



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP982-2024

Radicación No 65783

Acta 093

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

VISTOS:

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia contra la sentencia absolutoria proferida el 18 de enero de 2024 por la Sala Especial de Primera Instancia dentro de la actuación seguida contra el exgobernador del departamento de La Guajira HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE¹, por los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación agravado por la cuantía*.

¹ En el período comprendido entre el 1º de enero de 2001 al 4 de julio de 2003.

HECHOS:

El 26 de diciembre de 2001 HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, en calidad de Gobernador de La Guajira, suscribió el contrato de obra 487 con la Unión Temporal CV-ICG Ltda. por un valor de \$2.119'889.561, con el objeto de construir «*obras para el plan maestro de alcantarillado sanitario de Riohacha, sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final*». Para el cumplimiento, se pactó un plazo de 6 meses desde la suscripción del acta de inicio.

El 28 de diciembre siguiente la Gobernación de La Guajira giró \$1.059'944.780 por concepto de anticipo, correspondientes al 50% del valor total del negocio jurídico.

Sin embargo, la obra fue suspendida y no se cumplió su objeto porque *i)* no contaba con licencia ambiental; *ii)* el municipio de Riohacha no había hecho entrega de los terrenos destinados a la construcción de la planta de tratamiento, y *iii)* no se realizó consulta previa con las comunidades indígenas ubicadas en la zona de desarrollo del proyecto.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. El 7 de septiembre de 2006 el Tribunal Administrativo de La Guajira declaró responsable al departamento, al municipio de Riohacha, a la Corporación Autónoma Regional de La Guajira -CORPOGUAJIRA- y a

Aguas de La Guajira S.A. por la violación de los derechos colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano y la seguridad y salubridad públicas —art. 4, lit. a) y g) de la Ley 472 de 1998—.

Además, compulsó copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación para que investigara la posible infracción de los principios que rigen la contratación estatal y el detrimento patrimonial del ente territorial en favor del contratista.

2. Por los hechos descritos, el 26 de abril de 2010 el Fiscal General la Nación (E) abrió investigación previa contra HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y dispuso la práctica de algunas pruebas.

3. Cumplido lo anterior, el 24 de septiembre de 2013 la Fiscalía 11 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia decretó la apertura de instrucción y ordenó la vinculación de DELUQUE FREYLE mediante indagatoria practicada el 30 de diciembre siguiente.

4. Con Resolución del 25 de junio de 2015 la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte resolvió la situación jurídica del procesado, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento.

5. Clausurada la investigación, el 19 de febrero de 2016 la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte calificó el mérito del

sumario con resolución de acusación contra HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE como probable autor de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso heterogéneo con peculado por apropiación agravado por la cuantía* —arts. 410 y 397-2 de la Ley 599 de 2000—. En ésta, sintetizó los hechos así:

Por acción popular incoada por Alberto Palmarroza Inciarte, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira en providencia del siete (7) de septiembre de 2006, declaró responsables al Departamento de la Guajira, al Municipio de Riohacha, Corpoguajira y Aguas de la Guajira S.A, de la violación de derechos colectivos de la comunidad de Riohacha, previstos en el artículo 4 literales a) y g) de la ley 472 de 1998, y ordenó compulsar copias para que se investigaran las irregularidades que se pudieron haber cometido en la ejecución del contrato No. 487 de 2001 suscrito por un valor de \$2.119.889.561.00 por parte del Gobernador del Departamento con la Unión Temporal CV - ICO LTDA con el objeto de construcción de obras para el plan maestro de alcantarillado de Riohacha, sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final..."

6. La defensa interpuso recurso de reposición contra la anterior providencia y el 20 de mayo de 2016 la Fiscalía la confirmó.

7. Remitido el asunto a la Sala de Casación Penal, el 25 de agosto de 2016 se corrió el traslado contemplado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000. Agotado el trámite pertinente, con auto CSJ AP2583-2017 del 2 de mayo de 2017 denegó la nulidad propuesta por la defensa y resolvió las solicitudes probatorias de las partes. El 28 de noviembre de 2017 la Sala instaló la audiencia de juzgamiento y el 4 de diciembre siguiente practicó algunos testimonios.

8. Tras la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, el 23 de julio de ese año la Sala de Casación Penal envió el expediente a la Sala Especial de Primera Instancia.

9. Finalizada la audiencia de juzgamiento, el 18 de enero de 2024 la Sala Especial de Primera Instancia profirió fallo de carácter absolutorio, tras establecer que la conducta atribuida al acusado deviene objetivamente atípica, en tanto no se demostró el incumplimiento de requisitos legales en la fase precontractual y suscripción del contrato de obra 487 de 2001. En sustento, la primera instancia expuso:

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

simplemente realizó lo que la autoridad ambiental le exigió.

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

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

Asimismo, concluyó que si bien dentro de la actuación se probó *i)* que el anticipo del 50% del valor del contrato fue entregado al contratista con ocasión de una obligación contractual y *ii)* que en el período de gobierno de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE no se usó en la obra, ello obedeció a actos de terceros. Expuso que estas circunstancias llevan a la misma conclusión de atipicidad objetiva, en tanto no se estableció la apropiación de dineros públicos en favor de otras personas que se le reprochó en la acusación.

10. En desacuerdo, la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia promovió recurso de apelación.

LA IMPUGNACIÓN:

1. La recurrente estimó, contrario a lo referido en la primera instancia, que el exgobernador DELUQUE FREYLE *no debió celebrar* el contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001 porque no cumplía con los requisitos propios de este acto jurídico. En concreto, insistió en que el proyecto *i)* carecía de licencia ambiental, *ii)* no agotó el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas y *iii)* no disponía material y jurídicamente de los terrenos en donde se pretendía desarrollar la obra civil, en detrimento de los principios de planeación, economía y transparencia.

Reprocha al procesado que, ante tal panorama y en manifiesta contradicción del ordenamiento jurídico y del principio de planeación, haya suscrito el contrato de obra

487 de 2001 y autorizado el desembolso del anticipo del 50% de su valor.

Por otra parte, tras aludir a la estructura típica del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, destacó que para el asunto examinado la aplicación del referido principio se encontraba a cargo del procesado por disposición de los artículos 25-12 de la Ley 80 de 1993 y 33 de la Ley 152 de 1994.

2. En seguida se ocupó de las razones de la decisión impugnada en el mismo orden en que fueron propuestas.

2.1. Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

2.1.1. De la licencia ambiental.

Aclaró que la obra contratada pretendía garantizar el manejo de aguas residuales en Riohacha, a efectos de purificar el agua y dirigirla al afluente “Arroyo Guerrero”. Por tanto, afirmó que la licencia ambiental era un requisito previo a la suscripción del contrato.

En sustento, indicó que la Gobernación solicitó a la Corporación Autónoma Regional un concepto sobre este puntual aspecto y, en respuesta suscrita el 13 de diciembre de 1999, su Director General precisó «*que el proyecto PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE RIOHACHA*

DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, es ambientalmente viable, pero está sujeto a la expedición de licencia ambiental (..)». Esta contestación fue radicada en el despacho del Gobernador el 18 de septiembre de 2000.

Por consiguiente, advirtió que CORPOGUAJIRA no varió su postura sobre la necesidad de contar con licencia ambiental, como de manera equivocada concluyó la Sala Especial de Primera Instancia. Tampoco es cierto, como ésta sostiene, que *«jamás insinuó la necesidad de una licencia para la construcción de la obra»*.

Resaltó que entre la suscripción del contrato (26 dic. 2001) y la primera suspensión soportada en la inexistencia de licencia ambiental (18 feb. 2002), *«no sucedió trámite alguno más allá del desembolso del 50% del anticipo, lo que en una sana lógica conlleva a señalar que previo a la suscripción del contrato el ordenador del gasto tenía pleno conocimiento del requisito (...) y sólo fue mediado como excusa posterior al pago del contrato»*.

Sumado a lo anterior, refirió que el 6 diciembre de 1999 el entonces Gobernador de La Guajira, Álvaro Cuello Blanchar, solicitó a CORPOGUAJIRA *«licencia ambiental para la ejecución del proyecto “Construcción de la laguna de oxidación en el municipio de Riohacha (...)»* y obtuvo como respuesta el Concepto Técnico 03.03.102 del 16 de mayo de 2000, en el que la autoridad precisó que para *«que el Departamento de La Guajira pueda desarrollar el proyecto*

requiere Licencia Ambiental, por lo tanto deberá presentar un estudio de impacto ambiental de conformidad con los términos que establezca Corpoguajira».

Por consiguiente, argumentó que la implementación del *Plan de Manejo Ambiental* no suplía el referido descuido y, que a pesar de ello, el procesado celebró el contrato de obra 487 de 2001 a sabiendas de que era indispensable contar con la aludida licencia ambiental.

Sobre el debate planteado en torno al Plan de Ordenamiento Territorial de Riohacha -POT 2001-2009-, señaló que no es de interés jurídico para el presente proceso porque fue aprobado el 2 de febrero del 2002, fecha posterior a la suscripción del contrato de obra 487 de 2001.

Del mismo modo, cuestionó que la primera instancia considerara demostrada la *intención* de acatar la Ley por parte del procesado, a partir de las certificaciones del Secretario de Planeación y del Director General de CORPOGUAJIRA sobre la inclusión del objeto del mencionado contrato en el POT. En vez de ello, agregó, el «*deber ser, era que tenía que cumplir la ley*», no sólo haber tenido el propósito de hacerlo.

Para terminar, destacó que era tal la necesidad de contar con la licencia ambiental que la ejecución del contrato se suspendió por este motivo y, con Resolución 1747 del 15 de julio de 2002, CORPOGUAJIRA otorgó el permiso

requerido para la construcción del *Sistema de Tratamiento y disposición final de Aguas Residuales en la ciudad de Riohacha*.

2.1.2. De la consulta previa.

De entrada, la Fiscalía recurrente rechazó que la primera instancia haya considerado que correspondía a CORPOGUAJIRA, y no al exgobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, agotar el trámite de consulta previa. En sustento, expuso que ésta constituye *requisito previo y necesario* para la expedición de la licencia ambiental.

Argumentó que, si bien el 17 de octubre de 2001 la Gobernación de La Guajira solicitó a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior la expedición del certificado sobre la presencia o no de comunidades en el lugar de desarrollo del proyecto, también lo es que esa fecha coincide con la iniciación del proceso de licitación pública. Esta concurrencia, en su criterio, permite advertir que el agotamiento del trámite de consulta previa no se contempló en la etapa de planeación.

Ahora bien, destacó que en el año 2003 se revocó la licencia ambiental conferida el 15 de julio de 2002 por el incumplimiento del presupuesto de consulta previa. Sobre esta *revocatoria*, la Sala Especial de Primera Instancia destacó que se originó en tres errores de trascendencia jurídica y procedimental que, a juicio del recurrente,

evidencian que por el *«afán del gobernador era necesario saltarse la Ley, ya que los términos en tiempos no concordaban, de allí la importancia de la fecha 17 de octubre de 2001, donde confluye la apertura del proceso de contratación y la solicitud al Ministerio, cuando a todas luces era necesario iniciar los trámites de la consulta antes del 17 de octubre»*.

En conclusión, refirió que si bien la consulta previa se realizó, su trámite fue extemporáneo y contrario a los requisitos de ley, pues se adelantó con *«un grosero afán»* en menoscabo de los derechos de los pueblos indígenas.

2.1.3. De los terrenos.

Luego de resaltar la importancia del principio de planeación a partir de los pronunciamientos que sobre el particular ha proferido el Consejo de Estado, la Fiscalía recurrente cuestionó que la Corte exculpe al exgobernador argumentando que los predios donde se iba a realizar la obra eran ofrecidos por el municipio de Riohacha, postura que no contempló que, por reglas de la experiencia, *«el raciocinio mínimo de cualquier persona antes de construir una obra en un bien inmueble es verificar la propiedad y titularidad del bien»*, con mayor razón si en esta se pretendían invertir dineros públicos.

Con sustento en lo anterior, sostuvo que no puede tenerse como excluyente de responsabilidad el hecho de que

las contrariedades con la titularidad del bien sobrevinieron a la suscripción del contrato, pues, lo cierto, es que el estudio de títulos debió realizarse antes de la firma.

2.2. Del peculado por apropiación en favor de terceros.

La Fiscalía recurrente expuso que con el actuar del exgobernador se *comprometió* el presupuesto en favor de terceros. Como fundamento, alegó que la suscripción del contrato con las irregularidades descritas perturbó su desarrollo en el término pactado, al tiempo que dejó en evidencia la improvisación y falta de planeación que imposibilitó el desarrollo de la obra —lo cual persiste en la actualidad—. Todo ello, a pesar del desembolso del anticipo.

Con sustento en el artículo 209 de la Constitución Política, sostuvo que el procesado actuó en favor de intereses mezquinos y con el fin de favorecer a terceros, impidiéndole, además, cumplir con las funciones que le correspondían en menoscabo del principio de moralidad, previsto en el canon 3° de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo—.

Por lo expuesto, rechazó la conclusión, según la cual, correspondía al municipio y no al departamento verificar la titularidad de los predios donde se iba a desarrollar el proyecto, pues, sin lugar a dudas, esta labor recaía en quien suscribió el contrato. En el mismo sentido, indicó que el principio de confianza entre las autoridades administrativas

involucradas exige el deber objetivo de cuidado y responsabilidad, los cuales se inobservaron de manera consciente y deliberada.

También refutó que, en criterio de la primera instancia, la obra no se desarrolló por actos de terceros que hacen inviable exigir su cumplimiento por parte del contratista y, en tal medida, no puede afirmarse que existió una apropiación de recursos públicos en favor de un tercero. Aseguró que el nexo causal del peculado por apropiación, se deriva de la suscripción de un *contrato ilegal*, que de no haber sido firmado en las condiciones señaladas en la resolución de acusación, no hubiese causado el perjuicio patrimonial derivado del pago del anticipo.

3. Por lo expuesto, la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia solicitó revocar la sentencia absolutoria y, en su lugar, condenar a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE como autor de los delitos objeto de acusación.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES:

En el término conferido sólo la defensa se pronunció. Según indicó, la apelante pasó por alto que, bajo la normativa vigente al momento de la firma del contrato y con posterioridad a éste, no era obligatorio contar con una licencia ambiental.

Del mismo modo, expuso que la inconformidad de las

supuestas comunidades indígenas que residían en el lugar de desarrollo de la obra civil terminó por *confundir* a CORPOGUAJIRA y, con ello, la impulsaron a exigir, de manera tardía y en contravía de la normativa aplicable, la licencia ambiental que terminó otorgándose el 12 de julio de 2002 dentro del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado.

Sobre el primero de esos aspectos, señaló que, con Resolución 001838 del 8 de agosto de 2001, CORPOGUAJIRA aprobó el plan de manejo ambiental presentado para el desarrollo del proyecto, sin aludir a la necesidad de tramitar una licencia ambiental.

Resaltó que para el momento en que se suscribió el contrato de obra 487 de 2001 se encontraban vigentes la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994, acorde con los cuales, concernía a las autoridades ambientales, a discreción, determinar el tipo de licencia o permiso requerido para la construcción de sistemas de acueducto en áreas urbanas y la construcción y operación de sistemas de alcantarillado.

A lo anterior, agregó que el POT de Riohacha entró en vigencia el 2 de febrero de 2002 y, con ello, cobró vigor el artículo 99-2 de la Ley 388 de 1997, según el cual, no se requiere de licencia o plan de manejo ambiental para firmar contrato o iniciar las obras pactadas, siempre que el POT se haya expedido conforme a dicho cuerpo normativo.

Sobre el particular, mencionó que en sentencia CSJ SP,

20 may. 2009, Rad. 31654, la Sala de Casación Penal reconoció que no había lugar a exigir la expedición de licencia ambiental para el desarrollo de proyectos incluidos en el POT, como ocurre en el presente asunto.

Por otra parte, dijo que el *panorama jurídico de certeza de no exigencia de una licencia ambiental formal* se hizo *confuso* con la oposición de las comunidades indígenas que *supuestamente* habitaban en el sector donde se ejecutaría la obra pública, lo cual derivó en el trámite tardío de la licencia ambiental y en la expedición de la Resolución 01747 del 15 de julio de 2002.

Adicionalmente, señaló que el 6 de agosto de 2002 entró en vigencia el Decreto 1728, a través del cual el Ministerio de Ambiente dispuso que las obras de construcción y desarrollo de proyectos municipales de saneamiento básico relacionadas con sistemas de acueducto, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales previstas en los POT de municipios con población inferior a 200.000 habitantes estaban sometidas, únicamente, a registro ante la autoridad ambiental competente. Esto es, sin necesidad de contar con licencia ambiental.

Concluyó, por tanto, que no era obligatoria la expedición de licencia ambiental, por cuanto bastaba el plan de manejo ambiental, trámite que se había agotado con inclusión del componente de concertación previa y socialización con las comunidades.

En lo que respecta a este último, señaló que entre 1999 y 2001 se agotaron los procedimientos de concertación, consulta previa y socialización con las comunidades indígenas que, en apariencia, residían en el sector. Y, en todo caso, destacó que su trámite competía a la autoridad ambiental y no al jefe del ente territorial.

En igual sentido, rechazó que se pretenda responsabilizar al exgobernador por las dificultades relacionadas con la titularidad de los predios destinados a la construcción de las lagunas de oxidación, en atención a que la participación del municipio de Riohacha se confinó a la disposición de estos terrenos. Por ende, sostuvo que el exgobernador actuó de buena fe, ante la intervención de terceros ajenos a su despacho.

Para terminar, argumentó que la Fiscalía no logró probar la apropiación de recursos del Estado por parte de un tercero, en tanto, según se acreditó, la totalidad del anticipo fue invertido en las obras materia del contrato 487 de 2001. Al respecto, manifestó que se remitía a los razonamientos expuestos en los alegatos de conclusión.

