, es verdad que, al formular la acusación en la respectiva audiencia, la Fiscalía dijo que una de las irregularidades en las que incurrió **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** implicó un “*desmedro del principio de planeación y selección objetiva*”⁵⁵. Sin embargo, tal alusión **no satisfizo** la adecuada comunicación de los hechos jurídicamente relevantes que materializara el principio de legalidad y los derechos de defensa y contradicción por cuanto:

- (i) La mención de esos dos principios se hizo con referencia a una supuesta irregularidad **distinta** de la que constituyó el fundamento de condena del Tribunal. Es decir, la Fiscalía **no dijo** que la falta de “*idoneidad*” del contratista implicó una violación de los principios de planeación y selección objetiva, sino que ellos se vulneraron porque el contrato que se debía realizar era en realidad “*de suministro y reparación de algunas figuras navideñas, su instalación y mantenimiento y desinstalación de las mismas al final de la temporada navideña, lo que evidencia una ausencia de un verdadero estudio previo ajustado a la necesidad del municipio, en desmedro del principio de planeación y selección objetiva*”⁵⁶. Por lo tanto, la **única alusión a principios de la contratación que hizo la Fiscalía** en su acusación se efectuó para un tema *completamente ajeno al supuesto incumplimiento de la idoneidad para la selección del contratista* y referido, en realidad, a errores en el diseño de los *Estudios previos* que corresponderían a una irregularidad diferente que atribuyó la Fiscalía, pero que no prosperó como argumento de condena en el seno del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.
- (ii) Aun cuando se quisiera *extender o sobreentender* – equivocadamente – la violación de estos principios a todas las irregularidades que enunció la Fiscalía y dentro de las cuales estaría la *ausencia de idoneidad* de la *Fundación* para ser contratada, dicha enunciación genérica de tales principios impediría su condena porque, como bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal “*la imputación del delito «no puede efectuarse a través de una genérica y abierta enunciación de principios de la contratación infringidos, sino que, con referencia a estos, ha de identificarse el concreto precepto normativo y el mandato de conducta quebrantado por el servidor al tramitar, celebrar o liquidar el contrato ...» (SP1038-2020, jun. 3, rad. 52768, que reiteró la SP3963-2017, mar. 22, rad. 40216).*” (CSJ SP3478-2021, rad. 53219, 11 de agosto de 2021), lo cual, claramente, no se hizo en este caso.

⁵⁵ Escrito de acusación, página 5, irregularidad número 4, párrafo 2.

⁵⁶ Escrito de acusación, página 5, irregularidad número 4, párrafo 2.



1.1.2.1.2. *La omisión de los hechos jurídicamente relevantes referido al dolo del artículo 410 del CP.*

Acorde el artículo 22 del CP para afirmar la tipicidad subjetiva de todo delito doloso es necesario que el sujeto conozca los hechos constitutivos de la infracción penal y quiera su realización (dolo directo). Por lo tanto, como los *hechos psíquicos* son condiciones de tipicidad subjetiva, es apenas evidente que su configuración en el caso concreto, enunciación como hechos jurídicamente relevantes y consecuente demostración en el juicio oral, constituyen precondiciones para poder afirmar la tipicidad del delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* previsto en el artículo 410 del CP.

De esta manera, según la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el aspecto subjetivo de este delito debía ser enunciado de la siguiente manera - y en el presente caso, **no se hizo** al realizar la correspondiente acusación en contra de **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** - : “(i) el sujeto X, (ii) por razón del ejercicio de sus funciones, (iii) celebró el contrato Y; (iii) sin cumplir el requisito Z, (iv) que es esencial porque... (juicio valorativo), (v) **sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y (vi) quiso la realización de la infracción** (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible).” (CSJ SP 16891-2017, rad. 44.609, del 11 de octubre de 2017).

Empero, la Fiscalía en su acusación **jamás afirmó** que **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** supiera que estaba tramitando el *Convenio de asociación* sin cumplir un requisito esencial consistente en la necesaria verificación de la idoneidad de la persona jurídica que sería contratada al seleccionarla, aun cuando sabía que tal entidad carecía de la capacidad técnica requerida y que a pesar de saberlo hubiera querido continuar con su tramitación. Nada de eso lo dijo la Fiscalía (aunque sí lo hizo el Tribunal en su sentencia al desbordar el marco fáctico de la acusación mediante la adición prohibida de los *hechos jurídicamente relevantes* que se adecuaban al dolo que el titular de la acción penal jamás incluyó). Es más, si nos atuviéramos a la acusación, veríamos que allí se dice que **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** “concluye que, ‘... la persona jurídica sin ánimo de lucro, se constata la reconocida idoneidad” y si según la Fiscalía eso fue lo que “concluyó”, pues, entonces, eso fue lo que **supo o conoció**, razón por la cual la literalidad de la acusación, en vez de dar cuenta del dolo, lo que hizo fue un caso **carente del aspecto subjetivo del delito**, al atribuir al procesado la creencia firme de que la *Fundación de asistencia social* sí era idónea para ejecutar el correspondiente *Convenio de asociación* lo que, obviamente, excluiría toda posibilidad de imputarle alguna forma de conducta dolosa.

1.1.2.2. *Los agregados del Tribunal.*

Lamentablemente, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en un claro afán por condenar y arreglar la acusación de la Fiscalía General de la Nación que fue incapaz de redactar *hechos jurídicamente relevantes* completos, claros y suficientes, así como



probarlos en juicio, decidió transformarlos y agregar varios de ellos para así lograr edificar una sentencia condenatoria débil y basada en premisas equivocadas. De esta manera, pasaremos a mostrar *qué* fue lo que agregó el Tribunal con claro desbordamiento del marco fáctico de la acusación:

<p>Tipo objetivo de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.</p>	<p>Los hechos jurídicamente relevantes que la Fiscalía incluyó en la acusación respecto del exclusivo fundamento de condena del Tribunal (esto es, haber considerado a la Fundación una entidad sin ánimo de lucro idónea, aun cuando carecía de tal capacidad):</p>	<p>Los hechos jurídicamente relevantes que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga agregó:</p>
<p>“Hecho abstracto” o “supuesto de hecho” que se encuentra establecido como elemento normativo por el tipo:</p> <p>inobservancia o incumplimiento <u>“de los requisitos legales esenciales”</u>.</p>	<p>I. Con relación al requisito legal incumplido:</p> <p>(a) <u>¿Cuál fue el requisito contractual incumplido y por qué?</u> Esto implicaba especificar:</p> <p>Uno, <u>¿Cuál es la disposición jurídica en donde se exige de tal requisito?</u></p> <p>Rta: la Fiscalía no incluyó una disposición jurídica en la cual se consagraba tal requisito legal incumplido.</p> <p>Dos, <u>¿En qué consiste dicho requisito (la norma)?</u></p> <p>Rta: acorde los <i>Estudios previos</i> se debía seleccionar un particular para la ejecución del <i>Convenio de asociación</i> “siempre y cuando acredite una idoneidad relacionada con el ramo de ‘... alumbrado público y/o alumbrado navideño...’ mediante ‘...</p>	<p>I. Con relación al requisito legal incumplido:</p> <p>(a) <u>¿Cuál fue el requisito contractual incumplido y por qué?</u> Esto implicaba especificar:</p> <p>Uno, <u>¿Cuál es la disposición jurídica en donde se exige de tal requisito?</u></p> <p>Rta: el Tribunal Superior agregó que “acudiéndose a la excepción contenida en el artículo 355 del CPP, el funcionario público debía guiarse por los principios de planeación y selección objetiva contenidos en el artículo 209 de la Constitución y en concreto cumplir con los parámetros fijados en los propios estudios previos, que determinaban a una entidad sin ánimo de lucro con capacidad técnica y experiencia en el objeto a contratar”⁶⁰ y, en otro lugar, agregó que “a una persona jurídica sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad como lo prevé el artículo 355 de la Constitución”⁶¹. Esto lo repitió en varios lugares.</p>

⁶⁰ Sentencia de segunda instancia, p. 41.

⁶¹ Sentencia de segunda instancia, p. 41.



	<p>tres (3) contratos en los últimos cinco años, cuyo objeto esté relacionado con el especificado en el contrato...”⁵⁷</p> <p>Tres, ¿cómo se incumplió tal requisito?</p> <p>Rta: dentro de los documentos que anexó la <i>Fundación Asistencia Social</i> se allegaron tres contratos anteriores que, además de resultar falsos, dos de ellos “nada tenían que ver con la actividad a contratar”⁵⁸. A pesar de ello, el mismo 21 de noviembre de 2011 en que se allegó la propuesta al señor RAMÍREZ HERRERA realizó el <i>Acta de verificación de idoneidad</i> concluyendo que se trataba de una persona sin ánimo de lucro con reconocida idoneidad y que se recomendaba viabilidad del contrato por vía del artículo 355 de la Constitución Política, razón por la cual el alcalde firmó tal Convenio el día 22 de noviembre de 2011 con la <i>Fundación de Asistencia social</i> aun cuando “no se tenía la menor noticia de su capacidad técnica, operativa y jurídica para realizar la labor contratada, hasta el punto que visto su amplio objeto social ello por sí solo indicaba su incapacidad de ejecución y el lugar donde tenía registrado su domicilio, carrera 11No 33-19 de esta ciudad funcionaba una tipografía”⁵⁹.</p> <p>(b) ¿Por qué dicho requisito incumplido era esencial para la tramitación o celebración del contrato? (juicio valorativo).</p>	<p>Comentario: según lo anterior la “idoneidad” como requisito incumplido por ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA aparecía contemplado en el artículo 355 de la Constitución Política. Pero esto no lo dijo nunca la Fiscalía en su acusación.</p> <p>Dos, ¿En qué consiste dicho requisito (la norma)?</p> <p>Rta: el Tribunal hizo referencia al mismo hecho que aludió la Fiscalía sin mutaciones ni agregados.</p> <p>Tres, ¿cómo se incumplió tal requisito?</p> <p>Rta: en principio, el Tribunal hizo referencia al mismo requisito que aludió la Fiscalía. Sin embargo, agregó como hechos que daban cuenta del incumplimiento así: la falta de idoneidad de la Fundación se derivó de las cantidades tan irrisorias de los contratos adjuntados como soportes (frente al monto del Convenio de asociación que representaba un valor 12 veces superior al que logró falsamente acreditar) lo que hizo evidente que el contratista no iba a “tener el personal, la logística, el material ni los elementos necesarios para desarrollar un proyecto en menos de un mes”⁶².</p> <p>Comentario: que la falta de idoneidad proviniera de las cantidades irrisorias de los contratos allegados fue un hecho que la Fiscalía NUNCA mencionó al acusar al señor RAMÍREZ HERRERA y, por ende, no se podía utilizar como fundamento de la condena pues implicaba sorprender al procesado y desbordar el núcleo fáctico de la acusación dado que para la Fiscalía General de la Nación la falta de idoneidad provenía de otras tres razones según su acusación: (i) que los contratos</p>
--	---	---

⁵⁷ Escrito de acusación pp. 5-6, numeral 4.

⁵⁸ Escrito de acusación p. 7, numeral 9.

⁵⁹ Escrito de acusación pp. 7-8, numeral 10.

⁶² Sentencia de segunda instancia, p. 45.



	<p>Rta: la Fiscalía no incluyó el hecho jurídicamente relevante que permitía saber por qué la “idoneidad” era un requisito esencial.</p> <p>II. Con relación al principio de la contratación estatal vulnerado:</p> <p>(a) ¿Cuál fue el principio contractual vulnerado? (b) ¿En qué disposición jurídica se encuentra consagrado tal principio? (c) ¿Qué faceta, manifestación o regla derivada de dicho principio fue vulnerado? (d) ¿En cuál disposición jurídica se encontraría consagrado tal principio? Y (e) ¿Cuál “requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador” (CSJ SP, 24 de mayo de 2017, rad. 49.819), se conectaba con el principio supuestamente vulnerado por el trámite contractual mencionado?</p> <p>Rta: la fiscalía no incluyó ninguno de esos tres hechos jurídicamente relevantes (a, b, c, d y e).</p>	<p>allegados eran falsos; (ii) que dos de tales contratos aludía a un objeto que nada tenía que ver con el alumbrado navideño; (iii) que el objeto social de la <i>Fundación</i> era demasiado amplio; y (iv) que el “<i>lugar donde tenía registrado su domicilio, carrera 11No 33-19 de esta ciudad, funcionaba una tipografía</i>”. No obstante, el Tribunal en su sentencia descartó la falsedad de la documentación como fundamento de condena, asumió los otros hechos y agregó uno que no mencionó la Fiscalía: el valor de los contratos allegados por la <i>Fundación de asistencia social</i>.</p> <p>II. Con relación al principio de la contratación estatal vulnerado:</p> <p>(a) ¿Cuál fue el principio contractual vulnerado? (b) ¿En qué disposición jurídica se encuentra consagrado tal principio? (c) ¿Qué faceta, manifestación o regla derivada de dicho principio fue vulnerado? (d) ¿En cuál disposición jurídica se encontraría consagrado tal principio? Y (e) ¿Cuál “requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador” (CSJ SP, 24 de mayo de 2017, rad. 49.819), se conectaba con el principio supuestamente vulnerado por el trámite contractual mencionado?</p> <p>Rta: únicamente el Tribunal Superior agregó que “el funcionario público debía guiarse por los principios de planeación y selección objetiva contenidos en el artículo 209 de la Constitución”.</p> <p>Comentario: así las cosas, el Tribunal adicionó la vulneración de dos principios de la contratación que la Fiscalía</p>
--	---	--



		<p>General de la Nación no mencionó como infringidos por ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA respecto a la supuesta irregularidad de haber seleccionado a la <i>Fundación</i> aun cuando no tenía la capacidad técnica para ejecutar el <i>Convenio de asociación</i> mencionado.</p> <p>Sin embargo, esa adición que realizó el Tribunal, de cara a las exigencias normativas que han sido delimitadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, también resultarían insuficientes pues al leer tal providencia de segunda instancia se evidencia una simple alusión genérica de tales principios sin especificar la regla o subreglas derivadas de ellos que habría sido concretamente infringidas.</p>
--	--	---

Por supuesto, alguien podría pensar que resultaba posible “**sobreentender**” o como dijo el Tribunal “**deducir**”⁶³ de la acusación todos los hechos jurídicamente relevantes que, aunque no se hallaban explícitamente enunciados, se inferían del contexto total de la acusación y que por ello fue legítimo y permitido que tal Corporación de Justicia los agregara en su decisión de segunda instancia. Además, alguien también podría afirmar, a modo de ejemplo, que la ubicación normativa de la “**reconocida idoneidad**”, como requisito esencial del *Convenio de asociación*, era una obvia condición de contratación exigida por la Constitución Política y que, en consecuencia, a tal normatividad se estaba refiriendo la Fiscalía General de la Nación, aun cuando explícitamente nunca lo hubiese señalado, razón por la cual le correspondía al señor **RAMÍREZ HERRERA** “**presuponer**” que el ente acusador le estaba atribuyendo justamente la violación de la Constitución Política y no el incumplimiento de un elemento contractual ubicado en una norma distinta.

