



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**

Bucaramanga, trece (13) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

El despacho procede a proferir la sentencia que en derecho corresponda dentro de la actuación que se sigue en contra de **Rodolfo Hernández Suárez** por el delito de **interés indebido en la celebración de contratos** dispuesto en el artículo 409 del Código Penal, teniendo en cuenta que se surtió de manera válida la actuación previa, que permite adoptar esta decisión.

IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL ACUSADO

Rodolfo Hernández Suárez, identificado con cédula de ciudadanía 5.561.779 expedida en Bucaramanga (Santander), nacido el 26 de marzo de 1945 en Piedecuesta (Santander), hijo de Luis Jesús Hernández y Cecilia Suárez.

IMPUTACIÓN FÁCTICA

Rodolfo Hernández Suárez, como alcalde de Bucaramanga y miembro de la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, se interesó indebidamente en provecho de un tercero, esto es, de Jorge Hernán Alarcón Ayala, para que éste resultara escogido como contratista, como en efecto ocurrió, dentro del contrato de consultoría No. 096 del 28 de julio de 2016. Para ello, a fines de junio y comienzos de julio de 2016, citó a su apartamento ubicado en calle 51 No. 37-12 de esta ciudad, a José Manuel Barrera Arias, gerente de la precitada entidad y al asesor jurídico de la misma, indicándole a su subalterno funcional, esto es, a Barrera Arias, que Alarcón Ayala debía ser el seleccionado; ordenándose allí su ilícito o prohibido interés y, en abierta desviación de poder, atendiendo a su cargo y funciones como alcalde y miembro de la Junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, decidió mostrar esa inclinación o ánimo para favorecer al futuro contratista de la consultoría, Jorge Hernán Alarcón Ayala, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En diligencia de 7 de febrero de 2020, dentro del proceso penal identificado bajo el CUI 68001-6008-777-2017-00050 NI 155468, surtida ante el Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Bucaramanga con Funciones de Control de Garantías, se declaró legalmente formulada la imputación a **Rodolfo Hernández Suárez** como determinador del delito de **interés indebido en la celebración de contratos**, dispuesto en el artículo 409 del Código Penal, el cual no aceptó¹.

¹ Audiencia de imputación de 7 de febrero de 2020, a partir del minuto 34:54.



2. El 3 de julio de 2020, el delegado fiscal presentó escrito de acusación en el caso de **Rodolfo Hernández Suárez**, asignando a dicha actuación el CUI ruptura 68001-6000-000-2020-00132 NI 181882, el cual fue repartido el 4 de agosto siguiente al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad.
3. En audiencia realizada el 6 de noviembre de 2020, se conexaron los diligenciamientos 68001-6000-000-2020-00093 NI 181883 y el 68001-6000-000-2020-00132 NI 181882 al asignado a este despacho, esto es, el 68001-6000-000-2019-00421 NI 175214.
4. En consecuencia, el 12 de mayo de 2021, la Fiscalía General de la Nación acusó, entre otros, a **Rodolfo Hernández Suárez**, en calidad de determinador del delito de **interés indebido en la celebración de contratos**, dispuesto en el artículo 409 del C.P.
5. La audiencia preparatoria se realizó el 18 de abril de 2022 en donde se decretaron las pruebas a practicar en el juicio.
6. En diligencia de 21 de julio de 2022, este administrador de justicia declaró su falta de competencia para continuar con el proceso penal en contra de **Rodolfo Hernández Suárez** debido a su designación como senador de la República y ordenó remitir la actuación con destino a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.
7. El 10 de octubre de 2022, **Rodolfo Hernández Suárez** presentó renuncia al Senado de la República, la cual fue aceptada por la plenaria de dicha corporación el 11 de octubre siguiente, con efectos desde el 25 de octubre de la misma anualidad, por lo cual, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia ordenó devolver la presente actuación a este despacho, por carecer de competencia para continuar con el trámite.
8. En consecuencia, este estrado retomó el diligenciamiento en el estado en el que se encontraba, adelantado la sesión de juicio oral el 13 de enero de 2023, mientras que el 27 de abril siguiente, el suscrito aceptó la recusación postulada por el abogado defensor con fundamento en el numeral sexto del art. 56 del C.P.P., dado que en este estrado también se adelanta el proceso penal identificado con el CUI 68001-6000-000-2019-00421 NI 175214, en el cual dos testigos realizaron afirmaciones sobre **Rodolfo Hernández Suárez**; en consecuencia, el proceso se remitió al Juzgado Once Penal homólogo.
9. En providencia del 4 de mayo de 2023, el Juzgado Once Penal del Circuito de Bucaramanga con Funciones de Conocimiento, no aceptó la mencionada recusación, por lo cual remitió las diligencias a la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, para lo de su competencia. Así las cosas, en auto de 22 de junio de 2023, dicha corporación, declaró infundado la precitada recusación, por lo que ordenó la devolución del expediente a este estrado.
10. Por consiguiente, el despacho continuó con la práctica probatoria el 27 de julio y 17 de noviembre de 2023; 11 de enero y 14 de marzo de 2024, fecha última en la que finalizó dicho estadio procesal, se alegó de conclusión, se profirió sentido de fallo condenatorio en contra de **Rodolfo Hernández Suárez** como autor del delito enrostrado por la agencia fiscal, se hizo traslado del artículo 447 del C.P.P. y se programó para hoy la lectura de la sentencia.



SÍNTESIS DE LOS ALEGATOS

1. Fiscalía General de la Nación Solicitó sentencia condenatoria en contra de **Rodolfo Hernández Suárez** por el cargo que le acusó en este diligenciamiento, ya que, a través de las pruebas debatidas en juicio, demostró más allá de duda, la materialidad de la conducta y su responsabilidad penal.

La anterior petición la fundó en que, el procesado, en su condición de alcalde y miembro de la Junta Directiva de la EMAB, se interesó indebidamente, en provecho propio y de un tercero, esto es, de Jorge Hernán Alarcón Ayala, para que resultara escogido como consultor en el contrato 096 de 2.016 sembrando la idea criminal en José Manuel Barrera Arias. Dicha proposición fue acreditada con la declaración de éste, quien fungía como gerente de la EMAB, quien manifestó que él y César Fontecha, en su condición de director jurídico de la entidad, cumpliendo órdenes del procesado, procedieron a escoger a Alarcón Ayala, luego de que se suscitara una reunión en el apartamento de Hernández Suárez.

Asimismo, trajo a colación las reuniones de 22 de abril y de 24 y 30 de junio de 2.016, que se suscitaron en Bogotá y en las que participó **Rodolfo Hernández Suárez**, en donde se anunció la necesidad de buscar a una persona que elaborara los pliegos que redireccionarían la contratación con la tecnología *Vitalogic*, la cual denominaron “la calavera”. De acuerdo a ello, escogieron a Jorge Hernán Alarcón Ayala y, para lograr su selección: falsificaron las dos propuestas restantes que debían presentarse junto con la del precitado; la entregada por Alarcón Ayala tenía una inscripción en la parte superior, de letra de Hernández Suárez y dirigida a Abigail Nieves y Barrera Arias; José Manuel Barrera Arias recibía llamadas matutinas del procesado solicitándole que se efectuara de manera rápida la búsqueda del consultor; visitó al gerente de la EMAB y le propuso la reunión que se suscitó en su apartamento en donde le dio la orden de contratar a Alarcón Ayala; se efectuaron comunicaciones a través de correo electrónico desde el 24 de junio de 2016, en las que participaron varios funcionarios de la EMAB, Luis Carlos Hernández, Carlos Gutiérrez y Alarcón Ayala, aun cuando este no se había escogido como contratista, pero, además, dichos mensajes se suscitaron desde las cuentas institucionales de la secretaria del despacho del entonces alcalde **Rodolfo Hernández Suárez** y de la constructora HG, y estas tenían por objeto la confección de los denominados “pliegos sastre” que estaban dirigidos a la selección a futuro de *Vitalogic*, así como conminó a la supervisora del contrato a cancelarle el valor del mismo a Alarcón Ayala.

Igualmente trajo a colación que José Manuel Barrera Arias realizó lo ordenado por quien era su jefe, esto es, **Rodolfo Hernández Suárez**, ya que, de lo contrario, lo más probable es que lo hubieran retirado de su cargo y, aunque la defensa indicó que ello no era factible, ya que el contrato laboral del gerente de la EMAB era a término indefinido, lo cierto es que, quien ocupó dicho cargo con anterioridad al precitado fue despedido. Asimismo, trajo a colación que por medio de la atestación de Florentino Rodríguez Pinzón se acreditó que, luego de que Jorge Hernán Alarcón Ayala fue seleccionado como contratista, el acusado adujo que “él respondía” por las acciones de aquel, exteriorizando su favoritismo por esta persona.

Por otro lado, señaló que, de acuerdo al concepto de la carga dinámica de la prueba, la defensa debió presentar elementos de conocimiento que desvirtuaran la presencia de **Rodolfo Hernández Suárez** en el Edificio Premier para cuando se suscitó la reunión en la que ordenó contratar a Alarcón Ayala o en las que acordaron buscar al contratista



para dirigir la contratación a la tecnología ofrecida por *Vitalogic*. Finalmente, advirtió que el extremo defensivo tampoco contravirtió con los mecanismos pertinentes, la veracidad de los contenidos de los correos electrónicos ni las reuniones.

2. Apoderado de víctima del municipio de Bucaramanga: Peticionó sentencia de condena en contra del procesado aduciendo que, en materia penal también aplica el concepto de carga dinámica de la prueba en tanto que, la defensa, igualmente debe allegar elementos de conocimiento para controvertir lo ya acreditado por la agencia fiscal. Partiendo de este planteamiento, señaló que, en correo del 24 de junio de 2016, Luis Carlos Hernández envió el correo electrónico que previamente había remitido Jorge Hernán Alarcón a Matilde Rueda Almeida, secretaria ejecutiva del despacho del entonces alcalde **Rodolfo Hernández Suárez**, y ella, a su vez, se lo destinó a José Manuel Barrera Arias, lo cual verifica una comunicación entre los precitados sobre el asunto allí tratado, lo cual no fue cuestionado por el extremo defensivo.

Por otra parte, aseveró que la declaración de José Manuel Barrera Arias es creíble, ya que no se acreditó que tuviera algún ánimo de retaliación, de animadversión o de enemistad en contra de **Rodolfo Hernández Suárez**, pues incluso negó haber tenido algún inconveniente con él, así como también, relató las circunstancias, antecedentes, concomitantes y subsecuentes a la contratación de Jorge Hernán Alarcón Ayala como contratista, lo cual tiene ratificación con lo aducido por el testigo Luis Andelfo Trujillo, quien hizo alusión a que luego de que Hernández Suárez resultó elegido alcalde, lo buscó para adelantar contratos para la ciudad.

A continuación, mencionó que en el caso en concreto, debe verificarse los comportamientos externos del procesado, de cara a interesarse en la selección de Jorge Hernán Alarcón Ayala como contratista, relacionados con la forma en que se adelantó el procedimiento de invitación de los demás proponentes.

Seguidamente, adujo que durante la ejecución del contrato, Katherine Díaz Tanco, quien fungió como supervisora del contrato, fue contactada en varias oportunidades por el procesado para que realizara los pagos de Alarcón Ayala; así mismo, Florentino Rodríguez relató un cambio respecto de las reuniones que se realizaban para el tema de basuras, pues al inicio eran muy frecuentes, pero luego de la selección de Alarcón Ayala, era “un asunto vedado”, y también indicó que el acusado le manifestó que éste respondería por los actos de dicho contratista.

Afirmó que, si bien no se perdió dinero, ya que incluso quedó pendiente un pago al contratista Alarcón Ayala, lo cierto es que ello es irrelevante, pues la protección del bien jurídico se depreca hacia los principios de contratación estatal y la forma en que se efectúa la selección de los contratistas.

Finalmente, señaló que de acuerdo a los estatutos de la EMAB, José Manuel Barrera Arias era un subordinado de **Rodolfo Hernández Suárez**, conforme lo ratificó Florentino Rodríguez, por lo cual surge fundado que Barrera Arias, procediera a materializar la orden proferida por el procesado, en aras de evitar la concreción de su despido, lo cual acredita la modalidad de determinación esbozada por la agencia fiscal.

3. Representante de víctima de EMAB: Coadyuvó la solicitud de condena elevada por la agencia fiscal, ello con fundamento en que en la actuación se probó que **Rodolfo Hernández Suárez**, para la fecha de los hechos fungía como alcalde de Bucaramanga y era presidente de la Junta Directiva de la EMAB, por lo que era el superior jerárquico de José Manuel Barrera Arias y en atención a ello, este último recibió la orden de



seleccionar como contratista a Jorge Hernán Alarcón Ayala, so pena de ser despedido; asimismo se acreditó que para el 2016, la EMAB suscribió el contrato de consultoría 096 y que, en la fase precontractual de este, se vulneraron los principios de imparcialidad, transparencia, libre competencia, entre otros.

En ese orden de ideas, manifestó que el interés indebido del acusado se acreditó por medio de los testigos que recibieron llamadas por parte del enjuiciado para que avanzara el contrato de consultoría aquí tratado, también por medio de las reuniones que se realizaron en el apartamento de Hernández Suárez y por los correos electrónicos que se cruzaron entre las partes interesadas en ese contrato.

Ahora bien, frente al testimonio de Jorge Hernán Alarcón Ayala anunció que debe dársele credibilidad, pues el hecho de que hubiera suscrito un principio de oportunidad, el cual, incluso fue parcial, no resta veracidad a sus dichos, más aún cuando los datos que aporta son corroborados por las demás pruebas, pero además, no es el único medio de conocimiento aportado por la fiscalía para acreditar la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal de **Rodolfo Hernández Suárez**.

4. Ministerio Público: Elevó petición de condena en contra de **Rodolfo Hernández Suárez**, pero como autor del delito de interés indebido en la celebración de contratos por los hechos acaecidos entre el 21 de junio y 28 de julio de 2016, cuando se desempeñaba como alcalde y miembro de la junta directiva de la EMAB, quien con ocasión a ello tenía la potestad de intervenir en la búsqueda de una solución a la problemática del manejo de residuos sólidos de la ciudad, y se interesó en forma indebida, en nombre propio y de un tercero, para escoger, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, a Jorge Hernán Alarcón Ayala como contratista consultor para la elaboración de la evaluación técnica, ambiental, financiera y jurídica, para implementar una nueva tecnología en el sitio de disposición final de residuos sólidos denominado “El Carrasco”. Indicó que dicho interés indebido se exteriorizó en una reunión que se suscitó entre junio y julio de 2016, en su apartamento, a la cual asistieron José Manuel Barrera Arias, el asesor jurídico de la entidad y Jorge Hernán Alarcón Ayala.

Desde esta perspectiva anunció que, de acuerdo a las subreglas jurisprudenciales, para proferir sentencia de condena por el tipo penal previsto en el art. 409 del C.P., se debe demostrar: (i) que el sujeto activo de la conducta sea un servidor público; (ii) que se realice una operación contractual a nombre de la entidad estatal; y (iii) que para ello haya un interés estatal diferente al de los fines de la función pública. Sobre este último aspecto adujo que lo reprochado es que el servidor público exteriorice un interés con desconocimiento de su deber de imparcialidad con la gestión contractual, por ello debe acreditarse por qué ese interés es indebido y cuáles fueron las actuaciones que revelaron ese propósito. Asimismo, adujo que el provecho que contempla el tipo penal no es económico, pero además es un delito de mera conducta que sanciona al servidor público que interviene en la operación contractual y sobrepone sus intereses al de la comunidad. En ese orden de ideas, advirtió que aun cuando el contrato estatal se hubiese ejecutado a cabalidad, se haya seleccionado al contratista idóneo e incluso hubiese beneficiado a la entidad, lo que se censura es el interés particular e indebido por parte del servidor público.