En éstos, de manera adicional, la defensa sostuvo que la obra contratada sólo requería *Plan de Manejo Ambiental*, como se indicó en la Resolución 1838 de 2001. Resaltó que CORPOGUAJIRA no realizó ninguna advertencia sobre la supuesta necesidad de tramitar más adelante la licencia ambiental. Asimismo, refirió que para el momento en que se

firmó el negocio jurídico y el inicio de las obras estaban vigentes la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994 que, en su artículo 8º, dispone:

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

Por tanto, sostuvo que atañía a CORPOGUAJIRA, de manera discrecional, determinar el tipo de permiso o licencia requerida para iniciar las obras. Ello, argumentó, se corrobora con la mayoría de los testigos que comparecieron a la investigación e informaron que para el momento en que se firmó el contrato se había aprobado el *Plan de Manejo Ambiental*, como única exigencia impuesta por la autoridad competente. Aclaró que éste fue tenido en cuenta en las etapas de *concertación previa y socialización con las comunidades*, como se acredita con la documentación aportada y el testimonio de la ingeniera Bielka Pimienta.

Con fundamento en lo expuesto, cuestionó el llamamiento a juicio de la Fiscalía. Sostuvo que en el presente asunto no resulta aplicable la Ley 99 de 1993, pues, por tratarse de una ley general, debe ceder ante la regulación especial del Decreto 1753 de 1994. De tal suerte, aseguró que los artículos 8º y 49 no tienen cabida para zanjar la

controversia planteada. Agregó que la obra contemplada en el contrato 487 de 2001 no se consideró de alto impacto ambiental.

Insistió en que las obras contratadas estaban contempladas en el POT de Riohacha y, por ende, no requerían licencia ambiental para firmar el contrato, ni para iniciar las obras de construcción. Aclaró que si bien éste se aprobó el 2 de febrero de 2002, debido a que su discusión se dio en el año 2001, sus disposiciones resultaban aplicables al asunto debatido.

Aseguró que sí hubo un proceso de concertación y consulta previa desde el año 1999 y que éste se realizó antes de la suscripción del contrato. En sustento, dijo que así lo indicaron los testigos y se establece a partir de las pruebas practicadas. Con todo, resaltó que con posterioridad aparecieron nuevas comunidades que torpedearon la ejecución de las obras.

Para terminar, mencionó que el único responsable de la adquisición y entrega de los predios era el municipio y no la gobernación. Sostuvo que esta última sólo debía aportar los recursos económicos vía adjudicación.

Por lo expuesto solicitó que se confirme en su integridad la sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

En atención a lo establecido en el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, la Corte examinará los aspectos sobre los que la Fiscalía impugnante expresa inconformidad, incluyendo los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura.

1. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El texto original del artículo 410 de la Ley 599 de 2000, vigente para el momento de los hechos —26 dic. 2001—, sanciona con pena de 4 a 12 años y multa 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes al «(...) *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 (...)*».

Por tratarse de un tipo penal en blanco, para su estructuración requiere complementarse a partir de normas constitucionales, legales y reglamentarias. Sólo de esta manera es posible precisar el alcance del concepto *requisitos esenciales* al que aludió el legislador.

De igual forma, demanda la intervención de un *sujeto activo calificado* —servidor público— en quien deben concurrir la capacidad y competencia funcional de intervenir

en la *i)* tramitación, *ii)* celebración o *iii)* liquidación del negocio jurídico. En otras palabras, de comprometer los intereses de la administración en *cualquiera* de estas fases.

La jurisprudencia de la Sala tiene dicho que sólo es reprochable la actuación *dolosa* del servidor público, esto es, el conocimiento y voluntad de infringir la ley penal en las etapas mencionadas.

Por tal motivo, para resolver el recurso de apelación propuesto por la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, es necesario examinar el acervo probatorio.

1.1. En el específico asunto que se examina, la Fiscalía acusó al exgobernador DELUQUE FREYLE por violación del principio de planeación, inmerso en el de economía, por hechos relacionados con la fase previa del contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001. Éste se encuentra previsto en los numerales 7° y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

Artículo 25. Del principio de economía. Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. En virtud de este principio...

(...) 7. La conveniencia o inconveniencia del objeto por contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contrato o de su firma, según el caso.

(...) 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o a la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños, y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia (...).

El Consejo de Estado ha precisado que dicho principio propende por evitar que los futuros contratos se malogren, al tiempo que conjura la improvisación y la errática ejecución contractual:

«El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden» (CE, Sección Tercera, Subsección B, 28 may. 2012, Rad. 21489).

Por definición legal, el contrato de obra tiene por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles sin importar la modalidad de ejecución o pago — art. 32-1 de la Ley 80 de 1993—. En todo caso, los actos jurídicos generadores de obligaciones deberán colmar los requisitos que se exijan, según su naturaleza.

1.2. En el presente asunto, el incumplimiento de los *requisitos esenciales* en que se cimentó el llamado a juicio del exgobernador DELUQUE FREYLE recae en la *omisión* en que incurrió al no verificar, antes de la *celebración* del contrato de obra 487 de 2001, tres supuestos cardinales para su suscripción: *i)* la emisión del acto administrativo de viabilidad ambiental por parte de CORPOGUAJIRA; *ii)* el cumplimiento del trámite de consulta previa, y *iii)* el derecho de *propiedad* de los terrenos aportados por el municipio de Riohacha en los que se llevaría a cabo la construcción de las lagunas de oxidación.

1.3. El primer problema jurídico que se plantea, entonces, consiste en determinar si para el momento de los hechos, esto es, de la **suscripción del contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001**, la licencia ambiental constituía un *requisito esencial* para la celebración del negocio jurídico.

1.3.1. A voces de la Defensa, la Ley ordinaria 99 de 1993² resulta inaplicable al asunto examinado, debido a que su carácter general declina ante el carácter especial del Decreto 1753 de 1994, *«por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales»*. Sin embargo, con tal postulación olvidó que en ejercicio de la potestad reglamentaria reconocida al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, goza de la facultad de expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la **cumplida ejecución de las leyes**.

Entonces, aunque el artículo 5° de la Ley 57 de 1887 consagra que *«[l]a disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general»*, tal regla de interpretación no está llamada a remediar el embate propuesto, pues, lo cierto, es que *i)* no se trata de normas de igual jerarquía y, aún más importante, *ii)* no se encuentran en conflicto. La segunda, simplemente, desarrolló la primera.

Por tanto, resulta desacertado el razonamiento de la defensa y, por el contrario, se evidencia que para zanjar la controversia propuesta por la autoridad recurrente, corresponde estudiar ambos cuerpos normativos desde sus particularidades.

1.3.2. El artículo 49 de la Ley 99 de 1993, vigente el 26 de diciembre de 2001, fecha en que se celebró el contrato

² Por disposición del su artículo 118 entró a regir a partir de la fecha de su promulgación en el Diario Oficial 41.146 del 22 de diciembre de 1993.

de obra 487, prevé la obligatoriedad de obtener licencia ambiental para «[l]a ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la Ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje (...)».

A su turno, el artículo 53 de la misma normativa dispone que corresponde al Gobierno Nacional reglamentar los casos en que las Corporaciones Autónomas Regionales otorgarán las licencias ambientales y aquellos en los que se requiera *Estudio de Impacto Ambiental y Diagnóstico Ambiental de Alternativas*. Sobre el primero, el texto original del artículo 57, aplicable al presente asunto por cuanto regía para la época de los hechos³, precisa:

Se entiende por Estudio de Impacto Ambiental el conjunto de la información que deberá presentar ante la autoridad ambiental competente el peticionario de una Licencia Ambiental.

El Estudio de Impacto Ambiental contendrá información sobre la localización del proyecto, y los elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación

³ Las modificaciones introducidas con los Decretos 1122 de 1999 y 266 de 2000 fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencias C-923 del 18 nov. 1999 y C-1316 del 26 sep. 2000, en su orden.

de los impactos que puedan producirse. Además, incluirá el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad.

La autoridad ambiental competente para otorgar la Licencia Ambiental fijará los términos de referencia de los estudios de impacto ambiental (...).

Sobre el procedimiento para su otorgamiento, el artículo 58 de la codificación en comento, sin modificaciones, dispone que *i) el interesado deberá presentar ante la autoridad competente la respectiva solicitud acompañada del Estudio de Impacto Ambiental para su evaluación; ii) si la información es insuficiente, la autoridad deberá pedir que se adicione; iii) recibidos los datos complementarios, podrá demandar a otras entidades o autoridades conceptos técnicos; y iv) reunida la información necesaria, «decidirá mediante resolución motivada sobre la viabilidad ambiental del proyecto o actividad y **otorgará o negará** la respectiva licencia ambiental (...).*».

En armonía con lo anterior, el artículo 2° del Decreto 1753 de 1994⁴, *Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre la Licencia Ambiental*, precisó el concepto y alcance de este permiso, al indicar:

⁴ Sustituido por el Decreto 1728 del 3 de agosto de 2002

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

En todo caso, el acto administrativo que la conceda deberá identificar a la persona natural o jurídica a quien se autoriza el **proyecto, obra o actividad con indicación precisa de su localización** y descripción; detallar las motivaciones para su otorgamiento y el término por el que se concede; así como describir los requisitos, condiciones y obligaciones que debe satisfacer y cumplir el beneficiario y las consecuencias de faltar a estos deberes.

Ahora bien, el artículo 8° del mencionado decreto reglamentario atribuye a las Corporaciones Autónomas Regionales la competencia para expedir *licencia ambiental* en los siguientes casos:

(...) 15. *Construcción y operación de sistemas de alcantarillado, interceptores marginales, sistemas y*

*estaciones de bombeo y **plantas de tratamiento y disposición final de aguas residuales de entidades territoriales** bajo jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional respectiva.*

(...) Parágrafo 6.- Hasta tanto se expidan los reglamentos correspondientes a cada sector, el interesado en adelantar algunos de los proyectos, obras o actividades descritos en este artículo solicitará un pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre la necesidad de obtener la Licencia Ambiental.

De tal suerte, dada la ausencia de reglamento, correspondía a la autoridad ambiental pronunciarse sobre el requerimiento forzoso o no de licencia ambiental para determinado proyecto, obra o labor.

En lo que respecta al *Estudio de Impacto Ambiental*, la regulación refiere que es un **instrumento** para la toma de decisiones y para la planificación ambiental. De cualquier modo, se previó como requisito indispensable e imprescindible **en todos los casos que requieran licencia ambiental** —arts. 22 y 23—. Ello, sin perder de vista que el *Estudio de Impacto Ambiental* no será objeto de aprobación sino de *concepto técnico*, que a su turno servirá de insumo a la autoridad competente para conceder o no la correspondiente *licencia ambiental* —art. 27—.

Por otra parte, dentro de las definiciones contenidas en el artículo 1° de la norma en comento, se precisó que el *Plan de Manejo Ambiental* es el modelo que establece, de manera detallada, las acciones que se requieren para corregir, mitigar, controlar y compensar los posibles efectos o impactos ambientales negativos que se puedan generar con el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. En todo caso, debe contemplar también los planes de seguimiento, evaluación y monitoreo, así como los de contingencia.

1.3.3. Antecedentes del Contrato de obra 487 de 2011.

Dilucidado lo anterior, considera la Sala trascendental reseñar el contexto y antecedentes que determinaron la suscripción del contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001 a partir de las pruebas documentales acopiadas, con el propósito de elucidar si en el caso que se examina se acataron o no los *requisitos esenciales* previstos para la construcción de las lagunas de oxidación y emisario final. Específicamente, las previsiones de la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994 que, como se indicó en el acápite **1.3.1.**, regían al momento en que celebró tal negocio jurídico.

1.3.3.1. Según información aportada por el ingeniero Manuel Leopoldo Góngora Sierra, representante legal de la firma Estudios Técnicos y Construcciones Ltda., en declaración del 10 de octubre de 2013⁵, el proyecto *Plan*

⁵ Fl. 112 Cuaderno Fiscalía original 2

Maestro de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Riohacha, La Guajira, persigue la rehabilitación del sistema sanitario de la ciudad a través de las siguientes obras:

Seis distritos sanitarios de redes colectores, aproximadamente seis estaciones de bombeo, un sistema de tratamiento de aguas residuales y un emisario final.

1.3.3.2. El estudio del proyecto *Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha* fue ejecutado en 1996 por el Consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda.

1.3.3.3. En 1997 el Departamento de La Guajira, el Municipio de Riohacha y el Consejo Regional de Planificación Económica y Social -CORPES- Costa Atlántica, contrataron los estudios y diseños del *Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado Sanitario de Riohacha* en el que se incluyó la selección de un sistema para el tratamiento de aguas residuales recolectoras. Como resultado, se optó por un sistema de lagunas de estabilización —facultativas y de maduración— construidas en serie y en paralelo. Para su implementación se contempló un periodo de 30 años dividido en tres etapas de 10 años⁶.

1.3.3.4. El 6 de diciembre de 1999, el Doctor Humberto Simancas Tancredi, apoderado de la Gobernación

⁶ Fl. 124 Cuaderno anexo original 11 «REFORMULACIÓN DE PROYECTO PRESENTADO AL FONDO NACIONAL DE REGALÍAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS LAGUNAS DE ESTABILIZACIÓN PRIMERA ETAPA - SEGUNDA FASE MUNICIPIO DE RIOHACHA»

de La Guajira, solicitó a la Corporación Autónoma Regional de ese departamento -CORPOGUAJIRA- la **concesión de licencia ambiental** para la obra *Construcción de la Laguna de Oxidación en el Municipio de Riohacha, Departamento de La Guajira*. Con auto 00202 del día siguiente, se avocó el conocimiento de dicho requerimiento⁷.

1.3.3.5. El 13 de diciembre de 1999 el Doctor Pedro Nel Moscote Moscote, Director General de CORPOGUAJIRA, certificó «que el PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE RIOHACHA DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, es ambientalmente viable, **pero está sujeto a la expedición de Licencia Ambiental**»⁸. Dicho documento se expidió para que el Departamento pudiera adelantar el trámite de elegibilidad ante la Comisión Nacional de Regalías.

1.3.3.6. Por Resolución 001262 del 5 de julio de 2000⁹, CORPOGUAJIRA fijó los **términos de referencia** que debía cumplir el **Estudio de Impacto Ambiental** para la *Construcción de la Laguna de Oxidación en el Municipio de Riohacha, Departamento de La Guajira* y ordenó al ente territorial el cumplimiento de los lineamientos establecidos en el artículo segundo del acto administrativo.

Dentro de las consideraciones tenidas en cuenta, CORPOGUAJIRA reseñó el concepto técnico 03.03.102 del 16 de mayo de 2000. En éste se estableció que el proyecto

⁷ Fl. 297 Cuaderno anexo original 2

⁸ Fl. 309 Cuaderno anexo original 2

⁹ Fl. 309 Cuaderno anexo original 2

Construcción de la Laguna de Oxidación en el Municipio de Riohacha, Departamento de La Guajira presentado por la Gobernación «**requiere Licencia Ambiental**, por lo tanto deberá presentar un **Estudio de Impacto Ambiental**, de conformidad con los Términos que establezca Corpoguajira¹⁰».

Para la introducción a los **lineamientos o términos de referencia**, CORPOGUAJIRA se ocupó, de manera preliminar, de presentar algunas definiciones. Así, señaló que el *Estudio de Impacto Ambiental* es un instrumento que identifica, de manera predictiva, la huella originada por la ejecución de una obra o actividad proyectada, con el propósito de elaborar los consecuentes planes de mitigación. Éstos, en últimas, conforman el *Plan de Manejo Ambiental*.

Agregó que, «[e]specíficamente, en cuanto a la **conveniencia de otorgar una Licencia Ambiental**, el decreto 1753 —de 1994— ha declarado, en el artículo 23, que la herramienta fundamental que servirá para dar conceptos técnicos con respecto a las afectaciones que puede causar un proyecto al entorno donde se ubicará será el ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA)».

Por otra parte, dentro de las condiciones técnicas comprendidas en los **términos de referencia**, se incluyó la exposición de un resumen claro y conciso del *Estudio de Impacto Ambiental*, con inclusión de «un análisis de la viabilidad del proyecto en el marco del Plan de Desarrollo y

¹⁰ Fl. 297 Cuaderno anexo original 2

*Ordenamiento Territorial y regional, definido tanto por las entidades territoriales, como por la autoridad ambiental, las características del uso de las tierras en las zonas habilitadas para el tratamiento de efluentes, destino de los predios a beneficiar con el proyecto, **situación jurídico fiscal de las propiedades**, estratos socioeconómicos a beneficiar, la aptitud del suelo y el **análisis socio - poblacional**.*

Precisó que, a su turno, el **Plan de Manejo Ambiental** refleja el compromiso que el usuario está dispuesto a asumir «**si el proyecto es autorizado** a ejecutarse en las condiciones tecnológicas y geográficas que se propone».

1.3.3.7. El 15 de enero de 2001 HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE otorgó poder «*amplio y suficiente a la Ing. MARTHA DURÁN ZAFRA (...) funcionaria de la Secretaría de Obras Públicas y Vías para que en mi nombre y representación adelante todo el trámite pertinente para la obtención de las Licencias ambientales o Aprobación de los Planes de Manejo Ambiental que requieran los proyectos que adelanta esta administración*»¹¹.

1.3.3.8. El 27 de marzo de 2001 el Doctor Samuel Lanao Robles, en calidad de Gobernador Encargado de La Guajira, solicitó **licencia ambiental** para la operación del *Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha* y presentó el correspondiente *Plan de Manejo Ambiental*. Con auto 081 de

¹¹ Fl. 147 Cuaderno anexo original 39

2001 CORPOGUAJIRA avocó la solicitud respecto de la operación del Alcantarillado Sanitario.

1.3.3.9. Ese mismo día se expidió el *Certificado de Disponibilidad Presupuestal* 579 por \$2.151'200.000 para la construcción de obras en el marco del *Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha, sistema de tratamiento de aguas residuales y emisario final*, con fecha de vencimiento el 28 de diciembre de ese año¹².