Sin embargo, una postura argumentativa de tal índole no solamente sería contraria a la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ya citada, sino que implicaría una violación de los principios de legalidad, derecho de defensa, contradicción y debido proceso porque, entre otras razones, trasladaría la *carga de acusar* al propio procesado quien tendría la obligación de *intuir* cuál es la norma que la Fiscalía tuvo en mente como vulnerada por el acusado con su comportamiento y, además, presentaría como válidos múltiples atentados en contra del principio de congruencia, en la medida que, cualquier hipótesis alternativa que se pueda “deducir razonablemente” de los hechos enunciados por la Fiscalía en la acusación podría ser tenida en cuenta y ser sustento para dictar sentencia, dejando inane el derecho de defensa y de contradicción (haciendo que,

⁶³ Sentencia de segunda instancia, p. 42.



básicamente el sistema penal de tendencia acusatoria, mutara a un sistema inquisitivo donde el Juez es también acusador).

Así las cosas, la sentencia del Tribunal de Bucaramanga al haber fundamentado una condena por hechos que no constaban en la acusación configuró, además de un error de garantía, uno de estructura. Y es que no podemos olvidar, como nos lo ha enseñado la propia Sala de Casación Penal, que resulta irrelevante el hecho de que el procesado no haya logrado tener un conocimiento de la premisa fáctica de la condena previo a la acusación que no obre en tal diligencia, pero sí en la sentencia condenatoria, porque como se ha señalado por tal superioridad, reiterando su propio precedente (CSJ Rad. 51007 de 2019): “*no puede darse por “**sobreentendido**” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos*”, (CSJ Rad. 47671 de 2019) y, por lo tanto, “*tampoco podría darse por “**sobreentendidos**” los hechos, a pesar de que no constan en la acusación, con el argumento de que habían sido formulados desde la imputación*” (CSJ Rad. 47671 de 2019).

De esta manera, se le **SOLICITA** a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que **segregue** de su análisis todos los hechos jurídicamente relevantes que agregó el Tribunal para fundamentar su condena por cuanto ellos *no fueron incluidos en la acusación* y su utilización implicó una violación del debido proceso y el derecho de defensa según se señaló en precedencia.

1.1.3. La consecuencia jurídica de tales yerros.

Con base en la anterior argumentación y solicitud inicial podría pensarse que la consecuencia jurídica de tales yerros es la nulidad, bien de la imputación o acusación, o bien de la decisión de segunda instancia. Sin embargo, la **solución del presente caso** es otra: la **ABSOLUCIÓN**. ¿Por qué? Porque probatoriamente los hechos demostrados seguirían siendo **atípicos objetiva y subjetivamente** según explicaremos en los próximos acápite y, además, porque la forma como redactó los *hechos jurídicamente relevantes* la Fiscalía no fue la consecuencia de una incompetencia intelectual o de la ausencia de conocimientos básicos del derecho penal, sino por causas de carácter probatorio; esto es, que la *evidencia* por ella recaudada y convertida posteriormente en *prueba* durante el juicio oral no daba para más. Sencillamente, los hechos atribuidos eran **atípicos objetiva y subjetivamente** porque, con base en la documentación que tuvo a su mano el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**, la *Fundación de asistencia social*, desde una perspectiva *ex ante*, sí era una persona jurídica idónea para ejecutar el correspondiente *Convenio de asociación* y, además, **así lo creyó** y por esa razón actuó en consecuencia.

Pero, adicionalmente, lo que evidencia el anterior análisis es que, estudiando **tan solo la acusación**, se debería concluir que la *conducta atribuida* al señor **RAMÍREZ HERRERA** fue **atípica objetivamente** porque atribuyó *hechos* que, en sí mismos, **no satisfacen todo el juicio de tipicidad** exigido por el artículo 410 del CP y, precisamente por ello,



también es procedente la absolución. Miremos de forma graficada lo señalado:

Tipo objetivo del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, art. 410.							
1-. El servidor público	2-. que por razón del ejercicio de sus funciones	3-. tramite	4-. contrato	5-. sin observancia	6-. de los requisitos	7-. legales	8-. esenciales.
Los hechos atribuidos por la Fiscalía (basándonos exclusivamente en los aspectos que fueron fundamento de condena por parte del Tribunal Superior de Bucaramanga y <u>no</u> con relación a todos los hechos por los cuales se acusó):							
1-. ÁLVARO RAMÍREZ HERRERA en su condición de secretario de infra-estructura,	2-. En virtud del Decreto 230 de 2011 que por medio de su artículo 1 mantenía en sus secretarios la facultad de "adjudicar, celebrar, terminar, liquidar, modificar, adicionar, prorrogar (...) convenios y en general todos los actos inherentes a la actividad pre-contractual"	3-. Dentro de la fase pre-contractual el 21 de noviembre de 2011 elaboró "un acto de verificación de idoneidad" respecto de la propuesta presentada por la Fundación de Asistencia Social	4-. Que, junto con otros actos, concluyó en el Convenio de Asociación 423 de 2011 entre el municipio de Bucaramanga y la Fundación de Asistencia Social.	5-. Conceptuando que "...la persona jurídica sin ánimo de lucro, se consta la reconocida idoneidad...", aunque "no se tenía la menor noticia de su capacidad técnica, operativa y jurídica para realizar la labora contratada, hasta el punto que hasta el punto que visto su amplio objeto social ello por sí solo indicaba su incapacidad de ejecución y el lugar donde tenía registrado su domicilio, carrera 11No 33-19 de esta ciudad funcionaba una tipografía" y aun cuando los 3 contratos que anexó la Fundación Asistencia Social para probar su capacidad, además de resultar falsos, dos de ellos "nada tenían que ver con la actividad a contratar".	6-. Y lo anterior, a pesar de que en los propios Estudios Previos de fecha 15 de noviembre de 2011, se había consagrado como exigencia que el contratista debía acreditar "una idoneidad relacionada con el ramo de '... alumbrado público y/o alumbrado navideño...' mediante '... tres (3) contratos en los últimos cinco años, cuyo objeto esté relacionado con el especificado en el contrato..."	No menciona el hecho que se adecuaría a este elemento del tipo penal. Por ende, se desconoce la fuente normativa legal, constitucional o reglamentaria con base en la cual, la idoneidad debería exigirse este requisito. Y si bien es cierto se podría considerar que la Fiscalía quiso decir que esa fuente eran los Estudios previos, ello tampoco permitiría lograr un juicio de tipicidad positivo, porque no todo lo que se exija en tal documento será siempre un "requisito legal" que es lo que requiere la ley penal.	No menciona el hecho que se adecuaría a este elemento del tipo penal. Es decir, se desconoce si el requisito echado de menos por la Fiscalía General de la Nación, fue esencial o no lo fue dado que, según se explicó en precedencia, no se vinculó a ningún principio contractual, ni tampoco se señaló ninguna razón por la cual fuera esencial tal condición del Convenio de asociación.



Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación imputó a mi defendido una conducta **atípica objetivamente** porque los *hechos jurídicamente relevantes del 1 al 6*, sin incluir las razones fácticas que satisfacían los requisitos **7 y 8**, constituyen la realización de un trámite contractual que, aun cuando fuera irregular, jamás sería típico penalmente de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, justamente porque, acorde a la atribución de cargos de la Fiscalía, los “requisitos incumplidos” **no** fueron ni “legales”, **ni** “esenciales” y las razones que imputó el Tribunal para satisfacer estas dos últimas condiciones la **agregó** dicha Corporación de Justicia porque en la **Acusación nunca estuvieron**.

1.2. Aun cuando se pasaran por alto los defectos en la confección de los hechos jurídicamente relevantes en que incurrió la Fiscalía, desde el punto de vista probatorio, la conducta demostrada durante el juicio oral no sería típica objetivamente.

Vamos a recordar cada uno de los argumentos del Tribunal Superior de Bucaramanga que se construyeron como fundamento del *juicio positivo de tipicidad* frente a los cargos imputados al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** con el objeto de explicar cómo cada uno de ellos es equivocado o parte de premisas falsas:

Según el *ad quem* mi defendido, en su calidad de secretario de infraestructura, al conceptuar el 21 de noviembre de 2011 mediante *Acta de verificación de idoneidad* que del contratista (la *Fundación de asistencia social*) sí tenía dicha capacidad, aunque carecía de ella, para realizar el alumbrado navideño de Bucaramanga y que, en consecuencia, era “*viable proceder a la suscripción del Convenio de asociación*” incumplió, en dicho trámite, el requisito esencial previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y consistente en que solo se podían celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro “*de reconocida idoneidad*”, vulnerando así los principios de planeación y selección objetiva que regían dicha contratación. Ahora bien, **¿qué premisas soportaron que el Tribunal llegara a tal conclusión?** En esencia las siguientes (aquí haré referencia, exclusivamente, a los argumentos que utilizó el Tribunal para considerar que se daba por probado el *tipo objetivo*, omitiendo las premisas que empleó dicha Corporación de Justicia para soportar la *tipicidad subjetiva* de tal comportamiento, por cuanto a ellas aludiré en el acápite §III.2 del presente memorial):

- Argumento I: como lo dijo la Fiscalía, de “*la relación de tales soportes con el objeto a contratar (...) no resulta claro y por el contrario, evidencia la intención del funcionario de obviar las falencias presentadas y a toda costa elegir a la Fundación de Asistencia Social*”⁶⁴ aun cuando en los falsos soportes que allegó “*solo uno (...) hace alusión a alumbrado público de un parque, los otros dos hacen referencia al mantenimiento de la red eléctrica externa de una empresa (Ripol Service SAS) y el mantenimiento de tres escenarios deportivos*”

⁶⁴ Sentencia de segunda instancia, p. 44.



a cargo del INDERBU, nada de lo cual concuerda con alumbrado público y/o navideño”⁶⁵.

- Argumento II: los estatutos de la *Fundación*, aun cuando hacen “alusión a actividades relacionadas con el alumbrado público (...) lo cierto es que tan amplio portafolio exigía pruebas concretas de haberse adelantado actividades propias de la necesidad establecida en los estudios previos”⁶⁶ sin que así ocurriera por cuanto los contratos que allegaron “distaban de demostrar la capacidad técnica exigida y de contera la idoneidad para desempeñar un contrato de semejante envergadura”⁶⁷.
- Argumento III: “cualquier persona promedio” podía evidenciar que la *Fundación* no tenía “la capacidad para desarrollar el contrato de alumbrado navideño” por “las cantidades tan irrisorias de los contratos arrimados como soportes”⁶⁸ dado que los tres contratos allegados, sumados, arrojaban apenas la suma de \$72’000.000 y el contrato tenía un presupuesto de \$856’512.993 “que representaba aproximadamente 12 veces más de la experiencia falsamente acreditada”⁶⁹ a lo que el Tribunal le sumó el hecho de que la entidad sin ánimo de lucro se encontraba obligada a realizar un aporte de \$74’000.000, reflejándose de todo lo anterior, según su parecer, que dicha persona jurídica no iba a “tener el personal, la logística, el material ni los elementos necesarios para desarrollar un proyecto en menos de un mes”⁷⁰. **Nota:** este argumento también lo analizaremos en la *tipicidad subjetiva* porque de él, el Tribunal derivó, igualmente, un fundamento para la configuración del dolo.
- Argumento IV: lo anterior implicó para el Tribunal un “claro desprecio de los principios de planeación y selección objetiva puesto que el análisis de conveniencia y oportunidad, así como el estudio de la documentación soporte, previa a la celebración del convenio constituyen requisitos de orden esencial a la tramitación del mismo, por ser aplicables a la selección del contratista, independientemente que se haya optado por la modalidad prevista en la constitución política en su artículo 355, ya que como lo argumentara la fiscalía en su alegación final, éste escenario no es ajeno a los principios de la función pública”⁷¹, es decir, se incumplieron los requisitos esenciales al “escoger una entidad que abiertamente no poseía las calidades previstas en la norma ni en los estudios previos”⁷².
- Argumento V la invitación directa que se le realizó a la *Fundación* no fue producto de su reconocida idoneidad, dado que no la tenía, sino con el objeto de favorecerla⁷³, máxime cuando, según el Tribunal, “como lo reclama la Fiscalía, cuál era el aporte significativo de la *Fundación*, cuando por cuenta de la propuesta presentada por Light Colors de manera subrepticia, la secretaria de infraestructura a cargo de Álvaro Antonio Ramírez Herrera no solo contaba con el presupuesto, las especificaciones técnicas e incluso los diseños” sino que también fue esta “quien materializó todos los puntos que

⁶⁵ Sentencia de segunda instancia, p. 44.

⁶⁶ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

⁶⁷ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

⁶⁸ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

⁶⁹ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

⁷⁰ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

⁷¹ Sentencia de segunda instancia, p. 48.

⁷² Sentencia de segunda instancia, p. 50.

⁷³ Sentencia de segunda instancia, p. 49.



se especificaron en los estudios previos constitutivos de la supuesta necesidad de contar con un particular y que fueron calculados en \$74'000.000⁷⁴

1.2.1. Contraargumentos al argumento I del cual concluyó el Tribunal la “ausencia de idoneidad” del contratista y según el cual no existía relación entre los contratos allegados por la Fundación y el objeto a contratar.

