

Proceso No 23543

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No.117

Bogotá. D. C., once (11) de julio del dos mil siete .

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Concluida la audiencia pública, la Sala decide el fondo del asunto dentro de la causa que, por los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, cursó en contra del doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA, en su condición de ex gobernador del Departamento de Guainía.

HECHOS y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 11 de junio de 1997, momento para el cual estaba como gobernador encargado del Guainía el doctor HÉCTOR GERMÁN HERNÁNDEZ NIETO, la Gobernación celebró el contrato de obra pública No. 026, por valor de \$32'183.600.00, con el señor JUAN EVANGELISTA MARÍN BEDOYA, cuyo objeto era la construcción de un puente de madera de 42 metros de largo y 6 metros de altura sobre el sitio conocido como Caño Ramón, en el kilómetro 72 de la vía Huesito- Puerto Caribe de ese Departamento.

Más adelante, el 17 de septiembre del mismo año, el gobernador titular, HUMBERTO TOVAR HERRERA, celebró el contrato adicional No. 01 con el mismo contratista, cuyo objeto fue la ampliación del plazo de ejecución de la obra contratada inicialmente.

2. Adelantada la investigación, el 22 de febrero del 2005 el Fiscal General de la Nación acusó al doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA, como presunto autor responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades y peculado culposo, en tanto que precluyó la investigación a favor del doctor HÉCTOR GERMÁN HERNÁNDEZ NIETO.

En providencia del 3 de noviembre del 2005, el instructor repuso la anterior decisión, en el sentido de declarar la prescripción de la acción penal por el delito de peculado culposo. En consecuencia, dispuso la preclusión de investigación, en relación con esa conducta punible.

EL PROCESADO

El doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA nació en La Dorada, Caldas; se identifica con la cédula de ciudadanía número 10'163.044 de esa ciudad; estado civil casado con Stephanía Chávez Hernández; tiene un hijo; es ingeniero civil; para el momento de la indagatoria -19 de septiembre de 2003-, se encontraba detenido en la Penitenciaría Nacional La Picota, por una condena impuesta por la Corte Suprema de Justicia.

LA ACUSACIÓN

El Fiscal General de la Nación fundamentó sus cargos en las siguientes razones:

1. Frente al delito de contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, en el trámite, celebración y liquidación del convenio al que se contrae este asunto se violaron, en forma ostensible, los requisitos legales sustanciales de la

contratación y se atentó gravemente contra los principios de planeación, transparencia y selección objetiva.

2. Según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en el decreto 855 de 1994, así como en la regulación presupuestal del departamento del Guainía para la vigencia fiscal de 1997, era menester la existencia de aviso de invitación y la obtención de una pluralidad de ofertas, atendiendo al valor del contrato.

3. Las cotizaciones surgieron de la nada y en ninguna de las propuestas se hace referencia a que los oferentes estuvieran respondiendo a un aviso de invitación; de su contenido se advierte una especial similitud, lo que sugiere manipulación y concertación del mismo. Además, las firmas no aparecen escritas en máquina de escribir.

4. Se desconoció el principio de planeación consagrado en el numeral 12 del artículo 28 de la ley 80 de 1993, porque la Gobernación del Guainía no efectuó estudios previos que permitieran delimitar los requerimientos que se demandaban para la ejecución de las obras relacionadas con el puente.

5. La contratación fue ideada y desarrollada para favorecer los intereses de la señora Luz Marina Muñoz, diputada a la asamblea, y de su compañero Edgar Manuel Garzón Cruz, pues el propio contratista JUAN EVANGELISTA MARÍN BEDOYA ha sido enfático en manifestar que se limitó a prestar su nombre para esa contratación, que los mencionados solicitaron su colaboración como testaferro contractual y que los dineros que recibió fueron entregados a citado señor Garzón Cruz.

