



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

República de Colombia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Especial de Primera Instancia

AEP: 00035-2018

Radicado N° 49379

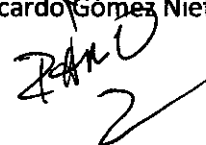
Aprobado acta N° 022

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado Ponente

Bogotá, veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho.

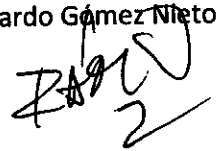
Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de preclusión invocada por la Fiscal Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, dentro de la indagación que adelanta en relación con el Brigadier General, Ricardo Gómez Nieto, en su condición de exdirector del Hospital Militar Central, por la posible comisión de la conducta punible prevista en el artículo 408 del Código Sustantivo Penal.

**La solicitud de la Fiscalía:**

Hace saber la representante del ente acusador, que en este caso en concreto se debe disponer la preclusión, con fundamento en la causal prevista en el artículo 332-2 de la Ley 906 de 2004, por la existencia de una causal que excluye la responsabilidad, de acuerdo con el artículo 32 numeral 10 del Código Penal: *“Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica...”*.

Refiere que la presente indagación tuvo su origen en el hallazgo de la Contraloría General de la República, de enero 8 de 2011, como consecuencia de la auditoría realizada al Hospital Militar Central, para la vigencia fiscal del año 2010, en el que se informa de la presunta violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, en la suscripción del contrato de prestación de servicios N° 038 de mayo 19 de 2010, entre la referida entidad y la señora Giomar Patricia Riveros Gaitán, para prestar los servicios como profesional en el área administrativa y financiera, por un valor total de cuarenta y dos millones trescientos mil (\$ 42.300.000) pesos.

Y la irregularidad, según el hallazgo, consistía en que, para el momento de la suscripción del referido convenio, la contratista en mención se encontraba inhabilitada para contratar con el Estado, de conformidad con lo previsto en el

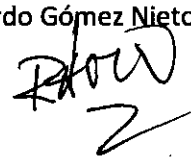


artículo 8 de la Ley 80 de 1993, según verificación realizada en el registro que para esos efectos lleva la Procuraduría General de la Nación, por existir en su contra una sentencia condenatoria, en la que además de la pena privativa de la libertad, se le impuso la inhabilidad para contratar con el Estado.

Pero, además de ello, hizo saber la fiscalía que, los hechos presuntamente irregulares, fueron puestos en conocimiento por parte del Ministerio de Defensa, dependencia a la que llegó un escrito anónimo, en el que se alertaba de la irregular contratación con la señora Riveros Gaitán, quien tenía vigente una anotación disciplinaria que la inhabilitaba para contratar con el Estado.

En ese orden de ideas, considera que en efecto la situación fáctica así descrita, se adecúa al tipo penal previsto en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000, por cuanto el indiciado, en su condición de director del Hospital Militar Central, por consiguiente, ordenador del gasto de dicha entidad, celebró a través de delegado, el contrato de prestación de servicios N° 038 de mayo 19 de 2010, con persona inhábil para contratar con el Estado.

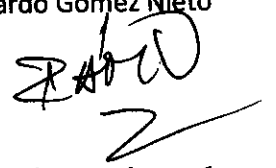
Pero, no obstante ello, estima la fiscalía que el actuar del señor brigadier general Ricardo Gómez Nieto, se enmarca dentro de un error, concretamente, sobre la existencia de una



causal que excluye su responsabilidad, para lo cual expone los siguientes argumentos:

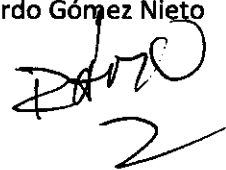
Se refiere, en primer lugar, a la solicitud que el señor brigadier general le hace a la Procuraduría, el día 10 de mayo de 2010 (fls. 71-72 cuaderno de anexos), para que se aclare lo referente al reporte del sistema de información de dicha entidad, por cuanto de acuerdo con manifestaciones de la señora Riveros Gaitán, la inhabilidad era por el término de doce (12) meses y si la misma fue impuesta en providencia del 16 de febrero de 2009, era de suponer que para el momento de suscribirse el contrato, esto es, mayo 19 de 2010, la misma ya se había cumplido; de esa manera, el otro reporte, alusivo a la inhabilidad para contratar con el Estado, obedecía a una persecución institucional, que había motivado amenazas en su contra y de su núcleo familiar, dada la supuesta intervención de la contratista como testigo en procesos penales en defensa de los derechos de las comunidades indígenas.

En ese orden de ideas, la fiscal enseña seguidamente evidencias relacionadas con la situación de riesgo de la contratista, como el comunicado 005097 de mayo 28 de 2009 (fls. 111 cuaderno anexos), dirigido por un procurador delegado al señor ministro del interior y de justicia de entonces, para que se complementen las medidas de seguridad en favor de la mencionada Giomar Patricia; así como el oficio 53000-6-2855-41 de noviembre 4 de 2009 (fl. 113 cuaderno anexos), dirigido al comandante de la Policía



Metropolitana de Cali, por la fiscal 71 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en el que se solicita visitas de seguridad a la residencia de la señora Riveros Gaitán y su grupo familiar, por ser testigo de la defensa, dentro del juicio oral que se adelantaba por la muerte del indígena Edwin Legarda, proceso en el que figuraban como acusados siete militares; de la misma manera, certificación de la Alianza Social Indígena, de mayo 3 de 2009 (fl. 69 cuaderno de anexos), en el que se hace saber que la señora Giomar Patricia es la encargada de manejar las medidas de protección de esa agrupación y del gobernador de Calderas, Daniel Piñacué, así como del presidente de los cabildos de Juantama, Gelmis Chate y, además, se encuentra al frente de los derechos humanos de diferentes organizaciones indígenas.

