



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

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado Ponente

28/03/19
2

AEP00031-2019

Radicación n.º 53131

Aprobado acta N° 022

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía General de la Nación en favor de **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, dentro de la indagación que se adelanta por la presunta comisión de la conducta punible de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

HECHOS:

1. El 26 de julio de 2012 **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, para la época gobernador del departamento de Antioquia, actuando como delegatario de la función de autoridad minera, según Resolución 001 de 2 de mayo de

2012 expedida por la Agencia Nacional de Minería -ANM-, suscribió con Manuel Antonio Mesa López el contrato de concesión minera No. 5967 de la misma fecha, cuyo objeto era la explotación de arenas y gravas en un inmueble de propiedad de este último, ubicado en el municipio de Santa Rosa de Osos, Antioquia.

Sobre el concesionario recaía una inhabilidad para la suscripción del contrato, en los términos del literal c, numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993¹, por ser cónyuge de Beatriz Elena White Correa, quien se desempeñaba como secretaria de participación ciudadana y desarrollo social del departamento de Antioquia, cargo para el que fue nombrada mediante Decreto 001 de 1° de enero de 2012 y que ejerció hasta el 13 de agosto de 2013.

2. Con fundamento en estos hechos, tipificados provisionalmente como violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408, C.P.), la Fiscalía General de la Nación adelanta indagación contra **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**.

3. El 13 de julio de 2018, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía radicó solicitud

¹ Reza la norma:

*Artículo 8.- De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1°. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

2°. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

c) El Cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o control fiscal".

de preclusión. En acatamiento de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, mediante auto del 19 de julio siguiente se remitió la solicitud a la Secretaría de la Sala Especial de Primera Instancia.

4. Adelantado el reparto de rigor, en audiencia celebrada el 11 de febrero de 2019, la fiscal octava delegada ante esta Corte sustentó la solicitud de preclusión objeto del presente pronunciamiento.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN:

Con fundamento en la hipótesis contemplada en el numeral 2° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 (existencia de una causal que excluye la responsabilidad), la delegada de la Fiscalía General de la Nación predica la necesidad de precluir la presente indagación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, al encontrar acreditado que **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** incurrió en error sobre la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo consagrado en el artículo 408 ídem, esto es, sobre la consolidación de una causal de inhabilidad para contratar en cabeza del concesionario del contrato de concesión minera No. 5967 de 26 de julio de 2012, Manuel Antonio Mesa López.

Con dicho fin advierte, respecto de la tipicidad objetiva, que la conducta fue ejecutada por **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** cuando se desempeñaba como gobernador de Antioquia, cargo de elección popular que ejerció desde el

1° de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, y en ejercicio de la función de autoridad minera debidamente delegada por la Agencia Nacional de Minería, tratándose, en consecuencia, de un sujeto activo cualificado.

La censura, añade, se contrae a la suscripción de un contrato de concesión minera con quien se encontraba incurso en una causal de inhabilidad para contratar, en razón del vínculo matrimonial que lo unía con una de sus secretarias de despacho, Beatriz Elena White Correa, adecuándose la conducta al tipo penal de violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

No obstante, asegura, está acreditado que **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** actuó motivado por una falsa representación sobre la existencia de la causal de inhabilidad, por manera que, al suscribir el contrato, ni siquiera se planteó la posibilidad de que en el contratista concurriera un conflicto de intereses que le impidiera contratar con el ente territorial, pues en su mente no relacionó el nombre de aquél con el del esposo de una de sus colaboradoras, a quien eventualmente conoció en algún evento social o político, pero con quien no tenía ningún tipo de cercanía o amistad y cuyo nombre, añade la delegada, es bastante común.

En consecuencia, **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** desconocía que con su comportamiento actualizaba el tipo penal de violación al régimen legal o constitucional de

inhabilidades e incompatibilidades, incurriendo en error sobre uno de sus elementos objetivos, el cual se aprecia invencible, en razón a que el mismo no es de carácter jurídico sino fáctico, esto es, de aquellos en que el absoluto vacío en la representación mental del hecho impide actualizar el conocimiento sobre la ilicitud del comportamiento.

Tal hecho, sumado a que **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** suscribió, ese mismo día, plurales contratos de idénticas características, además de los múltiples asuntos que ordinariamente debe atender quien es titular de un ente territorial, permite evidenciar, en sentir de la Fiscalía, las circunstancias en las cuales se estructuró el error, excluyendo la conciencia de que su actuación fuera ilícita o extraña a la legalidad, en virtud de no haber podido hacer una conexión mental entre el nombre plasmado en la minuta del contrato de concesión y la persona que, si bien aquél conocía, solo era un referente familiar de una de sus funcionarias del nivel directivo.