1.2.1.1. Cuestión preliminar: problemas con lo estipulado.

Al respecto, en primer lugar, se observan ciertas dificultades de índole demostrativo que surgen de la forma como se efectuaron las estipulaciones probatorias porque, por ejemplo, al **comparar** los hechos que dieron por probados las partes y el documento soporte de tales estipulaciones, pareciera que existen diferencias relevantes entre la *información* que surge del *documento soporte* y lo que la *estipulación afirma que contiene dicho documento*. Entonces, puede ocurrir que se tergiversó el *dato de prueba* al estipularse o que se demostró únicamente *parte* de los *datos de prueba* que aparecían en la documentación soporte, lo que podría afectar la valoración de lo ocurrido. Así pues, analicemos, ejemplificativamente la **divergencia** que se presentó entre las **condiciones de idoneidad** exigidas, supuestamente, en los *Estudios previos* y lo que dice el soporte documental:

<p>Estos son los hechos que en la Estipulación probatoria se dieron por ciertos respecto a lo que tenía que acreditar la entidad para dar por probada su respectiva “idoneidad” (Documento digital: “091ActaJuicio20201106.pdf”. Pág. 2 // Audiencia de Juicio Oral del 06 de noviembre de 2020):</p>
<p>SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EN LOS ESTUDIOS PREVIOS SE CONSAGRÓ QUE SE REQUERÍA ASOCIAR CON UNA ENTIDAD QUE TENGA CAPACIDAD Y EXPERIENCIA PARA DESARROLLAR EL OBJETO CONTRACTUAL Y QUE CUENTE CON LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y CAPACIDAD OPERACIONAL, QUE REQUIERE EL ADELANTAMIENTO DEL ALUMBRADO NAVIDEÑO DE LA CIUDAD.</p>
<p>Lo que de verdad se exigió en los Estudios previos (Documento digital: ubicado en la carpeta de pruebas como “041Prueba20.pdf”. Pág. 12):</p>
<p>6. REQUISITOS DE IDONEIDAD PARA EJECUTAR EL CONVENIO</p> <p>ASPECTOS JURIDICOS</p> <ul style="list-style-type: none">➤ Carta de presentación de la propuesta➤ Certificado de Existencia y Representación Legal➤ Copia de los estatutos de la entidad respectiva➤ Manifestación expresa de no estar incurso en inhabilidades e incompatibilidades➤ Certificación de acreditación de pago de parafiscales➤ Certificado de Antecedentes Disciplinarios de la Procuraduría➤ Certificado de Antecedentes Fiscales de la Contraloría➤ RUT➤ Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía del Representante Legal➤ Fotocopia de la Libreta Militar para menores de 50 años <p>ASPECTOS TECNICOS – IDONEIDAD RELACIONADA</p> <p>Para acreditar la experiencia, se ha debido realizar mínimo TRES (03) contratos en los últimos cinco años, cuyo objeto esté relacionado con el especificado en el presente contrato, es decir alumbrado público y/o Alumbrado Navideño.</p>

ALCALDIA DE BUCA
SECRETARIA ADMIN
AUTENTIC
El presente documento e
ceda de su original, e
al Archivo general.
Fecha: 12 FE
Firma:

⁷⁴ Sentencia de segunda instancia, p. 49.



Como puede observarse con suma facilidad, mientras que en la *Estipulación probatoria* se dio por demostrado que mi defendido **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** exigió en los estudios previos **(i)** capacidad y experiencia para desarrollar el objeto contractual; **(ii)** que cuente con organización administrativa; y **(iii)** que cuente con capacidad operacional para realizar el alumbrado navideño; en los verdaderos *Estudios previos*, **por el contrario**, únicamente exigió acreditar experiencia con 3 contratos ejecutados los últimos 5 años, cuyo objeto estuviera relacionado con el alumbrado público o el alumbrado navideño, **sin que se exigiera para su contratación** que la entidad sin ánimo de lucro debiera tener “*organización administrativa*” y “*capacidad operacional*” para realizar el alumbrado navideño. Es decir, estas **exigencias adicionales** fueron, sencillamente, un **invento** de quienes realizaron las estipulaciones probatorias que, en verdad, nunca se pidieron en los *Estudios previos* por mi defendido (al menos no en dicho acápite). Por lo tanto, se observa necesario efectuar un análisis más detallado de las estipulaciones mencionadas así:

Si examinamos lo atinente al decurso del presente proceso penal y los avatares para llegar a unas estipulaciones probatorias, nos percataremos que ellas se confeccionaron de manera fragmentada (desde la Audiencia Preparatoria y durante varias sesiones del Juicio Oral) y luego de muchas correcciones que realizara el *a quo* y algunas observaciones de los señores defensores, hasta llegar finalmente a aparecer diseminadas y transcritas en diversas *Actas de Audiencia del Juicio Oral* según pasaremos a detallar a continuación. Sin embargo, antes de hacerlo, quiero explicar que el **objetivo** de realizar este resumen en torno a lo estipulado probatoriamente y a la documentación efectivamente incorporada durante las *Audiencias de Juicio oral*, es *verificar* si los *Estudios previos* que realizó mi defendido, así como los 3 “contratos” que allegó a la *Fundación de asistencia social* a la secretaria de infraestructura del municipio de Bucaramanga y el *Acta de verificación de idoneidad* proferida por el sentenciado, cuyo *concepto* allí vertido y su supuesta incorrección serían el **fundamento de la condena del Tribunal**, fueron **incorporados como prueba documental** al presente juicio oral, si se estipularon como objeto o como soporte o si su existencia y contenido se demostró de alguna otra manera o ninguna. Lo anterior es **relevante** porque ante la aparente tergiversación de los hechos que dieron por probados las partes con relación a lo que supuestamente exigían los *Estudios previos* para que la entidad sin ánimo de lucro pudiera acreditar su idoneidad (según se explicó en precedencia) y, además, la extraña forma en que se estipularon los hechos de este caso, asaltan dudas acerca de qué pruebas realmente existen en el presente proceso penal, máxime cuando los tres grupos de documentos anteriormente mencionados eran la **clave** del argumento medular de responsabilidad penal que delimitó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga habida cuenta que: **(i)** el *Acta de verificación de idoneidad* y el “concepto” allí vertido, sería el *hecho jurídicamente relevante* que se adecuaría al **verbo rector** del artículo 410 del CP; es decir, constituiría el “**trámite**” que supuestamente habría realizado **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** en la fase precontractual y, además, la conducta de haber “**incumplido**” durante tal trámite con el requisito contractual de la “*idoneidad*” que la Fiscalía le atribuyó como exigencia al mismo; y **(ii)** el efectivo “**incumplimiento**” de tal



requisito surgiría, según el Tribunal, porque en los *Estudios previos*, siguiendo el artículo 355 de la Constitución Política, se exigió una “reconocida idoneidad” que debía ser acreditada con 3 contratos relacionados con alumbrado navideño, los cuales, aunque se allegaron, según el *ad quem*, no cumplían con tales estándares que previamente se habían requerido. Por ende, como “**incumplir**” es **no cumplir con un deber** y, en este caso, ese **deber**, según el Tribunal, surgía de los *Estudios previos* y su **no observancia** se derivó de la incapacidad técnica que tenía la *Fundación de asistencia social* acorde los 3 contratos que efectivamente allegó, era fundamental **probar** qué decían los *Estudios previos* acerca de cómo demostrar la idoneidad y qué clase de idoneidad se exigía y, además, también era importantísimo llegar a conocer durante el juicio oral, *qué probó* la *Fundación de asistencia social*, para ese momento precontractual con la documentación que efectivamente aportó, porque, sino, **¿cómo podríamos hacer entonces el análisis de responsabilidad penal?**

Por estas razones, esta Defensa se ha tomado el tiempo de **verificar** si la documentación mencionada **se probó o no se probó** y a través de cuál medio de conocimiento (entre ellos las estipulaciones probatorias cuyo alcance y estructura serán analizados en los acápite siguientes). Pero, por ahora, miremos lo referente a la forma como se demostró o intentó demostrar la documentación anteriormente señalada:

- Primera Sesión de la Audiencia de Juicio Oral realizada el 18 de septiembre de 2019⁷⁵: se logra una sola estipulación atinente a tener por probado la existencia del certificado de Cámara de Comercio de la *Fundación de asistencia social*. No obstante, aunque la Fiscalía allegó un acta en donde se concretaban todas las estipulaciones la Fiscalía manifestó, luego de un receso, que por un diálogo que sostuvo con los defensores se aplazaba la incorporación de tales acuerdos probatorios para la próxima diligencia. Así mismo, aunque se incorporaron algunos documentos con una testigo, ninguno de ellos fueron los *Estudios previos*, los 3 contratos allegados por la *Fundación* o el *Acta de verificación de idoneidad*.
- Segunda Sesión de la Audiencia de Juicio Oral realizada el 23 de octubre de 2019⁷⁶: con relación a las estipulaciones probatorias se manifiesta que se introducirán en la próxima sesión. Así mismo, con múltiples testigos incorporan gran cantidad de documentos. No obstante, ninguno de ellos fueron los *Estudios previos*, los 3 contratos allegados por la *Fundación* o el *Acta de verificación de idoneidad*.
- Tercera Sesión de la Audiencia de Juicio Oral realizada el 06 de noviembre de 2020: se efectuaron 10 estipulaciones probatorias. En todas se acuerdan

⁷⁵ **Nombre del archivo digital**: “072ActaJuicio20190918”; **Ubicación del archivo** [carpetas del expediente digital]: 01PrimeraInstancia / 01PrimeraInstancia / C01 / 02Conocimiento / 001Carpeta1; **Nombre del audio de la audiencia de juicio oral**: “008AudioJuicio20190918.mp3”; **Ubicación del archivo**: 01PrimeraInstancia / 01PrimeraInstancia / C01 / 02Conocimiento / 004MaterialMultimedia /

La **ubicación de los archivos digitales** (*actas de audiencia* y *audios de la audiencia*) es la misma de la primera audiencia de juicio oral en el expediente digital. Por lo tanto, se **omitirá** su referencia y tan solo mencionaremos el “nombre del archivo” con el cual aparece.

⁷⁶ **Nombre del archivo digital**: “074ActaJuicio20191023”; **Nombre del audio de la audiencia de juicio oral**: “009AudioJuicio20191023”.



tener por probados múltiples “hechos” y manifiesta la Fiscalía que la documentación que se anexa a tales estipulaciones se allega como “soporte”. Así mismo, respecto a la *Estipulación No 2* (que sería en donde las partes acordaron tener por cierto el hecho en el que esta Defensa considera existe disconformidad entre *Estipulación* y *soporte documental*) aparecen estipulados alrededor de 26 grupos de hechos separados por guiones en el *Acta de audiencia* del Juicio Oral. Al respecto, destacaré como *relevantes* para el análisis que se realizará en el presente acápite, los siguientes acuerdos probatorios que aparecen en la *Estipulación No 2*:

- SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO 423 DE 2011 SE REALIZARON LOS ESTUDIOS PREVIOS DE FECHA 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, SUSCRITO POR ALVARO RAMIREZ HERRERA COMO SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA DE BUCARAMANGA Y QUE EN ESOS ESTUDIOS PREVIOS SE INDICÒ QUE EL PLAZO ERA DE DOS MESES CONTADOS A PARTIR DEL ACTA DE INICIO. TAMBIÈN SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EN LOS MENCIONADOS ESTUDIOS PREVIOS SE INDICÒ Y CONSIDERÒ IMPERANTE CONTAR CON EL APOYO DE UN PARTICULAR QUE COOPERE ECONOMICAMENTE LA REALIZACIÓN DEL PROYECTO, PORQUE DE ACUERDO A LAS COTIZACIONES DEL MERCADO, RESULTABA MÁS COSTOSA LA CONTRATACION MEDIANTE OTRA MODALIDAD, TODA VEZ QUE NO SE CONTABA CON LA TOTALIDAD DE RECURSOS NECESARIOS PARA MATERIALIZAR EL PROYECTO NI TIENE EN SU PERSONAL PROFESIONALES QUE SE DEDIQUEN AL DISEÑO DE LOS ELEMENTOS REQUERIDOS PARA CUMPLIR CON ESTE OBJETIVO Y EN CONSECUENCIA SE CONSIDERÒ EL CONVENIO DE ASOCIACIÓN COMO UN MECANISMO EFICAZ PARA VIABILIZAR EL PROYECTO.
- SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EN LOS ESTUDIOS PREVIOS SE CONSAGRÒ QUE SE REQUERÍA ASOCIAR CON UNA ENTIDAD QUE TENGA CAPACIDAD Y EXPERIENCIA PARA DESARROLLAR EL OBJETO CONTRACTUAL Y QUE CUENTE CON LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y CAPACIDAD OPERACIONAL, QUE REQUIERE EL ADELANTAMIENTO DEL ALUMBRADO NAVIDEÑO DE LA CIUDAD.
- SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EL 21 DE NOVIEMBRE DE 2011 EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA FUNDACION DE ASISTENCIA SOCIAL CARLO ARTURO SUAREZ GAITAN ALLEGA A LA SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, PROPUESTA PARA EL ALUMBRADO NAVIDEÑO DE BUCARAMANGA, APORTANDO PARA ACREDITAR EXPERIENCIA CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS FECHADO EL 27 DE NOVIEMBRE DE 2009, CERTIFICACION DEL 29 DE ABRIL DE 2011 Y CONTRATO DE OBRA No.264 de 2011. (FOLIOS 53 y 110 a 113).
- SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EL 21 DE NOVIEMBRE DE 2011 EL SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA ALVARO RAMIREZ HERRERA SUSCRIBE ACTA DE VERIFICACION DE IDONEIDAD DE LA FUNDACION DE ASISTENCIA SOCIAL, SEÑALANDO QUE VERIFICADA LA EXPERIENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA SIN ANIMO DE LUCRO, SE CONSTATÒ LA RECONOCIDA IDONEIDAD Y EN CONSECUENCIA ERA VIABLE PROCEDER A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN. TAMBIÈN SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EN ESE MISMO DOCUMENTO SE CONSAGRÒ QUE PARA ACREDITAR EXPERIENCIA DE LA FUNDACION DE ASISTENCIA SOCIAL SE APORTÒ CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, SIENDO CONTRATANTE DISTRIMEQ LTDA, OBJETO DEL CONTRATO: PRESTACION DE SERVICIO Y SUMINISTRO DE ALUMBRADO PÚBLICO EN DECORACIÓN NAVIDEÑA DEL PARQUE ANTONIO GARRIDO FRENTE A LAS INSTALACIONES DE DISTRIMEQ LTDA, VALOR DEL CONTRATO \$45.500.000; DOCUMENTO APORTADO: CERTIFICACION, CONTRATANTE: SERVICES RIPOLL, OBJETO DEL CONTRATO: SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO INCLUYENDO MATERIALES, DE LA RED ELECTRICA INTERNA,



CABLEADO, LAMPARAS, BALASTRO, SUMINISTRO Y CAMBIO DE BOMBILLOS METALAR DE 400 W PARA LA PARTE EXTERNA DE LA EMPRESA, VALOR DEL CONTRATO; \$16.500.000; DOCUMENTO APORTADO: CONTRATO DE OBRA, CONTRATANTE: INDERBU, OBJETO DEL CONTRATO: REALIZAR EL MANTENIMIENTO, REPARACION Y ADECUACIÓN EN LOS ESCENARIOS DEPORTIVOS DE ALTO RENDIMIENTO ADMINISTRADOS POR EL INDERBU, DE ACUERDO A LAS OBLIGACIONES DESCRITAS PARA EL CONTRATISTA Y A LO CONSAGRADO EN EL ALCANCE DEL OBJETO. OBLIGACIONES: INSTALACION DE BOMBILLOS METALAC, BALASTROS Y CONDENSADORES, ETC. VALOR DEL CONTRATO; \$10.500.000. (FOLIO 116).