1.3.3.10. Por contrato #24 del 5 de junio de 2001¹³, el exgobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE convino con la firma Estudios Técnicos y Construcciones Ltda., representada por Manuel Leopoldo Góngora Sierra, la interventoría técnica y administrativa de la obra *CONSTRUCCIÓN DE LAGUNAS FACULTATIVAS Y EMISARIO FINAL DEL PROYECTO PLAN MAESTRO DEL ALCANTARILLADO SANITARIO DE RIOHACHA*.

1.3.3.11. Según concepto técnico 03.03.194 del 5 de julio de 2001, el conjunto de obras contempladas en el *Plan Maestro de Alcantarillado* está conformado por actividades ya ejecutadas y otras pendientes de ejecutar.

En el primer grupo, los evaluadores ubicaron las labores dirigidas a la ampliación de redes primarias y secundarias de alcantarillado, la construcción de colectores y las conexiones domiciliarias y, en el segundo, «la

¹² Fl. 201 Cuaderno anexo original 6

¹³ Fl. 201 Cuaderno anexo original 3

Construcción de la Laguna de Oxidación del Municipio de Riohacha»¹⁴.

1.3.3.12. Así las cosas, el 27 de julio de 2001 el Gerente de la firma Estudios Técnicos y Construcciones Ltda. presentó *Estudio de Impacto Ambiental para la Construcción y Operación del sistema de Tratamiento y Disposición Final de Aguas Residuales (Laguna de Estabilización y Oxidación)*, respecto del cual CORPOGUAJIRA avocó conocimiento el 3 agosto de ese año.

1.3.3.13. Mediante Resolución 1838 del 8 de agosto de 2001, «*Por la cual se establece el Plan de Manejo Ambiental para el Alcantarillado de Riohacha*», notificada el 10 de agosto siguiente a Martha Ligia Durán Zafra —Secretaria de Obras Públicas de la Gobernación—, CORPOGUAJIRA resolvió:

*ARTÍCULO PRIMERO: Establecer el Plan de Manejo Ambiental, **para el funcionamiento del Alcantarillado Sanitario** de la ciudad de Riohacha. presentado por el Gobierno Departamental en cabeza de su representante Legal, doctor HERNANDO DELUQUE FREYLE, en calidad de Gobernador del Departamento de la Guajira* ARTÍCULO SEGUNDO: *El Departamento de la Guajira, en desarrollo de las actividades propias del Alcantarillado Sanitario de Riohacha, deberá cumplir con cada una de las medidas y acciones presentadas en el*

¹⁴ Fl. 62 Cuaderno anexo original 11

Plan de Manejo Ambiental presentado y además con las siguientes:

a) Cancelar a Corpoguajira, los costos que resulten de la evaluación del Plan de Manejo Ambiental así como lo correspondiente al seguimiento del proyecto en referencia, los cuales se liquidarán y cobrarán mediante resolución motivada.

b) Implementar cada una de las medidas planteadas en el Plan de Manejo Ambiental, y además las que resulten en las visitas de control y seguimiento ambiental de Corpoguajira de la Interventoría ambiental.

c) Desarrollar un programa de concientización y divulgación a la comunidad Riohachera, orientada a evitar las conexiones domiciliarias de aquellos sectores de la ciudad donde aún los tramos en construcción del alcantarillado, no están conectados o empalmados al sistema existente para no causar sustracción y desbordamiento de aguas residuales y por ende impactos no previstos en el Plan de Manejo Ambiental.

d) Evitar y controlar el vertimiento de aguas residuales de origen doméstico, al nuevo sistema de alcantarillado, hasta tanto no existan las condiciones técnicas para su conducción, tratamiento y disposición Final.

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

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

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

1.3.3.14. El 24 de septiembre de 2001 el ingeniero José Rodrigo Melo Peña, Coordinador del proyecto, solicitó a CORPOGUAJIRA información «*referente al proceso o recorrido que lleva el Estudio de Impacto Ambiental para la construcción y operación del sistema de tratamiento y disposición final de las aguas residuales en la ciudad de Riohacha; el cual **fue presentado a consideración de esa importante corporación el día 27 de Julio de los corrientes, como requisito indispensable para la obtención de la respectiva Licencia Ambiental del Proyecto***¹⁵».

1.3.3.15. Según se refirió en el *Pliego de Condiciones* publicado el 6 de noviembre de 2001¹⁶, mediante Resolución 1288 del 17 de octubre anterior el Departamento de La Guajira dio inicio al trámite de licitación pública 007 para LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PARA EL PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE RIOHACHA, SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES Y EMISARIO FINAL y señaló que la convocatoria estaría abierta entre el 6 y 19 de

¹⁵ Fl. 291 Cuaderno anexo original 2

¹⁶ Fl. 10 Cuaderno anexo original 6

noviembre de ese año. La definición y características generales de las obras fueron descritas así:

El Departamento de La Guajira, dentro de su plan de desarrollo en el capítulo de Saneamiento Básico, hace énfasis en La Ampliación y Optimización del Alcantarillado Sanitario de la ciudad de Riohacha. Con este proyecto se pretenden ejecutar las obras que conforman el Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales de la Ciudad y la Construcción del Emisario Final desde el sistema de tratamiento hasta la fuente receptora, para mejorar las condiciones sanitarias y ambientales de la población y ofrecer mayor calidad y eficiencia en el servicio de alcantarillado¹⁷.»

1.3.3.16. En reunión previa celebrada el **24 de octubre de 2001**, la firma *Estudios Técnicos y Construcciones Ltda.* expuso ante CORPOGUAJIRA el **Estudio de Impacto Ambiental**¹⁸. Acorde con la información que obra en el expediente, dicha junta se adelantó conforme con el artículo 6°¹⁹ de la Resolución 655 de 1996, «*Por la cual se establecen los requisitos y condiciones para la solicitud y obtención de la Licencia Ambiental establecida por el artículo 132 del Decreto Ley 2150 de 1995*».

¹⁷ Fls. 81 Cuaderno anexo original 6

¹⁸ Fl. 290 Cuaderno anexo original 2

¹⁹ **Reunión previa.** La autoridad ambiental competente de oficio o a solicitud del petionario de la Licencia Ambiental o su apoderado, podrá realizar con éste una reunión con el fin de precisar, discutir y aclarar el alcance del proyecto y la información contenida en el Estudio de Impacto Ambiental.

1.3.3.17. Como resultado de lo anterior, el 31 de octubre de 2001 CORPOGUAJIRA solicitó a los peticionarios información adicional sobre *«la presentación de un programa o plan de restauración del área de vertimiento actual de las aguas residuales de la ciudad de Riohacha y la certificación del Ministerio del Interior de la existencia o no de comunidades Indígenas en el área de influencia directa del proyecto»*²⁰.

1.3.3.18. El 16 de noviembre de 2001, la coordinación del proyecto remitió a CORPOGUAJIRA la información adicional requerida con Oficio 03.03.079²¹.

1.3.3.19. El 6 de diciembre siguiente se reunió el *Comité Evaluador de la Licitación Pública 007*²² y, tras apreciar las seis propuestas recibidas, estableció el siguiente orden de elegibilidad:

PROPONENTE		PUNTAJE
1.	UNIÓN TEMPORAL CV-ICG LTDA	984,6
2.	CONSORCIO PLANTA RIOHACHA	972,9
3.	CONSORCIO ATH	NA
4.	UNIÓN TEMPORAL ALIANZA	NA
5.	CONSORCIO ÁLVARO HERNÁN HORMAZA Y OTROS	NA
6.	ALFONSO OROZCO MARTÍNEZ	NA

1.3.3.20. Por otra parte, el 10 de ese mismo mes y año el ingeniero Góngora Sierra dio respuesta a otra comunicación remitida por CORPOGUAJIRA el 29 de

²⁰ Fl. 74 Cuaderno anexo original 2
²¹ Fl. 284 Cuaderno anexo original 2
²² Fl. 170 Cuaderno anexo original 6

noviembre. En ésta señaló como asunto «*Licencia Ambiental Sistema de Tratamiento Residuos Riohacha*» y anunció que, conforme con lo solicitado, procedía a aclarar varios aspectos relacionados con la construcción y operación del sistema de tratamiento de aguas residuales²³.

Con tal propósito, adjuntó oficio del **14 de noviembre de 2001** suscrito por la Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y dirigido a DELUQUE FREYLE, en el que refiere que, según sus registros, mapas y las bases de datos institucionales —IGAC y DANE—, en la zona de influencia del proyecto no existen comunidades ni parcialidades indígenas. No obstante, advirtió que:

«(...) si al realizarse el respectivo estudio de impacto ambiental ordenado por el Ministerio del Medio Ambiente para el otorgamiento de la respectiva Licencia Ambiental y específicamente en el componente Socio-cultural se encuentra que en el área del proyecto existe presencia de alguna comunidad indígena, se debe dar cumplimiento a la realización del Proceso de Consulta, de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7º de la Ley 21 de 1991 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993.»

1.3.3.21. El 26 de diciembre HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, en calidad de Gobernador de La Guajira, suscribió *Contrato de Obra 487 de 2001*²⁴ con la Unión

²³ Fl. 287 Cuaderno anexo original 2

²⁴ Fl. 18 Cuaderno anexo original 1

Temporal CV-IGC Ltda. De manera preliminar se indicó que éste se suscribía bajo las siguientes consideraciones:

*a) Que el Departamento de La Guajira **viene ejecutando el Proyecto Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha.** b) Que el Fondo Nacional de Regalías mediante Resolución No 1-035 del 5 de diciembre de 2000 resuelve asignar y transferir la suma de \$3.850.000.000.00 para la construcción de las lagunas de estabilización para el municipio de Riohacha La Guajira. c) Que el Departamento mediante Resolución No 1288 del 17 de octubre de 2001 ordenó la apertura de la Licitación Pública No 007 del 2001. d) Que el Departamento mediante Resolución No 1706 del 21 de diciembre de 2001 previo el cumplimiento de los trámites previstos en la Ley 80 de 1993 y celebración de Audiencia Pública, adjudica el objeto de la Licitación Pública No 007 del 2001 a la firma Unión temporal CV - ICG Ltda.*

Expuesto lo anterior, se concertó la naturaleza del contrato:

*CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO 2.1. El objeto del presente Contrato es la Construcción de **obras para el Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha**, Sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final (...).*

1.3.3.22. Al día siguiente, el exgobernador DELUQUE FREYLE suscribió el convenio de cofinanciación 0131 de 2001, para desarrollar e implementar programas tendientes al mejoramiento de las condiciones de vida de las poblaciones asentadas en las Rancherías La Loma, Campoalegre, Guayabito, Los Olivos y El Arroyo, ubicadas en el área de influencia del proyecto *Construcción de las Lagunas de oxidación de Riohacha*.

1.3.3.23. El 31 de diciembre de 2001, la ingeniera Bielca Silena Pimienta Padilla remitió a la Corporación Autónoma Regional de La Guajira los **«resultados de Consulta Previa, a ser tenida en cuenta en el proceso de obtención de la Licencia Ambiental del proyecto»²⁵**.

1.3.3.24. El 10 de enero de 2002 el contratista, la firma interventora, el Secretario de Obras Públicas y el Subsecretario de Agua Portable suscribieron el acta 001 de inicio obra²⁶.

1.3.3.25. El 15 de febrero HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE presentó ante la Comisión Nacional de Regalías la reformulación del proyecto *Lagunas de estabilización – Primera Etapa – Segunda Fase del municipio de Riohacha*²⁷.

²⁵ Fl. 280 Cuaderno anexo original 2

²⁶ Fl. 45 Cuaderno anexo original 25

²⁷ Fl. 174 Cuaderno anexo original 11

1.3.3.26. El 18 de febrero de 2002 el *Director Gerencia del Proyecto*, Manuel Leopoldo Góngora Sierra, diligenció la Ficha BPIN —Banco de Proyectos de Inversión Nacional²⁸— respecto del Proyecto Lagunas de Estabilización – Primera Etapa – Segunda Fase – Municipio de Riohacha en la que incluyó la siguiente información:

9. INFORMACION AMBIENTAL

SU PROYECTO REQUIERE LICENCIA AMBIENTAL EN QUE ESTADO SE ENCUENTRA	SI ☒	NO ☐
EN TRAMITE ☐	FECHA DE SOLICITUD: <u>27-07-01</u>	
	FECHA DE APROBACIÓN <u>08-08-01</u>	
ENTIDAD QUE EXPIDE LA LICENCIA: \		
<u>CORPOGUAJIRA</u>		

1.3.3.27. Ese mismo día, se suspendió de manera temporal la ejecución del contrato²⁹ por las siguientes razones:

1. La Corporación Autónoma Regional de La Guajira **no ha expedido aún la Licencia Ambiental** para la construcción y operación del sistema de tratamiento de aguas residuales.
2. El Municipio de Riohacha **no ha hecho entrega de los terrenos** en donde se construirá el sistema de tratamiento y las servidumbres del emisario final.

²⁸ Fl. 159 Cuaderno anexo original 11

²⁹ Fl. 43 Cuaderno anexo original 25

1.3.3.28. El 22 de febrero de 2002³⁰ la Coordinación del proyecto dio respuesta a la solicitud formulada por la Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria para que se convoque «*audiencia pública para tratar el tema del sistema de tratamiento y disposición final de las aguas residuales de Riohacha*», así:

1.0. El sistema de tratamiento y disposición final de las aguas residuales de Riohacha, es un componente del Plan Maestro del Alcantarillado Sanitario de Riohacha, proyecto que en la actualidad se encuentra en etapa de ejecución.

2.0. El proyecto en su totalidad fue avalado y viabilizado por la división de Agua Potable y Saneamiento Básico del Ministerio de Desarrollo Económico mediante documento número 13067 del 8 de Junio del año 2000.

3.0. Para la ejecución de las obras y mediante convenio número 050 celebrado entre el Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento de La Guajira y el Municipio de Riohacha, **previa viabilización del proyecto**, se estableció **la construcción del proyecto por etapas** y se le asignaron recursos para la **ejecución de las obras** por las entidades antes relacionadas.

4.0. En el mes de Septiembre del año 2000, se presentó ante CORPOGUAJIRA el Plan de Manejo Ambiental del proyecto, y mediante Resolución número 01838 de fecha Agosto 8 de 2001, **se otorgó Licencia Ambiental para**

³⁰ Fl. 73 Cuaderno anexo original 39

la Construcción y Optimización de las Redes de Colectores y Estaciones de Bombeo.

5.0. En el mes de Julio del año 2001 se radicó y presentó a consideración de CORPOGUAJIRA el Estudio de Impacto Ambiental para la construcción y operación del sistema de tratamiento y disposición final de las aguas residuales de la ciudad de Riohacha, para la expedición de la respectiva Licencia Ambiental (...).

1.3.3.29. Con Resolución 1747 del 15 de julio de 2002³¹, CORPOGUAJIRA **otorgó** al Departamento de La Guajira **licencia ambiental** para la Construcción y operación del sistema de tratamiento de aguas residuales del municipio de Riohacha. En este acto administrativo incluyó un acápite denominado *Análisis de los escritos de la audiencia pública*, en el que se ocupó de manera detallada de las exposiciones efectuadas por los interesados el 10 de abril de 2002. Para el caso que se estudia indicó:

- *Que el proyecto "Construcción y operación de las Aguas Residuales de la ciudad de Riohacha" es un componente del Plan Maestro del Alcantarillado Sanitario de Riohacha, el cual tiene Licencia ambiental otorgada por Corpoguajira mediante Resolución 01838/2001.*

*Se considera pertinente aclarar en este punto, que si bien es cierto que **el sistema de tratamiento hace parte***

³¹ Fl. 40 Cuaderno anexo original 11

del proyecto denominado "Plan Maestro de Alcantarillado de la Ciudad de Riohacha", **no es valedero que cuente con Licencia Ambiental**. La Corporación lo que efectuó mediante Resolución 01838/2001 fue el establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental para la optimización del alcantarillado de la ciudad, por ser una obra construida desde tiempo atrás y por lo tanto era un proyecto que no requería Licencia. **En cuanto al sistema de tratamiento por ser una obra nueva y en un área potencialmente sensible consideramos pertinente se elaborará el correspondiente Estudio De Impacto Ambiental para conceptuar sobre su viabilidad ambiental.**

Esta consideración de la corporación ha permitido que se desarrollara una valoración más detallada de los recursos naturales y socioeconómicos que se podrían afectar a través del Estudio De Impacto Ambiental específico, así mismo ha permitido el desarrollo de una consulta previa con comunidades indígenas en el área de influencia directa e inicio de concertaciones con otras del área de influencia indirecta y una Audiencia Pública general con participación de todos los sectores de la ciudad.

1.3.3.30. En desacuerdo con la anterior determinación, José Francisco Bruges Cotes, representante del Cabildo Indígena de la Ampliación de la Media y Alta Guajira de Riohacha y de los Resguardos Pasito y Cangrejito,

y Myriam Deluque Semprum, lideresa comunitaria de la región, la impugnaron ante el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que, con Resolución 0475 del 23 de abril de 2003, la revocó y retrotrajo su otorgamiento «a partir de la etapa de consulta previa» para que se adelantara conforme a lo ordenado en el artículo 12 del Decreto 1320 de 1998³².

1.3.3.31. En cumplimiento de lo anterior, mediante reunión celebrada el 30 de julio de 2003 con las comunidades indígenas Los Olivos, La Loma, Campoalegre, Guayabito y El Arroyo, ubicadas en el área de influencia directa del proyecto, se surtió el trámite de consulta previa.