Desde esa óptica descendió al caso en concreto, anunciando que la agencia fiscal demostró la condición de servidor público del procesado, pues éste fungía para la época de los hechos como alcalde de Bucaramanga y miembro de la junta directiva de la



EMAB; igualmente acreditó la operación contractual, esto es, probó la existencia del contrato 096 de 2016; también evidenció que el acusado intervino en dicha actuación, pues como alcalde, debía solucionar la problemática de la disposición final de residuos sólidos en la ciudad y de ello dieron cuenta los testigos José Manuel Barrera Arias, Lia Patricia Carrillo García y Osvaldo Cajias Lizcano, quienes adujeron que el tema de las basuras era prioritario en el gobierno del enjuiciado, siendo entonces este el interés debido que se le permitía a **Rodolfo Hernández Suárez**.

No obstante lo anterior, el procesado mostró el interés indebido en la reunión suscitada en su apartamento entre el 24 de junio y 28 de julio de 2016 -fecha inferida a partir del momento en que Barrera Arias fue designado gerente de la EMAB y la data en la que se suscribió el contrato de consultoría-, cuando ordenó a José Manuel Barrera Arias y a César Fontecha que lo seleccionaran como consultor, lo cual se acreditó con la declaración del primero, quien trajo a colación las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que **Rodolfo Hernández Suárez** le insistía por hallar de forma expedita el contratista, esto es, cuando observó la nota en la hoja de vida de Alarcón Ayala y cuando lo visitó en la sede de la EMAB y lo convocó a su residencia junto al precitado y al director jurídico de la entidad. Sobre este punto subrayó que dicho deponente advirtió al acusado que debía adelantarse el procedimiento de contratación a través de la invitación privada; empero éste le indicó que considerara que Alarcón Ayala era el más idóneo; y por otro lado subrayó que, lo dicho por **Rodolfo Hernández Suárez** se trataba de una orden y que, de no haberla cumplido le hubieran terminado el contrato, pues no hacía menos de 15 días lo habían contratado, por lo que ir en contra de dicho mandato significaba ir en contravía de los pensamientos del presidente de la junta directiva.

Igualmente, otros indicios para probar el interés indebido fueron los aducidos por Katherine Diaz Tanco, quien fungió como supervisora del contrato 096 de 2016 y relató que recibió varias llamadas del gerente de la EMAB y del procesado en aras de realizar el pago de las actividades del contrato, cuando no era normal que el alcalde directamente hiciera ello, pero además, lo hizo únicamente, con esta cuenta. Por su parte, Florentino Rodríguez anunció la celeridad con la que se suscitó el proceso precontractual que terminó con la escogencia de Alarcón Ayala, así como que, cuando revisó las propuestas presentadas, solo éste cumplía con los requisitos exigidos por la entidad. Asimismo, se acreditó que a dicho trámite se allegaron propuestas falsas, conforme así lo indicaron los testigos Arturo Vargas Ayala y Álvaro Gutiérrez. Así las cosas, todo ello verifica que se manipuló el proceso precontractual, que hace más probable la realización de la reunión en la cual el acusado ordenó contratar a Jorge Hernán Alarcón Ayala.

Seguidamente aseveró que, el testimonio de José Manuel Barrera Arias es creíble, dado que fue corroborado por la prueba documental atinente a las cadenas de correos electrónicos que se suscitaron desde el 24 de junio de 2016 entre el contratista que terminó seleccionándose el 28 de julio de esa anualidad, varios funcionarios de la EMAB, así como el hijo del acusado, Luis Carlos Hernández Oliveros y la secretaria del despacho del entonces alcalde **Rodolfo Hernández Suárez**. Refirió que ello es importante, ya que el primer correo electrónico muestra que la propuesta que remitió en ese momento Jorge Hernán Alarcón Ayala fue la misma que se presentó en el proceso precontractual que terminó en la suscripción del contrato 096 de 2016. Asimismo, subrayó que la precitada comunicación se dio por medio de los correos institucionales pertenecientes a la constructora HG y la alcaldía de Bucaramanga, los cuales no son de dominio público y, sumado a ello, resaltó que en el contenido de uno de estos correos, la secretaria de despacho reenvió el mensaje aduciendo que lo hacía por



instrucciones del procesado, lo que hace más probable el interés indebido de éste en la contratación de Alarcón Ayala.

Advirtió que es poco probable que la cadena de correos electrónicos sea falsa, pues ella data del 2016 y ello supondría que desde esa época el testigo José Manuel Barrera Arias, precaviendo los problemas legales que tendría, adelantó una serie de actividades tendientes a la creación de correos institucionales falsos en la Constructora HG y en la Alcaldía de Bucaramanga, con la dificultad que ello implicaría, por lo cual esta hipótesis no resulta plausible. Sumado a ello, tampoco resulta loable que, quien debía estar agradecido con **Rodolfo Hernández Suárez**, por su designación en la gerencia de la EMAB, desde esa época, estuviera elaborando pruebas falsas para incriminarlo en un futuro.

De igual manera, la expresión que usó **Rodolfo Hernández Suárez** en la reunión que se suscitó en su apartamento, no era jocosa, sino una orden, pues aunque la defensa, por medio de la testigo Lia Patricia Carrillo manifestó que, por la forma de hablar del procesado, sus manifestaciones podían confundirse con un mandato, lo cierto es que, por el contexto en el que suscitó ello: una reunión en la residencia del alcalde junto al jurídico y el gerente de la entidad y el contratista, así como los correos electrónicos que se dieron con posterioridad, desde los correos institucionales señalados, no permiten suponer que se trató de un simple comentario.

Por otro lado, aseveró que la fiscalía intentó acreditar que el interés de redireccionar el contrato de consultoría con Jorge Hernán Alarcón Ayala se explicaba en el negocio jurídico que, en el futuro se efectuaría con *Vitalogic*; sin embargo, este tema fue abordado únicamente por Luis Andelfo Trujillo Rodríguez, quien es un testigo de referencia, frente a las reuniones y convenios que se adelantaron a este tenor, pues no estuvo presente en su desarrollo, por lo cual esta situación no se acreditó; empero, ello no elimina el interés indebido en el caso de **Rodolfo Hernández Suárez** en el contrato No. 096 de 2.016, conforme se ha explicado.

Finalmente, sobre las falencias probatorias aducidas por el procesado, indicó que, la ausencia de videos o minutas que dieran cuenta de la presencia de Jorge Hernán Alarcón Ayala, José Manuel Barrera Arias y de César Fontecha en su residencia, no desvirtúan las pruebas allegadas por la fiscalía que demostraron su responsabilidad penal. Igualmente, la defensa anunció que para la época de los hechos el alcalde o la Junta Directiva de la EMAB no podían retirar al gerente de la entidad, no obstante, ello se desvirtúa con que el antecesor de Barrera Arias fue despedido sin mayor dificultad. Terminó advirtiendo que, solicita la condena de **Rodolfo Hernández Suárez** como autor, sin que ello afecte el principio de congruencia, ya que en el decurso del juicio se verificó que el precitado ordenó a José Manuel Barrera Arias que seleccionara a Jorge Hernán Alarcón Ayala más no hizo nacer dicha idea en él.

5. Defensa: Solicitó sentencia absolutoria a favor de su prohijado, atendiendo a que la agencia fiscal no probó la reunión adelantada en su residencia, en la que supuestamente, dio la orden a José Manuel Barrera Arias y a César Fontecha de seleccionar como contratista consultor a Jorge Hernán Alarcón Ayala, dado que la misma no existió. Desde esta perspectiva aseveró que, contrario a lo manifestado por las partes e intervinientes, arguyendo el concepto de carga dinámica de la prueba, no podían exigir al extremo defensivo, que allegara prueba sobre la inocencia del acusado.

Por otro lado, anunció que la acusación fue anfibológica, ya que, durante todo el diligenciamiento la agencia fiscal anunció hechos que vinculaban a **Rodolfo**



Hernández Suárez como autor, pero decidió enrostrarle una calificación jurídica a título de determinador, quien no tiene dominio funcional del hecho.

A continuación, manifestó que, en materia probatoria, el núcleo central para acreditar el interés indebido de **Rodolfo Hernández Suárez** en la celebración del contrato 096 de 2016 fue la declaración de José Manuel Barrera Arias, quien suscribió principio de oportunidad con la agencia fiscal. En ese orden de ideas afirmó que, en casos como el *sub examine* se exige al juzgador realizar un análisis profundo de la prueba dado que el testigo tiene un interés en las resultas del diligenciamiento.

Sobre los correos electrónicos solicitó que se revisara la línea de tiempo y su secuencia, pues en la declaración de José Manuel Barrera Arias, éste indicó que la reunión realizada en el Edificio Premier se suscitó a finales de junio y principio de julio de 2016; no obstante, la elección de Barrera Arias como gerente de la EMAB se dio el 21 de junio de ese año a las 04:30 p.m. y, entre el 22 y 23 siguiente ya estaba requiriendo a Jorge Hernán Alarcón Ayala para que le presentara la cotización, de acuerdo a lo escuchado en el minuto 32 de su declaración, lo cual se concretó el 24 de junio, conforme el correo allegado al diligenciamiento, el cual fue remitido de Alarcón Ayala a Carlos Gutiérrez y éste a Luis Carlos Hernández, quienes no fueron presentados como testigos.

En ese mismo sentido refirió que ese correo fue remitido a Matilde Rueda, secretaria de despacho del alcalde, aquella luego lo envió a Barrera Arias, aduciendo que lo hacía por instrucciones del Ing. Rodolfo; empero, reprochó que esta persona tampoco fue llamada a juicio y, además, sus expresiones no son suficientes para acreditar que el acusado conocía del contenido de dicha comunicación. Seguidamente indicó que, de acuerdo a la atestación de Barrera Arias, la reunión en el Edificio Premier se suscitó luego de que fue designado gerente y con posterioridad a la visita que le hizo **Hernández Suárez** a la EMAB, por lo cual esta solo pudo tener ocurrencia entre el 22 y 23 de junio de 2016, lo cual no resulta ser creíble a la luz de la lógica y la sana crítica.

Igualmente, echó de menos las pruebas que debió allegar la fiscalía para acreditar la reunión suscitada entre José Manuel Barrera Arias, Jorge Hernán Alarcón Ayala, César Fontecha y el acusado, tales como los registros de las cámaras de seguridad contiguas al Edificio Premier, del testimonio del celador de dicho conjunto, entre otras; asimismo, refirió que tampoco se allegó la nota que reposaba en la hoja de vida del contratista Alarcón Ayala que, presuntamente fue escrita por Hernández Suárez; en ese mismo sentido advirtió que la declaración de Luis Andelfo Trujillo es prueba de referencia, dado que no concurrió a las reuniones a las que asistió **Rodolfo Hernández Suárez**, por lo que dicha información no debe valorarse, ya que no se incorporó al diligenciamiento de acuerdo a las formas propias de este medio de conocimiento; igualmente censuró que la fiscalía no hubiese convocado a rendir declaración a César Fontecha o a Jorge Hernán Alarcón Ayala y que se hubiese tergiversado la declaración de Katherine Díaz Tanco, pues ella no fue obligada a cancelarle al contratista, así como la atestación de Florentino Rodríguez quien fue claro en señalar que Hernández Suárez respondía pero por el proceso de contratación de consultoría, más no por el contratista.

En consecuencia, afirmó que, en el caso en concreto se edifica la duda sobre la existencia de la reunión en el Edificio Premier, en razón a la insuficiencia de las pruebas aportadas por la fiscalía.

6. Rodolfo Hernández Suárez: Manifestó que lo indebido era no tener interés por resolver la problemática de basuras que presentaba Bucaramanga, en la fecha de los hechos, pues incluso ello, era su deber constitucional. Así entonces explicó que su



voluntad se dirigió a contratar una tecnología que pusiera fin a dichos inconvenientes sin incrementar las tarifas por la prestación de este servicio, por lo que incluso viajó al norte de Europa y allí se percató que la basura era transformada en energía eléctrica. Seguidamente, adujo que al terminar su mandato, entregó la ciudad sin déficit fiscal; que ha tenido que enfrentar alrededor de 300 procesos disciplinarios, fiscales y administrativos; hizo alusión a que durante su gobierno optimizó los recursos públicos; que donó su salario, entre otros; y negó la existencia de la reunión en el Edificio Premier, pero aceptó que aceleró el procedimiento precontractual aquí tratado para que se resolviera el inconveniente de las basuras, pues precisamente, tenía interés en que ello se solucionara.

Finalizó señalando que José Manuel Barrera Arias no dio una fecha exacta de la reunión suscitada en el Edificio Premier, ya que sabía que no podría acreditar tal tópico y expresó su desilusión al haberlo referenciado en el cargo de gerente de la EMAB, pues adelantó comportamientos que no correspondían a sus instrucciones. Igualmente, refirió que Luis Andelfo Trujillo aseveró que conoció a Alarcón Ayala el 30 de junio de 2015, pero el 24 de junio anterior Barrera Arias ya le había pedido la propuesta; también negó conocer a Jorge Hernán Alarcón Ayala antes de que fuera seleccionado como contratista y terminó aduciendo que no está obligado a probar lo imposible.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia, vigencia de la acción penal y validez de la actuación

Este Despacho ostenta competencia residual para proferir sentencia, pues conforme el artículo 36 numeral 2° de la Ley 906 de 2004, el delito por el cual se formuló acusación no tiene asignación especial. También se advierte, que no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción de la acción penal, ni tampoco se observa vicio de estructura que impida adoptar una decisión de fondo.

2. Marco conceptual

Antes de adelantar lo atinente a la valoración probatoria, se traerán a colación algunos conceptos que fueron anunciados por las partes e intervinientes en sus alegatos de conclusión, los cuales, posteriormente, servirán de insumo para estructurar los argumentos de esta providencia.

2.1. Sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos

La Corte Suprema de Justicia, en su sala penal, ha precisado que el tipo objetivo de la conducta contenida en el art. 409 del C.P., exige la demostración de los siguientes elementos: (i) un **sujeto calificado** que interviene en los hechos en **calidad de servidor público**; (ii) una **operación contractual** a nombre de cualquier **entidad estatal**; y (iii) **un interés particular** del agente estatal diferente al de los fines de la función pública². Respecto de este último requisito la Corte Constitucional advirtió que, por tal debe entenderse la actuación del servidor público, dirigido a lograr determinado resultado que lo beneficie a él o un tercero. Igualmente, el objeto de reproche se fundamenta en las manifestaciones externas del sujeto calificado de la conducta, que se traducen en el abandono de sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual³.

² CSJ SP, 16 mayo 2007, rad. 23915 reiterada en SP4134-2016, rad. 42001.

³ CC, Sentencia C-128-03.



Igualmente, se ha hecho hincapié en la exigencia de que, al circunstanciar lo relacionado al punible de interés indebido en la celebración de contratos se advierta, en qué sentido el funcionario público se **interesó** en el contrato en que intervino -en razón a su cargo o de sus funciones-, así como la forma en que esa inclinación se **exteriorizó** al mundo real. De esta manera se logra su diferenciación fáctica con el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

2.2. La naturaleza jurídica de la Empresa de Aseo de Bucaramanga -EMAB S.A. E.S.P.- y el régimen contractual aplicable

De acuerdo a la estipulación No. 18, las partes dieron por probado que la Empresa de Aseo de Bucaramanga -EMAB S.A. E.S.P.- se trata de una empresa prestadora de servicios públicos -específicamente el servicio de aseo-, por lo que, de conformidad al art. 17 de la Ley 142 de 1994, a través de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, se trata de una sociedad anónima por acciones de carácter mixta, que según lo señalado en el art. 19, específicamente, en su numeral 19.15, se rige por las reglas dispuestas en el Código de Comercio.