Por supuesto, los “soportes” de todas las estipulaciones fueron entregados y aparecen en el archivo digital del presente proceso penal. En particular, lo que nos interesa, los *Estudios previos*, los 3 contratos (o la documentación que allegó la Fundación) y el *Acta de verificación de idoneidad* los encontramos con el siguiente nombre en el archivo digital: “041Prueba20”⁷⁷. Y la *primera página* de ese archivo tiene un papelito cuadrado, color rosa, quizá grapado en el expediente físico original por alguien del juzgado o por la fiscalía, que dice “*Estipulación No 2, prueba # 20*”. Esto lo pongo de presente, porque tendrá relevancia cuando nos refiramos al *alcance* de las estipulaciones probatorias. Pues bien, al interior de ese documento pdf aparecen, entre otros, los siguientes documentos: **(i)** los *Estudios previos* desde la página 6 y hasta la página 13; **(ii)** la documentación que presentó la *Fundación de asistencia social* aparece desde la página 17 y hasta la página 21; y **(iii)** el *Acta de verificación de idoneidad* aparece en la página 22.

- Demás sesiones del Juicio oral: en ninguna de tales sesiones de la Audiencia de Juicio Oral se incorporaron los documentos anteriormente referidos. Por lo tanto, en principio, tan solo existirían como *soporte* de la *Estipulación No 2* de la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, **¿qué implicaciones tiene lo anterior para nuestro caso?** Para dar respuesta a esta pregunta abordaremos varios problemas jurídicos: **(i)** *¿Qué reglas jurídicas rigen en materia de estipulaciones probatorias?*; **(ii)** *¿Qué alcance tuvieron las estipulaciones probatorias realizadas entre la Fiscalía y la Defensa en el presente caso?*; y **(iii)** *Dependiendo del alcance que deba dársele a las estipulaciones probatorias, ¿qué solidez tendría el argumento I del Tribunal Superior de Bucaramanga?*

1.2.1.1.1. ¿Qué reglas jurídicas rigen en materia de estipulaciones probatorias?

Acorde el Código Procesal Penal vigente y la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, las reglas en torno a

⁷⁷ **Ubicación del archivo:** 01PrimeraInstancia / 01PrimeraInstancia /C01 / 02Conocimiento / 003Pruebas En cuanto al **nombre del archivo que contiene en el Acta de audiencia** es este: 091ActaJuicio20201106. Y el **nombre del archivo que contiene el audio de la audiencia de juicio oral** es este: 010AudioJuicio20201106



las estipulaciones probatorias que debieron ser respetadas al momento de confeccionarse en el presente proceso penal son las siguientes:

- (i) Está suficientemente claro que las estipulaciones deben versar sobre “aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renunciación de derechos constitucionales” (art. 10 de la Ley 906 de 2004), bajo el entendido de que las mismas constituyen “acuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias” (art. 356 ídem).
- (ii) Solo pueden referirse a hechos (rad. 36445, 26 oct. 2011), es decir, no se estipulan “pruebas”. La estipulación sería, entonces, la *prueba del hecho* que se dé por cierto.
- (iii) Por supuesto, es posible estipular hechos jurídicamente relevantes (“A” *tiene un trastorno mental*) más no su connotación jurídica (“A” *es inimputable*)⁷⁸ y también hechos indicadores con los que sea posible construir un indicio (“A” *5 minutos después de escucharse el disparo, salió corriendo de donde se produjo el disparo con un objeto en las manos que arrojó por el puente del río X*) y aspectos fácticos atinentes a la autenticación de evidencias (*El documento X no ha sido alterado y lo creó “A”*) o relativo a la pertinencia de las mismas (*La muestra de sangre encontrada el día 3 de mayo de 2016 en lugar en que falleció X y rotulada como 1A pertenece a la persona muerta X*) [Vgr., AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019, (rad. 50696)].
- (iv) En cuanto a documentos es necesario diferenciar si dicho “documento” es **tema de prueba** (como ocurre en la *Falsedad documental* donde justamente el “documento” constituye uno de los elementos del tipo penal; más exactamente el objeto material) o si se trata de un **medio de prueba** (que sería lo que sucede cuando el documento, en sí mismo, no es algo que se quiera probar, sino que se utiliza como *instrumento* en el que se contiene una *información* con la cual busca demostrar de forma directa o indirecta algo que *sí* es tema de prueba; por ejemplo, como ocurre cuando con el *acta de necropsia* se busca demostrar, no el “acta” y sus folios, sino la causa de muerte o el hecho mismo de que determinada persona sí murió) [AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019, (rad. 50696)].
- (v) Frente a los **anexos** de la estipulación probatoria estos pueden tener la calidad de “**soportes**” si con ellos se busca *darle confianza al juez* que no se están dando por ciertos *hechos falsos*. Sin embargo, **no es obligatorio ni deseable su aporte** porque, sencillamente, lo único que se prueba, en estos casos, es **el hecho**

⁷⁸ CSJ AP, 27 abr 2022, rad. 56252.



estipulado y, en consecuencia, tales **“soportes”** no podrán ser valorados; es decir, es como si NO existieran⁷⁹. En cambio, si los documentos son el **“objeto”** de la estipulación, el **documento sí puede ser valorado** porque lo acordado por las partes es la existencia misma del documento y su contenido: *“Por ejemplo, cuando en los casos de prevaricato, la fiscalía y la defensa dan por probado que el procesado emitió una determinada decisión, y que lo hizo a partir de una específica realidad procesal. En esos eventos, el documento contentivo de la decisión (sentencia, resolución, etcétera) ingresa como objeto de la estipulación (“esta fue la decisión que el juez tomó”), y lo mismo sucede con los documentos contentivos de las pruebas, los alegatos que en su momento presentaron las partes, etcétera (“estos son los elementos de juicio con los que contaba”).”* (CSJ SP9621-2017, rad. 44932, 05 de julio de 2017).

- (vi) Por supuesto, la distinción entre documento como **“soporte”** y documento como **“objeto”** dependerá, a su vez, entre otros factores, de si el documento es **“tema de prueba”** (razón por la cual se puede estipular como *objeto*) o es un **“medio de prueba”** (en cuyo caso lo que se puede acordar es tener por probado el *hecho concreto* y, ante esta situación, el “documento” será apenas un “soporte”). Al respecto, dijo recientemente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (SP3773-2022, rad. 54.239, 02 de noviembre de 2022):

“4.1.2.1. No puede confundirse el documento -como objeto de estipulación- con las evidencias que se presenten como soporte de aquélla.

47. *“Mediante CSJ SP 5 jul. 2017, rad. 44.932, la Sala hizo hincapié en la necesidad de hacer esta diferenciación, porque de ella depende, en buena medida, que las estipulaciones cumplan las funciones establecidas en la ley. Es posible que algunos documentos o declaraciones hagan parte del tema de prueba, por lo que pueden ser objeto de estipulación.*

Por ejemplo, si a un médico se le acusa de haber consignado información falsa en una historia clínica o de haber emitido un dictamen que no consulte la realidad, esa historia clínica y ese dictamen hacen parte de los hechos jurídicamente relevantes, de la misma manera como lo sería una declaración en casos de falso testimonio, injuria o calumnia, o las lesiones, la muerte y la causa de ésta, en un caso de homicidio.

*En esos eventos, si se da por sentado que ese fue el dictamen emitido por el procesado, ese **hecho** no podrá ser debatido durante el proceso. Empero, la historia clínica o el dictamen pueden constituir **medios para acreditar un hecho** que hace parte del tema de prueba, como sucede, por ejemplo, con el **dictamen del médico legista acerca de las lesiones y la causa de la muerte en un caso de homicidio**. En esos eventos, la estipulación debe tener como objeto el número y características de las lesiones, la causa de la muerte, etcétera. Si logrado ese acuerdo probatorio **la necropsia se presenta como “soporte de la estipulación”, la misma no podrá ser objeto de valoración y, en ninguna***

⁷⁹ SP3773-2022, rad. 54.239, 02 de noviembre de 2022: *“Si logrado ese acuerdo probatorio la necropsia se presenta como “soporte de la estipulación”, la misma no podrá ser objeto de valoración y, en ninguna circunstancia, a partir de la misma pueden darse por probados hechos que no quedaron claramente cobijados con la estipulación.”*



circunstancia, a partir de la misma pueden darse por probados hechos que no quedaron claramente cobijados con la estipulación.

El juez solo puede basarse en las pruebas practicadas a la luz de los principios de inmediación, contradicción y concentración (art. 16 C.P.P.), a no ser que las partes hayan decidido excluir alguno o varios hechos del debate, a través de las estipulaciones, las que deben ser suficientemente claras, según se indica en el presente fallo”.

4.1.2.2. La estipulación de documentos, cuando los mismos hacen parte del tema de prueba.

48. “Es posible que, en algunos casos, ciertos documentos hagan parte del tema de prueba, como sucede, por ejemplo, con los expedientes dentro de los cuales se tomaron las decisiones tildadas de manifiestamente contrarias a la ley, en los casos de prevaricato.

Es común que en este tipo de casos no se discuta cuál fue la decisión tomada por el servidor público ni cuáles las pruebas, los alegatos de las partes y demás información allegada al trámite o expediente, que tuvo en cuenta para emitirla. Ello suele ser así, por la forma como este tipo de asuntos deben ser documentados.

Por estas razones, es posible que las partes decidan dar por probados esos dos aspectos: i) que esa es la decisión tomada por el servidor público y ii) que el documento -carpeta, expediente, etcétera- da cuenta de la información con la que este contaba para emitir la decisión que la Fiscalía considera manifiestamente contraria a la ley. El juez debe estar atento a constatar que la voluntad de las partes se orienta a suprimir ambos hechos del debate.

Si lo anterior sucede, las partes no podrán presentar pruebas para modificar esa realidad, por las razones ya indicadas, ni el juez estará habilitado para declarar una cosa distinta a la que acordaron las partes”.

(vii) En torno a las consecuencias jurídicas de una errada estipulación, igualmente, dijo la Corte Suprema de Justicia en la decisión citada:

“4.1.4. Los deberes de las partes al concretar las estipulaciones probatorias.

50. “La facultad de celebrar estipulaciones está reservada a las partes. Por tanto, en principio es a éstas a quienes les corresponde asegurarse de que tales acuerdos cumplen los requisitos legales, entre los que se destacan su claridad y que tengan por objeto uno o varios de los hechos que integran el tema de prueba.

*A la luz de los principios de lealtad y legalidad, las partes no pueden servirse de la ambigüedad de las estipulaciones para sacar adelante sus pretensiones, entre otras cosas porque: i) un acuerdo probatorio poco claro es contrario a las normas que regulan esa figura; ii) **la falta de precisión acerca de los hechos que quedarán por fuera del debate afecta la estructura del proceso, pues no puede delimitarse el objeto de controversia, de lo que depende la decisión sobre la admisibilidad de las pruebas, la pertinencia de los alegatos de las partes y el margen de decisión del juez;** iii) la falta de claridad sobre los términos del acuerdo puede afectar los derechos de las partes e intervinientes, en cuanto puede determinar las solicitudes probatorias, la concreción de las estrategias, etcétera y iv) nadie puede pretender beneficiarse de su propio dolo ni de su propia incuria, mucho menos en un ámbito que compromete tantos aspectos constitucionalmente relevantes como lo es el proceso penal”.*



4.1.5. El rol del juez frente a las estipulaciones.

51. “En materia de estipulaciones, la dirección del juez (CSJ AP 8 mar. 2018, rad. 51.882) resulta fundamental para lograr que estos convenios cumplan su función de **depurar el tema de prueba** y, por tanto, de **dinamizar el proceso**. Visto de otra manera, el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso para evitar estipulaciones que: i) no se refieran a hechos, según lo explicado en precedencia; ii) sean ambiguas o contradictorias; iii) **en sí mismas impliquen el fracaso de la pretensión punitiva o haga nugatorias las posibilidades de defensa** y iv) por cualquier otra razón resulten contrarias a los fines y la reglamentación de este tipo de convenios.

Cuando se presenten estos eventos, el juez debe ejercer las labores de dirección necesarias para aclarar el sentido y alcance de las estipulaciones, pues, en todo caso, debe procurarse la depuración del proceso, en orden a que su trámite sea más expedito, lo que constituye uno de los presupuestos para que la justicia sea pronta y eficaz.

En lo que concierne a la imposibilidad de que las estipulaciones impliquen, en sí mismas, el fracaso de la pretensión punitiva del Estado, el juez debe tener como referente la acusación, bajo el entendido que ésta constituye el componente principal del tema de prueba. En la misma lógica, **debe estar atento a las consecuencias inherentes a los acuerdos probatorios frente a las posibilidades de defensa, pues no podrá admitirlas cuando las mismas conduzcan irremediablemente a una condena**”.

4.1.6. El carácter vinculante de las estipulaciones que se ajustan a los requisitos legales.

52. “Para que una estipulación se ajuste al ordenamiento jurídico es necesario que: i) no implique, en sí misma, que la acusación pierda fundamento ni que el procesado quede sin posibilidades de defensa; ii) tenga como objeto uno o varios de los hechos integrantes del tema de prueba; iii) esté expresada con total claridad, esto es, debe existir certeza acerca del hecho que se suprime del debate y iv) no conlleve la afectación de derechos fundamentales.

Bajo esas condiciones: i) son impertinentes las pruebas relacionadas con el hecho estipulado; ii) como son inadmisibles las pruebas orientadas a debatir el hecho estipulado, las partes no se pueden retractar de este tipo de acuerdos, pues privarían a su antagonista de demostrar ese aspecto factual objeto del acuerdo y iii) si se permitiera la presentación de pruebas atinentes al hecho estipulado, el acuerdo carecería de sentido”.

4.1.7. El carácter no vinculante de las estipulaciones ilegales.

53. “Así como una estipulación que se ajuste al ordenamiento jurídico puede tener efectos favorables en el proceso, principalmente por la simplificación de ésta, las que sean **contrarias a las previsiones legales pueden dar lugar a traumatismos procesales e, incluso, a la anulación del trámite**.

Una estipulación ilegal puede afectar la **estructura del proceso**, como quiera que i) tiene aptitud de determinar las decisiones sobre las pruebas que se practicarán en el juicio, ya que serán impertinentes las que se refieran exclusivamente al hecho cobijado con la estipulación; ii) está en capacidad para afectar la práctica de las pruebas, pues no es dable reabrir el debate sobre los aspectos estipulados y iii) tiene incidencia en la decisión judicial.

Uno de los vicios más frecuentes de las estipulaciones es su falta de claridad. Entre otros eventos, ello sucede cuando: i) el objeto de esta no es un hecho - indicador, jurídicamente relevante, atinente a la autenticación de una evidencia,



etcétera- o (ii) la estipulación admite dos o más interpretaciones -en cuanto al objeto del acuerdo-.