6. Los señores Clemente Sánchez Fila y Hernando Jiménez Garzón declararon que fueron contratados por Garzón Cruz para el corte y el transporte de la madera, respectivamente, que iba a ser utilizada en la obra. De ahí se concluye que el señor MARÍN BEDOYA fue utilizado como instrumento para que formalmente apareciera como contratista, como una modalidad de “testaferro” contractual, pues en realidad

lo eran Edgar Manuel Garzón Cruz y su esposa Luz Marina Muñoz, diputada a la asamblea departamental.

7. Con relación a la violación legal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, para la época de celebración del contrato, la señora Luz Marina Muñoz se desempeñaba como diputada a la Asamblea del Guainía y si bien es cierto que la ley no ha regulado, de manera completa, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para esos funcionarios, también lo es que no puede ser menos exigente que el establecido para los congresistas. Se infiere, entonces, que si éstos no pueden intervenir en asuntos contractuales de la administración, por sí o por interpuesta persona, esa misma inhabilidad se debe predicar de aquellos.

En esa violación incurrió no solo la señora diputada, sino también el servidor público que celebró el contrato y conoció con suficiencia la existencia de esa inhabilidad, no obstante lo cual dirigió su voluntad a quebrantar el precepto.

8. Sobre la responsabilidad de HUMBERTO TOVAR HERRERA frente al delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, los elementos de juicio apuntan a demostrar su injerencia en el trámite previo a la celebración del contrato.

8.1. La oferta presentada por MARÍN BEDOYA tiene su visto bueno, con seguridad significativo de su selección. Ese acto es demostrativo de su intervención en la valoración de las ofertas, momento en el cual debió advertir que no existían estudios de conveniencia, oportunidad, ni de orden técnico, ni planos o diseños que viabilizaran las obras, que no existía aviso de invitación y que las ofertas surgieron de la nada.

8.2. El delito lo comete no solamente quien celebre el pacto, sino también quien lo tramite o lo liquide sin observancia de los requisitos legales esenciales, como ocurrió en este caso, pues el doctor TOVAR HERRERA tramitó el contrato 026 de 1997 con violación de los requisitos legales esenciales y lo liquidó

sin verificar su cumplimiento.

8.3. Además, obró con conciencia de la antijuridicidad de su conducta, pues sabía quién era el señor MARÍN BEDOYA y que su oficio era el de peluquero. Cuando avaló su propuesta debió advertir su inidoneidad para acometer y responder por las obras.

9. Respecto de la vulneración del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades la responsabilidad del ex gobernador se encuentra comprometida, porque sabía quiénes eran los verdaderos contratistas y conocía la causal de inhabilidad o incompatibilidad de la señora Luz Marina Muñoz, y a pesar de ello intervino en la tramitación, aprobación y liquidación del contrato.

Sin duda, las relaciones de orden político y personal entre la señora Luz Marina Muñoz y el doctor TOVAR HERRERA facilitaron el desarrollo de la corrupta contratación, pues además debía saber que MARÍN BEDOYA no podía ejecutar obras y, por tanto, que detrás de él se ocultaban los verdaderos contratistas.

10. En cuanto a la responsabilidad del ex gobernador encargado, HÉCTOR GERMÁN HERNÁNDEZ NIETO, si bien es cierto que fue quien suscribió el contrato y por tanto le era exigible verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, para lo cual pudo haber advertido que no existía el aviso público de invitación o los estudios pertinentes, no se puede desconocer que para ese momento el gobernador titular ya había seleccionado al contratista, quien había plasmado un visto bueno a la propuesta del señor MARÍN BEDOYA, a quien no conocía y, por tanto, no sabía cuál era su verdadera condición y oficio.

Tampoco existe elemento de juicio que permita inferir que para el momento en que suscribió el contrato supiera que los verdaderos contratistas eran la diputada y su compañero.

Seguramente, en un acto de negligencia, confió en que el proceso contractual se había llevado conforme a los postulados de la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, pero el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales solamente admite el dolo como modalidad de la conducta punible.

LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA

La Fiscalía General de la Nación solicitó fallo condenatorio. Sus argumentos fueron los siguientes, sustentados, sobre todo, en el testimonio del señor JUAN EVANGELISTA MARÍN.

1. Este señor, inexperto en obras públicas, prestó su firma para la celebración del contrato y se dio cuenta del error que había cometido cuando vio que el puente no se había construido. Señaló que la señora Luz Marina Muñoz, para entonces diputada a la asamblea departamental, y su compañero, Edgar Manuel Garzón Cruz, alias “Barrabás”, fueron quienes lo buscaron para que prestara su firma. El primer cheque lo cobró y se lo pagó a este último y el segundo cheque se lo endosó a un señor Pardo, porque así lo autorizó “Barrabás”. Además, señaló que 10 años atrás había trabajado con el padre de la funcionaria.

Como respaldo de esos señalamientos, se encuentra el testimonio del indígena Clemente Sánchez, quien le hizo unos trabajos a “Barrabás”; fue quien cortó la madera y todavía le debe dinero por ese concepto. Reconoció que el contratista del puente, era el mismo dueño del tractor, es decir, Edgar Manuel Garzón.

Hernando Jiménez Garzón, operador de máquina pesada, fue quien transportó toda la madera para la construcción del puente y allí quedó arrimada, en el lugar donde se tenía proyectada la obra. Señaló que Edgar Garzón Cruz mandó a firmar el contrato, porque como la esposa era diputada, él no podía hacerlo.

Esas dos declaraciones reafirman la sinceridad de EVANGELISTA MARÍN, quien agregó que Garzón Cruz apoyó la campaña de su esposa a la asamblea departamental y al mismo tiempo la de TOVAR HERRERA a la gobernación, aspecto que revela gratitud por un favor político.

La contratación, entonces, nació viciada por predeterminación del contratista, quien se ocultó detrás de un ciudadano inexperto en obras, y que por sí solo constituye el delito de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en el artículo 144 del Código Penal de 1980.

2. Frente al delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, se tiene que como la contratación por interpuesta persona es indicativa de la predeterminación del contratista, surge como consecuencia el desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva que son condiciones esenciales para cualquier contrato, así se trate de contratación directa.

A ello se suma la ausencia de una invitación pública, que no se traspapeló, sino que no existió, porque esa contratación ya se hallaba previamente establecida para Luz Marina Muñoz y Edgar Manuel Garzón.

Si se miran algunas de las ofertas, aparte de la ganadora, el lenguaje preconcebido y casi idéntico en que se redactaron es un elemento indicativo de que el contrato 026 y su adicional fueron simples imposturas para pagar un favor político a los verdaderos contratistas. Menos aún se iba a tener planeación, diseños o estudios previos, todo lo cual hace parte también del debido proceso contractual y de la democracia en la contratación, para satisfacer las necesidades de la comunidad, que en este caso no interesó.

3. En relación con la tipicidad, precisa que si bien para la época en que se cometieron los hechos regía el artículo 144 del Código Penal de 1980 y no estaba reglamentado

legalmente el régimen de inhabilidades para los diputados, el artículo 299 de la Carta Política determina que ese régimen debe ser fijado por la ley y no puede ser menos estricto que el señalado para los congresistas quienes, de acuerdo con el artículo 180 de la misma normativa, no pueden gestionar a nombre propio o ajeno asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administran tributos, ni celebrar contrato alguno con las entidades públicas por sí o por interpuesta persona. Entonces, por aplicación directa de este artículo, el gobernador no podía contratar, así fuera por interpuesta persona, con la diputada Luz Marina Muñoz o sus familiares.

4. La inhabilidad también cobija al gobernador, por disposición de los artículos 144 del Código Penal de 1980 y 26-2 de la ley 80 de 1993, de los cuales se desprende que los servidores públicos responden por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, como lo hizo el ex gobernador TOVAR HERRERA al contratar por interpuesta persona con la diputada o su compañero permanente, a sabiendas de la inhabilidad. A su turno, el numeral 7º del precepto citado señala que los contratistas responden por el ocultamiento de las inhabilidades, las incompatibilidades, por sus omisiones o por suministrar información falsa.