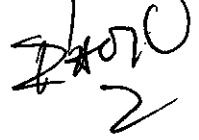
Allega, igualmente, copia del documento suscrito por Carlos Alberto Chacón Montoya, funcionario adscrito al Hospital Militar Central, de mayo 19 de 2010 (fl. 74 cuaderno de anexos), en el que se alude la reunión sostenida a mediados de ese mes, con el procurador segundo delegado para la casación penal, doctor Gabriel Jaimes Durán, con la presencia de Giomar Patricia Riveros Gaitán, momento en el que supuestamente aquél les hizo saber que no había ningún problema, que la señora en mención podía contratar con dicha dependencia; para lo cual hizo entrega de una carta, la cual firmó en su presencia, en la que se acreditaba que aquella no tenía ningún impedimento para firmar contratos con el Estado.



Se alude, igualmente, al oficio PSDCP N° 133-10 del 31 de mayo de 2010 (fl. 81 cuaderno de anexos), en el que el procurador segundo delegado para la casación penal, doctor Gabriel Ramón Jaimes Durán, hace saber que: *“...analizando que no existe ningún antecedente probatorio a la fecha que condene a la Señora Giomar Patricia Riveros Gaitán (...) esta Procuraduría avala que no existe ninguna inhabilidad e incompatibilidad para que la mencionada doctora contrate con ustedes o con cualquier otra entidad del Estado. Avalo la contratación con ésta (sic) entidad”*.

Por último, se refiere a la solicitud de corrección de antecedentes disciplinarios, elevada por el abogado de Giomar Patricia, dirigido a la Procuraduría General de la Nación, el 22 de septiembre de 2010 (fls. 115-117 cuaderno de anexos), en la que se hace referencia a que la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funcione públicas, era por un tiempo igual al de la principal privativa de la libertad, que era de doce (12) meses, conforme se indica en la página 18 de la sentencia, de la que no se anexa copia.

En sentir entonces de la representante del ente acusador, el error se materializó precisamente sobre la existencia de la causal de inhabilidad de la contratista; esto es, el indiciado consideró que aquella no se encontraba incurso en ninguna inhabilidad y por tal motivo celebró el contrato cuestionado bajo esa creencia, lo que se encuentra reforzado con el

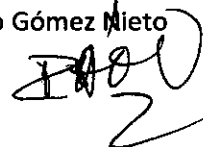


comunicado de la Procuraduría. Además de ello, las actuaciones posteriores realizadas por el señor brigadier general, permiten predicar la vencibilidad del error y como quiera que la conducta en mención no se encuentra prevista en modalidad culposa, tampoco habría lugar a responsabilidad penal.

Intervención de los representantes de víctimas:

En primer lugar, la asesora jurídica del Hospital Militar Central, de entrada coadyuva la petición de la fiscalía, por cuanto en su sentir, la representante del ente acusador hizo un análisis y exposición debidamente sustentada sobre el error invencible; pero que además, el señor general realizó todas las gestiones tendientes al esclarecimiento de los hechos y dio por terminado unilateralmente el contrato, una vez obtuvo respuesta de los requerimientos realizados, en consideración al error en que había sido inducido.

Por su parte, el señor representante de la Contraloría General de la República, coadyuva igualmente la solicitud de la fiscalía; por cuanto en relación con las evidencias y el concepto de error invencible, el investigado actuó con diligencia y cuidado, hecho que daría lugar a precluir la investigación.



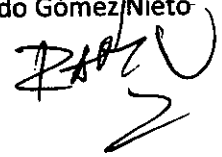
Intervención de la representante del Ministerio Público:

La Procuradora Tercera Delegada para la investigación y juzgamiento Penal, empieza por resaltar la importancia de la audiencia de preclusión, en consideración a que la decisión que se emita entraña el valor de cosa juzgada, poniendo fin al ejercicio de la acción penal.

Por lo anterior, considera que la fiscalía debe precisar con rigor la causal invocada, pues que no puede existir ningún resquicio de duda frente a la misma, soportada en elementos argumentales y probatorios suficientes, que lleven al grado de conocimiento de la certeza, para dar por terminada la acción penal.

Que si bien es cierto, tal como lo indicó puntualmente la representante del ente acusador, en el presente caso se encuentra acreditada la materialidad de la conducta prevista en el artículo 408 del Código Penal, como quiera que el indiciado, en su calidad de servidor público para la época, suscribió el contrato de prestación de servicios 038 de mayo 19 de 2010, con persona inhabilitada para contratar con el Estado, su actuar se enmarca dentro de un típico caso de error invencible.