1.3.3.32. Finalmente, CORPOGUAJIRA profirió la Resolución 0049 del 13 de enero de 2004³³, por cuyo medio **otorgó** nuevamente la **licencia ambiental** para la *Construcción y operación del sistema de tratamiento de aguas residuales del municipio de Riohacha*.

1.3.4. Lo anterior evidencia que la ausencia de *licencia ambiental* como parte de los estudios previos de factibilidad, antes de la suscripción del contrato, desconoció el principio de planeación en la etapa precontractual.

Sobre este aspecto se ha centrado la controversia entre la Fiscalía y la defensa. Esta última sostiene que con la Resolución 1838 del 8 de agosto de 2001, CORPOGUAJIRA

³² Fl. 13 Cuaderno anexo original 13

³³ Fl. 61 Cuaderno anexo original 11.

conceptuó que la construcción de las lagunas de oxidación y emisario final no requería licenciamiento y que, para la suscripción del contrato, bastaba el establecimiento del *Plan de Manejo Ambiental* presentado por la Gobernación, postura avalada por la Sala Especial de Primera Instancia en el fallo impugnado.

A su turno, la recurrente insiste en que solo en desarrollo de la ejecución de la obra fue que la Gobernación obtuvo los permisos ambientales con lo cual desconoció la obligación de contar con estos antes de su suscripción.

Las pruebas practicadas conceden la razón a la Fiscalía, pues, al contrastar su contenido con la norma aplicable, se evidencia que *i)* la obra de construcción del sistema de tratamiento de aguas servidas requería licenciamiento ambiental previo; *ii)* aunque la Gobernación solicitó su concesión desde el 6 de diciembre de 1999, en octubre de 2001 el procesado optó por iniciar el proceso de licitación sin contar con dicho permiso y, en iguales condiciones, procedió a la celebración del contrato de obra el 26 de diciembre de 2001; *iii)* este hecho era conocido por el procesado, pues **su necesidad fue objeto de certificación por parte de CORPOGUAJIRA desde el 16 de mayo de 2000.** *iv)* Con ello obvió la necesidad de licencia ambiental y pretendió sustituirla con el *Plan de Manejo Ambiental* establecido para la actividad de ampliación de redes de alcantarillado como si se tratara de la misma obra.

No se puede olvidar que se trata de obras distintas, aunque incluidas en proyecto denominado *Plan Maestro*. Tales conclusiones se soportan en lo siguiente:

En **primer lugar**, mírese que dentro de la actuación cumplida por la Gobernación del Departamento de La Guajira se evidencia la coexistencia de dos postulaciones promovidas por el ente territorial dirigidas a obtener *licencia ambiental*. Una encaminada a la obra construcción de las lagunas de oxidación y emisario final —que constituye uno de los hechos relevantes por lo que fue acusado DELUQUE FREYLE—, y otra encauzada a la obtención de permisos para la **operación** del proyecto *Plan Maestro de Alcantarillado*.

Viene de señalarse la diferencia conceptual que introdujo el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1753 de 1994 al prever la necesidad de contar con licencia ambiental para la **ejecución** de un **proyecto, obra o actividad**.

En el presente asunto, tal y como se precisó en el contrato 487 del 26 de diciembre de 2001, el Departamento de La Guajira se encontraba en fase de ejecución del **Proyecto** *Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha* y, para el perfeccionamiento de uno de sus componentes, requería la construcción de **obras**, específicamente, del sistema de tratamiento de aguas residuales y emisario final.

Desde esa óptica, se tiene que la solicitud de *licencia ambiental* para la ejecución de la obra *Construcción de la*

Laguna de Oxidación en el Municipio de Riohacha fue radicada ante CORPOGUAJIRA el 6 de diciembre de 1999 con el designio de ejecutar el proyecto ya mencionado. Más adelante, en cumplimiento de la Resolución 1262 del 5 de julio de 2000, la Coordinación del Proyecto presentó el *Estudio de Impacto Ambiental* requerido para la *Construcción y operación del sistema de tratamiento y disposición final de las aguas residuales*. Éste fue radicado el viernes **27 de julio de 2001** —bajo el mandato de DELUQUE FREYLE— y su conocimiento fue avocado el 3 de agosto siguiente.

Por otra parte, dado que el 13 de diciembre de 1999 CORPOGUAJIRA certificó que el *Plan Maestro de Alcantarillado* era ambientalmente viable, pero sujeto a la expedición de licencia ambiental —**2.2.1.5.**, el 27 de marzo de 2001, bajo la administración del acusado, el Gobernador encargado impulsó el trámite de licencia ambiental para la operación del *Plan Maestro de Alcantarillado* y aportó el correspondiente *Plan de Manejo Ambiental*.

En segundo término, encuentra la Sala que el 8 de agosto de 2001 el Director General de CORPOGUAJIRA profirió la Resolución 1838 de 2001, por cuyo medio estableció el *Plan de Manejo Ambiental para el Alcantarillado de Riohacha*.

En su artículo 2º, literal e), la autoridad impuso al Departamento la obligación de elaborar el *Estudio de Impacto Ambiental para la construcción y operación del sistema de*

tratamiento de aguas residuales y las lagunas de oxidación o estabilización, de acuerdo a los lineamientos fijados con tal propósito.

Con esto, la Sala quiere resaltar, nuevamente, la simultaneidad de actuaciones que la Gobernación de La Guajira promovió ante la autoridad ambiental de ese departamento, encausadas a obtener diversas autorizaciones ambientales como presupuestos de ejecución del **proyecto Plan Maestro de Alcantarillado**.

Siendo así, es manifiesto que la Resolución 1838 del 8 de agosto de 2001 se pronunció sobre las dos solicitudes de licencia ambiental en trámite: frente a la primera, estableció el *Plan de Manejo Ambiental*, tras considerarlo suficiente para la ampliación de las redes de alcantarillado —bajo el entendido que se trataba de una obra ya iniciada— y, respecto de la segunda, requirió a la Gobernación para que presentara el *Estudio de Impacto Ambiental* necesario para la *Construcción de las lagunas de oxidación*.

Ahora bien, como se precisó en el acápite **1.2.1.**, el *Estudio de Impacto ambiental* es el *instrumento* básico para la toma de decisiones relacionadas con proyectos, obras o actividades que requieran *licencia ambiental*. Es el insumo a partir del cual se decide si procede o no su concesión. Por tanto, la única intelección posible es que su reivindicación en la Resolución 1838 de 2001 estaba vinculada, inexcusablemente, al trámite previo y necesario para

dictaminar la conveniencia ambiental de construir o no el sistema de tratamiento de aguas residuales.

En otras palabras, si la necesidad de dicho estudio surge únicamente dentro del trámite legalmente previsto para la emisión de una licencia ambiental, su exigencia debe entenderse íntimamente ligada a este procedimiento. De ahí que la teoría defensiva, según la cual a través de dicho acto administrativo se autorizó la construcción de las lagunas de estabilización, carece de sustento fáctico.

Así lo reconoció la ingeniera ambiental Bielka Silena Pimienta Padilla, quien, por solicitud de la defensa, compareció a la audiencia de juzgamiento cumplida el 4 de diciembre de 2017 y, al ser indagada sobre los motivos por los que la Gobernación insistió en la expedición de licencia ambiental después de la emisión de la Resolución 1838 de 2001, dijo:

(...) si se hubiese iniciado el proceso de licenciamiento ambiental posterior a la expedición de ese Decreto —en alusión al Decreto 1728 de 2002 que sustituyó al Decreto 1753 de 1994—, no hubiese requerido licencia ambiental. Pero como estaba vigente, el 1753, lastimosamente, sí requirió licencia ambiental, que creo que si no es el artículo octavo, es el noveno, el que se refiere a las competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales, que determina que para

proyectos de ese tipo, si era diferente la condición de licenciamiento ambiental.

(...) CORPOGUAJIRA así lo exigió. Cuando se estableció el plan de manejo ambiental del Plan Maestro Acueducto y Alcantarillado de Riohacha, CORPOGUAJIRA determinó, desde sus técnicos, que como el sistema de tratamiento de aguas residuales correspondía a una obra nueva, requería un tratamiento diferente. Y CORPOGUAJIRA, en el mismo acto administrativo a través del cual establece el plan de manejo ambiental — en referencia a la Resolución 1838 del 8 de agosto de 2001—, que también hace parte de mi archivo personal y lo puedo presentar como prueba, allí dice, en una de las obligaciones que le imponen o imposiciones a la Gobernación de La Guajira como tramitador del establecimiento del Plan de Manejo Ambiental, que debe presentar un Estudio de Impacto Ambiental aparte o diferente del proceso para que sea evaluado el proyecto del Sistema de Tratamiento de Agua Residual y determinar allí la viabilidad o no del otorgamiento de la licencia ambiental al proyecto (Min. 02:52:20).

Luego, no es de recibo afirmar, como sostuvo la defensa y avaló la Sala Especial de Primera Instancia, que con la expedición de la mencionada resolución CORPOGUAJIRA exteriorizó el criterio, según el cual, la presentación y aprobación del *Plan de Manejo Ambiental* para la operación del *Plan Maestro de Alcantarillado* comprendía también la

autorización para la construcción de los sistemas de tratamiento y emisario final.

Tan es así, que con posterioridad a la emisión y **notificación** de dicho acto administrativo —que en su orden sucedieron el 8 y 10 ago. 2001—, la firma interventora desplegó varias acciones dirigidas a obtener el licenciamiento requerido para la construcción de las lagunas de oxidación.

Dentro de éstas sobresalen i) la petición del 24 de septiembre de 2001, a través de la cual el ingeniero Melo Peña —Coordinador del Proyecto—, solicita información a CORPOGUAJIRA sobre el trámite impartido al *Estudio de Impacto Ambiental* presentado el 27 de julio de 2001 «como requisito indispensable para la obtención de la respectiva *Licencia Ambiental del proyecto*»; ii) la reunión previa cumplida el 24 de octubre de 2001 entre el *petitionario de la licencia ambiental* y la autoridad administrativa; iii) el oficio del 16 de noviembre de 2001, por cuyo medio la Coordinación del Proyecto complementó el *Estudio de Impacto Ambiental*; iv) memorial concerniente a la «*Licencia Ambiental Sistema de Tratamiento Residuos Riohacha*» suscrito por el representante legal de la firma interventora, en el que aclara varios aspectos relativos a la construcción del sistema de tratamiento de aguas residuales; y v) escrito del 31 de diciembre de 2001 firmado por la ingeniera Pimienta Padilla —encargada del componente ambiental del proyecto—, mediante el cual allega a CORPOGUAJIRA los resultados del trámite de

consulta previa *«a ser tenida en cuenta en el proceso de obtención de la Licencia Ambiental del proyecto»*.

Es de resaltar, además, que CORPOGUAJIRA incluyó en la Resolución 1262 de 2000 la siguiente definición sobre el concepto *Plan de Manejo Ambiental*: *«Refleja el compromiso que el usuario está dispuesto a asumir **si el proyecto es autorizado** a ejecutarse en las condiciones tecnológicas y geográficas que se propone»*.

Luego, carece de lógica sostener que para el sistema de tratamiento de aguas residuales se estableció el *Plan de Manejo Ambiental* antes de la aprobación de la obra de construcción. Debe tenerse en consideración que una cosa es emitir el *salvoconducto para hacer* —licencia ambiental— y otra *dar por suficiente* la política de mitigación presentada a efectos de contrarrestar los potenciales daños que se puedan generar con ocasión de la acción avalada —plan de manejo—.

Como **tercer punto**, tampoco tiene asidero en las pruebas documentales practicadas, ni en la legislación llamada a regular este asunto, la conclusión a la que llegó el fallo impugnado respecto al *cambio de postura* de CORPOGUAJIRA en torno a la necesidad de licencia ambiental. Según se expuso en el fallo controvertido, el ingeniero Manuel Leopoldo Góngora Sierra, representante legal de la firma interventora, dio cuenta de esa situación al declarar en juicio:

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

La versión del testigo, además de contradecir el dictamen sobre la necesidad de licencia ambiental emitido por CORPOGUAJIRA desde el **16 de mayo de 2000** y los diversos actos que suscribieron el ingeniero Góngora Sierra y el Coordinador del Proyecto con posterioridad a la expedición de la Resolución 1838 del 8 de agosto de 2001 y antes de la suscripción del contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001, se fundamenta en una disposición normativa inaplicable al asunto que se estudia.

Mírese que la obligación de agotar el trámite de licencia ambiental **sólo** para la construcción y operación de sistemas de tratamiento de aguas residuales que sirvan poblaciones iguales o superiores a 200.000 habitantes no regía para el

momento de los hechos. Su vigencia inició el 6 de agosto de 2002 con la expedición del Decreto 1728.

Para el 26 de diciembre de 2001, le correspondía a las Corporaciones Autónomas Regionales pronunciarse sobre las peticiones de licencia ambiental para la construcción de sistemas de alcantarillado, interceptores marginales, sistemas y estaciones de bombeo y **plantas de tratamiento y disposición final de aguas residuales**, sin reparar en el componente demográfico.

También está probado que desde el momento en que la Gobernación de La Guajira solicitó la expedición de Licencia Ambiental —27 jul. 2001— para la obra *Construcción y Operación del sistema de Tratamiento y Disposición Final de Aguas Residuales (Laguna de Estabilización y Oxidación)*, CORPOGUAJIRA avocó su conocimiento —3 ago. 2001— y, con la Resolución 1838 —8 ago. 2001—, impuso al ente territorial la obligación de *Elaborar un Estudio de Impacto Ambiental*.

Del mismo modo, está acreditado que en octubre de 2001 la autoridad propició la reunión previa con el peticionario con el propósito de examinar el *Estudio de Impacto Ambiental*, según las previsiones de la Resolución 655 de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece los requisitos y condiciones para la solicitud y obtención de *licencia ambiental*, al tiempo que, a finales de octubre y

mediados de noviembre de 2001, requirió información adicional para su estudio.

Por tal motivo, encuentra la Sala que la primera instancia se equivocó al concluir, a partir de lo dicho por los testigos Manuel Leopoldo Góngora Sierra, Enrique Rafael Quintero Bruzón, José Rodrigo Melo Peña, Martha Ligia Durán Zafra y Fernando Hugo Garantiva Brugés, que «*la legislación vigente para la firma de contrato **no tornaba imperativo solicitar y así mismo obtener** licencia ambiental para la celebración del mismo*». Todo lo contrario. No hay duda de que las disposiciones ambientales vigentes para el 26 de diciembre de 2001 exigían dicho permiso para la construcción de obras como la pactada en el contrato que se examina, por cuanto estaban encaminadas a la ejecución del proyecto *Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha*.

Ahora bien, durante su declaración en audiencia de juzgamiento —28 nov. 2017—, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE aseguró que para ese momento la *licencia ambiental* constituía un presupuesto esencial para la *ejecución del contrato*, más no para su *celebración*. Pese a ello, antes de contar con el aludido permiso el procesado dispuso desembolsar el anticipo y suscribir el acta de inicio de la obra. Reafirmando con ello la total inobservancia del ordenamiento jurídico.

Aunque se obviara lo anterior, en sentencias CSJ SP, 8 nov. 2017, Rad. 43263 y CSJ AP1589-2018 la Sala sostuvo que:

«(...) no basta con iniciar los trámites de solicitud de la licencia ambiental para dar por sentado que se cumple con el requisito esencial del contrato que se analiza, sino que su efectiva obtención constituye una exigencia indispensable **previa** a la selección del contratista y a la firma del contrato, en procura de la protección del medio ambiente y de los recursos naturales. Este deber es atribuible a la administración, como quiera que los dineros que se comprometen tienen el carácter de públicos.»

Resulta igualmente equivocado afirmar que CORPOGUAJIRA consideró que para el inicio de la obra era suficiente el *Plan de Manejo Ambiental* y que, con posterioridad a la firma del contrato varió de postura a efectos de reclamar como necesaria la *Licencia ambiental*. Ninguna de las pruebas recaudadas da cuenta de este hecho y, como se reseñó, llevan a una conclusión diversa.

Como **quinto asunto**, encuentra la Sala que el desacierto se extiende a las consideraciones vertidas en torno a la Resolución 1747 de 2002 y el *Plan de Ordenamiento Territorial*.

Y es que, para la Sala Especial de Primera Instancia, el hecho de finalmente haber obtenido la *Licencia ambiental* el **15 de julio de 2002**, esto es, con posterioridad a la celebración del contrato, no evidencia que se tratara de un requisito necesario. En su lugar, estableció que esta circunstancia «*da cuenta que esa autorización fue requerida de manera oportuna y que se cumplieron los requisitos legales para obtenerla, al punto que fue concedida*».

Con ello, olvidó que la discusión no estriba en torno a la *oportunidad* de la solicitud de licencia ambiental, sino a la *oportunidad* de su expedición como *requisito esencial* para la adjudicación y celebración del contrato de obra 487 del **26 de diciembre de 2001**, concebido para la ejecución del proyecto tantas veces mencionado. Recuérdesse que la *Licencia ambiental* integra los estudios previos que para verificar la factibilidad ambiental del plan debía agotar la Gobernación. Para ello no bastaba con formalizar la petición ante la autoridad competente, era imprescindible obtener los permisos requeridos.

En ese ámbito, el simple contraste de fechas lleva a la certeza de que el negocio jurídico se celebró en contravía de esa exigencia de carácter legal y reglamentario. De esta manera, el trámite del contrato se dejó en total improvisación y, como ocurrió, en absoluta imposibilidad de ejecución —aunque ello escapa del pronunciamiento que debe emitirse en esta sede—.