Por su parte, el art. 461 del C.co. refiere que, las empresas de economía mixta son las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado, **las cuales se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.**

También es pertinente explicar lo atinente al concepto de descentralización por servicios, que implica el otorgamiento de competencias o funciones a entidades públicas no territoriales y diferentes del Estado, que se crean para ejercer una actividad especializada en forma autónoma. Es de precisar que, incluso antes de la Constitución Política de 1991, ya se incluía dentro de tales entidades a las sociedades de economía mixta; concepción que permaneció en la nueva carta y que el legislador reguló en ella, dándole potestad al congreso, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales para la creación de tales entidades, de conformidad a lo contenido en el numeral séptimo del art. 150 y numeral 6 del art. 313 de la misma disposición. Asimismo, dichos preceptos fueron reafirmados en la Ley 489 de 1998, que en su art. 38, numeral segundo, literal f, incluyó a las sociedades de economía mixtas como entidades del sector descentralizado por servicios, integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público⁴.

Ahora bien, en lo que respecta al régimen de contratación, el art. 32 de la Ley 142 de 1994, atinente al régimen de actos y contratos de dichas empresas de servicios públicos señala que, salvo que la C.P. o la ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos que efectúen, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas y, en lo no dispuesto en esta Ley, **se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado**, incluso, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

En consideración a lo expuesto, se concluye que, por regla general, la Empresa de Aseo de Bucaramanga -EMAB S.A. E.S.P.- se rige por las normas de derecho privado; sin embargo, en los casos en los que haya una causal taxativa de remisión a la Ley 80 de 1993, es obligatoria su aplicación. Así también, el régimen contractual aplicable para

⁴ CC, Sentencia C-736 de 2.007.



la citada empresa, además de lo establecido en el C.C., C.co y de la voluntad de las partes, es lo contenido en el manual de contratación⁵ de la entidad.

Frente a este último documento, es importante resaltar, que dentro de sus consideraciones se enuncia que, dado que la Empresa de Aseo de Bucaramanga - EMAB S.A. E.S.P.- cuenta con un régimen contractual excepcional al estatuto general de la contratación de la administración pública – Ley 80 de 1993 -, su actividad contractual se regirá de acuerdo a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, esto es, lo contenido en los arts. 209 y 267 de la C.P., así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos para la contratación estatal.

En igual sentido, el art. 20 del mismo manual, señala los principios que rigen las actuaciones de la Empresa de Aseo de Bucaramanga -EMAB S.A. E.S.P.-, haciendo alusión a los de la contratación estatal, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa –art. 209 de la C.P.-⁶, para luego hacer alusión y explicar lo pertinente a los principios de transparencia –art. 21 del MdC-; de economía –art. 22 del MdC-; al de responsabilidad –art. 23 del MdC-; y de selección objetiva – art. 27 del MdC-; para finalmente traer a colación la estructura de los procedimientos de selección del oferente, entre los cuales se encuentra, por regla general: la invitación directa y, por excepción: la invitación pública cuando la cuantía supere los 2.000 SMMLV; mientras que para seleccionar al contratista, se establecieron las de: (1) contratación directa: entre las que se incluye la: (1.1) privada de una oferta y, (1.2) con solicitud privada de varias ofertas; y (2) por invitación pública –art. 30 del MdC y ss.-.

Véase entonces, que en la normativa interna de contratación de la Empresa de Aseo de Bucaramanga - EMAB S.A. E.S.P.- se acompasa y remite a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, pues hace alusión a los “principios de contratación estatal”, desarrolla algunos de ellos, pero también, hace relación a los atinentes a la función administrativa, dispuestos en los arts. 209 y 267 de la C.P.

2.3. Carga dinámica de la prueba y su concepción en materia procesal penal en Colombia

Para empezar, es preciso advertir que, el concepto de carga dinámica de la prueba, ha sido objeto de discusión jurídica por la redacción prevista en el inciso segundo del art. 167 del C.G.P. que indica:

“ARTÍCULO 167 Carga de la prueba: (...)

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares (...)”

⁵ En adelante, para referirse a al manual de contratación de la entidad se utilizará la abreviatura: MdC.

⁶ C.P. artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.



Dicha regla, se trata de una imposición del juez a la parte que, por alguna de las circunstancias anunciadas, se encuentra en una situación más favorable para aportar la prueba.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Civil, se refirió a lo consignado en la normativa ya prevista como la imposición de deberes que hace el juez a alguna de las partes de allegar una prueba, por encontrarse en una mejor condición para ello, señalándose que:

*“Hoy se viene criticando, tanto desde el punto de vista de la teoría jurídica, que se hable de la existencia de una carga de la prueba en cabeza de una de las partes y de la misma forma que se pretenda trasladar esa carga a quien no busca obtener los efectos de la decisión que reclama tal demostración, **para sostener que lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar**, lo cual calificará el juez en su momento.”⁷
(Negrillas nuestras)*

Véase entonces que la actual postura sobre este concepto, es de concebirlo como un mandato destinado a la aportación de una prueba, dado que la misma se halla en poder de una parte de la *litis*, que está en mejor posición para aportarla al diligenciamiento, mas no se trata de una carga dinámica, como acertadamente lo sostiene la providencia en cita.

Ahora bien, en materia penal, dicha corporación en su sala de Casación Penal, ha sostenido:

“La carga de la prueba implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor, de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes en caso de que en el trámite se extraña la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia.”⁸

Nótese que, en este caso se confunden los conceptos de carga de la prueba y carga dinámica de la prueba, pues debido a los principios que rigen el procedimiento en materia penal, de cara a la protección de los derechos humanos⁹, especialmente, el de la presunción de inocencia y del consecuente deber de la fiscalía de probar su pretensión de responsabilidad –art. 7 del C.P.P.–, en la que incluso se le otorgan poderes legales para obtener pruebas y presentarlas en juicio, considera este despacho –a tono con lo reflexionado por la sala civil de la Corte Suprema de Justicia- que no es dable

⁷ CSJ, Sala de Casación Civil, SC21828-2017.

⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, SP, 25 mayo 2011, rad. 33660; AP1558-2015, rad. 45310; AP2019-2023, rad. 57562.

⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.



hablar de carga dinámica de la prueba, sino de cargas probatorias de las partes, de cara de la acreditación de las hipótesis presentadas por ellas.

Lo anterior, se reitera, ya que la regla procesal dispone que será la Fiscalía la encargada de aportar la prueba sobre la responsabilidad y que, en ningún caso, ello podrá invertirse, por lo que el mismo legislador le otorga mecanismos al ente acusador para recaudar y presentar pruebas, sin importar quien las detente o quien esté en mejor posición para aportarlas, dado que, en este último caso, al acusado también le asiste el derecho de no autoincriminación.

Así las cosas, lo entendible en materia penal, es que las partes –Fiscalía y defensa– desplieguen su actividad probatoria, de cara a la comprobación de su hipótesis, por lo que es innegable que el ente acusador deberá allegar los medios de conocimiento para acreditar cada uno de los elementos dogmáticos del delito enrostrado, mientras que la defensa podrá optar por ejercer una labor activa o pasiva, de acuerdo al caso en concreto. En ese sentido, se precisa que no puede generarse una presunción *contra homine* porque la defensa no aporte medios de prueba para contrarrestar la hipótesis de la fiscalía, pues la única presunción que cobija al acusado es la de su inocencia.

Al respecto, la doctrina ha considerado que: *“Como quiera que la jurisprudencia introdujo la CDP al proceso penal y le impuso cargas probatorias a la defensa, debía quedar claro que la finalidad que esta debía alentar con las pruebas que descubría, solicitaba y ofrecía no era acreditar un estándar probatorio inexistente para cotejar el fruto del trabajo probatorio de esa parte, sino otro que tiene como punto de referencia un estándar sí impuesto a la fiscalía: generar en el juzgador una duda razonable que impidiera la prosperidad de la pretensión de condena alentada por el Estado.”*¹⁰

En consecuencia, si bien se ha suscitado discusión sobre el concepto de la carga dinámica de la prueba de acuerdo al contenido del inciso segundo del art. 167 del C.G.P. e incluso dicho término lo ha utilizado la propia sala penal de la Corte Suprema de Justicia y como ello requiere que el juez disponga o decida –mediante providencia– quién debe probar determinado hecho, sin que ello sea posible en materia penal por la naturaleza dispositiva del debido proceso probatorio dialéctico que impide al juez tomar partida en ello –incluso vedándosele la posibilidad de decretar prueba de oficio–, este despacho seguirá la postura entendida por la Sala de Casación Civil del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, que entiende que realmente se trata de la imposición de deberes de aportación de prueba, a lo que, agregamos, en virtud del art. 7 del C.P.P., que la Fiscalía General de la Nación deberá comprobar su hipótesis acusatoria, mientras que la defensa podrá optar por la pasividad o por acreditar una proposición que sobrevenga a la del ente acusador y sea compatible con la inocencia. De ahí entonces que a la agencia fiscal se le exija la carga de probar la materialidad y responsabilidad penal del acusado, pero la defensa no debe demostrar la inocencia, beneficiándose el procesado de la duda razonable en caso de que la hipótesis de la fiscalía no quede acreditada bajo el estándar exigido en el art. 372 y 381 del C.P.P.

2.4. Los delitos de infracción de deber

Son todos aquellos delitos en los cuales el autor no tiene el dominio de un suceso en el plano material, sino que se vincula a este por su desconocimiento a los deberes a los

¹⁰ Urbano Martínez, José Joaquín, “¿Dudar y Condenar? El Impacto de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Estructura del Sistema Acusatorio Colombiano”. Tesis doctoral, Universidad Externado De Colombia, Bogotá, Colombia. 2019, p. 315.



que estaba ligado a observar. De ahí entonces que, en el plano normativo, se espere un determinado comportamiento -expectativa-, por quien desempeña determinado rol, con independencia de la persona y de su individualidad¹¹.

Desde esta perspectiva, se instituyen las llamadas instituciones positivas, a las que una persona se halla vinculada y, respecto de las cuales se espera de él determinadas prestaciones, que en el derecho penal funcionalista se conocen como expectativas normativas que, en caso de ser defraudadas son objeto de estabilización a través de la imposición de una pena¹².

Recapitulando, el fundamento de la sanción en los delitos de infracción de deber reside en la defraudación de expectativas derivadas de competencias institucionales, esto es, de la trasgresión de un rol institucional que una persona ocupe en la sociedad y especialmente, de deberes que le son atribuidos normativamente¹³.

Así las cosas, el autor del delito de infracción de deber, solo puede ser quien detente el rol institucional y quebrante los deberes que normativamente se le han asignado¹⁴ y, *a contrario sensu* quien contribuya a la defraudación de esas obligaciones, pero no ocupe el rol, solo podrá encasillarse como partícipe -determinador o cómplice-. Bajo esta línea de pensamiento, la jurisprudencia¹⁵ ha considerado que, solo quien tiene el deber que se le impone al sujeto activo del delito especial puede ser autor, lo que implica que la teoría de infracción es la que mejor rendimiento dogmático aporta a los atentados contra la administración pública, ya que en estos casos no se requiere tratar lo atinente al dominio funcional del hecho -como en los de punibles comunes- sino que la infracción se aborda desde los deberes exigidos al individuo, de acuerdo a su rol en una determinada institución.

2.5. El mensaje de datos como prueba

De conformidad al art. 5 de la Ley 527 de 1999, el mensaje de datos se define como: “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.” Asimismo, de acuerdo a lo previsto al art. 10 *ibidem*, dicha información será admisible como prueba, de conformidad a lo dispuesto en las normas legales pertinentes, específicamente, al 247 del C.G.P. y 216 del C.P.A.C.A.

En ese orden de ideas, se ha presentado divergencias sobre la forma en que deben recolectarse debidamente los mensajes de datos, su custodia y su autenticación, por lo que fue la jurisprudencia¹⁶, quien determinó el método para establecer la fuerza probatoria de estos medios de prueba en un proceso:

Tipo de verificación	Tipo de verificación	Definición
Confiabilidad	Integralidad	El texto del documento transmitido vía electrónica sea

¹¹ Arias Lozano, Carlos Daniel. “Los delitos de infracción de deber. Incidencia en la autoría y participación. Propuesta para el examen de delitos especiales” primera edición, Leyer Editores, Bogotá, 2022, pág. 64 y 65.

¹² *Ibidem*, p. 104

¹³ *Ibidem*, p. 109

¹⁴ *Ibidem*, p. 110

¹⁵ SP del 17 de septiembre de 2008; C.C., Sentencia C-015 de 2018, MP Cristina Pardo Schlesinger; C.S.J., SP del 17 de septiembre de 2008 y C.S.J., SP2536-2022, rad. 61110.

¹⁶ CSJ, Sala de Casación Civil, rad. 11001 3110 005 2004 01074 01, MP. Pedro Octavio Munar Cadena.



		recibido íntegramente por el destinatario, lo cual se puede verificar a través de la trazabilidad del prestador del servicio de e-mail.
	Inalterabilidad	El documento generado por primera vez en su forma definitiva, no pueda ser modificado
	Rastreabilidad	Posibilidad de acudir a la fuente original de creación para verificar su originalidad u autenticidad
	Recuperabilidad	El mensaje de datos debe permanecer accesible para futuras consultas.
	Conservación	Prevención de su pérdida
Autenticidad	Mecanismos tecnológicos que permiten identificar su autor y asociarlo a su contenido.	

Asimismo, el art. 11 de la Ley 527 de 1999, señala que para valorar la fuerza probatoria de los mensajes de datos, se debe acudir a las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas, pero también se tendrá en cuenta la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la manera en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Ahora, específicamente, sobre correos electrónicos, el alto tribunal de cierre de la justicia ordinaria, en su Sala de Casación Penal¹⁷, los concibió como una prueba documental que: (i) puede contener declaraciones, caso en el cual su incorporación al diligenciamiento se regirá bajo las reglas de la prueba testimonial; y (ii) puede ser tema de prueba -interesa su contenido- o cuando son medio de prueba -es relevante el documento en su materialidad-. Desde esta última óptica, la persona encargada de su integración a juicio debe explicar la forma en que se obtuvo la prueba, quién la suscribió, si es original o copia y podrá hacer alusión, únicamente, a datos generales de su contenido, pues no fue testigo de su elaboración y tampoco es perito, ya que no la analizará.

2.6. Variación de calificación jurídica

Respecto este asunto, el alto Tribunal de la justicia ordinaria, en su Sala de Casación Penal, en su línea jurisprudencial, ha planteado tres tesis sobre la admisibilidad de la variación de la calificación jurídica y la procedencia de la sentencia condenatoria, siempre y cuando se salvaguarde el supuesto fáctico. Así entonces la primera de ellas, señala que el administrador de justicia, solo podrá condenar por los delitos dispuestos en la acusación, en los casos en que se solicite condena¹⁸; la segunda en la cual se faculta al juez para condenar por un delito distinto al señalado en la acusación, siempre y cuando medie solicitud expresa del ente acusador, cuyo cambio típico se oriente a un injusto penal del mismo género y más benévolo y no se afecten prerrogativas de los

¹⁷ C.S.J, AP2818-2024, rad. 65305.

¹⁸ CSJ, sentencia del 8 de octubre de 2.008, Rad. 29338, sentencia del 27 de octubre de 2.008, Rad. 26099 y sentencia del 4 de febrero de 2.009, Rad. 30043, entre otras.



intervinientes¹⁹; finalmente, la tercera postura y la actual, señala que el togado, tiene la potestad de condenar por un delito diferente al acusado, sin que medie solicitud del ente acusador y no se agrave la situación al encartado o se afecten garantías de los intervinientes²⁰.

3. Comprobación de la existencia del hecho y responsabilidad penal

Los artículos 7, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, exigen para proferir sentencia condenatoria, el convencimiento más allá de duda sobre la materialidad de la conducta y responsabilidad penal del acusado. Así mismo, dicho nivel de conocimiento debe derivarse de las pruebas debatidas en juicio.

El principio de *in dubio pro reo*, contenido principalmente en el artículo 7 de la norma adjetiva penal, tiene su fundamento constitucional en la presunción de inocencia establecida en el artículo 29 de nuestra Constitución Política. Sobre este punto es necesario indicar, que la absolución por duda puede darse en dos escenarios a saber²¹:

- Cuando el ente investigador, por ostentar la carga de la prueba, no acredita su teoría del caso.
- Cuando exista una tesis alternativa derivada razonablemente de la valoración de la prueba practicada en el juicio o presentada por el extremo defensivo, siempre y cuando sea plausible, sobreviva a la de cargo y sea compatible con la inocencia.