5. Es necesario juzgar el comportamiento del procesado a la luz del artículo 146 del Código Penal de 1980 y no del 410 del actual, que suprimió el ingrediente subjetivo de obtener un provecho económico para sí o para otro, pues resultaría más favorable en caso de que no se lograra probar ese propósito. Sin embargo, como el provecho puede ser no solo para el servidor, sino para un tercero, en este caso la celebración del contrato a través de otro favorece a la diputada y a su compañero permanente.

6. Si bien es cierto el procesado no firmó el contrato No. 026 del 11 de junio de 1997, pues lo hizo el ex gobernador encargado, el delito no solo se comete por la celebración sino por la tramitación y la liquidación. Al respecto, se observa que la firma impuesta en la propuesta seleccionada y en el contrato adicional, es señal

de su decidida intervención, con las irregularidades advertidas, en la etapa de adjudicación y selección del contratista.

Con ese proceder, la administración pública se vio afectada porque se contrató con una persona inhabilitada para pagar un favor político, sin atender a los mínimos requerimientos legales, con lo cual la expectativa de terceros verdaderamente expertos en el tema de los puentes, quedó frustrada. Y así no se esté haciendo imputación por el delito de peculado, la pérdida de los dineros es tangible, porque la comunidad del Guainía se vio privada de la construcción de un puente.

El defensor del procesado solicitó fallo absolutorio, con los siguientes argumentos:

1. Los testimonios que el fiscal delegado trae a colación en su intervención, son de oídas, porque su relato proviene de las manifestaciones del señor Garzón Cruz y ninguno de ellos afirma que el contrato fuera otorgado por el doctor TOVAR HERRERA.
2. No está probada la predeterminación del contrato, como tampoco la familiaridad que predica la fiscalía entre el ex gobernador y la señora Luz Marina Muñoz y su esposo.
3. No se le puede dar credibilidad a una persona como JUAN EVANGELISTA MARÍN, que se presta para engañar a la administración pública y que según se estableció, se acercó a la administración, pidió formularios, averiguó sobre el trámite del contrato y solicitó los respectivos cheques. Pero la fiscalía no corroboró que el dinero entregado a Edgar Manuel Garzón hubiese sido consignado en la cuenta de un tal Pardo, ni esos ingresos aparecen en la cuenta de aquel.
4. El señor Filio comprueba que existió una negociación para construir el puente, no para que TOVAR HERRERA le entregara a Garzón Cruz los dineros del Estado y este se apropiara de ellos.

5. La fiscalía deriva la predeterminación de la contratación en la inexistencia de documentos o de invitaciones, pero no advirtió que los señores César Meléndez y Joaquín Romero, declararon bajo la gravedad del juramento que ellos tuvieron ante sus ojos dicha documentación. Entonces, por qué no creerle a ellos, sino a quien ha mentado a la administración pública para favorecer intereses de otros.

6. Desde un principio, la defensa, con el propósito de demostrar la inocencia del doctor TOVAR HERRERA, ha venido pidiendo e insistiendo en la presencia de los señores Edgar Manuel Garzón Cruz y Elker Torres, para que manifiesten si éste había coordinado con ellos el contrato. Pero no se logró su asistencia pese a que se sabía dónde se encontraban esos señores, con lo cual se ha desconocido el derecho a la defensa.

Además, se vulneró el principio de investigación integral, porque no se realizaron los esfuerzos necesarios para que comparecieran los citados señores, quienes son los responsables como se puede colegir de la declaración de MARÍN BEDOYA quien, en un principio, trató de no vincular a TOVAR HERRERA, pero cuando inició el proceso penal, le atribuyó toda la responsabilidad.