Considera, además, que el sistema de control implementado por **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** para adelantar los procesos de contratación durante su gobernación, denominado "*muchos ojos, pocas manos*", le confería una especial confianza al momento de suscribir las minutas de los contratos, pues estas debían contar con el visto bueno de varios funcionarios que dotados de experiencia y calificación jurídica y técnica en la materia,

revisaban la estructuración de todos y cada uno de los procesos contractuales².

Por ello, estima que el cuidado en la escogencia de esos funcionarios, la confianza en su experiencia y hojas de vida, y el sistema implementado para no incurrir en este tipo de faltas, reafirman que **FAJARDO VALDERRAMA** actuó con la diligencia y cuidado que le eran exigibles. Pese a ello, el contrato de concesión minera No. 5967 de 26 de julio de 2012, pasó el filtro del comité interno y de los comités técnicos y evaluadores que conceptuaron sobre su procedencia, sin que ninguno de los funcionarios a cargo de tal labor le advirtiera al ex gobernador la posible inhabilidad del contratista.

Añade, que de las entrevistas de la entonces secretaria de minas de la gobernación, Claudia Cecilia Cadavid Márquez, y de la directora de titulación minera del departamento, Melissa Álvarez Licon, se infiere que el trámite que dio lugar a la suscripción del contrato de concesión No. 5967, se inició por el interesado hacia el año 2003, esto es, mucho antes de que **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** tomara posesión del cargo de gobernador de Antioquia y que el mismo tenía por finalidad la legalización de una explotación de hecho que, por la misma razón, solo podía reconocerse a quien acreditara su usufructo por el

² Mediante Resolución 012989 de 24 de febrero de 2012, se conformó el Comité Interno de Contratación y los Comités Asesores y Evaluadores de la Secretaría de Minas, encargados de la verificación de requisitos, validación y aprobación de cada proceso contractual de competencia de dicha dependencia.

tiempo exigido en la ley, para el caso, a Luis Antonio Mesa López.

Tal circunstancia llevó a los funcionarios de la administración departamental encargados de la verificación, validación y aprobación del contrato, al errado entendimiento de que la inhabilidad contemplada en el literal c, numeral 2º, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no aplicaba al caso concreto y, por ello, no se hizo observación alguna en la minuta, ni se informó al ex gobernador sobre el vínculo conyugal que unía al contratista y a su secretaria de participación ciudadana y desarrollo social.

Finalmente, concluye la Fiscalía que con fundamento en los actos de investigación desplegados y los elementos de prueba obtenidos, no es posible construir una hipótesis fáctica o jurídica diversa a la expuesta, imponiéndose su preclusión.

INTERVENCIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES:

1. La apoderada de las víctimas, para el caso, la gobernación de Antioquia, limitó su intervención a manifestar que su representada no se opone a la solicitud de preclusión.

2. La defensa, por su parte, insiste en que una de las principales preocupaciones de **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** cuando asumió la Gobernación de Antioquia

fue, precisamente, garantizar el principio de transparencia en los procesos contractuales del ente territorial.

Con dicho fin, sostiene, implementó el sistema "*muchos ojos pocas manos*", protocolo consistente en la conformación de varios comités encargados de la revisión de los procesos contractuales, los cuales le transmitían a **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** tranquilidad y confianza al suscribir los contratos.

Mediante Decreto 008 de 2012 se implementó una línea piramidal de control y revisión de la legalidad de los contratos, que iba desde la conformación del comité de orientación y seguimiento contractual de la gobernación, de los comités internos de contratación de cada secretaría y la designación de unos gestores especializados en contratación, grupo especializado de apoyo interdisciplinario en el que intervenían al menos siete abogados y que permitía verificar las condiciones técnicas y de viabilidad financiera, económica y legal de cada contrato, previo a su suscripción.

Es así como una vez surtido todo el trámite de revisión del proceso de legalización minera del señor Manuel Antonio Mesa López, el comité interno de contratación presidido por la secretaria del despacho Claudia Cecilia Cadavid, e integrado -entre otros- por la directora de titulación minera Melissa Álvarez, ambas expertas en el tema minero, no encontró ningún reparo a la suscripción del contrato de concesión.

Insiste que tras una revisión jurídica, las funcionarias que conocían de la existencia del vínculo de afinidad entre Beatriz Elena White Correa y el concesionario, concluyeron que no aplicaba el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80, conocimiento que quedó en el fuero interno de aquellas, pues el tema no fue tratado en el comité interno de contratación, ni en el comité de seguimiento y orientación en contratación del departamento de Antioquia. Ello permitió que ese contrato, junto con otros títulos mineros, fuera suscrito por **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** sin que se percatara de la situación. Ahí es donde radica el error de tipo que conforme los elementos de prueba, es de carácter invencible.