A similar desatino llegó la primera instancia al apreciar el contenido del Plan de Ordenamiento Territorial -POT- de Riohacha. En esencia, porque éste entró en vigencia el 2 de febrero de 2002, cuando ya se había suscrito el contrato y el acta de inicio. Ahora bien, para la Sala Especial aunque el contenido del POT no regía para diciembre de 2001, *«sí generaba una expectativa razonable, en cuanto había sido redactado y presentado para su aprobación con suficiente antelación»*.

La Sala no comparte tal postura. La confianza del procesado en la aprobación del POT de Riohacha resulta insuficiente para legitimar la celebración del contrato de obra 487 de 2001, sin la aprobación previa de la licencia ambiental. El Acuerdo 003 del 2 de febrero de 2002, mediante el cual se adoptó el POT, fue sancionado el 8 de ese mes y año y, por tanto, por expresa disposición de su artículo 380, sólo a partir de este momento empezó a regir. En consecuencia, desde esa fecha su contenido se tornó vinculante y oponible.

La confrontación que sobre los *requisitos esenciales* demanda el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 debe efectuarse de cara a las normas llamadas a regular los negocios jurídicos en el preciso momento en que fueron celebrados, ejecutados o liquidados. La incertidumbre de lo que está por venir, en tanto puede o no acontecer, irrumpe con el concepto mismo de esencialidad o inherencia y ubica tales presupuestos en un plano potestativo mediado por la

indecisión e inseguridad. En tal escenario, las autoridades quedarían autorizadas para impulsar sus actuaciones, de manera discrecional, a partir de las normas vigentes o de aquellas que se encuentran en trámite.

Ello contradice los conceptos de validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas.

Y es que, si bien el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 388 de 1997 establece que no se requerirá licencia ambiental cuando la obra esté incluida en el POT y el mismo ha sido expedido conforme a las normas establecidas en dicho cuerpo normativo, lo cierto es que en el caso examinado *i)* éste no se había sancionado para el momento en que se suscribió el contrato y *ii)* la obligatoriedad de obtener licenciamiento estaba vinculada, no sólo a la viabilidad ambiental, sino al agotamiento del trámite de *consulta previa*, aspecto sobre el que se ahondará en el título **1.4**. Esto último, debido a las particularidades socioculturales de la zona de influencia directa e indirecta del proyecto.

Ello explica que con posterioridad a la aprobación del POT —que según la tesis defensiva amparaba el objeto del contrato y tornaba prescindible el presupuesto de licencia ambiental—, el 18 de febrero de 2002 CORPOGUAJIRA suspendió la ejecución del contrato, tras advertir que la *Construcción y operación del sistema de tratamiento de aguas residuales* no disponía de *licencia ambiental*.

No se puede olvidar, además, que la concesión de *licencia ambiental* implica la imposición de medidas o cláusulas especiales que deberán cumplirse para el desarrollo del objeto del contrato. Estas estipulaciones definidas por la autoridad ambiental tienen la virtualidad de atar a los interesados en celebrar dichos negocios jurídicos con las entidades estatales.

Por ello, no es de poca monta obtener el licenciamiento ambiental con anterioridad para garantizar que los oferentes *i)* conozcan los compromisos a los que se enfrentan, *ii)* contemplen su contenido en la elaboración de las propuestas y *iii)* puedan llevar a feliz término las responsabilidades contractuales a las que se enfrentan.

Entonces, pese a la intención de la defensa y del procesado, no hay duda de que la *licencia ambiental* debía obtenerse, incluso, antes de iniciar el trámite de selección del contratista. De otra forma, se insiste, no se puede garantizar que este criterio sea tenido en cuenta para la elaboración de las propuestas y, con ello, se pueda exigir su cumplimiento en la ejecución del contrato.

Avalar tal hipótesis equivaldría a autorizar la celebración indiscriminada de contratos bajo el paradigma de que la licencia sólo se requiere para su ejecución, sin reparar en la garantía de éxito que impone el deber de planeación y, de suyo, se habilitaría el desembolso de dinero público sin expectativas reales de agotar los objetos convenidos.

En consecuencia, se reitera la postura de la Sala sobre el particular, acorde con la cual, infringe el principio de planeación la adjudicación y celebración del contrato sin contar con la licencia ambiental cuando haya lugar a ella o los permisos ambientales, en virtud a las consecuencias que acarrearía su ausencia. La indefinición de estos estudios ambientales, ocasionan demoras en la ejecución del contrato o incumplimientos definitivos, como en este caso, y el aumento de los precios contratados, poniendo en riesgo los recursos públicos y la materialización de los fines superiores perseguidos con la contratación estatal (CSJ SP18532-2017 y AP1589-2018).

Ahora, no desconoce la Sala que la ejecución del contrato no necesariamente debe iniciar una vez se firma el negocio jurídico y se suscribe el acta de inicio. Eventualmente puede surgir la contingencia de pactar un momento distinto. Sin embargo, para ello correspondía reconocer este hecho e incluir tal condición en el contrato, precisión que no se hizo.

Esta circunstancia fue abordada durante la audiencia de juicio oral. No obstante, DELUQUE FREYLE manifestó que desconocía los motivos por los que no se incorporó una cláusula con este propósito, al tiempo que aludió a la cantidad de trabajo a cargo y a la imposibilidad de intervenir activamente en la elaboración de las minutas y contratos.

Entonces, ante la certeza de que en el concreto asunto que se examina la inexistencia de licencia previa iba a imposibilitar el inicio de la ejecución del contrato y la absoluta previsibilidad de este hecho desde las fases precontractuales, resulta forzoso concluir que se violó el principio de planeación en los términos aludidos en la resolución de acusación.

Y es que, sin lugar a dudas, las probanzas dan cuenta de que el objeto del contrato era de imposible cumplimiento en el plazo pactado —6 meses—, porque no contaba con las autorizaciones ambientales que requería, limitación previsible en la fase de ejecución del proyecto *Plan Maestro de Alcantarillado*.

Por otra parte, aunque en el contrato de obra 487 de 2001 se impuso a la Unión Temporal la obligación de tramitar y obtener los permisos ambientales, lo reseñado hasta ahora acredita que *i)* la normatividad aplicable impone a la administración el cumplimiento de estas exigencias y, en consecuencia, las condiciones convenidas contrarias a la ley y decretos reglamentarios no son oponibles y carecen de validez y *ii)* fue la Gobernación quien, sin intervención del contratista, radicó los trámites dirigidos a obtener licencia ambiental necesarios para desarrollar el *Plan Maestro*.

Por todo lo expuesto, no comparte la Sala la conclusión de atipicidad a la que arribó la primera instancia.

Como se ha sostenido, *i)* la necesidad de contar con licencia ambiental para la celebración del contrato de obra 487 de 2001 es innegable y surge de las normas legales y reglamentarias vigentes al momento en que fue suscrito; *ii)* no es cierto que CORPOGUAJIRA haya sostenido *posturas contradictorias* dentro del trámite que hayan llevado al acusado a la convicción de que bastaba el *Plan de Manejo Ambiental* para iniciar el proceso licitatorio y firmar el negocio jurídico dirigido a la construcción de las lagunas de oxidación y emisario final, y *iii)* con posterioridad a la Resolución 1838 del 8 de agosto de 2001, sobre la cual se pretende edificar esta *confusión*, la Gobernación adelantó varias actuaciones encaminadas indefectiblemente a obtener la licencia ambiental, lo que desdice del aparente error bajo el cual se celebró el contrato.

1.4. El segundo problema jurídico radica en determinar si para el momento de la suscripción del contrato de obra 487 **del 26 de diciembre de 2001**, el agotamiento del trámite de *consulta previa* constituía un *requisito esencial* para la celebración del negocio jurídico.

1.4.1. El derecho fundamental de las comunidades étnicas a ser consultadas y participar en la toma de decisiones que las afecten directamente tiene fundamento en los artículos 7^o³⁴ y 330³⁵ de la Constitución Política y, por

³⁴ El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

³⁵ De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

virtud de la cláusula de apertura, en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes —Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas—, aprobado con la Ley 21 de 1991. El artículo 7° de esta última señala:

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

De esta manera se reconoce a los pueblos indígenas y comunidades negras y afrocolombianas como sujetos de derechos y, particularmente, de las garantías de participación y autodeterminación. Por tanto, la consulta previa tiene la doble connotación de mecanismo de participación y derecho.

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.

(...) 5. Velar por la preservación de los recursos naturales.

(...) 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.

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

En desarrollo de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 21 de 1991³⁶, la Presidencia de la República, a través del Decreto 1320 del 13 de julio de 1998, reglamentó la *consulta previa* con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. El artículo 1° definió el objeto de dicho trámite así:

«La consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2° del presente decreto, y las medidas propuestas para proteger su integridad.»

El Capítulo IV de esa normativa regula lo atinente a la *Consulta previa en materia de Licencias Ambientales o establecimiento de Planes de Manejo Ambiental* e impone al responsable del proyecto el deber de elaborar los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras —art. 5—. Para ello, autoriza a las autoridades ambientales a fijar en los términos de referencia *«los lineamientos necesarios para analizar el componente socioeconómico y cultural»* —art. 6—. A la par,

³⁶ En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

impone un mínimo de información que, sobre este aspecto, corresponde suministrar al solicitante:

«En relación con el componente socioeconómico y cultural, los estudios ambientales deberán contener por lo menos lo siguiente:

(...) 2. En el estudio de impacto ambiental o plan de manejo ambiental:

a) Características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras;

b) Los posibles impactos sociales, económicos y culturales que sufrirán las comunidades indígenas y/o negras estudiadas, con la realización del proyecto, obra o actividad;

c) Las medidas que se adoptarán para prevenir, corregir, mitigar, controlar o compensar los impactos que hayan de ocasionarse.»

También prevé que con posterioridad a la solicitud de *licencia ambiental* o de establecimiento del *Plan de Manejo Ambiental*, corresponde a la entidad competente comprobar si hubo o no participación de las comunidades en la elaboración del *Estudio de Impacto Ambiental* —art. 12—.

Al efecto, el legislador previó la celebración de una *reunión de consulta previa*, cuya dirección está a cargo de la autoridad ambiental con participación del Ministerio del

Interior, el responsable del proyecto y un representante de las comunidades étnicas —art. 13, lit. h—.

Agotado el diseño de tal convocatoria, *«la autoridad ambiental competente, la dará por terminada, dejando constancia de lo ocurrido en el acta y **continuará con el trámite establecido en la Ley 99 de 1993 y en el Decreto 1753 de 1994** o normas que los modifiquen o sustituyan, **con el objeto de tomar una decisión sobre el otorgamiento o negación de la licencia ambiental** o del establecimiento del plan de manejo ambiental.»*

En armonía, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 señala que *«[l]a explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, **y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.**»*

A su turno, el artículo 30 del citado Decreto 1753 de 1994 dispone el procedimiento que debe agotarse para la obtención de la *Licencia Ambiental*. Sobre el punto que se examina, el numeral 1º asigna al *«interesado»* la obligación de informar *«sobre la presencia de comunidades, incluidas campesinas, negras e indígenas, localizadas en el área de influencia del proyecto, obra o actividad»*, a efectos de que la

autoridad pueda plantear de manera adecuada los términos de referencia.

1.4.2. En el presente asunto, como se indicó en el punto **1.3.3.6.**, CORPOGUAJIRA precisó los «*Términos de referencia para la elaboración del estudio de impacto ambiental para el proyecto de construcción de la laguna de oxidación del municipio de Riohacha, Departamento de La Guajira*» en la Resolución 1262 del 5 de julio 2000.

Dentro de los aspectos socioeconómicos, asignó al ente territorial la obligación de «**establecer de manera clara la existencia o no de comunidades indígenas o afrocolombianas tradicionalmente asentadas en el área de influencia del proyecto. De igual manera, identificar el valor histórico y/o arqueológico del área de estudio, principalmente del sitio de localización de la planta de tratamiento**».

Lo anterior debía integrarse al *Estudio de Impacto Ambiental* que, como quedó claro en el acápite anterior, precedía la obtención de la *Licencia Ambiental*.

1.4.3. Por mandato de la firma interventora, la ingeniera Bielka Silena Pimienta Padilla asumió la coordinación del aspecto étnico – consulta previa, dentro del proyecto de construcción de las lagunas de estabilización.

En su declaración en juicio —4 dic. 2017—, la experta reseñó con amplio conocimiento las normas vigentes en el

2001 sobre consulta previa. También pormenorizó las dificultades que afrontó durante su desarrollo y puntualizó que ésta se cumplió en el marco de implementación del sistema de tratamiento de aguas residuales de Riohacha.

Sin embargo, en la actuación se probó que hasta el **28 de diciembre de 2001**, dos días después de celebrado el contrato de obra 487 y cuando ya se había girado el anticipo del 50% del valor acordado, los integrantes de las comunidades y la interventora suscribieron el acta de compromiso de que trata el artículo 13 del Decreto 1320 de 1998 como presupuesto previo para establecer la viabilidad ambiental de los proyectos con incidencia en los territorios de los pueblos indígenas, negros y afrocolombianos.

Asimismo, se estableció que sólo hasta el **30 de diciembre** se consolidaron los acuerdos pactados en acta suscrita por los participantes. Además, las diligencias cumplidas fueron puestas en conocimiento de CORPOGUAJIRA el lunes 31 de diciembre de 2001.

Así quedó consignado en el memorial suscrito por la ingeniera Pimienta Padilla en esta última fecha, dirigido al Director de Área de Control, Seguimiento y Monitoreo de CORPOGUAJIRA, cuyo contenido fue ratificado por ella y por el procesado al rendir testimonio:

Señores:

**CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LA
GUAJIRA**

At. Ing. MANUEL RAMÍREZ LÓPEZ

Director Área de Control, Seguimiento y Monitoreo

La Ciudad

*Ref.: Plan Maestro del Alcantarillado
Sanitario de Riohacha.*

*Envío resultados de Consulta Previa, a
ser tomada en cuenta en el proceso de
obtención de la Licencia Ambiental del
proyecto.*

Apreciado Ing. Ramírez,

*Por medio de la presente comunicación le estamos
enviando los últimos acontecimientos obtenidos en el
proceso de Consulta Previa llevado a cabo con las
comunidades indígenas asentadas en el área de
influencia directa del proyecto "Construcción y operación
del sistema de tratamiento y disposición final de las
aguas residuales en la ciudad de Riohacha", dentro de
los cuales se encuentra el ACTA DE COMPROMISO
firmada por los integrantes de dichas comunidades el día
28 de Diciembre del año en curso y la segunda y última
ACTA DE ACUERDO firmada el día 30 de Diciembre del
año en curso, en donde se consolidan los acuerdos
pactados entre las comunidades indígenas vinculadas*

en el proceso, la Gerencia de Proyecto y el Gobierno Departamental.

Vale la pena aclarar, que el ACTA DE ACUERDO Y COMPROMISOS DE LA CONSULTA PREVIA, fue elaborada por los miembros de la comunidad indígena y en ella se/encuentra establecido el apoyo y aprobación por parte de los indígenas hacia el proyecto³⁷.

Para la Sala Especial de Primera Instancia los testimonios de Georin Blanchar Díaz —Secretario de Obras Públicas—, Martha Ligia Durán Zafra —Profesional de la Secretaría de Obras de la Gobernación—, Fernando Hugo Garantiva Brugés —Representante de la Unión temporal contratista CVG-IBG LTDA— y Manuel Leopoldo Góngora Sierra —Representante de la firma interventora—, dan cuenta de que sí se realizó consulta previa con las comunidades indígenas.

Esta afirmación resulta a todas luces indiscutible para la Sala. Sin embargo, de cara al análisis de tipicidad que demanda el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 en los estrictos señalamientos de la resolución acusatoria, surge nuevamente forzoso auscultar la *oportunidad* en la realización de ese trámite. En otras palabras, que su agotamiento se consumó en la ventana temporal prevista y como presupuesto para obtener la licencia ambiental que,

³⁷ Fl. 280 Cuaderno anexo original 2

como ya se dijo, comportaba un aspecto crucial y anterior a la suscripción del contrato.

Así las cosas, fuerza concluir que la consumación del trámite de consulta previa con posterioridad a la firma del contrato de obra 487 de 2001 refuerza la tipicidad del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en tanto redunda en la inobservancia de los presupuestos esenciales que, para este asunto, exigía el adecuado trámite del contrato de construcción de lagunas de oxidación y emisario final en Riohacha.

1.5. Como tercer problema jurídico, la Fiscalía impugnante discutió que se haya tenido como excluyente de responsabilidad el hecho de que las contrariedades con la *titularidad* de los terrenos donde se iba a adelantar la obra sobrevinieron a la suscripción del contrato, pues, lo cierto, es que el *estudio de títulos* debió realizarse antes de la firma.

1.5.1. El numeral 1° del artículo 32 la Ley 80 de 1993 señala que son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la *construcción*, mantenimiento, instalación o realización de cualquier otro trabajo sobre *bienes inmuebles*. Construir es, por definición, edificar una obra de ingeniería o de arquitectura.

1.5.2. Por disposición del artículo 81 de la misma codificación, a partir de su entrada en vigencia quedaron derogados, entre otros, el Decreto Ley 222 de 1983, con

excepción de los artículos 108 a 113. Estas normas integran el Capítulo III, *Ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbre*.

El artículo 108 señala que, de conformidad con las leyes vigentes, se consideran de *utilidad pública* para todos los efectos legales la adquisición y la imposición de servidumbres sobre bienes inmuebles de *propiedad particular*, cuando su provecho sea necesario para la ejecución de los contratos definidos en el Estatuto de Contratación Estatal.

1.5.3. En armonía, la Ley 9ª de 1989 desarrolló la expropiación con fines de *utilidad pública*, al tiempo que la Ley 388 de 1997 contempló la adquisición de inmuebles por enajenación voluntaria y expropiación judicial siempre que ésta se requiera para alcanzar, entre otros fines, la ejecución de proyectos de construcción de infraestructura —art. 10, lit. a)—.