Ahora bien, recordemos que la conducta por la que fue acusado **Rodolfo Hernández Suárez**, fue la siguiente:

“ARTÍCULO 409. INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”

En consonancia con lo expuesto, sobre el análisis y valoración de los medios de conocimiento, el despacho abordará los siguientes tópicos: (i) traerá a colación los medios de prueba recaudados; y (ii) anunciará las hipótesis esbozadas por las partes y realizará el análisis probatorio de cara al estudio dogmático del punible enrostrado a **Rodolfo Hernández Suárez**. Durante el desarrollo del segundo ítem, se irá resolviendo las controversias planteadas por los sujetos procesales en sus alegatos de conclusión.

¹⁹ CSJ, Auto del 21 de marzo de 2.012, Rad. 38256, sentencia del 18 de abril de 2.012, Rad. 38020 y sentencia de la misma fecha, Rad. 37337, entre otras.

²⁰ CSJ, sentencia del 22 de enero de 2.020, Rad. 55595, auto del 22 de enero de 2.020, Rad. 54354, sentencia de 19 de febrero 2.020, Rad. 55368, sentencia de 4 de mayo 2.022, Rad. 52099, entre otras.

²¹ CSJ, SP4787-2020, Rad. 54147 reiterada en CSJ, SP005-2023, rad. 62158.



4. Análisis y valoración de los medios de conocimiento

4.1. Los medios de prueba recaudados

En primer lugar, las partes dieron por probado, a través de estipulaciones probatorias, que:

- 1. Rodolfo Hernández Suárez** se identifica con la cédula de ciudadanía No. 5.561.779 expedida en Bucaramanga (Santander), nacido el 26 de marzo de 1945 en Piedecuesta (Santander), hijo de Luis Jesús Hernández y de Cecilia Suárez.
- 2. Rodolfo Hernández Suárez** fungió como alcalde de Bucaramanga y miembro de la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.- en el periodo comprendido entre el 2016 a 2019.
- 3.** El Manual de Contratación de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.- contenido en la Resolución No. 242 de 25 de marzo de 2014, es auténtico.
- 4.** El Manual de Funciones de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.-, contenido en el Manual de Funciones No. 046 de 16 de diciembre de 2021, es auténtico.
- 5. Rodolfo Hernández Suárez** en calidad de alcalde de Bucaramanga, formó parte de la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.- en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 a octubre de 2019.
- 6.** La naturaleza jurídica de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.-, como empresa prestadora de servicios públicos, sociedad anónima por acciones, de carácter mixta y, sus órganos son la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y el representante legal; así mismo la Asamblea General de Accionistas elige por periodos anuales a los directores que conforman la junta directiva de la sociedad, quienes a su vez eligen a sus dignatarios por libre nombramiento y remoción.
- 7.** Existe pliego de cargos formulado por la Procuraduría Segunda Delegada para la contratación estatal en contra de **Rodolfo Hernández Suárez**, en su condición de alcalde de Bucaramanga y presidente de la Junta Directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.-, el cual se identifica con el radicado IUS E2017-1054517/IUC-D-2017-920949 de 6 de agosto de 2019, así como también en contra de José Manuel Barrera Arias, en calidad de Gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.- bajo el radicado IUC D-2019-1376469 de 25 de octubre de 2021, los cuales se formularon a raíz de la celebración del contrato de consultoría No. 096 del 28 de julio de 2016.
- 8.** Para la fecha del contrato de consultoría No. 096 de 28 de julio de 2016, el funcionamiento de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.-, la designación de sus componentes, órganos de dirección y miembros, así como el régimen legal aplicable, se regía de acuerdo a lo consignado en la escritura pública No. 1271 de 16 de junio de 2016, de la Notaría Novena del Círculo de Bucaramanga.



9. A partir de agosto de 2017, la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.-, además de la prestación y regulación del servicio domiciliario de aseo, también incluyó dentro de su objeto social la producción y comercialización de compostaje.
10. José Manuel Barrera Arias durante el segundo semestre del 2016, fungió como Gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.-.
11. Jorge Hernán Alarcón Ayala se identifica con la cédula de ciudadanía No. 3.222.722 expedida en Ubaté (Cundinamarca).

Luego se escuchó a Oscar Javier Gutiérrez Bernal, funcionario del Cuerpo Técnico de Investigación C.T.I de la Fiscalía General de la Nación, quien manifestó que realizó múltiples actividades investigativas, en función de las cuales tuvo acceso al expediente del contrato de consultoría No. 096 de 2016 suscrito entre la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.- y el contratista Hernán Alarcón Ayala. En consecuencia, a través suyo, el delegado fiscal incorporó al diligenciamiento un total de 49 pruebas documentales, a través de las cuales se acreditó el trámite precontractual que terminó con la suscripción del referido contrato entre las partes ya mencionadas.

Seguidamente, concurrió a juicio José Manuel Barrera Arias, quien relató que el 21 de junio de 2016, fue nombrado en el cargo de gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P. -; posteriormente, advirtió que, el entonces alcalde **Rodolfo Hernández Suárez**, insistentemente, lo indagaba sobre su gestión respecto del proyecto para el tratamiento de residuos sólidos, por lo que procedió a revisar la nómina de la empresa, encontrando que no existía recurso humano idóneo y técnico para desarrollar el análisis requerido, por lo que a continuación examinó las propuestas externas presentadas sobre dicho tópico, hallando varias, entre las cuales, una le llamó la atención, esto es, la de Jorge Hernán Alarcón Ayala, que en su parte superior tenía una anotación que, considera, realizó el acusado con su puño y letra, que decía: *“Para Abigail y José Manuel: 66 años”*; siendo Abigail, la funcionaria que fungía como gerente antes que él²².

Explicó que, procedió a escoger algunas de estas propuestas, entre ellas la de Alarcón Ayala y, a continuación, se contactó con los proponentes para efectuar una especie de “estudio de mercados” a fin de establecer el valor de la consultoría y, finalmente, elaboró un informe, el cual presentó al enjuiciado. Seguidamente, recordó que, una tarde cuando se encontraba en la sede de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P. – ubicada en la Dirección de Tránsito, Hernández Suárez le manifestó: *“yo quiero que conversemos con el señor Jorge Alarcón”*, por lo que se programó una reunión en el apartamento del procesado, para que asistiera este último, Barrera Arias y el director jurídico César Augusto Fontecha²³.

Así entonces, cuando concurrieron a la precitada reunión, que se adelantó en el apartamento de **Rodolfo Hernández Suárez**, ubicado en el quinto piso del Edificio Premier, de esta ciudad, este testigo presentó la hoja de vida de Jorge Hernán Alarcón Ayala y se la entregó al procesado, y a continuación, este último refirió que Alarcón Ayala era una persona de edad, con suficiente experiencia y, por tanto, era la persona indicada para desarrollar la consultoría, por lo que les ordenó –a él y a César Fontecha-

²² Audiencia de juicio oral de 27 de julio de 2023, audio 1, a partir del minuto 10:47

²³ *Ibidem*, a partir del minuto 13:33



que lo contrataran²⁴. A continuación, mencionó que, cuando volvieron a la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, Jorge Hernán Alarcón Ayala y César Fontecha se dirigieron a la oficina jurídica para lo pertinente²⁵.

Seguidamente, advirtió que durante el procedimiento precontractual, **Rodolfo Hernández Suárez**, quien fungía como su jefe directo²⁶, ya que, de conformidad a los estatutos sociales era el presidente de la junta directiva de la entidad, frecuentemente lo llamaba, reiterándole e insistiéndole sobre la rápida suscripción del contrato de consultoría²⁷; fue así entonces que, para el caso en concreto, de conformidad al manual de contratación de la entidad, se escogió la tipología de invitación privada de varias ofertas, por lo que le hicieron llegar una carta proveniente del área jurídica, en el que se invitaba a tres personas²⁸, la cual suscribió de buena fe²⁹; también mencionó que, César Fontecha le envió un correo electrónico a Jorge Hernán Alarcón Ayala, antes de que éste resultara escogido como contratista³⁰, el cual contenía los “términos” a fin de que los revisara³¹. Finalmente, adujo que Alarcón Ayala fue el contratista seleccionado en razón a que su propuesta era la más económica, también tenía la suficiencia técnica y **Rodolfo Hernández Suárez**, así lo había indicado³² y, explicó que, si se hubiera negado a cumplir con la directriz de su jefe directo, ello probablemente, hubiera acarreado su despido³³.

A continuación, se escuchó a Arturo Vargas Ayala, ingeniero civil, quien negó haber enviado propuesta a la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.– para contratar como consultor³⁴; señaló que, a partir de las pruebas realizadas por la Fiscalía, se estableció que la firma dispuesta en los documentos atinentes a la propuesta presentada a su nombre dentro del proceso contractual 096 de 2016, es espuria³⁵. Por otro lado, afirmó desconocer a José Manuel Barrera³⁶, en su condición de gerente de la precitada entidad, así como también a Rodolfo Hernández Suárez³⁷. Finalmente, indicó que conoce a Jorge Hernán Alarcón Ayala dado que fue su jefe en la empresa Tecnicontrol³⁸ y que, en razón a ello, seguramente, en algún momento de esa relación, le remitió su hoja de vida, aunque también aseveró que la misma es “pública”³⁹.

También concurrió a juicio Álvaro Gutiérrez Vega, ingeniero mecánico, quien negó haber presentado en el 2016, una propuesta para un contrato de consultoría, en la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–⁴⁰; sin embargo, fue requerido por la fiscalía para que diera cuenta de los documentos presentados a su nombre dentro del trámite precontractual, encontrando que su firma fue falsificada⁴¹.

²⁴ *Ibidem*, a partir del minuto 18:03

²⁵ *Ibidem*, a partir del minuto 23:53

²⁶ *Ibidem*, a partir del minuto 01:10:31

²⁷ *Ibidem*, a partir del minuto 29:41

²⁸ *Ibidem*, a partir del minuto 27:36

²⁹ *Ibidem*, a partir del minuto 50:33

³⁰ *Ibidem*, a partir del minuto 32:19

³¹ *Ibidem*, a partir del minuto 31:20

³² *Ibidem*, a partir del minuto 42:20

³³ *Ibidem*, a partir del minuto 01:30:50

³⁴ Audiencia de juicio oral de 27 de julio de 2.023, audio 2, a partir del minuto 03:03

³⁵ *Ibidem*, a partir del minuto 04:21

³⁶ *Ibidem*, a partir del minuto 05:26

³⁷ *Ibidem*, a partir del minuto 09:40

³⁸ *Ibidem*, a partir del minuto 05:49

³⁹ *Ibidem*, a partir del minuto 06:13

⁴⁰ *Ibidem*, a partir del minuto 15:48

⁴¹ *Ibidem*, a partir del minuto 18:52



Así mismo, se escuchó a Luis Andelfo Trujillo Rodríguez, quien relató que conoce a Luis Carlos Hernández, hijo de **Rodolfo Hernández Suárez**, desde hace aproximadamente 17 años y, cuando este último fue elegido alcalde de Bucaramanga, se puso en contacto con el primero, para indagarle sobre las necesidades de la ciudad, ante lo cual Luis Carlos le respondió que “*necesitaban de todo para la Alcaldía, pero no había plata, toca buscar plata afuera*”. Fue así que, en colaboración con Carlos Gutiérrez, quien trabajaba con contratación con el Estado, buscaron la PTAR y la planta que trataría los residuos sólidos, con financiamiento de Estados Unidos y México⁴².

Fue así que, a través de comunicaciones personales, telefónicas y de *whatsapp*⁴³ surtidas con Luis Carlos Hernández y con Carlos Gutiérrez⁴⁴ -pues no estuvo presente en los siguientes sucesos⁴⁵- tuvo conocimiento que, el 22 de abril de 2016 se efectuó la primera reunión entre Rodolfo Hernández, Carlos Gutiérrez y dos personas más, en la que se habló de las plantas *WastAway* y de la tecnología de *Vitalogic*. Seguidamente, el 24 de junio de esa misma calenda, nuevamente se reúnen estas mismas personas y **Rodolfo Hernández Suárez** les manifestó que debían buscar a “la calavera” que elaborara los pliegos⁴⁶. Fue así entonces que, Carlos Gutiérrez, buscó y halló a Jorge Hernán Alarcón Ayala⁴⁷, para que adelantara tal cometido. Finalmente, el 30 de junio de 2016 Alarcón Ayala llegó a Bucaramanga, donde se encontró con **Rodolfo Hernández Suárez** y luego lo direccionaron a la Empresa de Aseo de Bucaramanga - EMAB S.A. E.S.P.- con José Manuel Barrera Arias, para que lo contrataran⁴⁸ y, de esa forma, direccionara los pliegos⁴⁹; asimismo afirmó que existió una reunión entre Barrera Arias, Hernández Suárez y Luis Carlos Hernández, dado que éste último se lo informó⁵⁰.

Continuó señalando que, el 23 de agosto de 2016, se reunieron Luis Carlos Hernández, Carlos Gutiérrez, Jorge Hernán Alarcón Ayala y él, a solicitud del contratista Alarcón Ayala, en la que se establecieron roles y porcentajes de participación sobre el contrato de corretaje, así:

- (i) Intermediarios: Luis Andelfo Trujillo Rodríguez y Carlos Gutiérrez.
- (ii) Intermediario: Luis Carlos Hernández, hijo del alcalde, era el encargado de transmitirle la información a **Rodolfo Hernández Suárez**⁵¹.
- (iii) Contratista y encargado de elaborar los pliegos: Jorge Hernán Alarcón Ayala: 34% del valor total del contrato de corretaje⁵².

Ello conllevó a que el 23 de noviembre de 2016 se suscribiera el contrato de corretaje entre Carlos Gutiérrez, Jorge Hernán Alarcón Ayala y Luis Andelfo Trujillo Rodríguez, el cual fue autenticado ante Notaria⁵³, el cual correspondía al 2.2% de las plantas *wast Away* y de otra empresa que llevaría la concesión, por el término de 30 años, valor que aproximó en diez mil millones de pesos⁵⁴.

⁴² Audiencia de juicio oral de 27 de julio de 2023, audio 2, a partir del minuto 42:19

⁴³ *Ibidem*, a partir del minuto 30:09

⁴⁴ *Ibidem*, a partir del minuto 52:29

⁴⁵ *Ibidem*, a partir del minuto 53:06 y 01:05:12

⁴⁶ *Ibidem*, a partir del minuto 30:37

⁴⁷ *Ibidem*, a partir del minuto 34:38

⁴⁸ *Ibidem*, a partir del minuto 30:37

⁴⁹ *Ibidem*, a partir del minuto 36:13

⁵⁰ *Ibidem*, a partir del minuto 46:35

⁵¹ *Ibidem*, a partir del minuto 39:06 y 38:02

⁵² *Ibidem*, a partir del minuto 37:05

⁵³ *Ibidem*, a partir del minuto 40:29

⁵⁴ *Ibidem*, a partir del minuto 41:36



Terminó señalando que, en el 2018, por intermedio del abogado Carlos Rojas, conocieron que el alcalde **Rodolfo Hernández Suárez** iba a escoger otra tecnología -la holandesa- para el tratamiento de las basuras, y que, por ende, los sacaría del negocio, por lo cual decidieron hacer públicas las negociaciones y ponerlas en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación⁵⁵.

También concurrió Stepahie Katherine Díaz Tanco, quien fungió, para el 2.016, como directora de Planeación de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.⁵⁶ – y, fue supervisora del contrato de consultoría 096, en el que fue contratista Jorge Hernán Alarcón Ayala⁵⁷. Frente a su actuación en dicho cargo manifestó que, debía revisar que se cumpliera el objetivo general y las actividades específicas encomendadas al contratista, las cuales estaban dirigidas a efectuar el proceso para el manejo de residuos sólidos, el cual debía contener los aspectos financieros, técnicos y jurídicos y lanzar el respectivo procedimiento⁵⁸.