3. Finalmente, **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** califica de acertada la conclusión a la que arribó la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual reafirma la necesidad de preclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Competencia:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 numeral 5° de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA18-11037 del 5 de julio de 2018, esta Sala es competente para pronunciarse en primera instancia sobre la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía General de la Nación en

favor de **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, por tratarse de una indagación adelantada en relación con un aforado de competencia de la Corte Suprema de Justicia y por conducta punible relacionada con las funciones ejercidas como gobernador de Antioquia, en los términos del parágrafo del artículo 235 Superior.

2. De la preclusión de la investigación:

A voces del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 003 de 2002, la titularidad del ejercicio de la acción penal recae en la Fiscalía General de la Nación y, en tal virtud, le asiste el deber de investigar los hechos penalmente relevantes que lleguen a su conocimiento por cualquier medio permitido por la ley, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia. En consecuencia, le está vedado al ente acusador suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo los casos que resulte procedente -de conformidad con la política criminal del Estado- la aplicación del principio de oportunidad, en todo caso, sujeto a control jurisdiccional.

Con todo, cuando quiera que en virtud de la consolidación de alguna de las hipótesis consagradas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con los artículos 77 ídem y 82 del Código Penal, la Fiscalía concluya que no existe mérito para acusar, está facultada para solicitar ante el juez de conocimiento y en cualquier etapa de la actuación la preclusión de la investigación, acreditando -con

los elementos de prueba e información legalmente obtenida- la causal invocada.

Tal posibilidad se extiende excepcionalmente al Ministerio Público y la defensa, cuando en la fase de juzgamiento sobrevenga alguna de las causales contempladas en los numerales 1 y 3 del artículo 332 en cita, esto es, la *imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal* o la *inexistencia del hecho investigado*.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la Fiscalía en la etapa de indagación preliminar, para disponer el archivo de las diligencias cuando advierta que los hechos no han ocurrido o carecen de entidad delictiva, siempre que tal circunstancia se aprecie de forma objetiva y sin mediar consideración alguna sobre aspectos subjetivos de la conducta, caso en el cual deberá necesariamente acudir a la figura de la preclusión.

En cuanto a los efectos de la decisión de preclusión, a voces del artículo 334 del estatuto procedimental de 2004, una vez en firme el auto que la decreta, cesa con efectos de cosa juzgada la persecución penal contra el indiciado, imputado o acusado por los hechos objeto de la misma, de ahí que corresponda adoptarla al juez de conocimiento, en tanto involucra una función jurisdiccional de la cual fue despojada la Fiscalía General de la Nación mediante el Acto Legislativo 03 de 2002.

Dada, entonces, su trascendencia como mecanismo de terminación anticipada de la actuación procesal y sus efectos frente a la facultad de persecución penal del Estado, su declaración debe estar precedida, de un lado, por la presentación y el análisis de los elementos de prueba que permitan razonablemente concluir el decaimiento del interés del Estado en su reproche y, por otro, de una adecuada labor investigativa por parte de la Fiscalía General de la Nación que abarque, en lo posible, todas las hipótesis fácticas y jurídicas plausibles respecto del objeto de indagación.

Al respecto, ya tuvo la posibilidad de pronunciarse esta Sala en decisión AEP00035 de 25 Oct. 2018, Rad. 49379, oportunidad en la que sostuvo:

Por tratarse entonces de una salida procesal, que hace tránsito a cosa juzgada, el nivel de conocimiento exigido es el de la convicción sin lugar a duda razonable frente a la demostración de alguna de las causales previstas en el artículo 332 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004), salvo que se torne imposible desvirtuar la presunción de inocencia o se supere sin justificación el plazo razonable para investigar (causales 6 y 7).

En ese sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³ ha indicado: “El análisis y fundamentación presentados por el fiscal para lograr su cometido deben ser específicos y detallados, teniendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión

³ CSJ, AP. 22 Ab. 2015, Rad. 45138

invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir con certeza la necesidad de extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada por ausencia de mérito para continuar con la persecución penal”.

Así pues, resulta necesario por virtud de la naturaleza del mecanismo y su efecto sustancial de cosa juzgada, que se haya demostrado no solamente la causal que se invoca, sino que igualmente la investigación haya sido decantada dentro de criterios de razonabilidad, hasta su límite máximo para entender comprendidos y acopiados los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que permitan sustentar una solicitud de ese talante.

En suma, la decisión de preclusión comporta la cesación de la acción penal de forma definitiva, con igual fuerza de cosa juzgada que la sentencia. Por ello, para su procedencia se requiere la plena demostración de las causales que se invocan, pues de persistir dudas en torno a su comprobación emerge necesario continuar con la actuación, agotando las etapas procesales previstas en la norma procedimental (CSJ AP, 18 Jun. 2014, Rad. 43797, reiterada en AP, 7 Feb. 2017, Rad. 48042, entre otras).