Para sustentar ello, se refiere a la solicitud que el entonces director del Hospital Militar Central realizó a un funcionario de la Procuraduría General de la Nación, para obtener el

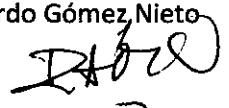


“aval”, con el fin de poder contratar con la señora Riveros Gaitán.

De la misma manera, alude al documento suscrito por Carlos Alberto Chacón Montoya, a quien señala como funcionario de la Procuraduría General de la Nación, en el que informa al brigadier general, que en reunión sostenida en ese mes (sin precisar la fecha exacta), en la que participaron Patricia Riveros y el doctor Jaimes, procurador delegado ante la Corte Suprema de Justicia en lo penal, éste les hizo saber que la citada ciudadana sí podía contratar con el Hospital Militar, por cuanto no poseía ningún impedimento para ello, por lo que avalaba su contratación.

Advierte, por otro lado, que la firma del contrato 038 del 19 de mayo de 2010, cuando existía una certificación de la página web de la Procuraduría General de la Nación, en la que se advertía de la inhabilidad, se llevó a cabo *“...el mismo día en que un alto funcionario de la Procuraduría expide una constancia ‘dando aval’ al Hospital para contratar con la señora Riveros”*.

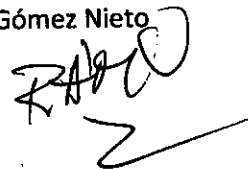
Con fundamento en esa situación, la representante del Ministerio Público considera *“...que el contratante confió en el documento expedido por la Procuraduría General de la Nación, en el que se avalaba este procedimiento, pues, fue la entidad encargada del registro de sanciones y causas de inhabilidad, la que le otorgó el convencimiento de que no reposaba ningún*


2

impedimento en la señora Patricia Riveros, para contratar con el Estado”.

Por lo demás, de las evidencias presentadas por la fiscalía, se puede inferir que las actividades desplegadas por el señor brigadier general estuvieron encaminadas a establecer si la señora Patricia Riveros podía o no contratar con el Hospital Militar, no obstante la existencia de la certificación obtenida de la página web de la Procuraduría. Resalta, además de las evidencias ya enunciadas, el oficio de septiembre 13 de 2010, suscrito por el señor brigadier general Gómez Nieto (fl. 87 cuaderno de anexos), dirigido a la jefe de la oficina asesora jurídica del Hospital Militar Central, para que constatará la existencia de posibles inhabilidades sobrevinientes y el comunicado de octubre 11 de la misma fecha, firmado por el mismo funcionario (fl. 108-109 cuaderno de anexos), dirigido al jefe de la oficina de control disciplinario interno de la misma dependencia, para que iniciara la investigación disciplinaria a que hubiere lugar.

En este orden de ideas, la representante del Ministerio Público concluye que, en este caso, se produjo una representación errónea del actor, a partir del documento emanado de un alto funcionario de la Procuraduría, en el que se manifestó que la señora Riveros Gaitán no se encontraba impedida para contratar con el Estado; en esa medida, “...*su intervención en la tramitación, aprobación o celebración no configuraba una violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o*



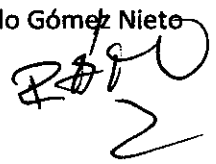
incompatibilidades. La naturaleza invencible del error surge del hecho, acreditado, de que el indiciado actuó de manera diligente y cuidadosa indagando al interior de la propia entidad emisora del certificado de antecedentes, sobre el alcance y las implicaciones de dicho documento en el ámbito de la contratación”.

Pero, si se admitiera el supuesto que el indiciado no haya acudido a tal verificación y que por tal razón su error fuere superable y, en esa medida, adecuar su comportamiento a una situación de negligencia, la conducta resultaría igualmente impune, en virtud de lo indicado en la parte final del numeral 10° del artículo 32 del Pódigo Penal, hipótesis que por supuesto no contempla el tipo penal previsto en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000.

Por esas razones, en su sentir, en este caso “...se configura la causal de exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 32-10 del Cod. Penal, en la medida (sic) que el error acreditado excluye el dolo en el actor; por ende hay lugar a la declaratoria de preclusión de la investigación, de conformidad con lo previsto en la causal 2 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004”.

Intervención de la defensa del investigado:

La profesional del derecho que representa al aquí indiciado, empieza por advertir que el delito imputado a su defendido



es eminentemente doloso, sin que admita otra forma de responsabilidad diferente. Si se entiende por dolo esa mala intención, esa conciencia y voluntad de cometer delitos, esos elementos brillan por su ausencia en la actuación del general Gómez Nieto.

Que cuando él se entera del engaño por parte de esa contratista, imparte varias órdenes, entre ellas investigarla penal y disciplinariamente, efecto para el cual impulsa las copias correspondientes; que inclusive en los actuales momentos, en el juzgado 47 Penal del Circuito de la ciudad, se adelanta un proceso penal en contra de esta ciudadana por violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades; de la misma manera, ordenó terminar de forma unilateral el contrato en cuestión que estaba en pleno desarrollo.