Mencionó que, la precitada labor tuvo multiplicidad de inconvenientes, toda vez que al momento en que fue seleccionada como supervisora, le expresó a su jefe José Manuel Barrera Arias que, no tenía los conocimientos profesionales ni la experticia jurídica para ejercer dicho cargo a cabalidad; no obstante, estos reparos no fueron tenidos en cuenta. Así entonces, recordó que, luego de que se cancelaran al contratista 3 o 4 cuentas de cobro, tuvo problemas con éste por la entrega de los avances del proceso, pero además, las cláusulas del contrato se dispusieron de forma abstracta, por lo que no había claridad en la forma en que debía pagársele y, por ende, no había precisión sobre el valor del trabajo que estaba presentado, lo que suscitó que remitiera correos electrónicos a Jorge Hernán Alarcón Ayala y a José Manuel Barrera Arias poniendo de presente estas situaciones⁵⁹.

Relató que, para el segundo pago, le indicó a Barrera Arias que no debería cancelarse la respectiva cuenta; no obstante, aquel le contestó que debía hacerlo, dado que el proceso se lanzaba en noviembre, por lo que se le dijo que apenas se hiciera ello, se le entregaban los documentos que ella requería. Mencionó que, cuando el pliego se presentó, tuvo muchas correcciones por diferentes entidades, por lo que el trámite se extendió hasta junio del 2017 y, durante dicho interregno, fue objeto de apremio por parte del gerente José Manuel Barrera Arias para que efectuara los pagos⁶⁰. Sobre este aspecto adujo que **Rodolfo Hernández Suárez**, también la requirió en este mismo sentido, rememorando dos llamadas que le hizo, así como una reunión que sostuvo con él, su jefe Barrera Arias y Jorge Hernán Alarcón Ayala, en las cuales aquél le preguntó los motivos de dicho retraso, ante lo cual le expuso los motivos ya mencionados y, para zanjar la discusión, el acusado comprometió al contratista para que entregara la documentación restante en una determinada fecha, lo cual incumplió, lo que causó una nueva llamada por parte de Hernández Suárez a la cual respondió que Alarcón Ayala faltó al compromiso adquirido y, ante ello, el enjuiciado le indicó que revisara el tema de pólizas⁶¹.

⁵⁵ *Ibídem*, a partir del minuto 47:23

⁵⁶ Audiencia de juicio oral de 27 de julio de 2.023, audio 4, a partir del minuto 01:21

⁵⁷ *Ibídem*, a partir del minuto 02:06

⁵⁸ *Ibídem*, a partir del minuto 02:20

⁵⁹ *Ibídem*, a partir del minuto 03:38

⁶⁰ *Ibídem*, a partir del minuto 07:01

⁶¹ *Ibídem*, a partir del minuto 09:08



Finalizó aseverando que, **Rodolfo Hernández Suárez** únicamente en esta interventoría se contactó con ella para solicitarle el pago al contratista⁶², pero también, negó que la hubiera obligado a cancelarle estos rubros en contra de la ley⁶³.

Por otra parte, Florentino Rodríguez Pinzón relató que, en el 2016 se desempeñó como suplente del presidente de la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga - EMAB S.A. E.S.P.-, es decir, de **Rodolfo Hernández Suárez**⁶⁴; y sobre las nuevas tecnologías de disposición de residuos sólidos enunció que colaboró en la recolección de manifestaciones de diferentes compañías que estaban interesadas en participar en una eventual licitación para ello, las cuales tabuló en un archivo de Excel y, con fundamento en ellas, efectuó recomendaciones al alcalde de la época **Rodolfo Hernández Suárez**⁶⁵.

Por otra parte, manifestó que, a la llegada de José Manuel Barrera Arias a la gerencia de la Empresa de Aseo de Bucaramanga -EMAB S.A. E.S.P.-, éste empezó a “empoderarse” de la junta directiva, convocándola en su despacho en la Alcaldía de Bucaramanga, dándole un manejo “particular” al tema del macro proyecto de residuos sólidos, al punto que él le sugirió realizar un *pool* de expertos, convocando a distintos profesionales; sin embargo, Barrera Arias le respondió que no se iba a realizar de esa forma y que se iba a contratar a una persona que se encargara de ello, quedando relegado del tema y, después, observó que la contratación se suscitó entre José Manuel Barrera Arias y Jorge Hernán Alarcón Ayala⁶⁶, por lo que incluso las reuniones de junta directiva se hacían inusualmente y, los temas de dicho negocio jurídico eran vedados, al punto que fue en desarrollo de una convocatoria de este órgano social que supieron de la selección de Alarcón Ayala⁶⁷, lo que suscitó que pidiera copia del expediente contractual y efectuara las correspondientes salvedades frente a dicha escogencia, las cuales se fundaron en la celeridad inusual del proceso y, en que, de los tres ingenieros invitados, solo uno cumplía con todos los requisitos, mientras que los dos restantes no contaban con las condiciones exigidas⁶⁸; igualmente relató que, hizo las correspondientes advertencias sobre el asunto a **Rodolfo Hernández Suárez**; no obstante, se incomodó mucho y expresó que el alcalde era él y, por tanto, asumía la responsabilidad⁶⁹.

En punto del contrainterrogatorio mencionó que, si bien, la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga -EMAB S.A. E.S.P.- era la encargada de elegir al gerente de la entidad, lo cierto es que el alcalde presentaba al candidato y el órgano social lo nombraba⁷⁰; ante la pregunta que le hiciera el abogado defensor sobre si dicha junta podía despedir al gerente, respondió afirmativamente, siempre y cuando hubiese una decisión mayoritaria⁷¹ y, frente a este último asunto aclaró que, normalmente habían discusiones amigables entre los miembros, en las que se adoptaban las determinaciones sin necesidad de recurrir a votación, por lo que, únicamente usaban este mecanismo cuando no llegaban a consensos⁷².

⁶² *Ibidem*, a partir del minuto 11:32

⁶³ *Ibidem*, a partir del minuto 15:15

⁶⁴ Audiencia de juicio oral de 27 de julio de 2.023, audio 5, a partir del minuto 07:16

⁶⁵ *Ibidem*, a partir del minuto 08:33

⁶⁶ *Ibidem*, a partir del minuto 10:49

⁶⁷ *Ibidem*, a partir del minuto 13:58

⁶⁸ *Ibidem*, a partir del minuto 16:54

⁶⁹ *Ibidem*, a partir del minuto 17:47

⁷⁰ *Ibidem*, a partir del minuto 26:24

⁷¹ *Ibidem*, a partir del minuto 37:24

⁷² *Ibidem*, a partir del minuto 38:20



Finalizó relatando que, él junto a tres miembros de la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, fueron condenados por la Contraloría a reparar el daño fiscal que ocasionaron a la precitada entidad, con ocasión a la remoción del antecesor de José Manuel Barrera Arias⁷³.

De conformidad a las declaraciones de los funcionarios Humberto Carlos Aranzalez Vanegas y Oscar Armando Pinzón Buitrago, se estableció que desde el 24 de junio hasta el 26 de julio de 2016, José Manuel Barrera Arias sostuvo comunicaciones, por medio de correos electrónicos con Jorge Hernán Alarcón Ayala, en las cuales intercambiaron documentación atinente al precitado proceso precontractual.

Por su parte, la práctica probatoria de la defensa inició con la declaración de Lia Patricia Carrillo García, quien desempeñó los cargos de jefe de talento humano y de control interno de la alcaldía de Bucaramanga, en el interregno en el que el acusado fungió como alcalde de la ciudad. Como datos relevantes para la defensa, indicó que la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, regía su contratación de conformidad al manual que tenía para ello; advirtió que el gerente de la entidad tenía potestad para invitar y contratar a los contratistas de conformidad a dicho reglamento; y aseveró que, por la personalidad del enjuiciado, éste les proponía los contratistas, empero siempre los consultaba para determinar la procedencia de su contratación.

También concurrió Sergio Oswaldo Cajías Lizcano, ingeniero de sistemas, quien fungió como asesor del despacho PIB del entonces alcalde Rodolfo Hernández Suárez⁷⁴. Este deponente señaló que, soportaba técnicamente los consejos de gobierno, por lo que supo de varias reuniones en las que se abordó el tema de la disposición final de basuras, pues ello era un tema estratégico de la administración⁷⁵. Finalizó indicando que, en todas estas juntas el entonces burgomaestre **Rodolfo Hernández Suárez** les advertía sobre la necesidad de actuar con transparencia y de evitar la corrupción, pero además publicitaba los asuntos relacionados con el proyecto⁷⁶.

La práctica probatoria de la defensa culminó con la declaración de Rodolfo Hernández Suárez, quien a grandes rasgos anunció que José Manuel Barrera Arias lo culpa de lo acaecido en el contrato de consultoría No. 096 de 2016 para obtener los beneficios del principio de oportunidad suscrito con la Fiscalía. Igualmente adujo que su relación con el precitado durante su administración fue pésima a igual que con César Fontecha, director jurídico de la EMAB, dado que supo de comportamientos insanos que desplegó aprovechando su cargo. Por otro lado, aceptó que recomendó a Barrera Arias como Gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.– y la junta directiva lo escogió; aseveró que conocía el régimen legal al que se supeditaba dicha entidad, tanto así que el gerente era el encargado de realizar los procesos de contratación y nadie más podía intervenir en ello; advirtió que el superior jerárquico del gerente de la EMAB es la junta directiva y no el alcalde; negó haberle dado instrucciones a César Fontecha sobre la selección de contratista en el precitado convenio, al igual que cualquier reunión efectuada con Barrera Arias para tratar este asunto y, frente a ello, reprochó que la Fiscalía no hubiera aportado los videos y minutas de vigilancia del Edificio Premier para comprobar los hechos que se le acusan.

⁷³ *Ibidem*, a partir del minuto 51:38

⁷⁴ Audiencia de juicio oral de 17 de enero de 2.024, audio 1, a partir del minuto 49:46

⁷⁵ *Ibidem*, a partir del minuto 52:03

⁷⁶ *Ibidem*, a partir del minuto 55:28



4.2. Las hipótesis esbozadas por las partes y el análisis probatorio de cara al estudio dogmático del punible enrostrado al procesado

En el desarrollo del juicio oral, las partes esbozaron las siguientes proposiciones:

La acusatoria: Por medio de la cual la agencia fiscal afirmó que, a finales de junio e inicios de julio de 2.016, Rodolfo Hernández Suárez, atendiendo a su cargo de alcalde de esta ciudad y miembro de la Junta Directiva de Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, se interesó indebidamente, en provecho del contratista Jorge Hernán Alarcón Ayala, para que resultara escogido dentro el proceso de trámite y celebración del contrato de consultoría No. 096 del 28 de julio de 2016 y, para ello, determinó al entonces gerente de la EMAB S.A. E.S.P., José Manuel Barrera Arias y, al asesor jurídico de la misma entidad, César Augusto Fontecha, para que lo seleccionaran, en abierto desconocimiento a los principios de selección objetiva y de transparencia.

La defensiva: Aseveró que Rodolfo Hernández Suárez, en su condición de alcalde de Bucaramanga, únicamente reveló un interés lícito frente al contrato que hizo en su administración, descartando un motivo dirigido a beneficiarse o a hacerlo a favor de un tercero. En síntesis, que la fiscalía no logró demostrar más allá de duda razonable su teoría del caso.

De acuerdo a dichas postulaciones y respecto de la materialidad de la conducta, se tiene que, a través de la declaración de José Manuel Barrera Arias se anunció que, antes del 28 de julio de 2016 –fecha de suscripción del contrato de consultoría No. 096 de 2016- se desarrolló una reunión, en el apartamento de **Rodolfo Hernández Suárez**, ubicado en el quinto piso del edificio Premier de Bucaramanga, a la cual asistió él, César Fontecha, Jorge Hernán Alarcón Ayala y el acusado, en la que este último, aludiendo a la edad y experiencia de Alarcón Ayala afirmó que era la persona indicada para desarrollar el mencionado negocio jurídico, por lo que le solicitó a él y al director jurídico que lo contrataran.

A continuación, tanto José Manuel Barrera Arias como César Fontecha y Jorge Hernán Alarcón Ayala, se dirigieron a la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.– para concretar lo pertinente. Fue así entonces que, de acuerdo a lo explicado por Barrera Arias, el proceso contractual para suscribir el mencionado contrato de consultoría debía: (i) obtener un CDP; (ii) adelantar un estudio de conveniencia; y (iii) elaborarse un calendario contractual. Igualmente explicó que, de acuerdo al manual de contratación de la entidad, la tipología contractual que se escogió en el presente asunto fue la de “invitación privada de varias ofertas”, en la cual, debía convocarse a varios proponentes, por lo que este testigo suscribió una carta dirigida a tres de ellos: a Jorge Hernán Alarcón Ayala, a Álvaro Gutiérrez Vega y a Arturo Vargas Ayala, lo cual terminó con la contratación de Jorge Hernán Alarcón Ayala, conforme se avizora a partir del Contrato 096 de 28 de julio de 2016⁷⁷.

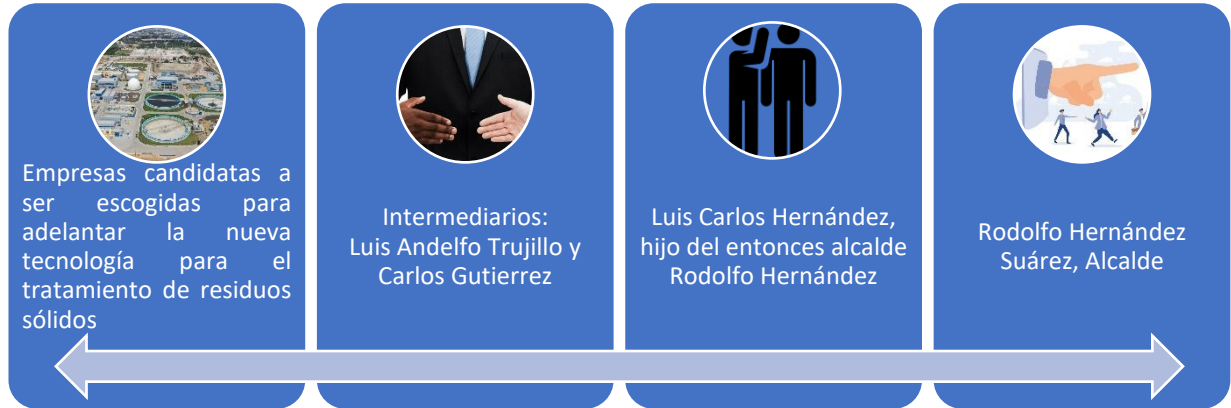
Esta aserción, fue corroborada por las restantes pruebas de cargo, tales como la declaración de Luis Andelfo Trujillo Rodríguez, quien manifestó que conoce a Luis Carlos Hernández, hijo del acusado **Rodolfo Hernández Suárez**, por lo cual, cuando este último resultó electo como alcalde de Bucaramanga, aquel se puso en contacto con Luis Carlos, para lograr su participación en contratos de obra municipal, entre los cuales se encontraba la escogencia de la nueva tecnología para el tratamiento de

⁷⁷ Prueba No. 15



residuos sólidos en la ciudad. Fue así entonces que, en compañía Carlos Gutiérrez, quien era conecedor de contratación estatal, procedieron a buscar empresas que ofrecieran el servicio requerido por la administración de turno.

Ahora, respecto este deponente es necesario señalar que se trata de un testigo directo sobre las conversaciones que sostuvo con Luis Carlos Hernández y con Carlos Gutiérrez, a partir de las cuales se estructura la siguiente relación:



Es decir que, Luis Andelfo Trujillo Rodríguez y Carlos Gutiérrez, se encargaron de buscar inversores en el proyecto de tratamiento de residuos sólidos; Trujillo Rodríguez conversaba sobre el asunto con Luis Carlos Hernández y éste a su vez le transmitía la información a su padre y alcalde de Bucaramanga, **Rodolfo Hernández Suárez**.