Finalmente, en aquellos asuntos en que la solicitud de preclusión se radique antes de la formulación de imputación, para que la pretensión resulte exitosa se requiere acreditar que la causal invocada cobija todas las hipótesis delictivas

plausibles, o al menos, que en la sustentación de la solicitud se encuentre una respuesta razonable a aquellas.

3. Del error de tipo como causal que excluye la responsabilidad.

Dentro de las causales de preclusión enlistadas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, se encuentra la relativa a *la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal (numeral 2º)*. Por su parte, el artículo 32 del estatuto sustancial establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando –entre otras circunstancias- *se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (inciso 1º, numeral 10)*.

Tal instituto, doctrinariamente denominado error de tipo o error sobre la descripción típica, se produce cuando el sujeto activo de la acción ignora que con su conducta actualiza el supuesto de hecho de la norma prohibitiva en su aspecto objetivo, circunstancia que, de ser invencible, excluye el dolo, en la medida en que afecta su elemento cognoscitivo.

De acuerdo con su consagración legal (artículo 22 del Código Penal), la conducta es dolosa *cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización*, al igual que cuando *la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*. En tal medida, el dolo –en su esfera cognoscitiva- comporta el conocimiento de las circunstancias

de hecho objeto de reproche penal y la conciencia de la posibilidad de realizar el aspecto objetivo del tipo.

En este orden, cuando el agente actualiza una infracción penal determinado por un conocimiento inexacto de los elementos que integran la descripción típica, esa falta de conocimiento *trasciende en la atipicidad subjetiva y consecuente exclusión de la responsabilidad dolosa, salvo que legalmente esté prevista la forma conductual culposa, caso en el cual sería predicable de manera degradada.*

Respecto de su contenido, esto es, aquel aspecto sobre el que debe versar el error, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia tiene sentado que *«un error concurre en el juicio que se construye al valorar voluntaria y conscientemente una situación dada, teniendo trascendencia para el derecho penal cuando recae en los supuestos fácticos, probatorios o jurídicos que estructuran la materialidad y la responsabilidad por la conducta punible juzgada, con incidencia en los ámbitos de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad, mas no cuando aquél se involucra con aspectos ajenos o intrascendentes a las fuentes del reproche para el caso concreto»* (CSJ SP7135-2014, Rad. 35113).

4. De la violación al régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

El artículo 408 del Código Penal describe el punible de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades

e incompatibilidades, reprimiendo con pena de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al servidor público *que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades e incompatibilidades.*

De su descripción típica, sin mayores dificultades se advierte que se trata de un tipo penal en blanco que, para su cabal comprensión, exige consultar las normas extrapenales de naturaleza legal y constitucional que se ocupan de establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable en cada caso; conducta de sujeto activo calificado, por cuanto solo concurre en ella el servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en alguna de las etapas contractuales allí dispuestas.

De ahí que, ha sostenido la Sala de Casación Penal de esta Corte, *«la conducta es compleja porque además de exigir del sujeto agente su intervención en las etapas de trámite, aprobación y/o celebración del contrato, requiere que lo haga con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Participación a cumplir en ejercicio de sus atribuciones, pues no tipifica el delito si el funcionario actúa al margen de ellas»* (CSJ SP 6 Mar. 2008, Rad. 24606).

Se trata, además, de un tipo de mera conducta, que se consume con la simple *intervención* del funcionario público en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato,

a sabiendas de la existencia de alguna circunstancia impositiva o prohibitiva prevista en la Constitución y la ley para ello. Así, la conducta típica comprende la etapa previa de selección del contratista y se extiende hasta el perfeccionamiento del contrato, atendiendo su objeto jurídico, no otro distinto al de preservar la transparencia de los funcionarios públicos que por virtud de sus funciones, deban intervenir en todo proceso contractual, asegurando con ello que el ejercicio de la función pública esté motivado exclusivamente por el interés general.

En cuanto al tipo subjetivo, este es netamente doloso y, por tanto, supone el conocimiento del sujeto activo de la existencia de la causal de inhabilidad o incompatibilidad que impide contratar, pese a lo cual, interviene voluntariamente en la celebración, aprobación o tramitación del contrato.

5. Caso concreto.

La delegada de la Fiscalía General de la Nación predica, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, la procedencia de la preclusión de la indagación que adelanta en relación con **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, al encontrar acreditado que éste incurrió en error sobre la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo consagrado en el artículo 408 ídem, esto es, sobre la consolidación de una causal de inhabilidad para contratar en cabeza del concesionario del contrato de concesión minera No. 5967 de 26 de julio de 2012, Manuel Antonio Mesa López.