Aduce que la actuación de su defendido se enmarca dentro de los parámetros de los artículos 85 de la Constitución Política y 28 de la Ley 80/93, referido al principio de la buena fe, la cual se presume.

Reitera, en consecuencia, que más allá de la buena fe, el brigadier general Gómez Nieto ordenó todas y cada una de las actuaciones que consideró necesarias, para determinar si Giomar Patricia había engañado o no al hospital.

[Handwritten signature]
2

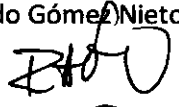
Estima que el error invencible al que se vio abocado su defendido, se enmarca no solamente dentro de su conducta, sino que, igualmente, cualquier persona puesta en las mismas circunstancias en ese año 2010, hubiese terminado en el mismo estadio en que estamos hoy.

Por esas razones, la defensa considera que se debe precluir la investigación, conforme con la solicitud que realiza la fiscal delegada ante la Corte.

Consideraciones para decidir:

Con miras a la decisión que finalmente emitirá esta Sala Especial, importante resulta aclarar, en primer lugar, las reales circunstancias en las cuales se suscribió el contrato objeto de cuestionamiento, a partir, por supuesto, de las evidencias físicas enseñadas por la representante del ente acusador, pues que ello resulta de singular importancia para el propósito mencionado. Esa aclaración, por supuesto, servirá para determinar si en efecto nos encontramos frente al evento de error aquí aducido, para con fundamento en ello precluir la investigación o si, por el contrario, la investigación debe continuar.

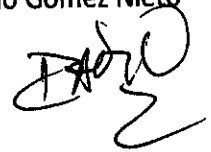
Sobre ese particular, resulta absolutamente claro todo lo atinente a la fase precontractual, que estuvo encaminada a determinar la necesidad de dicha contratación en el Hospital Militar Central para el mes de mayo de 2010, tales como los


2

estudios de conveniencia y oportunidad, la existencia del recurso y la manera como se podía escoger al contratista, dada la cuantía; esto es, que no se precisaba de licitación pública, por tratarse de una prestación de servicios profesionales (fls. 62 a 65 y 67 cuaderno de anexos).

No obstante, previamente a la suscripción del contrato en el que se halló la irregularidad por parte de la Contraloría, contaban las directivas del Hospital Militar Central con la evidencia obtenida a través de la página web de la Procuraduría, relacionada con la inhabilidad que existía en contra de la contratista Giomar Patricia Riveros Gaitán, debido a una sentencia condenatoria emitida en su contra por el Juzgado 35 Penal Municipal de esta capital en febrero 16 del año 2009, por el delito de abuso de confianza, en la que, además de la sanción privativa de la libertad por doce (12) meses y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual lapso, también se aludía a la imposibilidad de contratar con el Estado entre marzo 2 de 2009 y marzo 1° de 2014 (fl. 71 cuaderno de anexos).

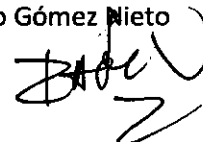
Y ello es así, por cuanto según “solicitud de aval”, realizada por el señor brigadier general Ricardo Gómez Nieto, dirigida al doctor Gabriel Ramón Jaimes Durán, procurador delegado del Ministerio Público en asuntos penales, el día 10 de mayo del año 2010 (fls. 71-72 cuaderno de anexos), esto es, nueve (9) días antes de que se suscribiera el contrato 038, se hizo referencia a la existencia de la citada anotación, pero sin darle crédito a la misma, pues que, en el citado escrito se lee



lo siguiente: *“Lo anterior se atribuye como la toma de represarias (sic) por parte de personas, que se han visto afectadas, ya que la citada doctora ha sido testigo en los procesos adelantados en la Fiscalía y en la Procuraduría, evidenciando con este hecho la reiterada persecución y atentando contra su integridad (sic) de buen nombre, lo que podría afectar la consecución de trabajo” (...)* *“Asimismo me permito informar que no se ha llevado a cabo el debido proceso, no existen antecedentes para constituir la veracidad de la información que aparece plasmada en el sitio web” (...)* *“Cabe anotar que la señora doctora, es persona de mi integra confianza a la cual contratare (sic), por el tiempo que permanezca en la presente Institución como Director General” (...)* *“Por lo expuesto anteriormente, agradezco su colaboración mientras que se esclarece la presente situación, para que el señor doctor Procurador Delegado del Ministerio Público en Asuntos Penales, se sirva expedir el aval correspondiente, para que así se adelante el proceso de contratación con la doctora GIOMAR PATRICIA RIVEROS GAITAN”.*

Y la pregunta que surge de inmediato es, si para ese momento ya se contaba con el certificado de antecedentes expedido por la Procuraduría, para qué se requería un aval? Acaso no bastaba con la información obtenida de una entidad oficial, que desde el punto de vista constitucional y legal se encuentra facultada para ejercer esa función? De la misma manera, surge otro cuestionamiento, por qué se dirigió a un funcionario específico, con nombre propio, quien no ostentaba funciones disciplinarias?