Los anteriores vicios pueden ocurrir por diversas razones, entre ellas: i) la forma como se redacta el acuerdo; ii) la remisión a documentos que pueden contener información sobre múltiples aspectos factuales relevantes para el proceso, como suele suceder con las historias clínicas, los informes de necropsia, los informes presentados por los investigadores, entre otros y iii) la confusión que suele existir entre los documentos como “soporte” de la estipulación (por ejemplo, se estipula que la muerte ocurrió por el disparo en el corazón y se anexa la necropsia) y los documentos como objeto de la estipulación (como cuando se estipula que un determinado expediente fue el que tuvo ante sí el procesado cuando emitió la decisión tildada de manifiestamente contraria a la ley).

Bajo el entendido que las partes han de evitar estas equivocaciones y que el juez debe ejercer su rol de director de la audiencia para que las mismas no se presenten e impacten negativamente el proceso, cuando estas irregularidades se presentan el juzgador debe considerar: i) la incidencia del acuerdo irregular en la solución del caso, así como ii) las implicaciones para la estructura del proceso y para los derechos de las partes e intervinientes de las decisiones que se tomen frente a las estipulaciones celebradas en contravía de lo establecido en el ordenamiento jurídico.

En todo caso, el juez debe considerar que una estipulación que en sí misma determine el sentido de la decisión (porque descarte la acusación o prive de posibilidades de defensa al procesado), afecta la estructura del proceso, toda vez que: i) si lo que se pretendía era desestimar la acusación, el ordenamiento jurídico consagra diversos mecanismos (preclusión, absolución perentoria, etcétera) que establecen un procedimiento orientado a garantizar los derechos de las víctimas, los controles asignados al Ministerio Público, etcétera; ii) si el acuerdo probatorio implica necesariamente la condena, el mismo estaría reemplazando los mecanismos establecidos para la terminación anticipada de la actuación penal, que igualmente depende de mecanismos para garantizar los derechos de las partes e intervinientes y iii) cuando la estipulación tiene dicho alcance, en el fondo entraña la negación del proceso mismo, entendido como un escenario dialéctico - en cuanto se enfrentan dos posturas antagónicas- orientado a resolver sobre la responsabilidad penal.

De otro lado, cuando la estipulación es ambigua, no puede perderse de vista que: i) en principio, esa falta de claridad es atribuible a las partes que elaboran y presentan el acuerdo probatorio; ii) el fin de las estipulaciones es la depuración o simplificación del proceso, mas no hacer incurrir en error a la contraparte o aprovecharse de cualquier descuido en que ésta pueda incurrir y iii) el juez debe dirigir adecuadamente el proceso, en este caso, para evitar el ingreso de estipulaciones que lo desestructuren o generen posteriores debates innecesarios.

Cuando fallen los anteriores filtros (el cuidado que deben tener las partes y la dirección del proceso por parte del juez) y ello dé lugar a una estipulación ambigua, principalmente porque admite más de una interpretación plausible en cuanto a su sentido y alcance, el juez debe evaluar, entre otras cosas: i) la trascendencia del acuerdo probatorio para la solución del caso; ii) la afectación de los derechos de las partes e intervinientes, derivada de asumir una de las interpretaciones posibles de la estipulación y iii) si partes pierden la posibilidad de presentar pruebas al estipular un hecho y iv) si la ambigüedad de estos acuerdos le es imputable a ambas partes.

Una vez analizado el impacto de una estipulación contraria al ordenamiento jurídico, según las particularidades del caso, ha de decidirse si es necesaria la nulidad de la actuación, lo que irremediamente debe estar atado al impacto del acto irregular en la estructura del proceso y en las garantías debidas a las partes e intervinientes”.



1.2.1.1.2. ¿Qué alcance tuvieron las estipulaciones probatorias realizadas entre la Fiscalía y la Defensa en el presente caso?

Existen dos hipótesis posibles: la **hipótesis I** se basaría en la literalidad de lo *estipulado* en cuyo caso toda la documentación allegada para *soportar* el acuerdo probatorio No 2, **no sería prueba documental y no podría valorarse**. Tan solo existiría lo que se *verbalizó* en la audiencia como “hechos demostrados”, más no sería prueba (documental) nada de lo que entregó la Fiscalía como *soportes* de tales estipulaciones. En cambio, la **hipótesis II** implica buscar el *sentido* de las estipulaciones probatorias más allá de lo que literalmente dijeron y buscando desentrañar el lenguaje empleado, entender, que la documentación se quiso estipular como “objeto” **pudiéndose, en consecuencia, valorar**. Esta última hipótesis tendría como respaldo la pobreza de los *hechos* que se dieron por probados indicándonos que las partes tenían en mente, en realidad, incorporar toda la documentación mediante la estipulación No 2 al no tener ninguna controversia sustantiva sobre la existencia y contenido de todos los documentos de la fase precontractual, siendo discutido únicamente el alcance jurídico de éstos. Además, el hecho de que sobre la documentación soporte de la estipulación 2 se le hubiese puesto la expresión “*prueba # 20*” parece indicarnos que, en verdad, quisieron tener por probada la *existencia* y *contenido* de toda la documentación (es decir, documentos como “objeto” de la estipulación) y no solamente los hechos verbalizados en el juicio oral.

1.2.1.2. Cuestión de fondo: dependiendo del alcance que deba dársele a las estipulaciones probatorias, ¿qué solidez tendría el argumento I del Tribunal Superior de Bucaramanga?

Ante la **hipótesis I** se tendría por probado lo siguiente (según la *Estipulación No 2*):

SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EN LOS ESTUDIOS PREVIOS SE CONSAGRÓ QUE SE REQUERÍA ASOCIAR CON UNA ENTIDAD QUE TENGA CAPACIDAD Y EXPERIENCIA PARA DESARROLLAR EL OBJETO CONTRACTUAL Y QUE CUENTE CON LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y CAPACIDAD OPERACIONAL, QUE REQUIERE EL ADELANTAMIENTO DEL ALUMBRADO NAVIDEÑO DE LA CIUDAD.

Y, frente a lo acreditado por la *Fundación asistencia social* se dijo en la *Estipulación* lo siguiente:

- SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EL 21 DE NOVIEMBRE DE 2011 EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA FUNDACION DE ASISTENCIA SOCIAL CARLO ARTURO SUAREZ GAITAN ALLEGA A LA SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, PROPUESTA PARA EL ALUMBRADO NAVIDEÑO DE BUCARAMANGA, APORTANDO PARA ACREDITAR EXPERIENCIA CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS FECHADO EL 27 DE NOVIEMBRE DE 2009, CERTIFICACION DEL 29 DE ABRIL DE 2011 Y CONTRATO DE OBRA No.264 de 2011. (FOLIOS 53 y 110 a 113).

Allí no se señala *cuál era el objeto* de tales contratos lo que imposibilita saber si los mismos cumplían o no, con las condiciones que se exigieron en los *Estudios previos*. Para ello se haría necesario *ver el contrato* o la



documentación allegada por la *Fundación*, pero esta no se incorporó como prueba.

Sin embargo, existe otra parte de la *Estipulación probatoria No 2* en la cual se precisa, no lo que decía tal documentación aportada por la *Fundación de asistencia social*, sino lo que supuestamente se afirmó sobre ella en el *Acta de verificación de idoneidad*:

- SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EL 21 DE NOVIEMBRE DE 2011 EL SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA ALVARO RAMIREZ HERRERA SUSCRIBE ACTA DE VERIFICACION DE IDONEIDAD DE LA FUNDACION DE ASISTENCIA SOCIAL, SEÑALANDO QUE VERIFICADA LA EXPERIENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA SIN ANIMO DE LUCRO, SE CONSTATÒ LA RECONOCIDA IDONEIDAD Y EN CONSECUENCIA ERA VIABLE PROCEDER A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN. TAMBIÉN SE TIENE POR DEMOSTRADO QUE EN ESE MISMO DOCUMENTO SE CONSAGRÒ QUE PARA ACREDITAR EXPERIENCIA DE LA FUNDACION DE ASISTENCIA SOCIAL SE APORTÒ CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, SIENDO CONTRATANTE DISTRIMEQ LTDA, OBJETO DEL CONTRATO: PRESTACION DE SERVICIO Y SUMINISTRO DE ALUMBRADO PÚBLICO EN DECORACIÓN NAVIDEÑA DEL PARQUE ANTONIO GARRIDO FRENTE A LAS INSTALACIONES DE DISTRIMEQ LTDA, VALOR DEL CONTRATO \$45.500.000; DOCUMENTO APORTADO: CERTIFICACION, CONTRATANTE: SERVICES RIPOLL, OBJETO DEL CONTRATO: SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO INCLUYENDO MATERIALES, DE LA RED ELECTRICA INTERNA, CABLEADO, LAMPARAS, BALASTRO, SUMINISTRO Y CAMBIO DE BOMBILLOS METALAR DE 400 W PARA LA PARTE EXTERNA DE LA EMPRESA, VALOR DEL CONTRATO; \$16.500.000; DOCUMENTO APORTADO: CONTRATO DE OBRA, CONTRATANTE: INDERBU, OBJETO DEL CONTRATO: REALIZAR EL MANTENIMIENTO, REPARACION Y ADECUACIÓN EN LOS ESCENARIOS DEPORTIVOS DE ALTO RENDIMIENTO ADMINISTRADOS POR EL INDERBU, DE ACUERDO A LAS OBLIGACIONES DESCRITAS PARA EL CONTRATISTA Y A LO CONSAGRADO EN EL ALCANCE DEL OBJETO. OBLIGACIONES: INSTALACION DE BOMBILLOS METALAC, BALASTROS Y CONDENSADORES, ETC. VALOR DEL CONTRATO; \$10.500.000. (FOLIO 116).

Ante esta realidad procesal el Tribunal manifestó que de “*la relación de tales soportes con el objeto a contratar (...) no resulta claro y por el contrario, evidencia la intención del funcionario de obviar las falencias presentadas y a toda costa elegir a la Fundación de Asistencia Social*”⁸⁰ aun cuando en los falsos soportes que allegó “*solo uno (...) hace alusión a alumbrado público de un parque, los otros dos hacen referencia al mantenimiento de la red eléctrica externa de una empresa (Ripol Service SAS) y el mantenimiento de tres escenarios deportivos a cargo del INDERBU, nada de lo cual concuerda con alumbrado público y/o navideño*”⁸¹.

No obstante, frente a la **hipótesis I** que permite tener por demostrado únicamente lo que se dijo en la *Estipulación No 2* – sin que se pueda acudir a valorar los documentos soporte – aunque **no se puede discutir** la veracidad de los **hechos acordados**, sí es posible **valorar su connotación jurídica y el alcance de ciertas expresiones allí consignadas**. Por lo tanto, pasaremos a demostrar que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior

⁸⁰ Sentencia de segunda instancia, p. 44.

⁸¹ Sentencia de segunda instancia, p. 44.



del Distrito Judicial de Bucaramanga **adecuó erradamente los hechos demostrados** al darle un **alcance que ellos no tenían**.

Comencemos recordando el **baremo de idoneidad** que según la *Estipulación probatoria No 2* se exigió en los *Estudios previos* para que el municipio de Bucaramanga pudiera asociarse con una entidad sin ánimo de lucro y las implicaciones de ello para este proceso penal:

¿Qué se tenía que demostrar por parte de la entidad sin ánimo de lucro?
(i) Capacidad y experiencia para desarrollar el objeto contractual.
(ii) Que cuente con organización administrativa.
(iii) Que cuente con capacidad operacional para realizar el alumbrado navideño.
¿Cómo se debía demostrar?
No se dijo cómo podía hacerlo la entidad. Fundamento de la anterior afirmación: si tan solo nos basamos en las Estipulaciones probatorias – porque sus soportes documentales no se pueden valorar – en ellas no se dice que la entidad tuviera que allegar tres contratos o que se debiera acreditar únicamente de esa manera . Conclusión: acorde a las <i>Estipulaciones probatorias</i> la entidad sin ánimo de lucro podía haber acreditado lo anterior de cualquier forma porque en los <i>Estudios previos</i> – según lo acordado por la Fiscalía y Defensa – no se indicó que tal documentación precontractual exigiera alguna forma especial de acreditación de los tres factores de idoneidad.
Implicaciones para la responsabilidad penal.
La Fiscalía General de la Nación habría comunicado como hechos jurídicamente relevantes en la acusación que el requisito de <i>idoneidad</i> se acreditaba, según los propios <i>Estudios previos</i> , mediante tres contratos relacionados con alumbrado público y/o navideño. Sin embargo, mediante la <i>Estipulación probatoria No 2</i> , se habría demostrado algo distinto: la posibilidad de probar de cualquier manera la capacidad operacional para realizar el alumbrado navideño, la experiencia para desarrollar el objeto contractual y la organización administrativa, sin que se necesitara exactamente de 3 contratos relacionados con alumbrado público o navideño, ni tampoco que el único documento viable fuera el “contrato” en sí mismo. Así pues, una cosa es que se hubiese exigido probar a la entidad la efectiva realización de contratos de alumbrado público o navideños y otra cosa muy diferente que se exigiera demostrar capacidad operacional para desarrollar el objeto contractual, experiencia y organización administrativa, porque, esto último, es más laxo que lo anterior. ¿Por qué? Porque entonces se podría haber acreditado la <i>capacidad</i> , la <i>experiencia</i> y la <i>organización administrativa</i> – sin especificaciones de medios demostrativos en específico – aun cuando no hubiese realizado actividades de alumbrado público o navideño, pero la entidad acreditará que sí tenía experiencia con cualquier forma de alumbrado y actividades similares .