En los eventos de enajenación voluntaria, el legislador previó que el avalúo base de la negociación será el suministrado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o los peritos privados inscritos en las lonjas o asociaciones correspondientes —art. 61—.

Entonces, la declaratoria de *utilidad pública* constituye el punto de partida para la adquisición de bienes con la potencialidad de repercutir en el bienestar general, siempre que sean necesarios para el desarrollo de las políticas

públicas de infraestructura. Sin embargo, por sí sola, no basta para trasladar la propiedad. En todo caso, debe agotarse el trámite pertinente a fin de obtener el derecho real sobre el inmueble.

1.5.4. Dentro de la actuación se estableció que, mediante *Convenio de apoyo financiero 052* del 30 de diciembre de 1999 suscrito entre el Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento de La Guajira y el Municipio de Riohacha, se acordaron los montos y actividades a realizar en segunda fase de la segunda etapa del proyecto *Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha*³⁸.

Las cláusulas octava y novena del mencionado negocio jurídico disponen:

«**PROPIEDAD DE LOS BIENES:** *Los bienes que sean adquiridos o contruidos con recursos de apoyo del Gobierno Nacional, pertenecerán al MUNICIPIO y a ellos se les aplicará lo dispuesto por el Numeral 87.9 del Art. 87 de la Ley 142 de 1994.*»

(...) **DISEÑOS E INTERVENTORÍA DEL PROYECTO:** *Los diseños y la interventoría del proyecto serán responsabilidad del MUNICIPIO y del DEPARTAMENTO, y serán realizados a través del ADMINISTRADOR (...).*

³⁸ Fl. 215 Cuaderno anexo original 1

1.5.5. El 8 de junio de 2000, la Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico del Ministerio de Desarrollo Económico adelantó la *Evaluación de viabilidad y elegibilidad de los proyectos de Tratamiento de Aguas Residuales Municipales presentado al Fondo Nacional de Regalías*.

Frente al asunto que se estudia, indicó que no se presentó ningún soporte sobre la propiedad del terreno y aclaró que, según la información remitida, «*existe un lote adquirido por el municipio*»³⁹. Por lo anterior, dictaminó que el proyecto era viable, pero incluyó la siguiente observación:

*El proyecto forma parte del "Plan Maestro del Alcantarillado Sanitario de Riohacha" el cual tienen un costo directo total de \$20.352.228.000, cofinanciado por la Nación, el Municipio y el Departamento. Debe obtenerse la licencia ambiental. **Debe anexarse los certificados de tenencia de los terrenos donde se ubicará el sistema de tratamiento.** Debe definirse el esquema institucional y financiero de administración del sistema. Debe buscarse una mayor participación del municipio en la ejecución del proyecto.*

1.5.6. Para la resolución de esta controversia, surge necesario, además, tener en consideración las actuaciones cumplidas por la administración municipal para la adquisición de los predios.

³⁹ Fl. 141 Cuaderno anexo original 39

1.5.6.1. Con Acuerdo 005 del 10 de abril de 1997, el Concejo Municipal de Riohacha declaró de *utilidad pública* el inmueble identificado con cédula catastral 00-03-001-365, dispuso que se destinaría al proyecto de la laguna de oxidación municipal y facultó al alcalde para adelantar las labores presupuestales necesarias para su adquisición⁴⁰.

1.5.6.2. A través del acuerdo 020 del 9 de agosto de ese año, el Concejo Municipal modificó la anterior determinación para, en su lugar, destinar el referido inmueble al proyecto *Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha*⁴¹.

1.5.6.3. Mediante escritura pública 1.372 del 13 de noviembre de 1997 de la Notaría Segunda del Círculo de Riohacha, Joaquín Leonardo Herrera Pushaina *protocolizó* las declaraciones extrajucio rendidas por José Gabriel Iguarán y Luis Amaya «*mediante los cuales prueban los exponentes, la Posesión y propiedad que (...) tiene sobre un lote de terreno ubicado en el Sector de Güiracanal y Rincón-Tigre (...)*»⁴².

1.5.6.4. Con fundamento en lo anterior, por escritura pública 1.381 del 18 de noviembre de 1997 de la misma notaría se protocolizó **la adquisición de las mejoras** a Joaquín Leonardo Herrera Pushaina por parte del Fondo de

⁴⁰ Fl. 49 Cuaderno anexo original 9

⁴¹ Fl. 52 Cuaderno anexo original 9

⁴² Fl. 54 Cuaderno anexo original 9

Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio - Fonvisocial- por valor de \$195'300.000.

1.5.6.5. El 18 de febrero de 2002 CORPOGUAJIRA suspendió el contrato de obra 087 de 2001, tras evidenciar que no contaba con licencia ambiental y que el «*Municipio de Riohacha no ha hecho **entrega** de los terrenos en donde se construirá el sistema de tratamiento y las servidumbres del emisario final.*»

1.5.6.6. Por Resolución 0051 del 17 de marzo de 2006⁴³ el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER adjudicó al municipio de Riohacha 124 hectáreas de un *lote baldío* conocido como *Laguna de oxidación*, ubicado en la vereda Rincón Tigre de esa localidad. Este fue inscrito con el número de matrícula inmobiliaria 210-45086⁴⁴.

En ésta se indicó que el **9 de febrero de 2005** la Alcaldía Municipal de Riohacha presentó ante la Oficina de Enlace Territorial 1 del INCODER solicitud de adjudicación del terreno baldío denominado *Laguna de Oxidación* ubicado en la vereda Rincón Tigre, cuyo conocimiento se avocó el 11 de ese mes y año.

1.5.7. Lo anterior significa que, más allá de la incertidumbre que rodeaba la propiedad del terreno en que

⁴³ Fl. 207 Cuaderno anexo original 2. La resolución se identifica con el número 0051 de 2005, pero fue expedida el 17 de marzo de 2006.

⁴⁴ Fl. 283 Cuaderno anexo original 9

se planeaba construir el proyecto de lagunas de oxidación del municipio de Riohacha, el departamento adelantó la licitación pública, adjudicó el contrato y procedió a suscribirlo sin agotar alguna actividad tendiente a esclarecer la situación jurídica del terreno y, además, sin que el municipio le hubiese hecho **entrega** de éste.

Tal circunstancia imposibilitó dejar a disposición del contratista los terrenos donde se debía desarrollar la obra y, como ocurrió, terminó por torpedear la realización del objeto para el que fue suscrito el contrato 487 de 2001.

Ese hecho es incontrovertible y supera la discusión en torno a las obligaciones a cargo del municipio y el departamento en lo que atañe a la adquisición del predio. Se reitera, dentro del presente asunto se demostró que la administración asumió obligaciones, pese a que no contaba material, ni jurídicamente con el bien inmueble en que debía cumplirse la obra. Y, más aún, sin haber cumplido la más mínima labor encaminada a conocer su titularidad.

Entonces, si una de las obligaciones propias del contrato de obra consiste en entregar los terrenos donde se pretende adelantar la obra a fin de que pueda cumplirse el objeto del negocio, es cuando menos lógico pregonar que existía el deber elemental de verificar la propiedad del terreno y su disposición material y jurídica.

Tal consideración no implica, de ninguna manera, el traslado de los deberes a cargo del Municipio a la Gobernación. Es manifiesto que la adquisición estaba a cargo de aquel. Sin embargo, también lo es que la disposición material del bien constituye un presupuesto mínimo que fue desatendido en la fase precontractual, al punto que se celebró el contrato, se pagó el anticipo y se suscribió el acta de inicio sin verificar quién detentaba la propiedad.

Con ello se puso en riesgo el patrimonio público, pues, en últimas, este hecho implicó la destinación de importantes recursos del Estado en la construcción de infraestructura en un terreno, sin cumplir alguna labor de verificación o clarificación de títulos.

1.5.8. Sobre el particular, la Sala Especial de Primera Instancia consideró:

(...) como lo refiere la defensa, el departamento de la Guajira, en el contrato N° 487 de 2001, solo brindó un apoyo presupuestal o financiero para su ejecución, pero la misma se vio obstaculizada por varios factores entre ellos la inadecuada compra y entrega de terrenos por parte del municipio de Riohacha, quien debía cumplir la exigencia, de acuerdo a las Leyes 99 de 1993 y 142 de 1994.

Lo anterior encuentra respaldo en la Resolución 0051 de 2005, mediante la cual el Instituto Colombiano

de Desarrollo Rural, INCODER, especificó que Riohacha presta un servicio público y su actividad la ejerce en ese terreno, que es de utilidad pública e interés social, razón por la cual resuelve adjudicar la propiedad definitiva a favor de ese municipio.

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

Sin embargo, según se indicó, para el momento en que se abrió la licitación y se celebró el contrato el municipio de Riohacha no *contaba* con los predios.

A voces del artículo 669 de la Ley 84 de 1873 —Código Civil—, el dominio o propiedad «es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella ~~arbitrariamente~~, no siendo contra ley o contra derecho ajeno». A su turno, el artículo 673 precisa que «[l]os modos de adquirir el dominio

son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción».

Bajo esos parámetros normativos, encuentra la Sala que para el momento en que se suscribió el contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001 el Municipio no era propietario del bien inmueble *destinado* a la construcción de las lagunas de oxidación.

Este hecho, contrario a lo concluido por la Sala Especial de Primera Instancia, se constata con la Resolución 0051 de 2005. Recuérdesse que sólo con su expedición —a todas luces posterior a los acontecimientos objeto de acusación— el INCODER adjudicó al municipio el terreno baldío denominado *Lagunas de oxidación*. Antes de ello, la entidad sólo conservaba la expectativa de su reconocimiento y no, como se acordó en el *Convenio de apoyo financiero 052* del 30 de diciembre de 1999, la propiedad de éstos. Así lo señala el artículo 65 de la Ley 160 de 1994:

La propiedad de los terrenos baldíos adjudicables, sólo puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, o por las entidades públicas en las que delegue esta facultad.

Los ocupantes de tierras baldías, por ese solo hecho, no tienen la calidad de poseedores conforme al Código Civil, y frente a la adjudicación por el Estado sólo existe una mera expectativa.

La adjudicación de las tierras baldías podrá hacerse por el Instituto mediante solicitud previa de parte interesada o de oficio.

(...)

Además, el artículo 68 de la misma norma indica:

Podrán hacerse adjudicaciones en favor de entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, o cuyas actividades hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social, bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados revertirán al dominio de la Nación.

Las adjudicaciones de terrenos baldíos podrán comprender a las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que presten un servicio público, o tengan funciones de beneficio social por autorización de la ley, y en aquéllas deberá establecerse la reversión del baldío en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en el respectivo contrato de explotación de baldíos. La Junta Directiva señalará los requisitos que deben cumplir las personas jurídicas a que se refiere este inciso, las condiciones para la celebración de los contratos, las obligaciones de los adjudicatarios y la extensión adjudicable, medida en Unidades Agrícolas Familiares.

Bajo esa perspectiva, se evidencia que *i)* el 30 de diciembre de 1999 la Gobernación de La Guajira y el Municipio de Riohacha se obligaron con la Nación a verificar que la propiedad de los terrenos donde se realizarían las obras cofinanciadas eran propiedad del municipio; *ii)* la Gobernación abrió la licitación 007 de 2001 y suscribió el contrato de obra 487 del 26 de diciembre de ese año, sin esclarecer ese hecho; *iii)* pese a que no se había efectuado la entrega material del terreno y, por tanto, no tenía disposición sobre éste, el 10 de enero de 2002 la Gobernación firmó el acta de inicio de obra; *iii)* el 18 del mismo mes y año se suspendió esta labor, entre otras razones, porque el municipio no había hecho entrega del lote, y *iv)* sólo con posterioridad —9 feb. 2005—, el municipio adelantó y llevó a feliz término las gestiones tendientes a obtener la adjudicación del terreno baldío ante el INCODER.

Como resultado, la Sala acoge los argumentos de la Fiscalía, pues, la apreciación de las pruebas practicadas da cuenta del incumplimiento del *requisito esencial* relativo a contar con la propiedad de terreno destinado a la construcción de las *Lagunas de oxidación*, concertado por las autoridades territoriales y el Gobierno Nacional en el *Convenio de apoyo financiero 052* del 30 de diciembre de 1999.

Nuevamente la omisión reseñada trasgredió el principio de planeación. Ante la manifiesta previsibilidad de las dificultades que implicaba levantar una edificación de la

magnitud de las lagunas de oxidación, así como su importancia para el desarrollo de la región, el cuidado del medio ambiente, el impacto económico y su costo, la comprobación del titular del derecho a la propiedad del lugar donde se iba a desarrollar la construcción emergía como un presupuesto básico que, no obstante, fue omitido al momento de celebrar el contrato y girar el anticipo.

1.6 Establecido lo anterior, se ocupará la Sala de analizar si el procesado al firmar el contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001, ejecutó el tipo objetivo consciente y voluntariamente.

1.6.1 Pues bien, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE es profesional del Derecho y especialista en Derecho Administrativo. Durante la diligencia de indagatoria llevada a cabo el 30 de diciembre de 2013 y en el juicio oral⁴⁵, mencionó que desde el año 1987 hasta 1998 trabajó el CORPOGUAJIRA, primero como Secretario General y luego como Director Administrativo y Financiero. Posteriormente, entre 1998 y 1999, se desempeñó como Secretario Privado del Gobernador, para finalmente ocupar este último cargo entre el 1º de enero de 2001 y el 4 de julio de 2003.

En ejercicio de esas funciones, se percató de que la ejecución del *Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha* involucraba diversos componentes, como la ampliación de las redes de aguas residuales —*Alcantarillado sanitario de*

⁴⁵ Fl. 26 Cuaderno Fiscalía original 3 y audiencia del 28 de noviembre de 2017.

Riohacha—, la construcción de lagunas de oxidación — *Sistemas de tratamiento de aguas residuales*— y la implementación de conductores para llevar las aguas tratadas a mar abierto —*Emisario final*—.

Además, estaba al tanto de la presencia de comunidades indígenas cerca de la obra y de la obligación, establecida en el convenio de financiación, de que la propiedad de los terrenos donde se llevaría a cabo la construcción quedara en manos del municipio de Riohacha.

De esta manera, se puede afirmar que DELUQUE FREYLE no sólo estaba familiarizado sino suficientemente instruido sobre los pormenores de la contratación pública y poseía conocimientos especiales en materia ambiental, particularmente en lo que respecta a las competencias, procedimientos y actuaciones a cargo de la Corporación Autónoma en el Departamento de La Guajira.

Este entendimiento se ve respaldado por su labor previa en el despacho de su antecesor durante el periodo en que se discutió parte del *Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha*. Por lo tanto, su comprensión de este programa desde su inicio era superior a la del ciudadano promedio. Era consciente de que como ordenador del gasto le asistía la titularidad de la función contractual y la potestad de disponer y dirigir todo el proceso contractual para asegurar que se llevara a cabo conforme a la ley.

De igual manera, tanto el perfil profesional como la experiencia laboral reseñada permiten inferir de manera razonable que era consciente de la necesidad de contar con licencia ambiental, para lo cual debía previamente agotar el trámite de consulta previa, no obstante lo cual, optó por abrir la licitación y suscribir el contrato sin verificar el cumplimiento de esos *requisitos esenciales*, lo que resultó en suspensiones sucesivas.

Demostrando su conocimiento sobre este hecho, otorgó poder a una funcionaria de la Secretaría de Obras Públicas para que *en su nombre y representación* agotara las actuaciones pertinentes.

1.6.2 Ahora bien, en su declaración DELUQUE FREYLE señaló que durante su mandato se adelantaron números procesos contractuales y que, para el efecto, se apoyó en varias personas a quienes les confió la realización de diversas actuaciones. Sobre el particular, la Sala ha señalado que si bien la ley autoriza la desconcentración de esas actividades, también lo es que el deber de verificación permanece en cabeza del ordenador del gasto. Así lo ha dicho:

Es sabido que la celebración de un contrato y su posterior ejecución, conlleva la realización de un sinnúmero de actos que se realizan, normalmente, a través de diversos órganos de la administración, en una relación

concatenada de antecedente consecuente, lo cual perfila uno de los procesos administrativos más complejos.

Todo indica que el legislador tuvo en cuenta esa realidad al definir la conducta prohibida, y que quiso cobijar a través de ella tanto a los servidores públicos de rango medio en la organización que por razón de sus funciones intervienen en el trámite de los contratos, como a aquellos que con ocasión del cargo son titulares de la función contractual, últimos a quienes se reserva la facultad de celebrar y liquidar el contrato, en cuanto garante de la legalidad de la actuación, precisamente porque son los únicos que pueden comprometer con su voluntad final los dineros del erario.

Aunque las entidades estatales desarrollan la gestión contractual de manera desconcentrada, a través de los órganos funcionales de la administración que temáticamente se ocupan de ejecutar las políticas trazadas en determinadas materias y de llevar a cabo los planes diseñados a nivel de ellas, desconcentración que se materializa en gran medida mediante el impulso de la gestión precontractual, determinando en primera instancia las necesidades por cubrir conforme a los planes y programa previamente aprobados, verificando su costo y la existencia de recursos para atenderlas, incluso, atendiendo por iniciativa propia la labor de convocatoria pública o privada, recibiendo las ofertas y hasta presentando al ordenador del gasto concepto sobre

aquella que se considera la más conveniente, ello de manera alguna coloca a los representantes legales de la entidad en simples “tramitadores” o “avaladores” de las labores desarrolladas por sus subalternos.

Ni la mencionada desconcentración (...) significa..., que al representante legal de la entidad le competa solamente “firmar” los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos...

Los contratos administrativos, no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección y ejecución (...) (CSJ SP, 9 feb. 2005, Rad. 21547).