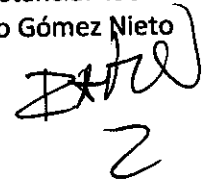
De lo expuesto hasta el momento, no se vislumbra por parte alguna cuál pudo haber sido el error al que se vio abocado el señor brigadier general Gómez Nieto, en punto al supuesto



desconocimiento de la inhabilidad que pesaba en contra de la contratista mencionada.

Porque, además de lo anterior, previamente a la suscripción del referido contrato, supuestamente Carlos Alberto Chacón Montoya, funcionario adscrito al Hospital Militar Central y no a la Procuraduría, como al parecer creyó entenderlo la representante del Ministerio Público en este debate, se reunió con el doctor Jaimes Durán, procurador delegado ante la Corte Suprema de Justicia en lo penal, en compañía de Giomar Patricia y, en aquella oportunidad, el primer funcionario citado pregunta si la señora Riveros Gaitán podía contratar con el Hospital Militar y *"...el Dr. Jaimes le manifestó que si, que no había ningún problema, y acto seguido le entrego (sic) a éste, a la Dra. Patricia, una carta la cual firmo (sic) en nuestra presencia (...) Acto seguido nos despedimos del Dr Jaimes y nos regresamos de inmediato al Hospital y la Dra. Patricia se dirigió a la dirección para entregar el documento, que según ella acredita que no posee ningún impedimento para firmar contratos con el Estado y que avala su contratación"*. Este documento obra a folio 74 del cuaderno de anexos, con fecha 19 de mayo de 2010, suscrito precisamente por Chacón Montoya.

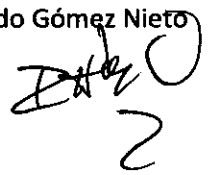
Al parecer entonces, con fundamento en esta información adicional, en esa misma fecha se suscribió el contrato de prestación de servicios profesionales N° 038, entre el Hospital Militar Central y la señora Giomar Patricia Riveros Gaitán (fls. 23-25 cuaderno de anexos). Ello indica que para ese momento no se tuvo en cuenta la información obtenida de la página web de la Procuraduría General de la Nación,



según la cual se reportaba la inhabilidad referenciada en apartados anteriores, lo que entonces no permitía su contratación.

No se concilia con la realidad, por consiguiente, lo planteado por la representante del Ministerio Público en su intervención, cuando aludió a que el mismo día en que un alto funcionario de la Procuraduría otorgó el aval, se suscribió el contrato 038; por cuanto debe recordarse, de acuerdo con las evidencias presentadas por la fiscalía, que con esa fecha no existe ningún documento de la Procuraduría en ese sentido y, por el contrario, el documento al que se refiere la representante del Ministerio Público, aparece suscrito por un funcionario del hospital, dando cuenta de una supuesta reunión sostenida con un delegado de la Procuraduría. Y de ahí la razón por la que no puede hablarse seguramente en estos momentos de la existencia de un error previo a la suscripción del contrato de la referencia, por cuanto bastaba para ello examinar la certificación vigente obtenida de la página web de la Procuraduría.

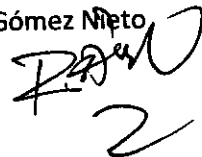
Téngase en cuenta, además, que tan solo doce (12) días después, esto es, el 31 de mayo de 2010, se recibió de Gabriel Ramón Jaimes Durán, procurador segundo delegado para la casación penal, oficio PSDCP N° 133-10 (fl. 81 cuaderno de anexos), dirigido al señor brigadier general Gómez Nieto, en el que el mencionado funcionario indica que: *“...analizando que, no existe ningún antecedente probatorio a la fecha que condene a*



la Señora Giomar Patricia Riveros Gaitán (...) esta Procuraduría avala que no existe ninguna inhabilidad e incompatibilidad para que la mencionada doctora contrate con ustedes o con cualquier otra entidad del Estado. Avalo la contratación con esta Entidad".

Esta situación, con trazas significativas de irregular y sospechosa, desconoce el reporte de antecedentes del organismo de control tantas veces referenciado; pero, lo más significativo aún, desde el punto de vista de la configuración del error, esta comunicación se recibió con posterioridad a la celebración del contrato, motivo por el cual no podía ser un elemento generador de una representación errónea de la realidad, pues, se reitera, fue recibida cuando ya el contrato se encontraba en ejecución y, con base en esa sola consideración, no pudo haber sido tomada en cuenta para el momento de la suscripción del mismo.

En este punto de la reflexión resulta lógico preguntarse, si supuestamente después de la reunión anteriormente reseñada, el representante del Ministerio Público le entregó un documento a la contratista Riveros Gaitán, en el que se indicaba que no tenía inhabilidades para contratar con entidades estatales, dónde se encuentra el mismo? Por qué nunca se allegó como evidencia? Esta inquietud por supuesto pone en duda la existencia de una tal reunión, que por demás no podía convertirse en soporte de una contratación, cuando de por medio existía una certificación de antecedentes, que hasta ese momento debía tenerse por cierta y vinculante, pues que no había ningún elemento

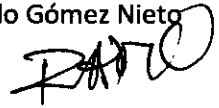


legalmente obtenido que pudiera controvertirla, tampoco se ha revelado así en el desarrollo de la sustentación del pedido de preclusión.