[Handwritten signature]

En punto de dicha pretensión, debe acreditarse -en principio- que concurren en la conducta investigada los elementos objetivos del tipo de violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades para, a partir de allí, analizar si de los elementos de prueba e información legalmente obtenida que exhibe como sustento de su solicitud la peticionaria, se verifica la existencia de una falsa representación de la realidad sobre los elementos del tipo objetivo en cabeza del indiciado.

En cuanto a la materialidad de la conducta, para la Sala están suficientemente acreditados los elementos del tipo ampliamente descritos en el acápite anterior.

De ello da fe, en primer lugar, la credencial expedida por el Consejo Nacional Electoral el 13 de noviembre de 2011⁴, en la que consta que el aquí investigado fue electo gobernador de Antioquia para el período 2012 a 2015, cargo de elección popular para el cual tomó posesión ante la juez segunda penal municipal con función de control de garantías de Medellín, con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2012⁵.

Está acreditado, además, que mediante Resolución 0001 de 2 de mayo del mismo año⁶, el presidente de la Agencia Nacional de Minería, autoridad minera nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley 4134 de 3 de

⁴ Visible a folio 6, cuaderno anexo.

⁵ Según acta de posesión visible a folio 8, cuaderno anexo.

⁶ Folio 32, cuaderno anexo.

noviembre de 2011⁷, delegó en la gobernación de Antioquia sus funciones como concedente, en virtud de lo cual **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** suscribió el contrato de concesión minera No. 5967 con Manuel Antonio Mesa López⁸, el 26 de julio siguiente.

Por otro lado, se cuenta con copia del Decreto 0001 de 1° de enero de 2012, por el cual el entonces gobernador designó como secretaria de participación ciudadana y desarrollo social a Beatriz Elena White Correa⁹, cargo que ejerció desde la misma fecha y hasta el 12 de agosto de 2013, según se acredita con el acta de posesión y el decreto que aceptó su renuncia¹⁰. A la par, se allegó por la Fiscalía copia del registro civil de matrimonio No. 313183¹¹, en el que consta que Beatriz Elena White Correa y Manuel Antonio Mesa López contrajeron matrimonio el 23 de julio de 1982, en la Parroquia de San Lucas de la ciudad de Medellín.

En virtud de ese vínculo matrimonial, Manuel Antonio Mesa López se encontraba, en efecto, inhabilitado para contratar con la gobernación de Antioquia, en los términos del artículo 8°, literal C, numeral 2°, de la Ley 80 de 1993, conforme con el cual, *no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, el*

⁷ Decreto Ley 4134 de 3 de noviembre de 2011. Artículo 3°. El objeto de la Agencia Nacional de Minería, ANM, es administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo requieran, lo mismo que hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley.

⁸ Folio 148, cuaderno anexo.

⁹ Folio 39, cuaderno anexo.

¹⁰ Folios 44 y 46, cuaderno anexo.

¹¹ Folio 37, cuaderno anexo.

cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o control fiscal". Lo anterior, por cuanto al momento de perfeccionarse el contrato de concesión No. 5967, el cargo desempeñado por Beatriz Elena White Correa era del nivel directivo, por mandato del artículo 16 del Decreto Ley 785 de 2005¹².

Así las cosas, emerge indiscutible que **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, al suscribir en ejercicio de sus funciones como delegatario de la función concedente otorgada por la ANM, el contrato de concesión minera No. 5967 de 2012 con el cónyuge de su secretaria de despacho, actualizó la conducta de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades objeto de la presente indagación.

Ahora bien, asegura la fiscal delegada que ese comportamiento, a pesar de agotar la descripción típica contenida en el artículo 408 del Código Penal, no le es atribuible al aquí indiciado como producto de su conocimiento y voluntad de infringir la norma penal, pues éste nunca se representó mentalmente que la persona con quien suscribía el contrato de concesión, se trataba del esposo de su secretaria de despacho y, por tanto, obró condicionado por un error que

¹² Reza la norma:

Artículo 16. Nivel Directivo. El Nivel Directivo está integrado por la siguiente nomenclatura y calificación específica de empleos:

(...)

Cód. 020. Secretario de Despacho.

recaía sobre uno de los elementos objetivos del tipo por el que se procede.

En este orden, lo que se plantea como circunstancia que causó la falsa representación de la realidad en que se hace consistir el error -o mejor, la falta de representación completa de la realidad-, es la no actualización en su conciencia, al momento de suscribir el contrato ni antes, por parte de **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** del vínculo que unía al contratista con su secretaria del despacho, postura que comporta, desde el punto de vista probatorio, un obstáculo difícil de superar.

En efecto, toda conducta humana es producto de un proceso intelectual-emocional que suele permanecer en el fuero interno de las personas y que solo es perceptible en la medida en que se manifieste en un comportamiento externo, apreciable por los sentidos, a partir del cual se valore su motivación o finalidad.