Por consiguiente, si bien el acusado no fue quien realizó las diferentes gestiones ante CORPOGUAJIRA, la comunidad indígena o el municipio de Riohacha, este sólo hecho no lo excusa, ni tiene la virtualidad de exonerarlo de responsabilidad. Dentro de la actuación se probó que estuvo al mando, en tanto delegó el trámite de los permisos ambientales, adelantó gestiones ante el Fondo Nacional de Regalías y firmó el contrato 487 de 2001, refrendando con ello el procedimiento previo cumplido.

La jurisprudencia de la Sala sostiene que el desempeño de múltiples funciones no constituye un eximente de responsabilidad. El cumplimiento de las obligaciones y deberes constitucionales emerge frente a cada una de las actividades realizadas. Visto así, como mandatario y representante del Departamento, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE estaba llamado, no sólo a cumplir, sino a hacer cumplir la Constitución y la Ley en cada una de las actividades adelantadas. La Sala ha destacado:

*(...) sin entrar en la discusión de si el principio de confianza aplica o no a los comportamientos dolosos, pues como se sabe, este principio, desarrollado desde la teoría de la imputación objetiva como pauta límite para establecer en cada caso concreto si el riesgo generado es tolerado, o cuándo éste rebasa esa barrera, criterio según el cual en desarrollo de actividades realizadas en el marco de una cooperación con división de trabajo, cada individuo que cumple a cabalidad su rol puede esperar de los restantes una actuación similar, respetuosa de los mandatos legales en el ámbito de sus competencias, **la jurisprudencia de esta Corporación, reiteradamente ha señalado que el titular de la función contractual no puede escudarse en que la responsabilidad por la legalidad de los trámites antecedentes o posteriores –en algunos casos–, radican en las personas que los adelantan.***

A este respecto, ha de recordarse, como lo ha precisado la Sala (CSJ SP, Nov 5 de 2008, Rad 18029; y CSJ SP, Dic 12 de 2012, Rad 31508), que la aplicación del principio de confianza derivado de la realización de actividades que involucren un número plural de personas se ha ido restringiendo, en atención a la especial relación entre los distintos intervinientes, al apreciarse la existencia de un deber de cuidado sobre la conducta de los terceros; así, fundamentalmente, en los ámbitos en los que se produce una división vertical del trabajo y se imponen al superior jerárquico ciertos deberes de dirección y supervisión sobre la conducta de sus subordinados. Uno de estos límites es, precisamente, aquellos eventos en los que se deba objetar y, en su caso, corregir los errores manifiestos de otros.

(...)

Sobre este tema, la Sala en la sentencia antes citada, puntualizo:

“(...) Acerca de esta materia y en punto a las responsabilidades que corresponden a los representantes legales de las entidades estatales en materia contractual, ha precisado la Sala [Sentencia de 9 de febrero de 2005, radicación 21547], que la desconcentración de funciones en orden a facilitar al ordenador del gasto la toma de las decisiones finales en materia contractual, por manera alguna los convierte en simples

‘tramitadores’ o ‘avaladores’ de las labores desarrolladas por sus subalternos; ni significa, tampoco, que al representante legal de la entidad le competa solamente “firmar” los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos.”

(...) Además, los principios de confianza y buena fe no eximen de responsabilidad al procesado y así lo ha establecido la Corte al señalar que:

*“[...] la administración pública tiene un desempeño complejo, pues requiere la intervención de numerosos funcionarios, pero no por ello, puede escudarse la defensa en el principio de confianza y buena fe, dado que la función del procesado no se agotaba con el examen formal de la actuación, ni con la firma mecánica de los contratos, y por el contrario, su deber ineludible radicaba en **“observar”** o **“verificar”** el cumplimiento de los requisitos legales esenciales antes de proceder a la **“tramitación”, “celebración” o “liquidación”** del contrato” (CSJ SP, 6 may. 2009, Rad. 25495).*

Por consiguiente, la delegación de funciones contractuales no logra excusar el comportamiento reprochado por la Fiscalía. El exgobernador, como titular de

la función contractual, detentaba la responsabilidad y manejo de esta labor. Es inadmisibile sostener que, por el solo acto de delegación, el compromiso se trasladó hacia el funcionario encargado.

1.6.3 En lo tocante a la verificación de la titularidad de los predios donde se dispuso la construcción de las lagunas de oxidación, el procesado manifestó en juicio:

Yo leía eso por ahí, que alguien decía eso, o algún acta o un documento, pero le digo con toda sinceridad que yo no entendí mucho eso, no lo entendí porque yo sí tengo entendido que el municipio entregó los terrenos. Es que si no hubiera entregado los terrenos, cómo entonces el departamento iba a comenzar a construir o a firmar los contratos. Si entregar el terreno era lo más fácil, no entendería por qué el municipio que tenía interés en esta obra, no iba a entregar los terrenos⁴⁶

La Sala insistió en el interrogante y el procesado indicó:

Sí, es que obviamente para adelantar la obra se requiere que el terreno esté en disponibilidad de la entidad contratante y yo lo que tengo entendido es que el terreno siempre estuvo disponible. Estuvo disponible para el departamento. Por ahí leí en alguna que parte que sí, que no estaba disponible. Eso no lo entendí. No lo entendí.

⁴⁶ Minuto 01:03:06 Audiencia de juzgamiento 28 nov. 2017

No hay duda, por tanto, de la comprensión que tenía sobre este presupuesto de carácter esencial. Así lo reconoció, pero no logró señalar los motivos por los que no verificó de manera adecuada esa *disponibilidad*, al tiempo que insistió, pese a lo probado, en la versión, conforme con la cual, el departamento sí contaba material y jurídicamente con los terrenos.

Este entendimiento se refuerza con las actuaciones desplegadas con posterioridad a la apertura de la licitación y suscripción del contrato, encaminadas a sanear tales deficiencias, desechando, una vez más, que el principio de planeación le imponía, que previo a celebrar el contrato de obra 487 del 26 de diciembre 2001 y comprometer los recursos públicos destinados a tal fin, debía verificar la viabilidad de su objeto y la posibilidad —o imposibilidad— de su ejecución.

1.6.4 Ante tal panorama, encuentra la Sala que el exgobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, en su condición de jefe de la administración seccional y representante legal del Departamento de La Guajira, adelantó un proceso contractual y suscribió el negocio jurídico derivado de dicho trámite, cuyo objeto era la construcción de obras para el *Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha, Sistemas de tratamiento de aguas residuales y emisario final*, sin reparar en los deberes de planeación que le eran exigibles, pues dejó de lado que al no contar con la licencia ambiental que para efecto exigían la

Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994, no agotar el trámite de consulta previa descrito en la Ley 21 de 1991 y el Decreto 1320 de 1998, y no disponer jurídica y materialmente del terreno donde se debía ejecutar la obra, su desarrollo era imposible.

2. Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

La Sala se ocupará a continuación de analizar si conforme se indica en la acusación, se ha concretado también el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, y si es atribuible al procesado DELUQUE FREYLE.

2.1.1. Pues bien, en el presente asunto al gobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE se le acusó por la apropiación dolosa a favor de terceros de bienes del Estado. Concretamente, se le enrostra que, en su condición de Gobernador de La Guajira, el 28 de diciembre de 2001 giró **\$1.059'944.780⁴⁷** a la Unión Temporal CV-ICG Ltda. Este monto corresponde al 50% del valor total del contrato de obra 487 suscrito el 26 de ese mes y año.

Según la Fiscalía, al ordenar la entrega de este dinero al contratista, DELUQUE FREYLE favoreció su apropiación, pues no fueron invertidos en la obra y, con ello, se privó al departamento de la facultad de disposición.

⁴⁷ Para el año 2001, el salario mínimo mensual vigente ascendía a \$264.000. Es así, que la suma pagada a título de anticipo equivale a 4.015,39 SMMV de la época.

Es necesario recalcar que no se trata de la misma proposición fáctica examinada anteriormente. El análisis agotado en el numeral **1.** se contrajo a la suscripción del referido negocio jurídico, sin cumplir con los presupuestos de planeación previa. En concreto, que *i)* no contaba con licencia ambiental; *ii)* no se agotó el trámite de consulta previa, y *iii)* el Departamento no tenía acceso material ni jurídico a los predios donde se había acordado desarrollar la obra. Los supuestos *i)* y *ii)* determinaron la suspensión de la obra cinco semanas después de que se aprobara el acta de inicio.

Por otra parte, en lo sucesivo la Sala clarificará si al disponer de los pregonados recursos y entregarlos a la Unión Temporal CV-ICG Ltda., el acusado despojó al ente territorial de una porción de su patrimonio y facilitó su apropiación por parte del contratista.

Hay que mencionar que el delito de *peculado por apropiación* es un delito autónomo. Este calificativo permanece aunque, en eventos como el presente, su estructuración guarde relación con la conducta de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. Ello, en atención a que el primero protege la función pública respecto de la custodia y tenencia de bienes y, el segundo, resguarda la contratación transparente conforme a los postulados dispuestos en la ley para ello (CSJ SP362-2020).

2.2. El inciso 2º del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, vigente para la época de comisión de la conducta, sanciona con pena de 6 a 22.5 años y multa equivalente a lo apropiado, sin que supere los 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al «*servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*».

Del supuesto fáctico previsto por el legislador, se extrae que la *configuración* del tipo penal transcrito demanda que concurren i) la calidad de servidor público en el sujeto activo; ii) la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que el servidor desempeña, y iii) el acto de *apropiación* en provecho propio o de un tercero. De esta manera se lesiona el bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

Se debe agregar que la conducta se *consume* con la sustracción de los bienes de la órbita de custodia del Estado —patrimonio público— con la *intención* de incorporarlos en la esfera privada del sujeto activo o de un tercero. Al respecto, la Sala tiene dicho:

«(...) el punible de Peculado por apropiación es de carácter instantáneo como quiera que se consume cuando el bien

público es apropiado, es decir, cuando mediante un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, se evidencia el ánimo de detentarla...» (CSJ SP, 27 Mar. 2003, Rad. 17899).

Así que, para su realización, es suficiente que se despoje al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, «*sin que forzosamente quien cumple la acción entre efectivamente a disfrutar o gozar de aquellos, basta con el hecho de impedir que el Estado siga disponiendo de los recursos confiados al servidor público*» (CSJ SP, 10 Oct. 2012, Rad. 38396).

2.2.1. *Sujeto activo calificado.*

En el caso en cuestión, se ha comprobado que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE fue electo y asumió como Gobernador de La Guajira para el periodo 2001-2003, ostentando así la calidad de funcionario público y la autoridad sobre los bienes del Estado⁴⁸.

No cabe duda, por tanto, que para el momento del desembolso —28 dic. 2001— tenía la condición de servidor público que demanda la configuración del tipo penal.

2.2.2. *Potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones.*

⁴⁸ Fls. 30 a 38 Cuaderno original Fiscalía 1

De manera puntual, el texto original del artículo 11, literal b), de la Ley 80 de 1993, le confería al procesado, como representante legal del ente territorial, la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para *celebrar contratos estatales*, en los términos y condiciones previstas en las normas que regulan la organización y funcionamiento de los departamentos.

En otras palabras, la administración y custodia de sus bienes y recursos, bajo el entendido que estos deberes *«dimanan simple y llanamente de las responsabilidades que le eran anejas en el manejo de los fondos públicos, cualquiera fuese su naturaleza»* (CSJ SP, 13 Mar. 2013, Rad. 37858).

De tal suerte, el segundo presupuesto normativo reseñado no admite controversia y está plenamente acreditado.

2.2.3. *El acto de apropiación en provecho propio o de un tercero.*

La acusación sostiene que, en desempeño de sus funciones y en calidad de ordenador del gasto, el exgobernador dispuso el pago del anticipo estipulado en el mencionado contrato a la Unión Temporal CV – ICG Ltda. Al efecto, utilizó fondos públicos del presupuesto del año 2001.

Sin embargo, esta transacción no representó ninguna contraprestación para el Departamento porque la obra contratada nunca se realizó debido a las omisiones

ampliamente referidas. Esta tesis, que quedó demostrada en el acápite **1. Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, sumada a la documentación allegada y los demás medios de convicción acopiados en la actuación, permiten a la Sala tener por acreditada la apropiación en provecho de la unión temporal.

Veamos:

2.2.3.1. El contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001⁴⁹, disponía:

*(...) CLÁUSULA TERCERA. VALOR 3.1 El valor definitivo del presente Contrato será el resultado de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas [sic], por los precios unitarios y/o globales. 3.2. Para efectos fiscales el valor del presente Contrato es la suma de **DOS MIL CIENTO DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS M.L. (\$2.119.889.561.00).** (...) CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL. 12.1. El valor del presente contrato se subordinará a las apropiaciones presupuestales de la vigencia fiscal correspondiente al año 2001 y se imputará de: Identificación Presupuestal No. 01-3-65-20 Programa: Sector Agua Potable y Saneamiento Básico. Subprograma: Construcción lagunas de estabilización para el Municipio de Riohacha – La Guajira. CLÁUSULA*

⁴⁹ Fl. 18 Cuaderno anexo original 1

*DÉCIMA TERCERA: FORMA DE PAGO. 13.1. **El DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA se compromete a pagar al CONTRATISTA el valor del presente Contrato de la siguiente manera: 13.1.1. Un anticipo equivalente al Cincuenta por ciento (50%) del valor contractual**, que será cancelado por EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA al CONTRATISTA una vez perfeccionado este Contrato, contra cuenta de cobro y previa presentación por parte del CONTRATISTA y aprobación por EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA de la Garantía Única, acordada en el mismo Contrato. 13.1.2. EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA efectuará el pago del saldo restante mediante actas mensuales de obra las cuales se cancelarán en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario después de ser aprobadas por la INTERVENTORÍA, de dichas actas mensuales se descontará el porcentaje correspondiente a la amortización del anticipo.*

2.2.3.2. Mediante Resolución 1515 del 28 de diciembre de 2001⁵⁰, el Departamento aprobó la garantía única del contrato estatal. Ese mismo día se giró en favor del contratista la suma de **\$1.059.944.780** por concepto de anticipo⁵¹:

Canc.	ID	CONCEPTO	DET.	No. ORD	VALOR	BAN	Cta.
28/12/2001	22647	ANT50% CONT 487.01	VR. PAGO 50% COMO ANTICIPO DEL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS NO. 487.01 REF A LA CONTRUCCIÓN DE OBRAS PARA EL PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO	4200	\$1.059.944.780.00	BANCO DE BOG	61316

⁵⁰ Fl. 50 Cuaderno anexo original 25

⁵¹ Fl. 49 Cuaderno anexo original 25

			SANTARIO DE RIOHACHA SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES Y EMISARIO FINAL				
--	--	--	---	--	--	--	--

2.2.3.3. Según Informe de Policía Judicial 779299 del 31 de mayo de 2013⁵², la Unión Temporal sostiene que el anticipo se invirtió en el desarrollo de la obra, pese a que nunca se ejecutó. En éste, la experta contadora hizo las siguientes observaciones:

- 1. El valor del Adicional No. 02 del 2 de Diciembre de 2010 que le hicieron al Contrato Principal No. 487 del 2001, Supera el 50% del valor inicial.*
- 2. La Relación de Gastos que envió el constructor UNION TEMPORAL C.V. - I.C.G. LTDA, no muestra los años en que ejecutó el gasto en materiales, personal, impuestos, reparaciones, arrendamientos, honorarios, equipos y herramientas.*
- 3. En GASTOS DE ARRENDAMIENTOS, aparecen las sumas de \$ 3.600.000 y \$ 10.675.500, como pago de arrendamiento de campamento y luego...*
- 4. En GASTOS DIVERSOS, aparece la Compra de dos Lotes para Campamento, uno por valor de \$12.000.000 y otro por \$10.000.000, lotes que según los ingenieros, en la visita de campo que hicieron, nunca los mencionaron.*

2.2.3.4. Como se viene diciendo, el objeto contractual no se cumplió. En el terreno de la obra sólo se pudieron

⁵² Fls. 1 y siguientes Cuaderno anexo original 2

adelantar —en varias oportunidades—, algunas labores de desmonte, pero ninguna actividad de construcción relacionada con el objeto pactado. En su lugar, parte del anticipo se utilizó para *comprar* unos terrenos aledaños a la zona que, en teoría, se utilizarían como locación de los empleados y encargados de su ejecución.

Esta asignación de fondos, de cara a la vertiginosa suspensión del contrato —5 semanas después de suscrito— e imposibilidad de desarrollar su objeto, da cuenta de la indebida apropiación y destinación de los recursos públicos. Es inaceptable que hayan sido utilizados para adquirir bienes inmuebles sin utilidad pública.

La ineptitud manifiesta en la gestión contractual por parte de la Gobernación de La Guajira para la construcción de las lagunas de oxidación y el emisario final no sólo ha perjudicado el tesoro público, sino que también ha ocasionado un daño patrimonial evidente al ente territorial, pues, a pesar de haber desembolsado una considerable suma de dinero (\$1.059.944.780), la obra nunca llegó a materializarse.

Según se constató dentro del juicio, después de más de 20 años desde la firma del contrato 487 de 2001, el municipio de Riohacha permanece sin un adecuado sistema de tratamiento de aguas residuales. Éstas, aún en la actualidad, siguen vertiéndose al mar, en perjuicio de sus pobladores y el ecosistema marino.

Habría que decir también que no se procuró ninguna labor para recuperar el capital entregado.

De tal suerte, para el específico asunto que se examina, queda acreditado el último ingrediente normativo previsto en el artículo 297 de la Ley 599 de 2000: la apropiación de **\$1.059.944.780** por parte de la firma Unión Temporal CV – ICG Ltda.