Sobre el particular, debe recordarse, que el Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI), registra las decisiones ejecutoriadas y notificadas remitidas a la Procuraduría General de la Nación por las autoridades competentes, las cuales incluyen el registro de inhabilidades y fue por ello que con la entrada en vigencia de la Ley 1238 de 2008, las entidades públicas o privadas podrán consultar los antecedentes de quienes van a tomar posesión de cargos o suscribir contratos con entidades oficiales.

Lo anterior se desprende de las funciones preventivas establecidas en los numerales 1, 5 y 6 del artículo 277 de la Constitución Política, que imponen a la Procuraduría General de la Nación el deber de vigilar que quienes aspiren a vincularse al servicio público o a contratar con el Estado no estén inhabilitados y para ello es necesario conocer sus antecedentes disciplinarios.

Ello se relaciona con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 190 de 1995, el cual establece que toda persona que fuere nombrada para ocupar un cargo o empleo público o pretenda celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración,


2

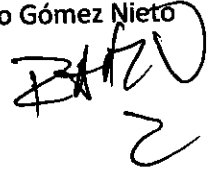
deberá presentar el certificado de antecedentes disciplinarios.

De la misma manera, los artículos 8 literales b), c), d), e), i); 22 y 58 numerales 3 y 6 de la Ley 80 de 1993 establecen causales de inhabilidad que se derivan de las relaciones contractuales con el Estado que es necesario anotar en los registros de la Procuraduría General de la Nación.

Y, conforme con los numerales 2 y 3 del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), las autoridades judiciales en materia penal deben remitir a la Procuraduría General de la Nación, copia de las sentencias condenatorias que impongan penas de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y pérdida del empleo o cargo público.

Pero más aún, la Ley 734 de 2002, en su artículo 174 regula lo atinente al registro de sanciones penales, disciplinarias e inhabilidades emitidas en sus fallos por las autoridades competentes, quienes tienen la obligación de comunicarlás a la Procuraduría General de la Nación, una vez quede en firme la providencia respectiva, dependencia que: *“ Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro”*.

Y en la Resolución 143 del 27 de mayo del 2002, modificada por su similar 461 de 2016, de la Procuraduría General de la

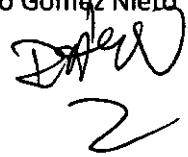


Nación, se dispuso la creación del Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI) ya reseñado, entre los que se encuentra el certificado de antecedentes disciplinarios e inhabilidades, que se expide de acuerdo con un formulario diseñado para el efecto.

En dicho acto administrativo, puntualmente en su artículo 14 sobre los responsables de la base de datos, se establece: *“La División de Registro y Control y Correspondencia de la **Procuraduría General de la Nación** deberá garantizar que la información registrada en la base de datos corresponde exactamente a la suministrada por las autoridades obligadas a reportarla”*. Y en el artículo 17, sobre seguridades de auditoría del SIRI, se indica: *“El software tendrá un sistema de auditoría interna que permita conocer la fecha de las diferentes operaciones; el funcionario responsable del registro y verificación; el contenido de los campos grabados o modificados, y el número de certificados expedidos, su fecha, contenido y el funcionario que lo expidió”*.

Todo lo anterior, para significar que se constituía en un imperativo legal y de pleno acogimiento, la certificación obtenida a través de la página web de la Procuraduría, sobre el registro de antecedentes que en esa dependencia le figuraban a la contratista Giomar Patricia Riveros Gaitán, que en todo caso la inhabilitaban para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años.

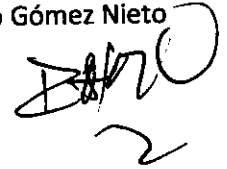
Y ello, por cuanto el organismo de control, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales,



tal como ha quedado explicado, realizó el registro conforme con la información suministrada por el Juzgado 35 Penal Municipal de esta capital y cuando se le pidió una certificación en relación con la Riveros Gaitán, suministró la información que aparecía en su base de datos.

Aquí es cuando la Sala quiere llamar la atención por percepción directa de datos que no pueden soslayarse, de modo que queda al descubierto la debilidad en la actividad investigativa de la fiscalía, por cuanto no puede ser posible, que si desde el año 2010 se habla de la existencia de una causal de inhabilidad para contratar con el Estado por parte de una persona, impuesta en un fallo judicial, información que sólo se ha mencionado para ser desconocida recurrentemente como se muestra en el recorrido de la presente providencia, no se haya obtenido copia de la referida decisión, para verificar, desde esa fuente primaria, la realidad que se ha pretendido desconocer durante todos estos años.

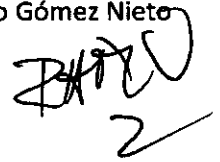
En efecto, la manera más rápida y directa para haber verificado esa situación desde un comienzo, era con el despacho fallador, esto es, el Juzgado 35 Penal Municipal de Bogotá, para establecer si en efecto la sanción adicional de inhabilitación para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, hacía parte o no de la decisión condenatoria en contra de la señora Riveros Gaitán. Pero, extrañamente, se itera, nunca se requirió a ese despacho judicial con la mencionada finalidad.