Bajo tal panorama, la acreditación o no de la ausencia total de conocimiento por parte del indiciado en torno a la inhabilidad que recaía en el contratista, habrá que buscarla en la actitud asumida por el doctor **FAJARDO VALDERRAMA** frente a este contrato en particular, con el propósito de valorar si de las circunstancias que rodearon su suscripción, es posible inferir que estuvo determinado por propósito ajeno al interés general que debe regir la función pública.

Para ello ha de advertir la Sala que acorde con los elementos de convicción allegados a la actuación, el 2 de enero de 2012 –esto es, el día siguiente a tomar posesión del cargo- **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** suscribió el Decreto 0008¹³, por medio del cual creó el comité de orientación y seguimiento en contratación del departamento de Antioquia, encargado –entre otras funciones- de orientar y asesorar a los secretarios del despacho sobre los diversos procesos contractuales adelantados en la administración departamental.

En el mismo acto administrativo se ordenó la creación de comités internos de contratación en cada secretaría de despacho, así como en los departamentos administrativos, gerencias, fábrica de licores y oficina de comunicaciones, al igual que unos comités asesores y evaluadores, responsable de desarrollar cada proceso contractual desde su fase precontractual hasta su adjudicación, conforme con criterios técnicos, económicos y jurídicos, comités que fueron conformados en la secretaría de minas, en Resolución 012989 de 24 de febrero siguiente¹⁴.

Tales actos administrativos permiten inferir que, tal como adujo la defensora del indiciado, **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** se preocupó, desde el momento mismo del inicio de su mandato como gobernador, de implementar un sistema de revisión y control que permitiera garantizar la

¹³ Folio 155, cuaderno anexo.

¹⁴ Folio 163, cuaderno anexo.

transparencia de todos los procesos contractuales adelantados en el ente territorial.

El contrato de concesión minera No. 5967 no fue la excepción, como fácilmente se advierte del acta del comité interno de contratación de la secretaría de minas¹⁵, llevado a cabo el 10 de julio de 2012, en el cual la directora de titulación minera de la gobernación, Melissa Álvarez Licona, puso en consideración del comité, integrado por la secretaria de minas, Claudia Cadavid Márquez, el director de fiscalización, Giovani Alberto Caro Uribe, el director de desarrollo y fomento minero, Juan Carlos Loaiza Charry, y la abogada Martha Luz Eusse Llanos, *"los solicitantes que cumplieron con los requisitos legales para ser llamados a contratar"*, tras la acreditación -entre otros- del estudio jurídico y técnico y demás requisitos establecidos en la Ley 1382 de 2010.

En dicho comité, los señalados funcionarios públicos dieron visto bueno a cada uno de los doce contratos de concesión minera bajo evaluación, sin que se advierta del acta levantada en dicha reunión, que en momento alguno se considerara la imposibilidad jurídica de suscribir alguno de ellos.

Lo propio acaeció en el comité de orientación y seguimiento contractual del departamento que en sesión del 19 de julio siguiente¹⁶, tras evaluar *"el contrato, los documentos del contratista, el acta 11 del comité interno de la*

¹⁵ Folio 167, cuaderno anexo.

¹⁶ Folio 169, cuaderno anexo.

secretaria de minas, la ficha del contrato de concesión, contrato (sic), flujograma y el concepto técnico de 29 de mayo de 2012", recomendó celebrar el contrato de concesión minera con el señor Manuel Antonio Mesa López.

Conforme con lo anterior, se resalta que del trámite precontractual adelantado por los diversos comités instituidos para la evaluación de los procesos contractuales, no emerge circunstancia que permita afirmar que en relación con el contrato de concesión No. 5967, se haya omitido alguno de los controles institucionales dispuestos o se haya dado un trato preferencial al contratista.

Se advierte, además, con los mismos elementos de convicción ya mencionados, que de los múltiples funcionarios que conocieron del trámite, evaluaron los documentos soporte y avalaron la procedencia de la concesión minera a favor de Manuel Antonio Mesa López, ninguno manifestó o dejó constancia de la inhabilidad del contratista en las correspondientes actas.

Tal aserto, ratificado en entrevista por las funcionarias Claudia Cecilia Cadavid Márquez y Melissa Álvarez Licon, quienes al unísono informan que en este, como en todos los contratos de competencia de la Secretaría de Minas, se adelantó un análisis de la capacidad legal del contratista, en el que se concluyó que dada la especialidad del contrato a celebrar, esto es, la regularización de una explotación de hecho, en su criterio no aplicaban las causales de inhabilidad contempladas en la Ley 80 de 1993, por lo que la minuta con

el visto bueno respectivo fue remitida a la Secretaría General para la firma del gobernador, sin ninguna indicación sobre el particular.