Se insiste, dicho monto fue desembolsado, no obstante i) la irrefutable inviabilidad jurídica del contrato de obra; ii) la imposibilidad en la que se encontraba la firma constructora de cumplir los compromisos adquiridos, y, como se pasa a explicar, iii) de la **capacidad del exgobernador de anticipar, con alto grado de certeza, estas circunstancias y el deber de evitar la consumación de tal perjuicio.**

2.2.4. *Del elemento subjetivo.*

De manera puntual, debe insistirse en que el provecho ilícito perseguido por el servidor público estuvo determinado por la suscripción de un contrato irrealizable, a cuyo amparo se pactó y **se pagó un anticipo** que sólo benefició al contratista, en detrimento del patrimonio público. No se advierte que este suceso haya estado mediado por alguna equivocación originada en la buena fe. En su lugar, se estableció la *intención* voluntaria y consciente de favorecer la apropiación de bienes del Estado por parte de un tercero.

Como se detalló en el numeral **1.6.1.**, el exgobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE tiene estudios de pregrado en Derecho y un título de postgrado en Derecho Administrativo. También cuenta con experiencia en el sector público, a cuyo servicio estuvo vinculado entre 1987 y el 2003. En este lapso ocupó varios cargos directivos: Secretario General y Director Administrativo y Financiero de CORPOGUAJIRA, Secretario Privado del Gobernador y, finalmente, Gobernador de La Guajira.

Es irrefutable, por ende, que su formación y bagaje en materia ambiental y contractual supera lo comúnmente conocido. De allí, está dado afirmar que el funcionario acusado actuó con pleno conocimiento y voluntad de contrariar el ordenamiento jurídico.

Sumado a lo anterior, mírese que, según se consignó en el Certificado de Disponibilidad Presupuestal 579 —librado por \$2.151'200.000 para la construcción de obras en el marco del Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha—, la reserva económica destinada al cumplimiento del objeto contractual vencía el 28 de diciembre de ese año, es decir, dos días después de que se firmó el convenio y el mismo día en que se hizo efectivo el desembolso del anticipo (\$1.059'944.780).

Este hecho explica la premura de celebrar el contrato y materializar el primer pago dentro de su período de validez, aunque no era viable iniciar las obras. Al tiempo, evidencia

el propósito de sortear, a toda costa, la restricción en el uso de fondos que podría implicar el decaimiento de su vigencia.

El comportamiento descrito tuvo graves repercusiones en los fondos públicos. Estos se vieron considerablemente mermados con la sustracción injustificada del anticipo y el consecuente traslado al patrimonio privado de la unión temporal. El despojo de estos recursos impidió que fueran utilizados en procura del bienestar general. La relación causa-efecto de esta operación monetaria, como quedó visto, fue aparente y sólo resguardó al contratista.

En definitiva, la Fiscalía logró demostrar la actuación dolosa atribuida a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, esto es, la intención consciente y deliberada de apropiarse en favor de un tercero de dineros del Estado. Así lo evidencia el dominio funcional que ejerció sobre la contratación y la voluntad de auspiciar el desvío de \$1.059.944.780, al celebrar un negocio que, de antemano, sabía era irrealizable.

Y es que, pudiendo actuar conforme a las normas de contratación gubernamental vigentes al momento de los acontecimientos y resguardar los bienes estatales que le habían sido encomendados, prefirió profanar el interés colectivo en beneficio de un tercero.

Como consecuencia directa de lo anterior, la Sala concluye que se configuró el delito de peculado por apropiación. El mandatario DELUQUE FREYLE desvió

claramente su comportamiento de las normativas constitucionales y legales, así como de los principios que rigen la contratación estatal. Se reitera, sus acciones favorecieron intereses particulares en detrimento del interés público, comprometiendo gravemente la asignación de recursos para el desarrollo social y socavando la institucionalidad democrática.

3. En resumen, en el presente caso queda demostrado que el entonces Gobernador del Departamento de La Guajira, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, de manera consciente y voluntaria, incurrió en delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación a favor de terceros*, tal como lo establecen los artículos 397-2 y 410 de la Ley 599 de 2000. Estos se materializaron en las circunstancias detalladas en la motivación anterior y por las cuales fue acusado.

La afectación al bien jurídico de la administración pública es evidente en cada una de estas conductas, no sólo por el incumplimiento de los principios de contratación, sino también por la afectación directa al erario mencionado anteriormente. Las acciones llevadas a cabo por el exgobernador fueron esencialmente dolosas al tramitar y firmar el contrato en cuestión sin ejercer alguna labor de verificación, vigilancia y control sobre el trámite contractual en contravía del deber de planeación, permitiendo que los contratistas se apropiaran del anticipo (\$1.059'944.780).

Por lo tanto, la Corte considera que, al estar plenamente demostrados los delitos por los cuales fue acusado el doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, consumados en un concurso heterogéneo según lo establecido en el artículo 31, así como su responsabilidad como autor material, es necesario revocar la decisión impugnada y emitir una sentencia condenatoria en su contra.

3. De la dosificación.

En consideración al monto de las penas mínimas que les asigna la ley a las conductas individualmente consideradas, procede la Sala a tasar la pena para cada uno de los punibles, luego de lo cual valorará el concurso heterogéneo e impondrá la sanción definitiva.

Del delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Esta conducta atribuida al procesado DELUQUE FREYLE, corresponde a las sumas ilícitamente canceladas por el Departamento de La Guajira, en virtud del contrato de obra 487 de 2001 en cuantía de \$1.059'944.780

Para esa época el ingreso mínimo ascendía a \$286.000. Por tanto, en valor de lo indebidamente apropiado supera ampliamente los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2001, esto es, \$57'200.000.

Esta circunstancia ubica la conducta en el inciso 2° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, vigente para el momento de los hechos. Entonces, los límites sancionatorios a aplicar oscilan de 72 a 270 meses de prisión y multa equivalente al valor de lo apropiado, siempre que no supere el equivalente a 50.000 s.m.l.m.v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Conforme con las directrices del artículo 60 de la norma en comento, el ámbito de movilidad⁵³ arroja como resultado un cuarto mínimo comprendido entre 72 y 121.5 meses; dos cuartos medios que van de 121 meses y 16 días hasta 220.5 meses, y un cuarto máximo que oscila entre 220 meses y 16 días a 270 meses.

A partir de los límites punitivos establecidos, es necesario analizar detalladamente los criterios contemplados en el artículo 61-3 de la Ley 599 de 2000, con el fin de determinar la sanción adecuada para el acusado por el delito de peculado por apropiación que se le imputa. Esto implica considerar la gravedad de la conducta, el alcance del daño ocasionado o potencial, las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad, el grado de intencionalidad, la justificación de la pena y su finalidad específica en el contexto particular del caso.

En vista de los intereses protegidos por la norma penal infringida por el acusado, la gravedad de su acción es

⁵³ El ámbito de movilidad es de 49 meses y 15 días

innegable. El ex gobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, de manera evidente, defraudó las expectativas y la confianza depositada en él por la sociedad, así como las inherentes a su cargo electo. Utilizó la autoridad conferida por el voto popular para beneficiar a terceros ajenos al ámbito público y, recurriendo a prácticas contractuales indebidas, provocó un grave perjuicio a la reputación de la administración que representaba.

La magnitud del dolo se evidencia en el detrimento patrimonial ocasionado a un municipio especialmente vulnerable y con notorias deficiencias en infraestructura de saneamiento básico.

Como se ha demostrado, las obras contratadas nunca se llevaron a cabo, lo que ha resultado en la continua contaminación ambiental, debido a la descarga de aguas residuales sin tratamiento alguno en el mar. El impacto en la salud de la población por este hecho también es innegable, especialmente en aquellas comunidades que dependen del mar para obtener diversos recursos y alimentos y que se pueden ver afectadas por la baja calidad del agua y los riesgos que ello representa. Tal peligro fue contemplado en la justificación del proyecto *Plan Maestro de Alcantarillado*.

Teniendo en cuenta estos factores, se establece la sanción en el límite mínimo previsto aumentado en 12 meses, dado que no sería justificable imponer el reproche mínimo contemplado por el legislador. Por lo tanto, se determina una pena de prisión de 84 meses. Respecto a la multa, se fija en

\$1.059'944.780, correspondiente al valor de lo apropiado. Además, la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas se extenderá durante el mismo período de la pena privativa de libertad, según lo dispuesto expresamente por la normativa aplicable.

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, vigente en el momento de los hechos, estipuló una pena de prisión de 48 a 144 meses, una multa de 50 a 200 s.m.l.m.v., y una inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas de 60 a 144 meses, respecto a esta ilicitud reprochada al exgobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

Como resultado de aplicar el mismo procedimiento señalado, se determina que el rango punitivo para las penas principales de prisión y multa⁵⁴ se divide en un cuarto mínimo que oscila entre 48 y 72 meses de prisión y multa de 50 a 87,5 s.m.l.m.v.; dos cuartos medios que van desde 72 meses y 1 día hasta 120 meses de prisión y multa de 87,51 hasta 162,5 s.m.l.m.v.; y un cuarto máximo que fluctúa entre 120 meses y 1 día a 144 meses de prisión y multa de 162,51 a 200 s.m.l.m.v.

Respecto a la pena accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas, esta se contempló entre 60 y 144 meses⁵⁵. Por consiguiente, el rango punitivo se

⁵⁴ El ámbito de movilidad es de 24 meses y 37,5 s.m.l.m.v.

⁵⁵ El ámbito de movilidad es de 21 meses

divide en un cuarto mínimo de 60 a 81 meses; dos cuartos medios de 81 meses y 1 día a 123 meses; y el último cuarto de 123 meses y 1 día a 144 meses.

Dada la ausencia de circunstancias que agraven o atenúen la punibilidad en la acusación, la pena debe ser establecida dentro del cuarto mínimo.

No obstante, considerando las mismas razones expuestas en la individualización de la pena por el delito de peculado por apropiación, la sanción a imponer por este delito se determina en 55 meses y 9 días de prisión, una multa de 58,3 s.m.l.m.v., y una inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por 69 meses y 9 días.

Concurso de conductas punibles.

Según el artículo 31 del Código Penal: *«El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias veces la misma disposición, quedara sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas».*

En armonía con el análisis previo, la pena más severa corresponde al delito de peculado por apropiación, establecida en 84 meses de prisión, multa de

\$1.059'944.780, equivalente a más de 3.000 s.m.l.m.v. en la época, y una inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual a la pena privativa de la libertad.

Ahora, al existir un concurso heterogéneo de conductas punibles, se impone dar aplicación al artículo 31 de la Ley 599 de 2000 para aumentar dicha pena siguiendo las directrices allí indicadas.

Entonces, se incrementará en 15 meses por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en que incurrió al celebrar el contrato de obra 487 del 26 de diciembre de 2001.

En consecuencia, la pena inicial de 84 meses se incrementa en 15 meses debido al concurso heterogéneo, resultando en una pena privativa de libertad definitiva de **noventa y nueve (99) meses de prisión** para el procesado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

En lo que respecta a la pena principal de multa, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, esta será igual al valor de lo apropiado. Es decir, \$1.059'944.780 por el delito de peculado. Por otra parte, en lo tocante al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ésta se fijó en 58,3 s.m.l.m.v., equivalentes a \$16'673.800, que se adicionarán aritméticamente⁵⁶.

⁵⁶ Resultado de multiplicar el salario mínimo del año 2001 (\$286.000) por 58,3.

En conclusión, el **monto total de la multa imponible asciende a \$1.075'618.580**, resultado de sumar la cantidad apropiada en el delito de peculado por apropiación más el equivalente a 58,3 s.m.l.m.v. para el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Con respecto a la **inhabilitación del procesado para ejercer derechos y funciones públicas**, esta será por un período igual a la pena de prisión impuesta, es decir, **99 meses**.

Adicionalmente, dado que la declaración de responsabilidad penal incluye el delito de peculado por apropiación, que representa un detrimento patrimonial para el Estado, corresponde imponer la sanción constitucional establecida en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política.

Esto implica una inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas, según lo definido por la Corte Constitucional, que incluye la prohibición de inscribirse como candidato a cargos de elección popular, ser elegido, ser designado servidor público y contratar con el Estado, directamente o por interpuesta persona. Los demás derechos políticos no incluidos en la norma constitucional solo estarán privados por el período fijado en el fallo (CSJ SP, 19 jun. 2013, Rad 36511).

4. De la responsabilidad civil.

Según el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en el que se haya demostrado la existencia de perjuicios derivados de la conducta investigada, el juez deberá condenar al responsable al pago de los daños ocasionados por el delito.

Esta disposición también establece que no procederá la condena de este tipo cuando se constate que el perjudicado ha iniciado de manera independiente del proceso penal la correspondiente acción civil. Además, se determina que el fallo debe incluir un pronunciamiento sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si es pertinente.

En este caso, es evidente que el delito de peculado por apropiación ha causado un menoscabo económico a la administración departamental de La Guajira. Por lo tanto, la Sala condenará al procesado a pagar a la Tesorería de la Gobernación de dicho ente territorial la suma ilícitamente apropiada, que asciende a **\$1.059'944.780**, debidamente indexada desde la fecha en que se efectuaron los desembolsos hasta la fecha en que se realice el pago, conforme a la certificación emitida por el DANE.

Sin embargo, no procederá la condena al pago de perjuicios morales, ya que no se ha evidenciado en el proceso que estos hayan sido causados.

5. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Considerando los delitos por los cuales se condena al exgobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, así como la magnitud de la pena privativa de la libertad impuesta, no es procedente otorgar ninguno de los mecanismos de beneficio penitenciario.

En primer lugar, la suspensión de la ejecución de la pena no es viable, ya que la pena privativa de la libertad supera los 3 años establecidos en el artículo original de la Ley 599 de 2000, así como los 4 años señalados en la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014.

En segundo término, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural no puede concederse, pues los delitos por los cuales se dicta sentencia están sancionados con una pena mínima que excede los 5 años de prisión, de acuerdo con el artículo 38 inicial de la Ley 599 de 2000. Esta circunstancia, además, hace innecesario cualquier análisis sobre la concurrencia del aspecto subjetivo necesario para otorgar este beneficio.

Asimismo, aunque se cumpliría con el presupuesto objetivo establecido en el artículo 38B-1, según la reforma del artículo 63 de esa codificación por la Ley 1709 de 2014, el numeral 2° de la misma norma prohíbe la prisión domiciliaria para los delitos contemplados en el inciso 2° del

artículo 68A, que incluyen los delitos dolosos contra la administración pública, como los perpetrados en este caso.

6. Otras determinaciones.

6.1. La jurisprudencia de la Sala establece que la competencia para conocer de la fase de ejecución del fallo recae en los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, cuando se trata de condenados que gozan de fuero constitucional o legal. En consecuencia, el proceso se remitirá al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad correspondientes.

6.2. Dado que la Fiscalía General de la Nación de la época no impuso medida de aseguramiento al procesado al considerar que no se cumplían los presupuestos sustanciales para ello, se ordena su captura para hacer efectiva la sanción una vez que la decisión sea ejecutoriada.

6.3. Desde el fallo SP4883-2018, proferido dentro del radicado 48820, la Corte ha reconocido que desde la perspectiva del Acto Legislativo 01 de 2018 se instituyó, en favor de toda persona condenada penalmente, la garantía fundamental a que la declaratoria de responsabilidad sea corroborada en segunda instancia, al margen de la instancia en la que ésta tenga lugar.

En ese contexto, al constituir el presente fallo la primera condena emitida contra HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, emerge en su favor el derecho a impugnarlo.

Para tales efectos, conteste con el Acuerdo 29 del 23 de septiembre de 2020 de la Sala de Casación Penal y el numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política —modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018—, cuando la primera condena se dicte en segunda instancia, la Sala de Casación Penal ha de *integrarse* de manera tal que tres de sus magistrados no conozcan del asunto, a fin de que queden habilitados para pronunciarse sobre la doble conformidad, si ésta llegare a solicitarse por la defensa.

En cuanto al procedimiento a aplicar, el mencionado Acuerdo 29 de 2020 prevé que se debe acudir a *«las normas concernientes a la interposición y resolución del recurso de apelación contra sentencias, previstas en los arts. 186, 187, 194 y 201 de la Ley 600 de 2000, así como en el art. 179 de la Ley 906 de 2004, [que] por analogía resultan adecuadas para llenar la mencionada laguna normativa y viabilizar la impugnación especial de la primera condena»*, como ya se ha señalado, entre otras providencias, en los autos CSJ AP1263-2019 y CSJ AP2118-2020.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia absolutoria proferida el 18 de enero de 2024 por la Sala Especial de Primera Instancia dentro de la actuación seguida contra el exgobernador del departamento de La Guajira HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

Segundo. CONDENAR al mencionado como autor de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación en favor de terceros* a noventa y nueve (99) meses de prisión, multa de mil setenta y cinco millones seiscientos dieciocho mil quinientos ochenta pesos (\$1.075'618.580) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

Tercero. IMPONER la inhabilidad atemporal prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política.

Cuarto. CONDENAR al procesado a pagar a la Tesorería de la Gobernación de La Guajira la suma ilícitamente apropiada, que asciende a **\$1.059'944.780**, debidamente indexada desde la fecha en que se efectuaron los desembolsos hasta la fecha en que se realice el pago, conforme a la certificación emitida por el DANE.

Quinto. NEGAR el sustituto de prisión domiciliaria y el subrogado de la ejecución condicional de la pena en favor del acusado.

Sexto. REMITIR al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad correspondientes la actuación para los fines pertinentes.

Séptimo. LIBRAR la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la sanción, una vez que la decisión sea ejecutoriada.

Octavo. Contra la sentencia condenatoria aquí dictada procede, en favor del procesado y su defensor el recurso de impugnación.

Noveno. Ejecutoriada esta decisión, **ENVIAR** copia al Consejo Superior de la Judicatura para dar cumplimiento a la Circular PCSJC22-12 de esa Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

CUI 11001020400020160155901

N.I.: 65783

Segunda Instancia

Hernando David Deluque Freyle

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@ 2024