Si eventualmente existía un error en la anotación que aparecía en la Procuraduría, según se afirma en el comunicado 19512, de septiembre 24 de 2010 (fls. 92-93 cuaderno de anexos), remitido por el jefe de la oficina asesora jurídica del Hospital Militar Central al señor brigadier general Ricardo Gómez Nieto, quien al parecer tuvo en sus manos copia del fallo condenatorio que ahora se reclama, debieron en su momento solicitar las aclaraciones y rectificaciones correspondientes, todo conforme con el debido proceso y no por medio de procedimientos, en principio, poco ortodoxos.

Porque tampoco puede ser posible, de acuerdo con lo manifestado por la representante del ente acusador al momento de la sustentación, en el sentido de que dada esa aparente inconsistencia en el registro, el defensor de la señora Giomar Patricia, el 22 de septiembre del año 2010, solicitó a la Procuraduría la corrección de la nota (fls. 115-117 cuaderno de anexos), y ocho (8) años después no se haya obtenido respuesta del organismo de control, si es que en verdad existía alguna discordancia en relación con la misma.

Como hasta el momento actual se desconocen los pormenores del fallo que dispuso la inhabilidad, cualquier consideración al respecto resulta hipotética y especulativa, debiéndose por tanto confirmar o desvirtuar lo que claramente aparece en la anotación expedida por la

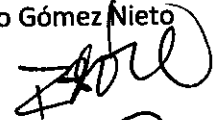


Procuraduría General de la Nación, desde el mes de mayo de 2010, esto es, antes de la suscripción del contrato del 19 de esa misma fecha, sin que por consiguiente se generase duda alguna en cuanto a su existencia para ese momento.

Reitera la Sala que si desde un comienzo, esto es, mucho antes de la suscripción del contrato que vinculó a la señora Riveros Gaitán con el Hospital Militar Central, se tenía conocimiento de la inhabilidad existente en su contra, resulta discutible entonces hablar de una representación errónea que llevara al director de dicha entidad a realizar la contratación sobre ese supuesto desconocimiento de uno de los elementos constitutivos de la infracción típica. En esas condiciones, no puede hablarse sin lugar a dudas superables de un error invencible como el previsto en el artículo 32-10 del Código Sustantivo Penal.

En relación con el tema, de tiempo atrás, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tienen dicho que esta figura: *«...se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa»*¹. En otras palabras, el error insuperable de tipo se concreta cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecuaba a un delito y, por lo tanto, se

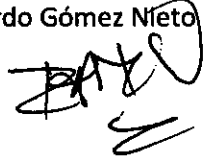
¹ Cfr. CSJ. SP. de 23 de mayo de 2007, Rad. 25405.


2

excluye el dolo por afectación del aspecto cognitivo, de manera que incide sustancialmente en la declaración de responsabilidad (Rdo. 46992 de mayo 23/18).

Precisamente, tampoco pueden ser de recibo los argumentos expuestos de manera unánime por las partes e intervinientes, cuando estuvieron de acuerdo en que se precluya la presente indagación, en consideración a que el señor brigadier general Gómez Nieto, haya sido en extremo diligente al disponer todo tipo de actividades tendientes a establecer si en efecto la señora Giomar Patricia Riveros se encontraba incurso en una inhabilidad que le impedía contratar con entidades del Estado. En efecto, es cierto que el oficial dispuso verificaciones, pero todas se llevaron a cabo con posterioridad a la suscripción del contrato y no previamente, como debió haber sido, además de la potísima razón tantas veces reseñada de que para ese momento ya se contaba con el certificado de antecedentes de la Procuraduría, en el que se señalaba la inhabilidad comentada.

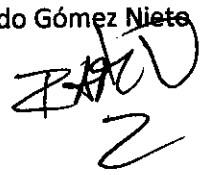
Resulta relevante en el juicio probatorio limitado a esta forma de terminación anticipada, cómo parece que el hoy indiciado haya querido creer más en la palabra de la contratista, que en la certificación del ente de control. Una tal conclusión provisional se desprende de las manifestaciones plasmadas, en primer lugar, en el escrito que dirigió el 10 de mayo de 2010 al Doctor Gabriel Ramón Jaimes Durán, procurador Delegado del Ministerio Público en asuntos penales (fls. 71-



72 cuaderno de anexos)-antes de la supuesta reunión con el destinatario y obviamente antes de suscribir el contrato-, cuando en uno de sus partes se indica que: “...Cabe anotar que la señora doctora, es persona de mi integra confianza a la cual contratare (sic) por el tiempo que permanezca en la presente Institución como Director General” y, después, en la comunicación 18369 de septiembre 13 de 2010, dirigida a la jefe de la oficina asesora jurídica del Hospital Militar Central (fl. 87 fte. vto. cuaderno de anexos), a quien no obstante pedirle que “...realice las gestiones necesarias que permitan averiguar si se ha dado con posterioridad a la contratación de la doctora PATRICIA RIVEROS GAITÁN, situaciones que puedan calificarse como de inhabilidad e incompatibilidades...”², finalmente en el numeral quinto le ordena: “Todas aquellas que tiendan a desvirtuar la causal de inhabilidad en cabeza de la doctora PATRICIA RIVEROS GAITÁN”. Es decir, para ese entonces, cuatro (4) meses después de la suscripción del contrato, parece que aún se persistía en desconocer la certificación sobre antecedentes registrada en la Procuraduría.