Asimismo, la información que Carlos Gutiérrez le proveyó a Luis Andelfo Trujillo Rodríguez, sobre lo que hicieron terceras personas tiene naturaleza de referencia. En ese contexto, Carlos Gutiérrez sostuvo al menos dos reuniones conocidas por Luis Andelfo, la del 22 de abril y 24 de junio de 2016, en las cuales participó el acusado con algunos empresarios y, en la última de ellas, sus partícipes dispusieron buscar a una persona que elaborara los pliegos o términos contractuales, para lograr su selección en ese contrato, por lo que Carlos Gutiérrez halló a Jorge Hernán Alarcón Ayala.

Pese que lo anterior deviene de un contenido de referencia no admisible, lo cierto es que tal hecho también se acredita con lo enunciado por el testigo José Manuel Barrera Arias, quien mencionó que, cuando se puso al frente del tema de contratación para escoger la nueva tecnología para el tratamiento de residuos sólidos, observó que la hoja de vida de Jorge Hernán Alarcón Ayala, ya se encontraba en las instalaciones de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.– e incluso tenía una nota, la cual, aunque no es posible afirmar que la hubiese elaborado el aquí enjuiciado, lo cierto es que poseía una señal que la hacía llamativa, resultando razonable que Barrera Arias la incluyera dentro del informe de propuestas que luego presentó a **Rodolfo Hernández Suárez**.

Además, aunque Barrera Arias le relacionó varios proponentes al enjuiciado, ya que había una multiplicidad de proposiciones sobre el asunto del tratamiento de residuos sólidos, éste le manifestó en una visita que realizó en horas de la tarde a las instalaciones de la entidad, que quería hablar, específicamente, con Jorge Hernán Alarcón Ayala. Véase entonces, que, esta afirmación, que comporta prueba directa, suple lo anunciado de referencia por Luis Andelfo Trujillo Rodríguez, sobre que, Jorge Hernán Alarcón Ayala, fue la persona escogida para elaborar los términos del pliego de condiciones que, finalmente, orientarían el contrato sobre nueva tecnología para el tratamiento de residuos sólidos de la ciudad a las empresas que habían mantenido



conversaciones previas para ello, pues nótese que una propuesta inicial de Alarcón Ayala ya se hallaba en la entidad, pero además, Hernández Suárez se inclinó por él, al punto que le solicitó a Barrera Arias adelantar una reunión junto con éste.

Otra prueba que resulta relevante para demostrar el anunciado contubernio, es la cadena de correos electrónicos del 24 de junio de 2016, que remitió la cuenta de Equipro.jorge@gmail.com, perteneciente a **Jorge Hernán Alarcón Ayala**. Ello, ya que esta persona, en esa pretérita época, en la que aún no se había iniciado el trámite precontractual para la escogencia del consultor del negocio jurídico 096 de 2016, envió su propuesta a Carlos Gutiérrez, quien fue identificado por Luis Andelfo Trujillo Rodríguez como intermediario entre las empresas y Hernández Suárez y su hijo; pero además, este usuario de correo le reenvía este documento a la cuenta corporativa de Luis Carlos Hernández, específicamente al dominio hgconstructora.com, que, como es sabido, pertenece a una empresa del acusado y, este a su vez, lo remite a mruedaa@bucaramanga.gov.co que se identifica como Matilde Rueda Almeida, secretaria del despacho del Alcalde, quien desde su correo institucional escribe: “*Para su conocimiento y fines pertinentes le reenvió este documento por instrucciones del **ing. Rodolfo Hernández***”, enviando el documento con destino al correo jmbarreraarias@gmail.com, el cual es la cuenta personal de correo electrónico de **José Manuel Barrera Arias**⁷⁸.

Véase entonces que este suceso respalda las afirmaciones efectuadas por el testigo de cargo Luis Andelfo Trujillo Rodríguez, sobre la participación de Carlos Gutiérrez, de Luis Carlos Hernández y del acusado, en la consecución del consultor para el precitado contrato de consultoría. Adicionalmente, nótese que, desde una cuenta de una empresa privada de propiedad de **Rodolfo Hernández Suárez**, se remitió un asunto concerniente a la contratación de una entidad pública, sin que en el plenario se haya justificado tal proceder.

Con lo anterior también se prueba que la contratación de Jorge Hernán Alarcón Ayala, estaba decidida desde esa época y de ello era conocedor el procesado, dado que a su correo arribó la propuesta que, posteriormente, serviría para su selección. De esta forma se descarta que, José Manuel Barrera Arias, *mutuo proprio*, por tratarse del competente para ordenar y dirigir la celebración de contratos y escoger al contratista, se hubiese interesado ilegalmente en elegirlo y, por el contrario, la precitada comunicación evidencia que **Rodolfo Hernández Suárez** sabía de ello. Sobre este punto, también le asiste razón al representante del Ministerio Público cuando señala que lo relatado por Barrera Arias descarta cualquier animadversión o ánimo de inculpar injustamente al enjuiciado para obtener algún provecho, como lo serían los beneficios judiciales devenidos de la suscripción del principio de oportunidad por parte de este testigo, pues resulta inviable que desde la época de los hechos, Barrera Arias hubiera creado correos electrónicos, con dominios de una empresa privada y de una entidad pública, con información espuria, con el objetivo de tender una trampa a quien lo nombró como gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–

En ese orden de ideas, la visita de Hernández Suárez a la -EMAB S.A. E.S.P.–, fue la antesala para realizar la reunión entre **Rodolfo Hernández Suárez**, José Manuel Barrera Arias, César Fontecha Rincón y Jorge Hernán Alarcón Ayala, en la que finalmente, el aquí procesado le indicó a José Manuel Barrera Arias, como funcionario encargado de la contratación de la EMAB S.A. E.S.P., que procediera a seleccionarlo

⁷⁸ *Ibidem*, a partir del minuto 01:23:56



como contratista consultor, lo cual se materializó, principalmente, por Barrera Arias y Fontecha Rincón, a través de un proceso precontractual irregular. Igualmente, el actuar de Barrera Arias efectivamente estuvo dirigido a beneficiar a Alarcón Ayala, de acuerdo a la disposición que, previamente, le hizo el aquí acusado, pues, como lo advirtió, debía acatar lo dispuesto por el enjuiciado, pues éste fue quien lo presentó y recomendó con la junta directiva, logrando su selección como gerente; adicionalmente, Hernández Suárez para ese momento, también fungía como su jefe inmediato, pues era el presidente de la junta directiva de la EMAB S.A. E.S.P. y, eventualmente, podía solicitar a dicho cuerpo colegiado, la terminación de su contrato, conforme la facultad que le otorgaba el art. 56 del estatuto social⁷⁹. Sobre este último punto, resulta relevante el relato de Florentino Rodríguez respecto el antecesor de Barrera Arias, quien efectivamente fue removido por la junta directiva, lo cual corrobora el temor de José Manuel Barrera Arias⁸⁰.

Sobre ello, si bien le asiste razón al enjuiciado al indicar que José Manuel Barrera Arias era el encargado de los procedimientos de contratación en la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, de acuerdo al art. 6 del MdC de la entidad, lo cierto es que, Rodolfo Hernández Suárez podía influir en las determinaciones que aquel adoptara, especialmente sobre la selección del consultor del contrato 096 de 2016, precisamente, porque fue la persona que lo postuló en el cargo, pero además intervino en su selección conforme lo anunciado por Florentino Rodríguez y, finalmente, podía hacer que su superior jerárquico, es decir, la junta directiva, terminara su contrato, conforme esta corporación lo hizo con su predecesor. De ahí entonces, que su propuesta exculpatoria no resulte suficiente para descartar el interés indebido de Hernández Suárez en la selección de Alarcón Ayala.

En marco de dicho comportamiento desviado de los fines de la función pública, José Manuel Barrera Arias era conocedor que, acorde a lo dispuesto en el manual de contratación de la entidad y teniendo en cuenta el valor del contrato, debía convocar a un total de tres proponentes; sin embargo, debía orientar la selección hacia Jorge Hernán Alarcón Ayala, conforme lo enunciado en precedencia. En ese orden de ideas, aunque no se allegó prueba sobre su conocimiento de las falsedades que se cometieron en lo atinente a la presentación de las propuestas de los contratistas Álvaro Gutiérrez Vega y Arturo Vargas Ayala, lo cierto es que, durante el proceso precontractual, se realizaron las siguientes adecuaciones, para imprimir apariencia de legalidad al trámite, cuando el fin último era seleccionar a Alarcón Ayala como contratista:

- (i) El trámite precontractual que reposa en el expediente de la entidad, no corresponde a lo sucedido en el plano material, pues este solo se plasmó en los documentos para dar apariencia de legalidad al procedimiento.
- (ii) Por medio de las declaraciones de Álvaro Gutiérrez Vega y Arturo Vargas Ayala se acreditó que no fueron convocados a participar en el proceso y que las propuestas presentadas a su nombre son espurias.
- (iii) Para asegurar la contratación de Jorge Hernán Alarcón Ayala, el pliego de condiciones se dirigió a seleccionar un profesional en química y éste fue el único en esta área que se convocó a la invitación privada, pues Álvaro Gutiérrez Vega y Arturo Vargas Ayala eran ingenieros mecánicos y civiles, respectivamente.

⁷⁹ Estipulación No. 6, pág. 24

⁸⁰ Audiencia de juicio oral de 27 de julio de 2023, audio 5, a partir del minuto 48:05



- (iv) A través de los correos electrónicos se estableció que Jorge Hernán Alarcón Ayala elaboró su propuesta de conformidad a las correcciones, adiciones y modificaciones que efectuaron funcionarios de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, principalmente, Barrera Arias y Fontecha Rincón, para que esta resultara seleccionada, de acuerdo a los términos que se requerían.

Sobre este último tópico debe advertirse que, del 24 de junio al 26 de julio de 2016, hubo interacción entre las cuentas de correo electrónico Ingenierosconstructores1973@gmail.com; luiskhernandez@hgconstructora.com; mruedaa@bucaramanga.gov.co; isabelcristinapachecor@hotmail.com; Fonte75@hotmail.com, mruedaa@bucaramanga.gov.co y Equipro.jorge@gmail.com. En ese orden de ideas, por medio de la lectura de la prueba No. 51, específicamente, del contenido de los mensajes de dichos correos electrónicos -que se evaluarán probatoriamente de cara a los preceptos dispuestos en la Ley 527 de 1999⁸¹- y de su valoración en conjunto con otros medios de conocimiento, se logró identificar a los titulares de dichas cuentas, así:

- Equipro.jorge@gmail.com: Pertenece a Jorge Hernán Alarcón Ayala, conforme se extrae de la información empresarial dispuesta en los encabezados de la documentación que presentó durante la etapa precontractual, contractual y de ejecución del Contrato 096 de 2016, los cuales fueron incorporados a la actuación por el investigador del CTI de la Fiscalía General de la Nación, Oscar Javier Gutiérrez Bernal.
- jmbarreraarias@gmail.com: De propiedad de José Manuel Barrera Arias, conforme lo refirió en su declaración en juicio.
- Ingenierosconstructores1973@gmail.com: Pertenece a Carlos Gutiérrez, persona que identifica Luis Andelfo Trujillo Rodríguez como intermediario entre Luis Carlos Hernández y **Rodolfo Hernández Suárez** con las empresas que presentarían la nueva tecnología para disposición de los residuos sólidos.
- luiskhernandez@hgconstructora.com: Cuenta empresarial que usa el dominio de HG Constructora, empresa privada de propiedad de **Rodolfo Hernández Suárez** y su nombre de usuario corresponde a Luis Carlos Hernández, hijo del acusado, a quien Luis Andelfo Trujillo Rodríguez señaló de intermediar entre ellos y su progenitor para la consecución de la nueva tecnología para la disposición de residuos sólidos.
- Fonte75@hotmail.com: Pertenece al usuario Augusto César Fontecha Rincón, conforme el nombre del usuario observado en el correo No. 7⁸², quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como director jurídico de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–. De acuerdo al correo de 26 de julio de 2016 que dirigió a jmbarreraarias@gmail.com, esta cuenta escribió: *“Buenas jefe lo que está resaltado lo puse hoy según sus instrucciones es todo de APP en sus fases pero nosotros no lo llamamos así es primera fase y segunda fase me avisa. También estoy haciendo avisos y temas de carpintería del proceso”*. A partir de ello se evidencia que el lenguaje usado se da de acuerdo a un nivel jerárquico, pero además se habla de asuntos jurídicos: APP – alianzas público

⁸¹ Audiencia de juicio oral de 17 de noviembre de 2023, audio 1, minuto 35:45. De conformidad a los criterios de confiabilidad y autenticidad de los mensajes de datos recolectados. Ello devenido del método de autenticación usado en este caso, esto es, el valor *hash* que se trata de funciones criptográficas que aseguran la integridad de los mensajes, estableciendo que ellos no fueron alterados.

⁸² Conforme los formatos “origen del mensaje” allegados por el perito informático que extrajo los correos electrónicos de la cuenta de José Manuel Barrera Arias.



privadas-, así como los avisos y procedimientos del proceso contractual que se suscitaba para esa fecha. De esa forma se infiere que quien escribía ello era Augusto César Fontecha Rincón.

- Respecto de la cuenta isabelcristinapachecor@hotmail.com solo se conoce que el usuario responde al nombre de Isabel Cristina Pacheco Ramírez, pero no hay otros datos que permitan ratificar dicha información, así como su función en las cadenas de correos electrónicos.
- mruedaa@bucaramanga.gov.co: Usuario que se identifica como Matilde Rueda Almeida y que firma como secretaria del despacho del alcalde.

Por otra parte, la primera cadena de correos electrónicos data del 24 de junio de 2016, cuando la cuenta Equipro.jorge@gmail.com perteneciente a Jorge Hernán Alarcón Ayala, remite a tres usuarios -Ingenierosconstructores1973@gmail.com, luiskhernandez@hgconstructora.com y mruedaa@bucaramanga.gov.co- y, finalmente, uno de ellos le retransmite a José Manuel Barrera Arias el documento denominado “*propuesta asesoría basuras*”, el cual contiene la futura proposición que haría Alarcón Ayala dentro del proceso de contratación de consultoría, sin que dicho trámite hubiese si quiera iniciado.

En ese orden de ideas se comprueba que:

- (i) Jorge Hernán Alarcón Ayala tuvo conocimiento de manera anticipada del proceso de contratación que realizaba Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB S.A. E.S.P.– y remitió su propuesta de consultoría al gerente de la precitada entidad, esto es, a José Manuel Barrera Arias, en aras de que confeccionara los términos de referencia del contrato de acuerdo a dicha proposición y así resultar seleccionado.

A través del correo No. 6, José Manuel Barrera Arias recibió un documento el 21 de julio de 2016 denominado “*contrato términos nueva tecnología con sus aportes*” en el que se adjuntó un archivo relacionado con la solicitud privada de ofertas para realizar el contrato de consultoría para implementar nueva tecnología en el sitio de disposición final de residuos sólidos urbanos de esta ciudad, al cual se habían efectuado unos “aportes”. Al respecto se comprobó que:

- (ii) La precitada solicitud, de acuerdo al cronograma contractual aducido por Barrera Arias y plasmado en la prueba No. 2, tuvo que finiquitarse entre el 12 y 18 de julio de 2016; sin embargo, a partir del correo electrónico antecedente, se infiere, que la fecha establecida en dicho documento no responde al momento real de su elaboración, pues hasta el 21 de julio de dicha anualidad se estaba proyectando el documento en cita.

El aludido documento fue remitido el 22 de julio de 2016 a Jorge Hernán Alarcón Ayala, esto es, a la dirección electrónica Equipro.jorge@gmail.com – correo 7- y en esa misma data, Alarcón Ayala envió a José Manuel Barrera Arias el mismo archivo con comentarios e instrucciones para su modificación –correo 8-, y éste a su vez lo envió a otro usuario con sus ajustes, indicando que este era el archivo definitivo –correo 9-; con lo cual se deduce que:

- (iii) Jorge Hernán Alarcón Ayala participó en la elaboración de los términos de la solicitud privada de ofertas para realizar el contrato de consultoría para implementar nueva tecnología en el sitio de disposición final de residuos



sólidos urbanos de Bucaramanga, en aras de asegurar su selección como contratista consultor.