7. Como puede existir delegación y confianza por parte del gobernador, quien no puede suplir todas las situaciones que se le presentan, en este caso trasladó a su secretario de gobierno las funciones atinentes a la selección objetiva y a la revisión de documentos. Este contrato fue revisado, se llenaron los presupuestos del caso, pero no por cohonestar, como trata de hacerlo ver la fiscalía.

El representante del Ministerio Público requirió sentencia condenatoria, por los siguientes motivos:

1. El señor HUMBERTO TOVAR HERRERA incurrió en el punible de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, porque en la celebración del convenio No. 026 desconoció el principio de selección objetiva en la escogencia del contratista, y

liquidó el pacto sin que se hubiese ejecutado la obra.

2. No cumplió con las mínimas exigencias para la contratación de menor cuantía, como son la de invitación y de fijación de avisos públicos.
3. No obra prueba que determine la existencia de estudios previos de conveniencia, oportunidad y factibilidad, como lo ordena el estatuto de contratación y en el programa de gobierno del procesado, se indica la necesidad de construir el puente de madera sobre el Caño Ramón.
4. La obtención del provecho ilícito se trasluce en el beneficio de un tercero, que en este caso está conformado por la entonces diputada a la Asamblea Departamental y su compañero permanente Edgar Manuel Garzón Cruz.
5. Las excusas del procesado no pueden ser de recibo, porque fue un hecho notorio en la comunidad que la obra ni siquiera comenzó. Su intención de mostrarse ajeno a los hechos, es evidente, porque le era exigible corroborar el cumplimiento del contrato, antes de proceder a liquidarlo.
6. Sobre la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, al momento de la celebración del contrato la señora Luz Marina Muñoz era diputada a la Asamblea Departamental del Guainía, y ella y su compañero permanente fueron los beneficiarios de la contratación.
7. Desconociendo lo dispuesto en el estatuto general de la contratación y en los artículos 180 y 299 de la Carta Política, obraron concertadamente con la administración departamental, concretamente con el procesado, para llevar a cabo el convenio.

CONSIDERACIONES

A. Sobre la responsabilidad

1. La Corte se identifica en todo con las solicitudes que hacen la Fiscalía y el Ministerio Público, porque se corresponden con aquello que dice la prueba.
2. El artículo 232 del Código de Procedimiento Penal exige, para la emisión de un fallo condenatorio, que las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, conduzcan a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del sindicado.
3. En el asunto que se examina, el Fiscal General de la Nación acusó al ex gobernador del Departamento del Guainía como autor de los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos, en su orden, en los artículos 146 y 144 del Código Penal de 1980, legislación que resulta más favorable que la actual para el acusado, no en cuanto a la pena privativa de la libertad que, para ambos delitos, es la misma en las dos legislaciones, sino frente a la multa.
4. Por cuestiones metodológicas, la Sala, con fundamento en los elementos de juicio obrantes en la foliatura, examinará inicialmente la conducta punible de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, que la norma mencionada define así:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

La calidad de servidor público del doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA se encuentra debidamente demostrada y no surge discusión en cuanto a la calidad de gobernador del

departamento del Guainía, para la época en que se suscribió el contrato No. 026 de 1997 con el señor JUAN EVANGELISTA MARÍN BEDOYA, y su adicional del 17 de septiembre del mismo año.

Es incuestionable que el mandatario departamental desconoció los lineamientos contenidos en la ley 80 de 1993, en concordancia con el decreto 855 de 1994, más concretamente los principios de transparencia y selección objetiva, por cuanto la administración no convocó a los oferentes a licitación pública, ni fijó avisos de invitación, como lo establece el artículo 24, literal a), por tratarse de un contrato de menor cuantía, según el presupuesto fijado por la ordenanza 043 de 1996, para la vigencia fiscal de 1997.