Parece que tampoco, a partir de las explicaciones suministradas en la diligencia de interrogatorio a indiciado, el 17 de julio del año 2013 (fls. 119-124 cuaderno de anexos), se alcance la claridad que ahora se reclama; habida consideración de que en aquella oportunidad el señor brigadier general, en actitud que parece más evasiva que real, hace saber que prácticamente todo ese proceso contractual estuvo en manos de la oficina de talento humano, dependencia encargada de verificar toda la

² Subrayas ajenas al texto

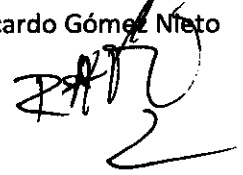


documentación presentada para tales efectos y que si bien es cierto, en principio, tenía plena confianza en la persona contratada, con posterioridad se enteró de que se trataba de “una mitómana, manipuladora y mentirosa”.

Todo lo anterior, para indicar que -por ahora- tampoco aciertan las partes e intervinientes, cuando pretenden que subsidiariamente se de aplicación a lo dispuesto en la parte final del inciso primero del numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, porque, se reitera, todas esas actuaciones fueron realizadas con posterioridad a la suscripción del contrato, dejando de lado una evidencia elocuente, sobre la que no existe hasta el momento justificación para que fuera desconocida, como lo era la certificación de antecedentes expedida por el órgano competente para ello, como ya ha quedado debidamente explicitado.

Además, como el aspecto principal de la pretensión no puede tener acogida por esta Sala, esto es, el reconocimiento de un error invencible, mal se haría en atender configurado el subsidiario, dado que precisamente sobre aquél es que deberá recabar la investigación de la fiscalía, conforme con las inquietudes que se han dejado planteadas a lo largo de la presente decisión.

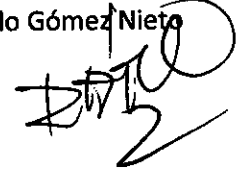
Finalmente, sobre la figura de la preclusión tiene para decir la Sala que si bien, de conformidad con la reforma constitucional plasmada en el Acto Legislativo 03/02, es la



Fiscalía General de la Nación la autoridad encargada de investigar y acusar por las conductas punibles que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando, claro está, cuente con elementos suficientes que le permitan inferir la ocurrencia de un delito; también es cierto que el artículo 250-5 de la Carta Política, le otorga al ente acusador la facultad de solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la actuación, cuando no hubiere mérito para acusar. Significa lo anterior, que la fiscalía no está obligada en todos los casos a formular imputación o acusación, razón por la cual puede postular la preclusión ante el juez en la indagación (es decir, sin imputación), en la investigación (con imputación) y en el juzgamiento, por causales objetivas en este último caso, todo previa verificación de que ha cumplido cabalmente con el principio de legalidad u obligatoriedad de la acción penal, previsto en la misma norma constitucional antes invocada.

Sobre el particular, la Corte Constitucional³ ha dicho: “...la preclusión de la investigación es un mecanismo procesal mediante el cual se da por terminado el proceso penal en forma anticipada a la sentencia, en tanto que se cumplen algunas de las causales señaladas expresamente por el legislador para el efecto. Por eso, muchos doctrinantes han señalado que la preclusión equivale a la absolución del imputado porque se presenta en aquellos eventos en los que la acción penal no puede continuar o cuando el ente investigador no encuentra los elementos probatorios suficientes para mantener una acusación. Es, entonces, la preclusión de investigación una figura usual de los procesos penales en los que el Estado es el titular de la acción penal y tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado”.

³ C-118/08

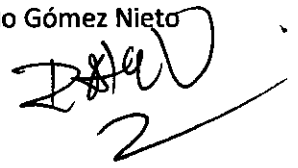


Por tratarse entonces de una salida procesal, que hace tránsito a cosa juzgada, el nivel de conocimiento exigido es el de la convicción sin lugar a duda razonable frente a la demostración de alguna de las causales previstas en el artículo 332 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004), salvo que se 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 Justicia⁴ 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 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.

⁴ CSJ, AP. 22 Ab. 2015, Rad. 45138



Parece ser entonces, de acuerdo a lo consignado a lo largo de la presente decisión, que en esta oportunidad la fiscalía se ha quedado corta frente a las exigencias que se han detallado, lo que no permite por el momento acceder a su pretensión preclusiva, avalada por las demás partes e intervinientes.

Sin que se precise de otras consideraciones, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Primero: No precluir la indagación que se adelanta en relación con el señor brigadier general Ricardo Gómez Nieto, conforme con lo analizado en la parte motiva.

Segundo: Disponer la devolución de la actuación con sus respectivos anexos a la fiscal instructora, para que continúe con el adelantamiento de la investigación.

Tercero: Contra esta decisión proceden los recursos ordinarios.

Notifíquese y Cúmplase:

[Handwritten signature]
2

[Handwritten signature]
JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

[Handwritten signature]
RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado

[Handwritten signature]
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

[Handwritten signature]
ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR

Secretaria