Finalmente, en el correo No. 10 de 26 de julio de 2016, un usuario remite a José Manuel Barrera Arias los denominados términos de referencia para la contratación de la consultoría, cuando ello debió finiquitarse para el 18 de julio de esa calenda, con lo cual puede verificarse que la fecha real de elaboración de este documento no corresponde a la plasmada en el mismo, y que reposa en el expediente contractual del trámite del contrato 096 de 2016, entonces:

- (iv) De conformidad a lo enunciado, se establece, que el trámite precontractual que terminó con la selección del contratista Jorge Hernán Alarcón Ayala, no cumplió el cronograma dispuesto en la solicitud privada de ofertas, y para darle visos de legalidad, los documentos que se requirieron para dicho trámite se falsearon en su fecha.

Es de resaltar que, respecto de estos mensajes de datos, la defensa cuestionó al testigo que los recaudó, preguntándole si le costaba que la persona a la cual le pertenecían las cuentas de correo electrónico había participado en la interacción electrónica, a lo cual éste respondió negativamente. Frente a ello, debe advertirse que la labor del experto fue la recolección de la evidencia electrónica, por lo que resulta claro que no podía referirse a lo interrogado por el profesional del derecho, precisamente porque no fue testigo de la comunicación. En ese orden de ideas, ello no afecta la autenticidad ni confiabilidad del contenido de los mensajes, más aún cuando para su recolección se empleó la técnica aceptada para ello, esto es, se extrajeron del correo electrónico de José Manuel Barrera Arias luego de que este diera su consentimiento para ello, los descargó creando una copia en un dispositivo físico⁸³, y enunció el valor *hash* de dichos mensajes⁸⁴, lo cual no fue controvertido por la defensa.

Otras situaciones que comprueban el tratamiento especial que se imprimió al trámite precontractual y de ejecución del negocio jurídico 096 de 2016, fueron las referidas por Florentino Rodríguez, quien para la época de los hechos integraba la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.– y refirió que luego del nombramiento de Barrera Arias como gerente de esa entidad, el asunto del tratamiento de residuos sólidos fue abordado con particularidad, al punto que en una ocasión simplemente se les informó sobre la selección de un contratista que determinaría la tecnología para el aprovechamiento de las basuras y luego de ello, este tópico solo era abordado entre Alarcón Ayala y Barrera Arias⁸⁵, al punto que los demás integrantes de la junta tenían vedado el tema⁸⁶. Asimismo, le llamó la atención la rápida designación del contratista, así como también que **Rodolfo Hernández Suárez**, ante el cuestionamiento que se le hiciera por haber relegado a la junta directiva de la EMAB del precitado proyecto, se incomodó y le indicó que el responsable de ello era él. En ese mismo sentido, Estephanie Katherine Díaz Tanco anunció que como supervisora del contrato 096 de 2016, recibió dos llamadas provenientes de **Rodolfo Hernández Suárez** y se le citó a una reunión para preguntarle los motivos por los cuales no se le

⁸³ Audiencia de juicio oral de 17 de noviembre de 2023, audio 1, minuto 10:54

⁸⁴ *Ibidem*, minuto 16:04

⁸⁵ Audiencia de juicio oral de 27 de julio de 2023, audio 5, minuto 10:49

⁸⁶ *Ibidem*, 13:58



había pagado al contratista⁸⁷, lo cual se suscitó únicamente durante la supervisión de este contrato⁸⁸.

Véase entonces, que estos hechos prueban el hermetismo sobre la escogencia del contratista y la ejecución del contrato 096 de 2016, así como también, que el mismo **Rodolfo Hernández Suárez** estuvo al pendiente de los pagos realizados al contratista, sin que acostumbrara a hacerlo, pero además se responsabilizó por los resultados del mismo, lo cual da cuenta de su conocimiento sobre el procedimiento que adelantaba Jorge Hernán Alarcón Ayala.

Recapitulando, se tiene entonces que se acreditó que tanto José Manuel Barrera Arias como César Augusto Fontecha Rincón, direccionaron los trámites precontractuales para lograr que Jorge Hernán Alarcón Ayala resultara seleccionado como consultor y para ello, participaron en la estructuración de la propuesta que finalmente fue presentada por el contratista, así como también, omitieron convocar a los dos proponentes restantes, de acuerdo a lo exigido por el manual de contratación de la entidad y suscribieron documentos para imprimir una aparente legalidad al procedimiento exigido. Finalmente, si bien en la prueba No. 13, esto es, en el acta de adjudicación se plasmó la firma de Abigail León Nieves, Abelardo Duran Leiva y Rubén Anaya, no hay elemento de prueba en el plenario que acredite que conocían de las actividades contrarias a ley que desplegaron los citados en aras de favorecer a Alarcón Ayala.

Corolario de lo expuesto, las precitadas conductas omitieron el trámite dispuesto en el manual interno de la entidad, desatendiendo, principalmente, el principio de selección objetiva, contenido en el art. 27 de esa misma normatividad, que exigía a José Manuel Barrera Arias, como director el proceso contractual, orientar la selección a la propuesta más favorable; no obstante, su comportamiento se dirigió a beneficiar a Jorge Hernán Alarcón Ayala, conforme el mandato proferido por **Rodolfo Hernández Suárez**, el cual se concretó, conforme se desprende de la prueba No. 15.

En ese orden de ideas y de cara al análisis dogmático del tipo penal enrostrado al acusado, se probó la cualificación del sujeto activo de la conducta, pues **Rodolfo Hernández Suárez**, para la fecha de los hechos era servidor público, dado que fungía como alcalde de Bucaramanga⁸⁹ y era presidente de la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.⁹⁰–, sociedad de economía mixta, ente descentralizado, perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Igualmente, por medio de los documentos incorporados a la actuación por parte del testigo Oscar Javier Gutiérrez Bernal se allegó al plenario el expediente contractual 096 de 2016 que acredita la existencia del mismo, lo cual fue ratificado con la prueba testimonial del diligenciamiento y adujo la forma en que se adelantó el trámite de escogencia del contratista, la ejecución del contrato e incluso que, a esta fecha, el mismo no se ha liquidado.

Por otra parte, en el decurso del juicio oral, se acreditó la reunión que se desarrolló en la vivienda de **Rodolfo Hernández Suárez**, en la que exteriorizó su interés de favorecer a Jorge Hernán Alarcón Ayala, pues además de la declaración de José Manuel Barrera Arias, quien estuvo presente en ella, también se allegaron otros medios de conocimiento

⁸⁷ *Ibidem*, audio 4, minuto 08:33

⁸⁸ *Ibidem*, audio 4, minuto 11:45

⁸⁹ Estipulación No. 2, soporte 14.2 y 14.3

⁹⁰ Estipulación No. 5, soporte 17.1



que refuerzan dicha idea. En ese orden, se probaron una serie de actuaciones que demuestran que Hernández Suárez orientó su proceder a beneficiar a Alarcón Ayala y que una de ellas, fue la de reunirse con éste y sus subalternos, en aras de ordenarles a estos últimos que adelantaran actividades contrarias a sus deberes para lograr su selección como contratista, en desconocimiento de los procedimientos contenidos en el manual de contratación de la entidad y eligiéndolo a *motu proprio* y no por tratarse de la propuesta más favorable para la entidad y la comunidad, conculcando los principios de selección objetiva y de transparencia.

Sobre este punto es necesario aclararle al procesado que el reproche que se efectúa en el *sub examine* reside en su desobediencia a los trámites precontractuales dispuestos en el manual de contratación de la de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, dado que ordenó a sus subalternos que logaran un objetivo contrario a ley, defraudando las expectativas normativas vinculadas a los cargos que ocupaba como servidor público. En consecuencia, no se le sanciona por haberse apropiado de dinero, ya que este incluso no es el objetivo de censura del tipo penal contenido en el art. 409 del C.P., sino que ello se hace porque, en su condición de servidor público, se desligó de las reglas que amparan los fines de la función pública, que en este caso no fue cosa diferente que la de exigir al funcionario encargado de la contratación que eligiera a la persona que usted señaló para desarrollar el contrato de consultoría 096 de 2016.

Ahora, la defensa adujo que el actuar de **Rodolfo Hernández Suárez** fue el de interesarse legítimamente en este proceso de contratación, dada su condición de alcalde de la ciudad y de la necesidad de resolver la problemática del tratamiento de residuos sólidos; sin embargo, ello no es de recibo por parte de este estrado, en tanto que una cosa es que, como líder de la administración municipal hubiese participado de forma activa en el trámite contractual, de cara a beneficiar el interés general y teniendo como fin último la escogencia el mejor proponente; y otra diferente es que lo hiciera en aras de beneficiar a un tercero, que fue seleccionado únicamente en razón a una disposición suya, sin haber adelantado el trámite pertinente, de conformidad al manual de contratación de la entidad y, por ende, en contraposición al principio de selección objetiva y transparencia. De esta forma se obtiene que el interés legítimo que podía detentar como burgomaestre en el caso de la resolución de la problemática de disposición final de residuos sólidos en la ciudad se desbordó, al punto que su intención fue la de propender por la selección del contratista de su preferencia, tornando su interés en uno de naturaleza ilegal, esto es, indebido.

También es necesario precisar que, **Rodolfo Hernández Suárez**, fue acusado, en calidad de determinador del delito de interés indebido en la celebración de contratos, en beneficio del contratista Jorge Hernán Alarcón Ayala, para que fuera escogido como contratista del contrato de consultoría No. 096 del 28 de julio de 2016, para lo cual, le indicó a su subalterno José Manuel Barrera Arias, gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, que debía seleccionarlo, mostrando su ánimo de favorecerlo, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva.

Desde esta perspectiva, considera el estrado que, conforme la teoría de los delitos de infracción de deber, **Rodolfo Hernández Suárez**, quien para la data de los hechos fungía como alcalde y miembro de la junta Directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–⁹¹, detentaba la obligación de comportarse conforme

⁹¹ Estipulación No. 2 y 5



a esos roles que, frente al caso en concreto, esto es, en la tramitación precontractual del contrato 096 de 2016, no era cosa distinta que la de propender porque se observaran los fines de la función pública, acatando los principios de transparencia y selección objetiva, evitando la defraudación de tales expectativas normativas; sin embargo, las desobedeció a través del mandato que profirió a su subalterno José Manuel Barrera Arias, para que éste realizara el procedimiento pertinente y se lograra la materialización de ese proceder desviado.

En este orden de ideas y, conforme se abordó en el acápite denominado “marco conceptual”, **Rodolfo Hernández Suárez**, al ejercer los roles de un servidor público, específicamente, los de un alcalde y un miembro de la junta Directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, debía propender por materializar el cumplimiento de los fines estatales. En consonancia con ello, aun cuando determinados procedimientos no se ejecutaran directamente por él, como en el *sub examine*, en donde la celebración de contratos de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.– era competencia de José Manuel Barrera Arias, lo cierto es que, de acuerdo a las expectativas normativas devenidas de los cargos que detentaba, se le exigía velar para que dichos trámites se adelantaran en consonancia con los principios de la contratación estatal o del manual de contratación de la entidad. En consecuencia, al ordenarle a José Manuel Barrera Arias, gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P.–, que seleccionara Jorge Hernán Alarcón Ayala como contratista del contrato 096 de 2016, sin adelantar el proceso precontractual pertinente, se defraudaron los deberes previstos en los arts. 21 y 27 del MdC de la entidad, lo que de contera estructura su autoría en el delito enrostrado por la agencia fiscal.

Así pues, tal y como lo solicitó el representante del Ministerio Público, es necesario realizar la variación de la calificación jurídica de la conducta acusada por la agencia fiscal a Hernández Suárez, pues el acusado es autor directo del comportamiento enrostrado -en razón a los deberes devenidos de los roles que ocupaba en la institución positiva a la que pertenecía- y no determinador como lo concibió el ente acusador, pues su comportamiento no se trató de una orden típica de dicha forma de participación genérica, sino del interés que mostró y exteriorizó de manera indebida para la asignación del contrato de consultoría, siendo el verbo recto “interesarse” del art. 409 del C.P., una conducta especial que se aleja, en este caso, de la responsabilidad por la accesoriedad limitada propia de los partícipes –art. 30 del C.P.–, en el entendido que, impartir ordenes indebidas, acompañadas del contexto en que se tramitó el contrato, no son disposiciones que dependieran simplemente de la competencia institucional de otro autor, como José Manuel Barrera Arias, sino que, constituye una defraudación a la expectativas normativas que se predicaban del alcalde y miembro de la junta directiva de la EMAB S.A. E.S.P.

Dicho ello, esta modificación es admisible, pues no se agravan las condiciones del enjuiciado, dado que la sanción prevista para autor o determinador es la misma, y no se afectan garantías fundamentales de las partes e intervinientes, ya que, precisamente, esta labor tiene por objeto adecuar correctamente los hechos a la descripción típica, conforme lo demostrado en el desarrollo del juicio.

Sobre este punto, recuérdese que la defensa en los alegatos de conclusión cuestionó que la fiscalía hubiera calificado el rol de su prohijado como “determinador”, cuando los hechos atribuidos se refieren es a una “autoría” directa. Ello quiere decir que, la defensa efectivamente tuvo claridad sobre los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación y contó con la oportunidad de defenderse de los mismos, muy a pesar de



que la denominación jurídica de la fiscalía no correspondiera al enunciado normativo que realmente se ajusta a la conducta ejercida por Rodolfo Hernández, quien defraudando sus deberes positivos derivados de la competencia institucional, se interesó indebidamente en provecho de un tercero para designar el contrato de consultoría en cuestión. Como el núcleo fáctico se mantuvo inalterable y la punibilidad del autor parte del mismo presupuesto que la del determinador, se cumple con la subregla jurisprudencial para variar la calificación jurídica, por no perjudicar al procesado.

Ahora bien, frente a la prueba de descargo, esto es, la declaración de Lía Patricia Carrillo García y de Sergio Oswaldo Cajías Lizcano, se tiene que su contenido no se refiere directamente a los hechos que ocupan la atención de este despacho, sino que se relacionan con valoraciones subjetivas acerca de los comportamientos que exteriorizaba **Rodolfo Hernández Suárez** en el desarrollo de sus funciones como Alcalde, pero que en nada hacen alusión al proceso de selección del contratista Jorge Hernán Alarcón Ayala. De otro lado, los videos, testigos u otros documentos que pudieran aportar más elementos de juicio sobre la corroboración de la reunión que potencializó el direccionamiento de la consultoría, esto es, la sostenida en el apartamento ubicado en la calle 51 No. 37-12 de esta ciudad, si bien son medios que podrían ser valiosos para reafirmar la tesis de la fiscalía, pese que la defensa y el procesado los echan de menos, estima este funcionario que, con los elementos de prueba practicados en juicio existe suficiente información para emitir condena por los hechos acusados, máxime cuando los medios fueron debidamente valorados conforme al principio de libertad probatoria –art. 373 del C.P.-, tanto individualmente como en conjunto, incluida la temporalidad y trazabilidad de los correos, tal cual lo solicitó la defensa en sus alegatos de conclusión.

En este punto, se insiste que, conforme el mandato de la carga de la prueba, la fiscalía acreditó su teoría del caso, sin que se le pueda exigir elementos adicionales para acrecentar el estándar más allá de duda razonable, máxime cuando los otros medios podrían tornarse repetitivos del contexto que está suficientemente demostrado. Si la hipótesis de la defensa es que los medios que se echan de menos podrían refutar los practicados por el ente acusador, en virtud de los deberes de aportación, mas no de la carga dinámica, tales elementos de convicción podían haberse postulado por aquel y practicado en el juicio oral para lograr contrastar los mismos con los presentados por la parte contraria, situación que no aconteció, pues el togado optó por otra estrategia, sin que tampoco estuviere obligado –regla imperativa- a necesariamente allegarlos, ya que de tal omisión no puede invertir la presunción de inocencia que consideró se mantendría incólume, presunción *iusuris tantum* que fue desvirtuada con la practica probatoria de la fiscalía, por todo lo que aquí se ha argumentado.