Habiéndose precisado lo anterior, se podría **concluir** que se **equivoca el Tribunal** cuando afirma en su argumento que frente a los soportes



allegados por la entidad sin ánimo de lucro “solo uno (...) hace alusión a alumbrado público de un parque, los otros dos hacen referencia al mantenimiento de la red eléctrica externa de una empresa (Ripol Service SAS) y el mantenimiento de tres escenarios deportivos a cargo del INDERBU, nada de lo cual concuerda con alumbrado público y/o navideño”⁸², porque, (si bien el tema de la intencionalidad hace parte del tipo subjetivo que será objeto de análisis posterior) **acorde la Estipulación probatoria No 2**, en los *Estudios previos* **no se exigió que la entidad allegara contratos que “concordaran con alumbrado público y/o navideño”, sino solamente, que la entidad acreditara contar con experiencia frente a la realización de cualquier forma de alumbrado y actividades similares, pudiendo demostrarlo de cualquier forma, por lo que eran otros los requisitos exigibles a la entidad contratista y que debían ser observados por el procesado.**

Entonces, **la exigencia de que los objetos de los contratos “concordaran con alumbrado público y/o navideño”** es invención del Tribunal o una afirmación basada en el desbordamiento del sentido de la *Estipulación probatoria No 2*, al obtener esa información mediante la consulta y valoración velada de los documentos “soporte” del acuerdo probatorio. Sin embargo, si nos atenemos a lo **probado conforme el alcance de la pluricitada Estipulación No 2** tendríamos:

- (i) Que es cierto que la entidad debía **acreditar (a)** capacidad y experiencia para desarrollar el objeto contractual; **(b)** que contaba con organización administrativa; y **(c)** que contaba con capacidad operacional para realizar el alumbrado navideño.
- (ii) Igualmente, que según los *Estudios previos* ello se podía probar de cualquier manera.
- (iii) Que la *Fundación asistencia social* decidió probarlo aportando **(a)** un contrato de prestación de servicios de fecha 27 de noviembre de 2009 con DISTRIMEQ LTDA cuyo objeto fue “prestación de servicio y suministro de alumbrado público en decoración navideña del parque Antonio Garrido”; **(b)** una certificación del 29 de abril de 2011 referida a un contrato con SERVICES RIPOLL cuyo objeto fue “servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, incluyendo materiales de la red eléctrica interna, cableado, lámparas, balastro, suministro y cambio de bombillos metalac de 400 W para la parte externa de la empresa”; y **(c)** y el contrato de obra 264 de 2011 con INDERBU en cual se consagraban como obligaciones del contratista la “instalación de bombillos metalac, balastro y condensadores, etc.”

Así las cosas, desde una perspectiva *ex ante* y basándonos en las *Estipulaciones probatorias No 2* es claro que la entidad sin ánimo de lucro *Fundación de asistencia social* **sí cumplía con la idoneidad** que se requirió en los *Estudios previos* porque ya **con un solo contrato** estaba claro que

⁸² Sentencia de segunda instancia, p. 44.



tenían capacidad operacional y experiencia para realizar el alumbrado navideño porque, justamente, el objeto de uno de los contratos había sido **el mismo**: alumbrado navideño. Entonces, uno podría preguntarse, ¿pero y los otros contratos? Evidentemente estos otros dos contratos no son de alumbrado navideño, ni tampoco de alumbrado público, pero: **uno**, en los *Estudios previos*, según las *Estipulaciones probatorias*, no se dijo que se necesitaran tres contratos, o dos o 5 o algún número superior a uno. Por lo tanto, **con un solo contrato que justamente se refiriera al alumbrado navideño sería suficiente** porque una máxima de la experiencia nos dice “*siempre o casi siempre que alguien ha realizado una actividad, si se le pone a realizar la misma actividad con posterioridad, podrá hacerla de nuevo*”. En consecuencia, si la *Fundación de asistencia social* demostró con un contrato que ya había ejecutado una actividad de alumbrado navideño, obviamente, en esta nueva oportunidad estaría claro que sí podría ejecutar la misma acción sin mayores problemas. **Dos**, los otros dos contratos reforzarían que la *Fundación de asistencia social* en temas **relacionados con iluminación y/o alumbrado** tenía capacidad operacional porque la adquirió mediante la ejecución de otros dos contratos en los que tuvo que realizar “*servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, incluyendo materiales de la red eléctrica interna, cableado, lámparas, balastro, suministro y cambio de bombillos metalac de 400 W para la parte externa de la empresa*” e “*instalación de bombillos metalac, balastro y condensadores, etc.*” que son actividades mucho más complejas que un **alumbrado navideño** cuyas características más evidentes son la “temporalidad” (no más allá de las festividades) y su uso meramente “decorativo”. Es que no estamos hablando de una “*red eléctrica interna*” o la instalación de “*condensadores*” en escenarios deportivos de alto rendimiento que son actividades inmensamente complejas que requiere de personal muy cualificado, sino de un alumbrado navideño el cual, aunque fuera de gran extensión, no iba a tener nunca la complejidad de una iluminación y alumbrado con vocación de permanencia en el tiempo y destinado a un uso cotidiano o más frecuente. Por lo tanto, como existe otra máxima de la experiencia según la cual “*quien puede lo más, puede lo menos*”, estaría claro que si la *Fundación de asistencia social* demostró ser capaz de haber ejecutado contratos de obra cuya complejidad técnica operacional era mayor, resulta absolutamente patente que también podría ejecutar esta nueva actividad de mucha menos complejidad técnica.

Así las cosas, se **equivoca el Tribunal** cuando deduce que el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** incumplió requisitos legales esenciales al conceptuar que la *Fundación de asistencia social* sí tenía idoneidad aun cuando carecía de ella al evidenciarse que dos de los tres contratos allegados “*no concuerdan*” con el “*alumbrado público y/o navideño*”, porque analizando la *Estipulación probatoria No 2* es absolutamente claro que tal entidad sin ánimo de lucro **(i)** no tenía que acreditar su idoneidad con una determinada cantidad de contratos ejecutados previamente; **(ii)** ella sí allegó un contrato cuyo objeto principal concordaba explícitamente con el objeto del contrato estatal; y **(iii)** los otros contratos, aunque no fueran de alumbrado público y/o navideño (lo cual no se exigió en los *Estudios previos*), sí permitían inferir que la *Fundación de asistencia social* poseía capacidad operacional, capacidad administrativa y



experiencia en el objeto contractual, pues reforzaban la habilidad demostrada con el contrato No 1 para realizar actividades de iluminación y alumbrado a nivel general, inclusive, de mayor complejidad.

Pero **¿qué ocurriría si acudimos a la hipótesis II y, de esta forma, reinterpretamos la Estipulación No 2 para así poder “valorar” y “estudiar” los documentos soporte de la misma?** Que la conclusión no sería distinta y, adicionalmente, se vería reforzada por las siguientes consideraciones:

- (i) Según los verdaderos *Estudios previos* la secretaria de infraestructura **no** exigió capacidad operacional, ni administrativa, ni experiencia sobre alumbrado navideño, sino algo más genérico y por lo tanto *aún más laxo de valorar como satisfecho o no* (ver página 12 de los documentos “soporte” de la *Estipulación No 2* en donde aparecen, entre otras cosas, los *Estudios previos*):

6. REQUISITOS DE IDONEIDAD PARA EJECUTAR EL CONVENIO	
ASPECTOS JURIDICOS <ul style="list-style-type: none">➢ Carta de presentación de la propuesta➢ Certificado de Existencia y Representación Legal➢ Copia de los estatutos de la entidad respectiva➢ Manifestación expresa de no estar incurso en inhabilidades e incompatibilidades➢ Certificación de acreditación de pago de parafiscales➢ Certificado de Antecedentes Disciplinarios de la Procuraduría➢ Certificado de Antecedentes Fiscales de la Contraloría➢ RUT➢ Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía del Representante Legal➢ Fotocopia de la Libreta Militar para menores de 50 años	ALCALDIA DE BUCAE SECRETARIA ADMIN AUTENTICA El presente documento es copia de su original, el el Archivo general. Fecha: 12 FEB Firma:
ASPECTOS TECNICOS – IDONEIDAD RELACIONADA	
Para acreditar la experiencia, se ha debido realizar mínimo TRES (03) contratos en los últimos cinco años, cuyo objeto esté relacionado con el especificado en el presente contrato, es decir alumbrado público y/o Alumbrado Navideño.	

- (ii) Nótese que aquí **sí se exige haber ejecutado tres contratos** cuyo objeto estuviera **relacionado** (esta es la palabra clave) con alguna de esas **dos alternativas** que se menciona en los estudios previos: alumbrado público o alumbrado navideño. Por supuesto, la palabra “relacionado” no significa “idéntico objeto” sino semejante, parecido o que alguna conexión tenga con, opción 1, el alumbrado público o, como opción 2, con el alumbrado navideño. Es decir, tales contratos **no debían tener por objeto ni alumbrado navideño, ni alumbrado público**, sino el desarrollo de actividades **semejantes, parecidas o con conexión** a cualquiera de esas dos. Además, se debían probar tales contratos, aunque no necesariamente de forma, *ad substantiam actus*, es decir, tan solo con los contratos, sino de cualquier manera porque en los *Estudios previos* **no** se puso algo como “únicamente se podrán probar la existencia de los contratos con copia auténtica o simple de tales contratos”, concluyéndose así que era posible hacerlo de otra forma como, en efecto, lo hizo la *Fundación de asistencia social* al allegar tanto contratos, en algunos casos, como certificaciones en otros.



- (iii) Según lo anterior, es posible concluir que la *Fundación asistencia social*, con base en la información allegada, **cumplió con el requisito de idoneidad** que se exigió en los *Estudios previos* y que el argumento del Tribunal, según el cual tales contratos “no concordaban” con “*alumbrado navideño*”, es errado porque: **(a)** uno de los contratos fue específicamente sobre alumbrado navideño; **(b)** los otros dos contratos, aunque no eran de alumbrado navideño, sí satisfacían el estándar que se requería en los *Estudios previos* para la selección del contratista porque en ellos no se exigió nunca *identidad* de los objetos contractuales, sino *similitud o semejanza* entre ellos, razón por la cual es posible concluir que tal exigencia, en efecto, sí se llegó a cumplir mediante los otros dos contratos por cuanto estos tenían que ver con **iluminación o alumbrados de distintas clases y en distintos lugares de Bucaramanga**, siendo fácilmente comprensible que tales “objetos” eran actividades *relacionadas, semejantes o parecidas* al “alumbrado público” y al “alumbrado navideño”, aunque no fueran necesariamente idénticas, ni se requiriera que lo fuera; y **(c)** tales contratos, a nivel general, satisfacían las restantes condiciones como que la “idoneidad” fuera “reconocida” pues se trataba de tres empresas distintas lo cual significaba que su buen trabajo había trascendido la ejecución de actividades en una sola entidad y, además, la época de ejecución de tales contratos correspondía al tiempo que se exigió en los *Estudios previos*, esto es, “*en los últimos cinco años*”.

Conclusión: ya sea que se analice exclusivamente lo estipulado probatoriamente sin acudir a los documentos soporte (hipótesis I) o valorando también lo que aparece en tales anexos (hipótesis II), la única inferencia válida es que el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** no incumplió el requisito de “*idoneidad*” al conceptuar el 21 de noviembre de 2011 que la *Fundación de asistencia social* sí tenía “reconocida idoneidad” con base en la documentación por ella allegada, dado que, desde una perspectiva *ex ante*, los objetos contractuales de la documentación entregada por tal entidad sin ánimo de lucro permitía inferir que sí tenía la capacidad técnica para realizar el correspondiente alumbrado navideño de Bucaramanga en aquellos sitios en los cuales se requería realizarlo.

1.2.2. Contraargumentos al argumento II del que concluyó el Tribunal la “ausencia de idoneidad” del contratista y según el cual el objeto social de la Fundación era muy amplio y no se allegaron pruebas que demostraran su capacidad técnica para ejecutar el contrato.

Este argumento del Tribunal es absolutamente débil porque la *amplitud de un objeto social* que, por cierto, sí comprendía el alumbrado público⁸³ como una de las actividades que realizaba, no es un factor que se debía evaluar para establecer la *idoneidad* de la *Fundación asistencia social* por las siguientes razones:

⁸³ Como lo reconoce el propio Tribunal en su sentencia página 45 (aparece subrayado).



- (i) En cuanto a la hipótesis I que hemos aludido, la *Estipulación probatoria No 2* no exigía un modo particular de acreditación de la idoneidad y, por lo tanto, se podía hacer de cualquier forma, habiéndose logrado ello con los tres contratos que se allegaron según se explicó en precedencia.
- (ii) Si acudimos a la hipótesis II que nos permite estudiar los documentos soporte de la *Estipulación No 2*, vemos que en los *Estudios previos* se exigió como única forma de acreditar la idoneidad el demostrar haber ejecutado tres contratos *relacionados* con alumbrado navideño, por ende, sería irrelevante que el *objeto social* de la entidad sin ánimo de lucro fuera amplio o concreto.
- (iii) Finalmente, cuando el Tribunal afirma que la “*alusión a actividades relacionadas con el alumbrado público*” no es determinante porque “*lo cierto es que tan amplio portafolio exigía pruebas concretas de haberse adelantado actividades propias de la necesidad establecida en los estudios previos*”⁸⁴ sin que así ocurriera por cuanto los contratos que allegaron “*distaban de demostrar la capacidad técnica exigida y de contera la idoneidad para desempeñar un contrato de semejante envergadura*”, yerra completamente dado que: **(a)** si el objeto social importara, es obvio que, al tener como parte del mismo la actividad de alumbrado público sería un dato relevante que permitiría construir indicios de idoneidad y no de lo contrario, pero, si lo que interesa es que se allegaran “*pruebas concretas*”, ¿por qué aludir a la amplitud del objeto social? Es claro que el Tribunal argumenta con una contradicción de fondo porque primero pareciera estar de acuerdo con la Fiscalía en que un amplio portafolio de actividades revela la falta de idoneidad por no concretarse la *Fundación* en la ejecución de actividades de alumbrado navideño, pero luego que encuentra en dicho objeto social el “alumbrado público”, corre el Tribunal a descartarlo porque se necesitaban pruebas concretas. Es decir, si el portafolio es “amplio” es malo, y si es concreto también por falta de pruebas. Esto es incoherente porque, o sí importa el objeto social de la fundación o no importa para efectos de responsabilidad penal, pero no según la conveniencia de lo que quiera sostener quien argumenta; y **(b)** la realidad es que el objeto social, **relacionado o no con el alumbrado público** (que, contrario a las observaciones de la fiscalía, sí lo estaba), **es un dato IRRELEVANTE** porque lo importante era acreditar **idoneidad** de cualquier forma (según la *Estipulación No 2*) o demostrando que se realizaron contratos con objeto relacionado con alumbrado público o navideño (según los *soportes* de tal estipulación) y estas “**pruebas concretas**” (a las que se refiere el Tribunal de Bucaramanga) de tales exigencias de “capacidad” para la ejecución del *Convenio de asociación* **si** fueron allegadas por la *Fundación de asistencia social* a la Secretaría de Infraestructura mediante los 3

⁸⁴ Sentencia de segunda instancia, p. 45.



contratos ya aludidos y que, según vimos, permitían acreditar la idoneidad necesaria para realizar el respectivo alumbrado navideño de tal ciudad.

Conclusión: la amplitud del objeto social a la que aludió la Fiscalía y el Tribunal de Bucaramanga es un dato irrelevante para determinar si el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** cumplió o no con el requisito de *idoneidad* cuando conceptuó que la *Fundación asistencia social* sí cumplía con la misma porque la *concreción del objeto social* no fue una exigencia de los *Estudios previos* (según la *Estipulación No 2* y acorde los correspondientes soportes de la misma). Además, las “*pruebas concretas*” que echó de menos el Tribunal **sí** existieron y fueron, justamente, los 3 contratos con los que se acreditaba la correspondiente capacidad para poder ejecutar un alumbrado navideño pues ya en otras oportunidades tal *Fundación*, según la documentación allegada, lo había realizado.