Es de aclarar, que la naturaleza misma del contrato de concesión minera tantas veces aludido sustenta en parte lo manifestado por las citadas funcionarias, pues como se resaltara por la fiscal delegada en su argumentación, se trataba de un proceso de legalización de una explotación de hecho, para cuyo reconocimiento el interesado debía acreditar la existencia de la mina o yacimiento de mínimo 10 años de antigüedad y su explotación por lo menos en los 5 años anteriores a la solicitud (artículo 1° de la Ley 1382 de 2010).

Este procedimiento fue iniciado por Manuel Antonio Mesa López el 2 de abril de 2003, según se advierte del formulario radicado con dicho fin en la gobernación de Antioquia¹⁷, por manera que para la fecha en que asumió como gobernador **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, ajustaba casi nueve años sin que se hubiera resuelto lo pertinente por la administración departamental, excediendo por mucho los términos establecidos en el parágrafo del artículo 1° ídem, según el cual, la autoridad minera cuenta con un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario para resolver lo pertinente frente a la solicitud de titularización minera.

¹⁷ Folio 194, cuaderno anexo.

Debe recordarse, adicionalmente, que la delegación de la Agencia Nacional de Minería de la facultad de concesión en cabeza del entonces gobernador de Antioquia apuntaba a la legalización de situaciones de hecho en materia de explotación minera, así como tampoco puede perderse de vista que el derecho del señor Mesa López comienza a constituirse a partir del año 1997, cuando empieza de facto la explotación minera.

Este antecedente nos indica que el concesionario Mesa López no apareció a última hora en este trámite de concesión, como si quisiera aprovecharse de una situación de privilegio que le pudiera brindar la gobernación de Antioquia liderada por el doctor **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, sino, por el contrario, venía de antaño en un proceso lento de lucha por sus derechos e intereses legítimos.

De modo que, esa situación histórica y no meramente coyuntural o de aparición como por ensalmo de un aspirante a concesión, unida a que el mismo día el entonces gobernador firmó once (11) contratos de similar contenido y propósito de legalización de explotadores de hecho, también contribuyó a forjar el escenario propicio para el error invencible de tipo postulado por la Fiscalía.

En tal virtud, devienen trascendentes las circunstancias relatadas por Cadavid Márquez y Álvarez Liconá, en el sentido de que las particularidades del contrato de concesión determinaban la inaplicación de las normas generales del estatuto de contratación estatal de que trata la Ley 80 de 1993,

de conformidad con la Ley 685 de 2001 (Código Nacional de Minas), pues, en principio, así parece desprenderse de la interpretación de su artículo 53, que excluye la aplicación de las normas del estatuto de contratación estatal a los contratos de concesión minera, *"salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente código"*, que se regula por las disposiciones generales sobre contratación. Por su parte, el artículo 21 ídem condiciona la aplicación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad dispuestas en la ley general de contratación estatal, a que fueren *"pertinentes"*¹⁸.

En este orden, pese a que es el mismo Código de Minas que refiere a la posibilidad de aplicación supletoria de las normas generales de contratación estatal, en relación con la capacidad legal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades¹⁹, la interpretación errada de las normas por parte de las citadas funcionarias -por demás expertas en el tema-, determinaron que no hicieran advertencia alguna al entonces gobernador sobre la probable consolidación de la causal inhabilitante, previo a la suscripción del contrato No. 5967 de 2012.

Así, no riñen con la lógica sus afirmaciones, pues emerge evidente que las normas especiales del Código Nacional de

¹⁸ La Corte Constitucional, en sentencia C-229-2003 se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 685 de 2001, fallo en el cual determinó la exequibilidad condicionada del artículo 21 en cita, en el entendido de que "las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en la ley 80 de 1993, sólo serán pertinentes en la medida en que no resulten contrarias o impidan la aplicación de alguna de las disposiciones consagradas en el Código de Minas."

¹⁹ En dicho sentido, Consejo de Estado, radicado 11001-032-60-00-2006-00052-01 (33187) de 2010.

Minas llamaban a equívocos frente a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Y si bien podría afirmarse que le bastaba a **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, para salir del estado de error, verificar con sus colaboradores si quien aparecía como concesionario era, en efecto, la persona que -según él mismo admite en su interrogatorio- conocía como Manuel Mesa, esposo de Beatriz Elena White Correa, su manifestación en torno a no haberse representado -ni siquiera cuestionado mentalmente- que se trataba de la misma persona, no aparece desvirtuada por ninguna de las circunstancias objetivas en que se agotó la conducta típica.

Contrario a ello, el hecho acreditado de que tanto la secretaria de minas, como la directora de titulación minera, omitieran informar al entonces gobernador de la especial situación en que se encontraba el contratista, permiten arribar a la conclusión de que -en todo caso- **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** suscribió el citado contrato bajo el convencimiento que el mismo había superado los controles impuestos en su administración para los trámites de naturaleza contractual, adelantado además por funcionarios idóneos, conocedores del tema minero y con amplia experiencia en este tipo de contratos, lo cual le permitía firmarlo amparado en el principio de confianza.