Tampoco se comparte el argumento defensivo sobre la inviabilidad de la reunión suscitada en el Edificio Premier, dado el corto lapso temporal transcurrido entre el nombramiento de José Manuel Barrera Arias, que se efectuó el 21 de junio de 2016 y dicho encuentro, que de acuerdo a los correos electrónicos allegados por el ente acusador, tuvo que efectuarse entre el 21 de junio de 2016 y el 24 de junio siguiente. Conforme a esta postulación, si bien es cierta dicha situación, el despacho considera que la misma no descarta de tajo la reunión, ya que no propone una circunstancia que hubiera imposibilitado materialmente la reunión, sino que por el contrario, termina corroborando la celeridad que se imprimió al proceso de selección del contratista del negocio jurídico 096 de 2016, conforme lo mencionó Florentino Rodríguez, testigo de la Fiscalía. Entonces, la supuesta máxima corresponde a un argumento entimemático que no cuenta con soporte empírico para llegar a la conclusión que pretende la defensa.



Además de ello, la agencia fiscal y el apoderado de víctima del municipio de Bucaramanga en sus alegatos de conclusión hicieron alusión al concepto de “carga dinámica de la prueba” para cuestionar a la defensa sobre la falta de aportación de elementos de conocimiento para controvertir lo acreditado por la agencia fiscal. Al respecto, de acuerdo a lo señalado de forma preliminar en el acápite “marco conceptual” y con fundamento en lo interpretado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que se hace extensivo en materia penal, no puede imponerse la carga dinámica de la prueba a las partes para que demuestren determinado tópico, sino que ello se regula a través de los deberes de aportación que, como se sabe, se imponen principalmente a la Fiscalía, quien debe probar la materialidad y responsabilidad penal del procesado, como en efecto ocurrió, sin que fuera necesario –además de no ser jurídicamente viable– dinamizar la carga de la prueba. En ese orden de ideas, reitérese que, por mandato legal, el ente acusador tiene el deber de probar su pretensión so pena de soportar las consecuencias procesales de ello, lo cual no sucede con la defensa, quien puede optar por una defensa activa o pasiva, de conformidad a su estrategia.

En punto de la tipicidad subjetiva, **Rodolfo Hernández Suárez**, conocía que con su comportamiento realizaba los hechos constitutivos de la infracción penal y, dirigió su voluntad a la ocurrencia de este. Lo anterior, ya que, como integrante del máximo órgano directivo de la Empresa de Aseo de Bucaramanga –EMAB S.A. E.S.P. – sabía de las reglas estatutarias y contractuales que debía acatar, como lo aseveró en su declaración; no obstante, sembró la idea en su subordinado José Manuel Barrera Arias, para que conforme sus facultades, procediera a favorecer a Jorge Hernán Alarcón Ayala, desobedeciendo el trámite dispuesto para ello. El conocimiento del deber que tenía Rodolfo Hernández Suárez fue suficientemente ilustrado en la providencia, por lo que simplemente se recuerda que, según la prueba practicada en juicio, el proceso contractual de la consultoría no se realizó a espaldas del mismo, sino que su intervención fue activa en el marco de su competencia institucional, muy a pesar que por su experiencia sabía de las reglas que regulan la contratación estatal y la prohibición de interesarse indebidamente por un contrato específico, al punto de tomar partida en el asunto indicando que él respondería por el contratista.

Así mismo, considera este Juez, que la conducta de **Rodolfo Hernández Suárez**, conculcó formal y materialmente el bien jurídico de la administración pública, conforme los lineamientos establecidos en el art. 209 de la C.P., que impone a las autoridades, la moralidad pública y una gestión objetiva de los asuntos a su cargo, que se traduce en la exigencia de que el servidor público actúe garantizando la indemnidad de la función pública por medio de su imparcialidad, la cual debe fundarse en el interés general y la eficacia de los principios a la igualdad y la posibilidad de construir un orden justo como fundamento del Estado. Rememórese que la infracción del deber del entonces alcalde afectó los principios de selección objetiva y transparencia, siendo importante precisar que, si bien no se cuestiona la apropiación efectiva de recursos públicos, la afectación al bien jurídico se genera por la desventaja que se causa en los procesos contractuales cuando media un interés indebido para elegir un consultor contrario a la reglas establecidas para ello, lo cual contraría los estándares internacionales sobre la materia para la prevención de la corrupción, que exige entre otros “la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos”⁹², que en este caso fueron defraudados por el procesado.

⁹² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 9, literal c), aprobada en Colombia mediante la Ley 970 de 2005.



Sumado a ello, el Despacho encuentra que el procesado comprendía lo ilícito de su obrar y podía autodeterminarse conforme a tal entendimiento, pues en el transcurso del proceso no se demostró causal de inimputabilidad; así mismo tenía conciencia de la ilicitud de su conducta, evidenciándose que su comportamiento se dirigió a mostrar rebeldía por las reglas que rigen la contratación y de contera la imparcialidad que debía caracterizar su mandato para con los procesos contractuales, debiendo abstenerse de interesarse indebidamente en designar al consultor, máxime cuando en el entramado del contrato, según el contexto visto en esta sentencia, se aceleró el proceso para favorecer a un tercero.

Precisados los aspectos precedentes, este operador judicial encuentra probada la teoría del caso por parte de la Fiscalía General de la Nación, y descarta la hipótesis planteada por la defensa por no resultar plausible, lo que conlleva a emitir sentencia condenatoria en contra del enjuiciado, pero en su condición de autor directo, por la conducta enrostrada, comoquiera que se evidencia una transgresión típica, antijurídica y culpable, atribuible a **Rodolfo Hernández Suárez**, que indudablemente debe ser sancionada por el Estado.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

De acuerdo al devenir del proceso, se verificó la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos, dispuesto en el art. 409 del C.P

- **Ámbitos punitivos, cuartos de movilidad y determinación de la pena de prisión**

Artículo	Mínimo	Máximo
409 del Código Penal	Prisión: 64 meses Multa: 66.66 SMLMV Inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas: 80 meses	Prisión: 216 meses Multa: 300 SMLMV Inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas: 216 meses

Cuartos de movilidad de la pena de prisión		
Cuarto mínimo	Cuartos medios	Cuarto máximo
64 a 102 meses de prisión	102 meses un día a 178 meses de prisión	178 meses un día a 216 meses de prisión

Cuartos de movilidad de la multa		
Cuarto mínimo	Cuartos medios	Cuarto máximo
66.66 a 124.995 SMLMV	124.996 a 241.665 SMLMV	241.666 a 300 SMLMV

Cuartos de movilidad de la Inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas		
Cuarto mínimo	Cuartos medios	Cuarto máximo
80 a 114 meses	114 meses un día a 182 meses	182 meses un día a 216 meses



El artículo 61 del Código Penal regula lo relacionado a parámetros y extremos punitivos, a efectos de determinar el cuarto punitivo que debe elegir el juzgador de acuerdo con la concurrencia o no de circunstancia de mayor o menor punibilidad. Para el caso de trato, se acreditó la circunstancia de menor punibilidad dispuesta en el numeral primero del artículo 55 del Código Penal, esto es, la carencia de antecedentes penales, e igualmente no se verificaron situaciones de mayor sanción, razón por la cual la pena debe establecerse dentro del mínimo del primer cuarto de movilidad.

En consecuencia, se impondrá a **Rodolfo Hernández Suárez** la pena de **sesenta y cuatro (64) meses de prisión, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de ochenta (80) meses.**

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y PRISIÓN DOMICILIARIA

Por ministerio de ley, se abstendrá el despacho de otorgar al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, contemplado en el artículo 63 del C. P., toda vez que existe prohibición legal conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 68A del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014 y además la sanción de prisión impuesta, excede de los cuatro años.

Ahora bien, es de advertir que **Rodolfo Hernández Suárez** debe ser considerado persona mayor, no solo, de cara a nuestra legislación, sino también a la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, la cual fue aprobada por nuestro país a través de la Ley 2055 de 2.020. Lo anterior, ya que esta persona cuenta con 79 años.

De igual manera, el artículo 3 de la citada convención, dispone como uno de los principios orientadores, el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. Por su parte, el artículo 13 menciona, que estos sujetos de especial protección, tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Así mismo, los Estados parte garantizarán su acceso, cuando se encuentre privados de la libertad, a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, **según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.**

También advierte que, los Estados parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizarles el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, eliminando los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Igualmente, la persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el sentenciado tiene 79 años, tratándose de una persona mayor, sujeto que requiere de especial protección y que tiene derecho a la libertad y seguridad personal, este estrado considera procedente diferir el cumplimiento de la sanción impuesta en esta sentencia, para el momento en que la misma cobre ejecutoria, tal cual se fundamentó y se dispuso luego de emitido el sentido de fallo.



Por otro lado, en el traslado del art. 447 del C.P.P., la defensa solicitó que se otorgara la prisión domiciliaria a **Rodolfo Hernández Suárez**, de acuerdo a lo previsto en el numeral cuarto del art. 314 del C.P.P., en razón a las afecciones de salud que presenta, devenidas del cáncer de colon. Así las cosas, dicho profesional del derecho presentó la epicrisis del procesado, la cual fue remitida al INMLCF, a efectos de que profiriera peritación sobre la incompatibilidad del estado de salud del precitado con la vida en reclusión. En ese orden de ideas, mediante informe UBBUC-DSSA-02786-2024, se concluyó que:

“El señor RODOLFO HERNÁNDEZ SUÁREZ, con diagnóstico de Adenocarcinoma del colon ascendente del ángulo cólico derecho ESTADIO 4, por su condición de enfermo terminal de cáncer, aún en quimioterapia para manejo paliativo de metástasis hepáticas, asociado a comorbilidad (Diabetes mellitus tipo 2 insulino requiriente), permiten fundamentar un ESTADO DE SALUD GRAVE POR ENFERMEDAD, para determinar compatibilidad con la vida en reclusión es necesario que la autoridad judicial en conjunto con las autoridades carcelarias verifiquen que no se cuente con los medios, para continuar garantizando de acuerdo a los diagnósticos los controles y la continuidad del tratamiento.”

Con ocasión a ello, se procedió a requerir a la autoridad carcelaria, en aras de que informara si en sus ERON podían garantizar la vida intramural en condiciones dignas del sentenciado, de acuerdo a las afecciones que padece. Para el efecto, en oficio 8310-DIRAT-SUBAS-GRUSS, la subdirectora de salud del INPEC, anunció que:

“En este sentido la operación del Modelo actual se realiza a través de operadores regionales de salud que de manera intramural garantizan la atención ambulatoria de baja complejidad, entrega de medicamentos, apoyo diagnóstico básico y consulta con algunas especialidades mediante brigadas a los PPL bajo cobertura del fondo, para los PPL que se encuentran afiliados al régimen contributivo como es el caso del señor Hernández únicamente se les garantiza una atención inicial de urgencias los demás servicios deben ser asumidos y prestados en IPS externas contratadas por la EPS Sanitas. Los servicios de mayor complejidad se prestan mediante consultas programadas en la red externa de IPS contratada por la entidad fiduciaria.

El modelo de atención para la PPL, no incluye de manera intramural, el manejo de pacientes con enfermedades crónicas en estado terminal, o que requieran de apoyo para la realización de actividades básicas de la vida cotidiana, ni para los PPL a cargo del fondo ni contempla estas atenciones para PPL afiliados al régimen contributivo.”

Finalmente, a través del oficio UBBUC-DSSA-04738-2024 de 11 de junio de 2024, el INMLCF, conceptualizó que **Rodolfo Hernández Suárez** presenta estado grave de salud por enfermedad terminal que no es compatible con la vida en reclusión.

Conforme a lo anterior, el despacho concluye que: (i) **Rodolfo Hernández Suárez** padece de cáncer en el colon, en fase terminal, con metástasis hepática, que se encuentra aun recibiendo quimioterapia como mecanismo paliativo de la enfermedad y (ii) el sistema asegurador de salud de los PPL a cargo del INPEC, no presta servicios médicos intramurales para el manejo de enfermedades crónicas en estado terminal.

En consonancia, se advierte que, para garantizar, principalmente, los derechos fundamentales a la vida y dignidad humana de Rodolfo Hernández Suárez, es procedente otorgarle la prisión domiciliaria, pues además de que la experta del INMLCF concluyó que la patología que padece es incompatible con la vida en reclusión, estar en su lugar de residencia, le permitirá recibir la atención médica que requiere, asegurando el goce de sus prerrogativas fundamentales y, por ende, se evitaría las consecuencias



naturales de enviarlo a reclusión intramural sin un adecuado servicio médico⁹³. Esta determinación se traduce en la aplicación de medidas afirmativas en beneficio de este sujeto de especial protección convencional y humaniza la justicia y el sistema penitenciario, máxime cuando del mismo debe predicarse un enfoque de interseccionalidad, pues además, Hernández Suárez es un adulto mayor –en ese sentido, también se satisface el presupuesto objetivo señalado en el numeral 2 *ibidem*– lo cual exige a este administrador de justicia, usar mecanismos que impidan la prolongación de su sufrimiento⁹⁴, como lo es el beneficio que en efecto se le concederá.

En consecuencia, el sentenciado deberá suscribir acta de compromiso con las obligaciones descritas en el numeral cuarto, literales a) a d) del art. 38B del C.P. y prestará caución prendaria consiste en depósito judicial por valor equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes ante el Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad.

OTRAS DETERMINACIONES

De conformidad a lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 102 de la Ley 906 de 2004 y una vez cobre ejecutoria la presente decisión, la víctima podrá iniciar el incidente de reparación integral con el fin de reclamar los perjuicios que considere, se le ocasionaron con la conducta punible por la que se dictó condena en contra del sentenciado.

Finalmente, comuníquese la sentencia ya en firme a las autoridades de que tratan los artículos 166 y 462 de la Ley Procedimental Penal, remitiéndose copia de esta y elaborando ficha técnica con destino al juez que vigilará la condena.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONDENAR a **RODOLFO HERNÁNDEZ SUÁREZ**, identificado con cédula de ciudadanía 5.561.779 expedida en Bucaramanga (Santander), a la pena principal de **SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE SESENTA Y SEIS PUNTO SESENTA Y SEIS (66.66) SMLMV E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE OCHENTA (80) MESES**, en calidad de autor directo del delito de **INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS**, dispuesto en el artículo 409 del Código Penal, por los hechos estudiados en esta oportunidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR a **RODOLFO HERNÁNDEZ SUÁREZ** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁹³Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 15.

⁹⁴CC, sentencia T-472-23.



TERCERO: CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA a RODOLFO HERNÁNDEZ SUÁREZ, de conformidad a lo dispuesto en el numeral cuarto del art. 314 del C.P.P., esto es, por enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión, en atención a lo expuesto en el acápite que antecede. En consecuencia, el sentenciado deberá suscribir acta de compromiso con las obligaciones descritas en el numeral cuarto, literales a) a d) del art. 38B del C.P. y prestará caución prendaria consiste en depósito judicial por valor equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes ante el Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad. Para el cumplimiento de la sanción en su lugar de residencia, la misma se hará efectiva una vez cobre ejecutoria esta sentencia.

CUARTO: De conformidad a lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 102 de la Ley 906 de 2004 y, una vez cobre ejecutoria la presente decisión, la víctima podrá iniciar el incidente de reparación integral con el fin de reclamar los perjuicios que considere, se le ocasionaron con la conducta punible por las que se dictó sentencia de condena en contra de **RODOLFO HERNÁNDEZ SUÁREZ.**

QUINTO: Una vez en firme esta sentencia, **LIBRAR** las comunicaciones de que tratan los arts. 166 y 462 del Código de Procedimiento Penal, remitiéndose copia de esta junto con su ficha técnica por intermedio del Centro de Servicios Judiciales a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga.

SEXTO: Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR JAVIER VALENCIA CABALLERO
Juez