1.2.3. Contraargumentos al argumento III del cual concluyó el Tribunal la “ausencia de idoneidad” del contratista y según el cual el valor de los contratos allegados como soporte era demasiado irrisorio en comparación con el del Convenio que se ejecutaría, lo que denotaba su falta de capacidad para ejecutarlo.

Este argumento del Tribunal es fácilmente rebatible por muchas razones y no necesita mayores explicaciones:

- (i) Constituye un desbordamiento del marco fáctico de la imputación y acusación, puesto que la Fiscalía **no utilizó como hecho jurídicamente relevante** los precios de los contratos. Entonces, este no fue un *dato* que el ente acusador atribuyó como generador del incumplimiento del requisito de idoneidad, sorprendiendo a la defensa con tal hecho.
- (ii) Así mismo, según la *Estipulación No 2*, sin examinar los soportes, vemos que en los *Estudios previos* **no se exigió** que la entidad sin ánimo de lucro acreditara experiencia mediante ejecución de contratos de alguna clase y, mucho menos, de algún valor determinado.
- (iii) Igualmente, si nos atenemos a los *soportes* de la *Estipulación No 2* nos percatamos con mucha facilidad que **dos** eran las exigencias para acreditar la idoneidad según los estudios previos y **ninguna de ella se refería al valor del contrato** ejecutado con anterioridad: **primero**, que los contratos tuvieran objeto relacionado con el alumbrado público y/o navideño y **segundo**, que se hubieran ejecutado en los últimos 5 años. Nada más. Por ende, el valor del contrato sería un **dato irrelevante** a la luz de los propios *Estudios previos*.
- (iv) Pero, si la Sala de Decisión Penal hubiese querido decir que el “*valor irrisorio de los contratos*” no era un *hecho jurídicamente*



relevante referido a la “*falta de idoneidad de la Fundación*”, sino un *hecho indicador* que podía agregarse en la decisión al no requerir ser enunciado en la imputación y acusación, justamente, por no ser un *hecho jurídicamente relevante*, entonces, tendríamos que realizar varias observaciones: **uno**, que el Tribunal NO especificó *qué hecho adecuado al tipo penal atribuido, su antijuridicidad o culpabilidad* sería el que se podría *inferir* de ese supuesto *hecho indicador* (¿acaso la *falta de idoneidad*? ¿la posibilidad *ex ante* de percatarse de esa falta de idoneidad por parte del procesado? ¿su estado mental al momento de los hechos, es decir, que sí supo efectivamente que la *Fundación* no tenía la idoneidad necesaria?, o ¿cuál hecho jurídicamente relevante sería el que podría inferirse de ese supuesto hecho indicador?); **dos**, tampoco especificó, frente a la *inferencia*, cuál sería la *garantía, generalización empírica, máxima de la experiencia, principio de la lógica o principio técnico científico* que le permitía conectar el *hecho indicador* atinente a que tenían un *valor irrisorio los contratos allegados por la Fundación* y el *hecho jurídicamente relevante* que había en la mente del Tribunal, pero que nunca nos determinó con precisión; y **tres**, en todo caso, de ese *hecho indicador* no se podría inferir la *falta de idoneidad*, ni su posibilidad de conocimiento *ex ante*, ni tampoco el aspecto cognitivo del dolo acerca de lo anterior por varias razones absolutamente obvias: **(a)** la acreditación de contratos de valor irrisorio tan solo permitirían *inferir* la eventual falta de *capacidad económica* más allá de tales valores. Sin embargo, en el presente caso ese único *hecho* que sí podría inferirse resultaría **irrelevante**. **¿Por qué?** Porque el presupuesto de ejecución del *Convenio de asociación*, en este caso, **lo ponía prácticamente todo el municipio de Bucaramanga** y lo que la entidad sin ánimo de lucro tenía que aportar era un valor similar al que sumaban los contratos que anteriormente había ejecutado. Adicionalmente, la *Fundación de asistencia social* nunca manifestó que esos fueran los *únicos* contratos que había realizado en toda su vida y, por ello, tampoco tendríamos por qué presumir que el haber allegado tal documentación agotaba el histórico de su vida comercial; **(b)** adicionalmente, como bien lo puso de presente el Juez de Primera Instancia, en el inciso 2 del artículo 1° del Decreto 777 de 1992 se exigía únicamente de “*capacidad técnica y administrativa*” **NO financiera** y, por lo tanto, aunque la entidad sin ánimo de lucro careciera de ella, **tal dato sería irrelevante** frente a la normatividad vigente para los *Convenios de asociación* y lo acreditado como *exigencias de idoneidad* que se tuvieron por demostradas conforme la *Estipulación No 2* (sea que consultemos los soportes documentales que la acompañan o no); **(c)** de un valor irrisorio de contratos anteriores no es posible establecer aspectos relacionados con la capacidad operacional y experiencia frente al objeto del contrato, pues bien podrían tratarse de contratos de valor “*irrisorio*” (como dijo el Tribunal), pero haber requerido de actividades complejas (como en efecto ocurrió) y, por ende, el baremo de medición no podría ser tan solo el dinero por el que hizo cada contrato anterior; y **(d)** según esto, de los *valores de los tres*



contratos previos no se podría inferir la falta de idoneidad de la *Fundación de asistencia social*, ni la posibilidad de conocimiento *ex ante* de dicha falta de capacidad de la entidad o el aspecto cognitivo del dolo sobre tal situación porque, por el contrario, lo que se podía *inferir* de tal hecho (del valor de los contratos allegados) sería una situación irrelevante frente al *Convenio de asociación*, esto es, que no habría adquirido por ellos un valor superior a los 72 millones de pesos. Pero, en contraste con esta situación, si analizamos los contratos en su totalidad o, por lo menos, el objeto de ellos que aparece demostrado en la *Estipulación No 2*, lo que sí se podría inferir es algo diferente: que resultó razonable, desde la perspectiva del *hombre medio*, que el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** hubiese considerado que la *Fundación asistencia social* tenía la idoneidad requerida para ejecutar el *Convenio de asociación* porque, previamente, había realizado tres contratos cuyo objeto se encontraba relacionado con el alumbrado navideño y/o público, habiendo adquirido, previamente, gracias a estos un valor similar al que constituía el único aporte económico que tendría que realizar la *Fundación*.

Conclusión: el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** actuó **dentro del riesgo permitido y de allí NO se puede derivar responsabilidad penal. ¿Por qué?** Porque como bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, inclusive en casos de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* “*en relación con el tipo penal no es suficiente con el dato ontológico consistente en que la conducta del acusado haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados, pues se requiere, además, de un requisito axiológico, esto es, que el peligro se encuentre desaprobado por el ordenamiento jurídico*” (CSJ SP153-2017, rad. 47100). De esta manera, si los propios *Estudios previos* constituyen el único dato normativo que la Fiscalía incluyó como marco de lo permitido y prohibido frente a la conducta de mi defendido, y él actuó siguiendo tal parámetro, su comportamiento **no fue ni pudo ser jurídicamente desaprobado** y, por ende, constituyó un desaguizado completo el derivar responsabilidad penal por una exigencia **no contenida ni preceptuada** por tales *Estudios previos*; esto es, que los contratos con los que se acreditaría la idoneidad debían tener un determinante valor, igual o similar al que tendría el *Convenio de asociación* pues nada de eso se requirió en el mencionado acto precontractual ya citado. Así las cosas, se concluiría que la Sala de Decisión Penal, violando los estándares de **imputación objetiva** derivó responsabilidad penal con su argumento a partir de una conducta enmarcada en el **riesgo permitido** o, dicho de otra forma, el Tribunal de Bucaramanga consideró responsable al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** aun cuando él **no** creó con su actuar un riesgo jurídicamente desaprobado y solo hizo lo que le estaba permitido. Por lo tanto, como tal posición del Tribunal sería violatoria del principio de legalidad y la coherencia del ordenamiento jurídico (pues algo no puede estar permitido y prohibido al mismo tiempo), habrá de establecerse que el actuar de mi defendido, sencillamente, fue atípico objetivamente y que la eventual tipicidad de su acción no podía determinarse a partir del valor que tuvieran los contratos allegados por la *Fundación de asistencia social*. Pero, según se explicó, aun cuando se



considerara el *valor de los contratos* como un *hecho indicador*, de este no sería posible inferir ningún hecho jurídicamente relevante para nuestro caso.

1.2.4. Contraargumentos al argumento IV del cual concluyó el Tribunal se vulneraron los principios de planeación y selección objetiva por parte del procesado.

Este argumento del Tribunal constituye un **claro desbordamiento** del marco fáctico de la imputación y acusación por cuanto la Fiscalía atribuyó que tales principios habían sido vulnerados, pero por la comisión de unas supuestas irregularidades *diferentes* de la relativa a la *falta de idoneidad* de la *Fundación de asistencia social*. En consecuencia, la Sala de Decisión Penal **agregó** como *hecho jurídicamente relevante* configurativo del elemento normativo exigido por el tipo penal de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* que el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** cuando conceptuó que la entidad sin ánimo de lucro sí tenía una reconocida idoneidad aun cuando carecía de ella. Sin embargo, si nos atenemos a la acusación, para la Fiscalía General de la Nación esta supuesta irregularidad no vulneró ningún principio contractual, dado que desde su perspectiva los *principios de planeación y selección objetiva* se vulneraron por una razón fáctica distinta: haber utilizado el mecanismo de *Convenio de asociación* para tramitar el contrato referido de alumbrado navideño de Bucaramanga aun cuando se trataba de un *Contrato de suministro* que debía ser tramitado por la vía de la ley 80 y no por el mecanismo del artículo 355 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, se le **solicita** a la Corte Suprema de Justicia que **segregue** este argumento del Tribunal al haber constituido una violación del principio de coherencia (como parte de la congruencia) que rige para el proceso penal colombiano y que impedía condenar por *hechos* que no fueron incluidos en la acusación como el mencionado.

Pero, adicionalmente, el propio Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga estructuró **equivocadamente** la premisa fáctico-jurídica relativa a la violación de tales principios porque realizó una atribución **genérica** de violación de principios contractual. Es decir, en vez de explicarnos y señalarnos **qué faceta, regla o subregla concreta derivada de cada uno de esos principios fue la que se vulneró** se conformó con simplemente enunciar una **conclusión sin premisas**: que se habían vulnerado y ya. No obstante, el **principio de planeación** tenía muchas concreciones de las cuales el Tribunal tenía el deber de especificar cuál fue la que violó, pero no lo hizo: “*En virtud del mismo resulta indispensable que la entidad estatal elabore, antes de iniciar un procedimiento de selección contractual, los estudios y análisis suficientemente serios y completos, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya*



contratación adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.”⁸⁵ Y aun cuando se buscara inferir lo que el Tribunal quiso decir y pudiera concluirse que, de forma poco clara, lo que manifestó como vulneración era la *falta de capacidad financiera*, ya vimos, al controvertir el anterior argumento que esta tipología de capacidad resultaba un **dato irrelevante** a la luz del artículo 1 del Decreto 777 de 1992 pues la misma, para esa época, no se exigía para celebrar *Convenios de asociación*, así como tampoco se exigió en los *Estudios previos* de este preciso contrato. Y, en cuanto al **principio de selección objetiva** sus reglas aparecían contenidas en la Ley 1150 de 2007, pero debían ser adaptadas a las exigencias específicas del *Convenio de asociación*, razón por la cual era necesario que el Tribunal de forma específica hubiese atribuido la violación de tal principio **describiendo** cómo este se vulneró. No obstante, **nada de eso se realizó** y únicamente efectuó una alusión genérica al respecto.

Conclusión: el argumento del Tribunal y según el cual el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** realizó una conducta típica del artículo 410 del CP al violar los principios de planeación y selección objetiva mediante el concepto favorable de idoneidad realizado al evaluar la documentación que allegó la *Fundación de asistencia social* aun cuando no tenía tal capacidad, sería equivocado porque **(i)** desbordó el marco fáctico de la imputación y acusación y **(ii)** aunque no se tratara de un desbordamiento prohibido, la atribución de la violación de tales principios fue absolutamente genérica, gaseosa e infractora de los estándares de imputación requeridos para los tipos penales en blanco.

1.2.5. Contraargumentos al argumento V del cual concluyó el Tribunal se violaron requisitos esenciales del contrato porque se eligió como contratista a una persona sin reconocida idoneidad que no realizaría ningún aporte al Convenio por cuanto todos los elementos relevantes (presupuesto, puntos de instalación, diseños, etc.) los suministraba el propio municipio.

Este argumento del Tribunal evidencia que tal Corporación de Justicia no tiene claro en qué consisten esta clase de Convenios por cuanto, es

⁸⁵ CSJ Rad. 17159 de 2016.



ampliamente conocido en el derecho contractual administrativo que algo que ha caracterizado a los *Convenios de asociación* desde siempre y que por ello se incorporó explícitamente en el literal b del artículo 2.º del Decreto 092 de 2017, “es que **no pueden aparejar una relación conmutativa en la cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato**”⁸⁶. Por lo tanto, aquí no se trataba de que la entidad sin ánimo de lucro suministrara algo diferente de su experiencia, al momento de ejecutar el convenio, sino que lo ejecutara adecuadamente con el dinero que suministraría el municipio.

Por lo tanto, el único aporte que debía dar y que se requería por parte de la entidad sin ánimo de lucro, era la capacidad para poder realizar correctamente el alumbrado navideño en la ciudad de Bucaramanga y justamente por esa razón es que la idoneidad se debía acreditar mediante la demostración de capacidad en actividades iguales o **similares** al alumbrado público o navideño.

Conclusión: el argumento V del Tribunal ninguna relevancia tendría para determinar la **tipicidad objetiva** de la conducta realizada por **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**.

1.3. Conclusión general:

El señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** al realizar el trámite del *Convenio de asociación* 423 de 2011 mediante la suscripción del *Acta de verificación de la idoneidad* de fecha 21 de noviembre de 2011 conceptuando que la *Fundación de asistencia social* sí tenía reconocida idoneidad para ser seleccionada como contratista **no incumplió** con ningún requisito legal esencial deviniendo así su comportamiento en una conducta **atípica objetivamente** por cuanto **(i)** la Fiscalía desde la acusación no señaló las razones fácticas necesarias que configuraban el elemento normativo del artículo 410 del CP, sino que se trató de agregados por parte del Tribunal y **(ii)** no logró demostrar que dicha entidad sin ánimo de lucro mencionada en virtud de los documentos aportados en el proceso precontractual adelantado por mi defendido no hubiese cumplido con los estándares requeridos para tener por probada su reconocida idoneidad en la realización del alumbrado navideño de Bucaramanga.