Al respecto, vale la pena preguntarse qué conducta le era exigible a **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** en ejercicio de la función de autoridad minera encomendada. Para ello,

téngase en cuenta que según han afirmado la secretaria de minas y la directora de titulación minera del departamento, en relación con los contratos de concesión, la labor de verificación del cumplimiento de requisitos técnicos, jurídicos y económicos se cumplía -en primer término- en el comité interno de contratación de la Secretaría de Minas del departamento y, surtido este, en el comité de orientación y seguimiento en contratación de Antioquia, para luego pasar al visto bueno de la secretaria general de la gobernación, para finalmente, recibir la firma del gobernador.

En su interrogatorio, el doctor **FAJARDO VALDERRAMA** indicó que en relación los contratos que nos ocupan, una vez allegados a su despacho, procedía a verificar que se hubieran surtido las fases ya descritas y que la minuta contara con el visto bueno de los funcionarios que debían otorgarlo, para luego firmarlo. Añadió que éste, como los demás contratos que revisó y firmó ese día, no le llamó particularmente la atención y no tenía observación alguna que le implicara especial atención o cuidado.

En tal medida, puede inferirse que cuando firmó, lo hizo convencido de que su actuar era conforme a derecho, en tanto podía confiar razonablemente en que los abogados que habían realizado la labor de verificación y control de los contratos de concesión minera, habían hecho a cabalidad su trabajo. Recuérdese, además, que se trata de una persona sin formación jurídica, luego en punto del cumplimiento de los requisitos jurídicos para contratar -entre ellos, la inexistencia de circunstancias inhabilitantes en cabeza del contratista-,

debía confiar en el criterio de aquellos a quienes, en virtud de su experiencia en el ramo y su formación profesional, había vinculado como apoyo en la labor contractual.

En suma, **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** no tenía motivos para dudar o poner en tela de juicio la labor adelantada por sus subalternos y carecía de los conocimientos especiales para advertir autónomamente la posible consolidación de la causal, no solo por cuanto aduce -sin que medie prueba que lo desvirtúe- que no relacionó al contratista con el esposo de Beatriz Elena White, sino porque al momento de suscribir el contrato, no contaba con conocimientos especiales sobre el tema de concesión minera, ni la información jurídica necesaria para comprender que aún en esta clase de procesos contractuales aplican las inhabilidades consagradas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, aspecto este complejo que, incluso, llevó a la confusión a dos de sus más experimentadas funcionarias.

En este orden, con los documentos puestos a su disposición y la información con que contaba al momento de suscripción del contrato de concesión minera No. 5967 de 2012, no había manera que **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA** superara el estado de error en que se encontraba.

Más allá de lo anterior, objetivamente no se aprecia qué tipo de actividad investigativa podría adelantar la fiscalía para esclarecer si el indiciado conocía que concurría en el concesionario la causal inhabilitante pues, como se dijera en

concesionario la causal inhabilitante pues, como se dijera en un inicio, por tratarse de una circunstancia que permanece en el fuero interno del sujeto agente, no hay prueba directa que permita esclarecer ese hecho.

Las manifestaciones externas de la conducta y la información legalmente obtenida de terceros tampoco permiten descartar el alegado desconocimiento. Contrario a ello, reafirman que en este caso, como en los restantes contratos de concesión minera suscritos por **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, se cumplieron a cabalidad los protocolos contractuales previamente establecidos en la administración municipal y se otorgó, en cada uno de los comités adelantados, el visto bueno para su celebración por parte de los funcionarios encargados del análisis de sus condiciones jurídicas, por manera que el resultado antijurídico no es producto de su actuar consciente y voluntario.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Primero.- PRECLUIR la indagación adelantada en relación con **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, con fundamento en los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

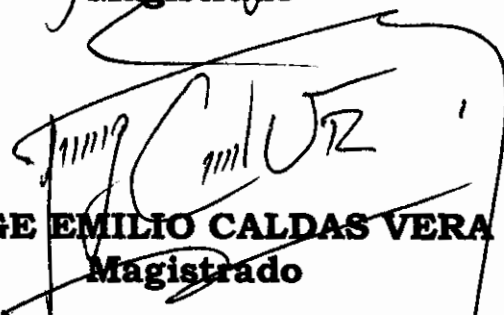
Segundo.- CESAR, con efectos de cosa juzgada, la persecución penal en relación con **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, por los hechos objeto de la presente indagación.

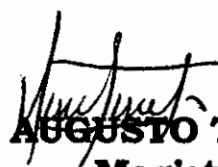
Tercero.- En firme, **ARCHIVAR** las presentes diligencias.

Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR
Secretaria