2. Argumentos que soportan la ATIPICIDAD SUBJETIVA:

Aun cuando la **atipicidad objetiva** es un argumento suficiente para predicar la **no** responsabilidad penal de mi defendido, pasaremos a explicar por qué tampoco existiría tipicidad subjetiva:

En el presente caso, la Fiscalía General de la Nación **no logró demostrar** que **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** actuó con dolo;

⁸⁶ Gómez Velásquez, A. y Díaz Díez, C.A. 2019. Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana. *Revista Derecho del Estado*. 44 (ago. 2019), 285–325.



es decir, sabiendo que al realizar el *Acta de idoneidad* incumplía en dicho trámite algún requisito esencial y que quiso hacerlo. Por el contrario, de las pruebas practicadas tan solo se puede evidencia la posible configuración de un **error de tipo** (acorde lo establecido en el artículo 32, numeral 10, del CP):

- 2.1.** En primer lugar, en el Escrito de Acusación leído en la correspondiente *Audiencia* **no** se evidencia que la Fiscalía incluyera como **hecho jurídicamente relevante** lo relativo a los *hechos psíquicos* adecuables al **dolo** y que, según la propia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal implicaba enunciar algo como esto: *(v) sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y (vi) quiso la realización de la infracción (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible).*” (CSJ SP 16891-2017, rad. 44.609, del 11 de octubre de 2017).

Por lo tanto, la Fiscalía, **al no incluir la delimitación de ese suceso necesario para considerar que ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** había realizado una conducta adecuada al delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, permite concluir que **acusó por la realización de una conducta ATÍPICA SUBJETIVAMENTE** sin que nos sea dable agregarlo a nosotros como defensa o al juzgador en su funcionar jurisdiccional porque la obligación de acusar le pertenece exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación y no puede ser trasladada a otros.

- 2.2.** En segundo lugar, vamos a analizar los distintos argumentos del Tribunal para observar por qué son equivocados. Así pues, en uno de ellos señala que se puede deducir el aspecto cognitivo (como parte del dolo) de lo que parecieran ser hechos indicadores según el Tribunal tales como los siguientes: *“cualquier persona promedio”* podía evidenciar que la *Fundación* no tenía *“la capacidad para desarrollar el contrato de alumbrado navideño”* por *“las cantidades tan irrisorias de los contratos arrimados como soportes”*⁸⁷ dado que los tres contratos allegados, sumados, arrojaban apenas la suma de \$72'000.000 y el contrato tenía un presupuesto de \$856'512.993 *“que representaba aproximadamente 12 veces más de la experiencia falsamente acreditada”*⁸⁸ a lo que el Tribunal le sumó el hecho de que la entidad sin ánimo de lucro se encontraba obligada a realizar un aporte de \$74'000.000, reflejándose de todo lo anterior, según su parecer, que dicha persona jurídica no iba a *“tener el personal, la logística, el material ni los elementos necesarios para desarrollar un proyecto en menos de un mes”*⁸⁹.

No obstante, esta argumentación es equivocada porque el **factor de idoneidad** que debía evaluar el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** consistía en determinar si la entidad sin ánimo de lucro

⁸⁷ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

⁸⁸ Sentencia de segunda instancia, p. 45.

⁸⁹ Sentencia de segunda instancia, p. 45.



había realizado previamente contratos **relacionados o similares con el alumbrado público o navideño**. Entonces, lo que debía **mirar y miró** NO era el precio de los contratos, sino algo diferente: el **objeto contractual**. Por lo tanto, del valor de los contratos NO se podrían inferir los hechos psíquicos **relevantes** para la configuración del dolo en nuestro caso.

Así las cosas, con base en las cantidades irrisorias de los contratos aportados por la *Fundación* **no se podría inferir** que actuó con dolo el señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** porque tales valores no eran uno de los factores determinantes para establecer la idoneidad del contratista sino, se repite, su objeto social.

Además, no era esperable que el señor **RAMÍREZ HERRERA** infiriera del valor de un contrato incapacidad de quien lo realizó, porque **(i)** con un objeto social tan amplio, muy seguramente ha ejecutado muchas otras actividades que no allegó porque no estaban referidas al alumbrado público o navideño, pero que mostraban la robustez organizativa de la *Fundación*; **(ii)** no siempre el valor de un contrato indica la organización o capacidad económica de una empresa, pues hay actividades, principalmente en el ámbito de fundaciones sin ánimo de lucro, que se hacen gratuitamente y que aunque son de gran envergadura, no conllevan ningún ingreso para ellas; y **(iii)** el valor de un contrato no implica, ni necesariamente tiene correspondencia, con la idoneidad para hacer un trabajo, por lo tanto la inexistencia de relación entre *capacidad* y *precio* implica que los valores de los contratos no fueran hechos indicadores de los que pudieran desprenderse indicios acerca del dolo del señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**.

- 2.3.** Otro de los argumentos del Tribunal para inferir el dolo fue el siguiente: el señor **RAMÍREZ HERRERA** sabía que lo que acreditaba la *Fundación de asistencia social* eran actividades que no estaban relacionadas con el objeto a contratar y que ella carecía de la idoneidad requerida por el artículo 355 de la Constitución porque “*además de desempeñarse como secretario de infraestructura del municipio de Bucaramanga desde el 27 de mayo de 2009*”⁹⁰ era “*arquitecto de profesión*”⁹¹. Empero, no se observa qué relación puede existir entre la arquitectura, una profesión técnica enfocada en el diseño, producción y construcción de edificaciones, con el hecho de saber que una entidad sin ánimo de lucro que acreditó con contratos una experiencia previa en alumbrado navideño no tendría, justamente, experiencia para hacer eso mismo. Por lo tanto, esa desconexión lógica entre la profesión y cargo de mi defendido respecto al conocimiento que pudo tener de un supuesto incumplimiento del requisito contractual de la idoneidad debe implicar su absoluta segregación de todo análisis.

⁹⁰ Sentencia de segunda instancia, p. 44.

⁹¹ Sentencia de segunda instancia, p. 44.



Obviamente, si el contrato hubiese tratado sobre, por ejemplo, construir un edificio y se necesitara alguien con experiencia para hacer un de 20 pisos en zona sísmica, habiéndose seleccionado a alguien con experiencia en hacer casas de un piso en zona de baja sismicidad, uno podría utilizar el hecho de que la persona fuera arquitecto como un argumento para inferir que sabía que el contratista no tenía la idoneidad para ejecutar el contrato. Pero es que este caso es muy diferente y, además, con base en los argumentos del acápite 1, desde una perspectiva *ex ante*, en realidad, la *Fundación de asistencia social* sí acreditó la idoneidad y, por ello, era de esperarse que precisamente esa fuera la idea que mi defendido tuvo en mente cuando realizó el acta de verificación de idoneidad de tal entidad; es decir, que **sí** tenía capacidad para ejecutar el convenio y no que carecía de ella, lo que lejos de confirmar el dolo, lo anularía.

- 2.4. Finalmente, el ultimo argumento relativo al dolo que esgrimió el Tribunal fue este: adicionalmente para la Sala de Decisión Penal existía otro indicio de que **RAMÍREZ HERRERA** desconoció los requisitos esenciales del contrato y consistente en “*el hecho que su oficina contara con dos propuestas previas, además falsas*” (de LIGHT COLORS y CODENSA) pues, según dicha Corporación de Justicia, “*la única explicación racional de cara a la prueba es que como lo indicara Darío José Linares Agudelo, se la hubiesen pedido desde la alcaldía de Bucaramanga en un proceso precontractual a todas luces ilegal, destinado en todo momento a favorecer los intereses de la fundación Asistencia Social, al punto que no es descabellado deducir, comparando ambas propuestas, esto es, la de Light Colors y la de Fundación Asistencia Social, que la segunda es una copia de la primera, ajustada a los valores previstos en el presupuesto municipal*”⁹² siendo creíble su testimonio por la coherencia que representa con la demás pruebas practicadas en el proceso y no existir animadversión del declarante hacia el procesado.

Este argumento tiene varias fallas: en primer lugar, obedece a una tergiversación y adición del testimonio del señor Darío José Linares Agudelo, por cuanto, escuchada su declaración, él **nunca** dijo, como parece indicarlo el Tribunal, que se trató de “*un proceso precontractual a todas luces ilegal, destinado en todo momento a favorecer los intereses de la fundación Asistencia Social*”, pues él únicamente hizo referencia a la relación comercial que llegó a tener con dicha entidad sin ánimo de lucro, pero **jamás** declaró que la Alcaldía estuviera llevando a cabo un proceso contractual irregular o ilegal y, si lo hubiese afirmado (**lo cual no hizo**), se trataría de una opinión jurídica inadmisibles para un testigo.

Pero, en segundo lugar, la existencia de cotizaciones previas **no es un indicador de dolo o mala intención**, sino la confirmación de que hubo un estudio de mercados previo al inicio del proceso contractual, lo cual no es ilegal ni tampoco prohibido, sino inclusive recomendable

⁹² Sentencia de segunda instancia, p. 47.



para que el municipio no entre a ciegas a tal trámite y pueda tener una idea general de precios y otros aspectos que impidan a quien lo celebre ser engañado. Además, tampoco es indicio de dolo, el hecho de que la propuesta de la *Fundación* fuera muy parecida a la de *Asistencia social*, porque ella se copió y pegó en los *Estudios previos* a los cuales, como parte del principio de publicidad, podía acceder cualquier persona lo que nos indica que la entidad sin ánimo de lucro, muy juiciosamente, al ver que la estaban invitando, decidió presentar su propuesta ajustada a los *Estudios previos*. Entonces, ¿cómo podría indicar esto dolo? Por el contrario, lo que nos permite inferir es que la *Fundación* se esforzó en cumplir a la altura (aparentemente) con la invitación que le realizaron y que, al hacerlo, acreditó a plenitud la idoneidad exigida, lo que generó en la mente de **ÁLVARO ANTONIO HERRERA RAMÍREZ** la idea de que tal entidad sí tenía la capacidad necesaria para ejecutar el *Convenio de asociación*.

- 2.5.** En todo caso, **aun cuando se evidenciara un error de tipo vencible, la conducta seguiría siendo atípica** (art. 32.10 CP – ante la inexistencia de modalidad culposa para este delito –). Además, se trataría de una problemática de error de tipo y no de prohibición porque según la jurisprudencia, el desconocimiento o error de los elementos descriptivos o normativos⁹³ – aspectos objetivos del tipo de injusto – por parte de quien realiza la conducta prohibida excluye el dolo.

No obstante, si ese error, atendido el entorno y las condiciones de orden personal en las que se desenvuelve, fuere de naturaleza vencible, transmuta el tipo objetivo de injusto en delito imprudente si así lo ha previsto el legislador (SP, 19 may. 2008, rad. 28984). Por lo tanto, según se dijo, teniendo en cuenta que para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales el legislador no previó la modalidad culposa, la conducta, deviene en atípica.

- 2.6. Conclusión:** el señor **ÁLVARO ANTONIO HERRERA RAMÍREZ** realizó una conducta **atípica subjetivamente** al ejecutar el trámite del *Convenio de asociación* 423 de 2011 mediante la suscripción del *Acta de verificación de la idoneidad* de fecha 21 de noviembre de 2011 conceptuando que la *Fundación de asistencia social* sí tenía reconocida idoneidad para ser seleccionada como contratista, por cuanto **creyó** estar cumpliendo con todos los requisitos contractuales que se exigía para suscribir tal documento.

3. Excursus: observaciones finales.

Finalmente, se quieren resaltar algunos aspectos fundamentales para el cabal entendimiento de este caso y que no pueden ser perdidos de vista:

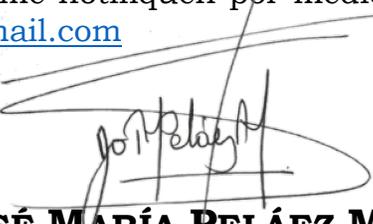
⁹³ La tesis de que el **error sobre los elementos normativos** es un **error de tipo** y NO un error de prohibición puede verse, a modo de ejemplo, en las siguientes providencias: rad. 29726, 30 de noviembre de 2017; rad. 50077, 20 de febrero de 2019; rad. 52829 del 09 de octubre de 2019; rad. 51530, 31 de julio de 2019; etc.



- 3.1. La participación del arquitecto **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** en la verificación de las condiciones de idoneidad de la *Fundación de asistencia social* para la suscripción del *Convenio de asociación* 423 de 2011 **estuvo limitada a las exigencias técnicas impuestas por el estudio previo de oportunidad** en concordancia con lo que respecto al concepto de idoneidad se refería.
- 3.2. Así mismo, es cierto que esas condiciones técnicas debían ser demostradas allegando la entidad sin ánimo de lucro una documentación que permitiera corroborar la realización de mínimo 3 contratos celebrados en los últimos 5 años cuyos objetos estuvieran relacionados con alumbrado público o navideño.
- 3.3. No obstante, aunque podría considerarse que el alumbrado público y el navideño son diferentes, los *Estudios previos* (si estudiamos el anexo a la estipulación) es muy claro al utilizar la expresión “relacionados” con cualquiera de esas clases de alumbrados y no que fueran sobre la misma actividad. Pero, adicionalmente, no puede perderse de vista que aun cuando el alumbrado público y el alumbrado navideño y cualquier otra forma de alumbrado sean entre ellos diferentes, lo cierto es tal divergencia conceptual no implica una modificación sustancial respecto de las condiciones técnicas exigidas. Entonces, aun cuando el *alumbrado público* tiene como finalidad la iluminación de las vías públicas y espacios de libre circulación y el *alumbrado navideño* tenga un objetivo más modesto de ornato y decoración, desde el punto de vista técnico el que es capaz de hacer un alumbrado público, fácilmente es capaz de instalar y poner a funcionar el alumbrado navideño.
- 3.4. Finalmente, según el Decreto 230 de 2011 expedido por el señor Héctor Moreno Galvis, alcalde de Bucaramanga, al señor **ÁLVARO ANTONIO RAMÍREZ** no le correspondía realizar una revisión jurídica de todo el proceso contractual, ni la celebración del contrato, sino tan solo una revisión de los aspectos técnicos que, según se dijo, desde una perspectiva *ex ante* se cumplieron a plenitud y así también lo creyó él (ausencia de dolo).

§IV. NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES.

En la siguiente dirección: **calle 5N # 3E – 138 Ceiba II**, Cúcuta, Norte de Santander. Teléfonos: (fijo) 6075493289 – (cell) 3172127243. **Autorizo** expresamente para que me notifiquen por medio de mi correo electrónico: josemariayasociados@gmail.com



JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA
C.C. 1'090.398.102 de Cúcuta
T.P. 192.159 del C. S. de la J.