Así se pudo establecer mediante la diligencia de inspección practicada a la oficina jurídica y a la tesorería departamental²: en la documentación encontrada, no se cuenta con aquellos soportes que demuestren el cumplimiento del principio de selección objetiva que rige toda contratación, como la invitación a ofertar, la evaluación técnica, la acreditación de la experiencia de los concursantes, la determinación de los puntajes, etc., con lo cual ya se empieza a perfilar el incumplimiento de los requisitos legales esenciales en la celebración del convenio conocido.

Aparte de la cotización suscrita por el señor JUAN EVANGELISTA MARÍN, obran en el expediente las propuestas presentadas por los señores Camilo Torres e Ignacio Ardila Traslaviña³, que como se desprende de su texto, no responden al conocimiento previo de las características generales de la obra requerida, ni de las condiciones de pago, términos para su presentación y demás especificaciones que debe contener un aviso de invitación. Al contrario, como lo advierte la fiscalía, están redactadas con un lenguaje similar y la descripción de los materiales se hizo en idéntico orden. Difieren, eso sí, en

el valor total de la cotización, por supuesto superior al de la oferta ganadora, con lo que se trató de justificar la escogencia de esta última.

Lo anterior es indicativo de la manipulación del proceso de contratación y de la ausencia de aviso de invitación, como lo corroboran los suscriptores de las aludidas cotizaciones⁴, quienes se limitaron a decir que alguna vez pasaron por la gobernación y advirtieron que en una cartelera había una convocatoria para cotizar la hechura del puente descrito en ellas, lo cual, unido a la ausencia de documentos en los archivos de la entidad territorial, demuestra que no existieron.

La ley de contratación, en virtud del principio de planeación, establece en su artículo 25, No. 12, que la administración elabora los estudios previos de conveniencia, oportunidad y factibilidad que permitan advertir la necesidad de la contratación, así como los pliegos de condiciones o términos de referencia, antes de proceder a la selección del contratista, en orden a fijar los parámetros de la contratación y la responsabilidad tanto de los servidores públicos como del particular contratista.

Al respecto, argumenta el defensor que los señores César Meléndez y Joaquín Romero declararon bajo la gravedad del juramento que ellos tuvieron ante sus ojos dicha documentación. Sin embargo, al revisar su contenido⁵, no se detecta que lo hayan informado de esa manera, pues aluden especialmente a las generalidades en materia de contratación.

El primero, quien se desempeñó como secretario de obras públicas del departamento, señaló que el visto bueno que plasmó en la propuesta responde al cumplimiento de los requisitos técnicos únicamente, pero desconoce los pormenores de la escogencia del contratista y que no tuvo a su alcance documentación adicional a la propuesta.

Por su parte, el señor Romero León, jefe de la oficina jurídica de la gobernación para el momento de los hechos, si bien dijo que su función era elaborar el contrato como tal y

verificar que la documentación estuviera completa, en relación con el convenio 026 no recuerda quién hizo la selección del contratista, que generalmente la hace el gobernador, y que tampoco tiene presente los detalles de lo ocurrido alrededor de esa negociación.

Tampoco lo manifestó el señor Atylano Cuesta Conto, secretario de gobierno, pues sobre el contrato materia de este proceso lo único que sabe es que la obra no se hizo y lo supo porque fue un hecho público y notorio en la ciudad de Inírida. Tampoco recuerda la actividad que pudo tener en la elaboración del contrato porque en ese cargo le correspondía aprobar la garantía. Y, aún cuando manifiesta que en punto a la selección objetiva de contratación del departamento, se expidió un acto administrativo que reglamentaba ese proceso, no se deriva en definitiva la existencia de los soportes a los que se viene haciendo alusión.

Por manera que estos requisitos de carácter esencial que también soslayó la administración departamental en cabeza del doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA, demuestran la absoluta inobservancia del procedimiento que disciplina esta materia, y de los principios de transparencia, moralidad, igualdad e imparcialidad.

La intervención del ex gobernador se predica en las fases de tramitación y liquidación del contrato porque, como surge de la prueba documental, en la oferta escogida aparece la firma del mandatario con un visto bueno, indicativo a las claras de su injerencia en la selección del contratista. Y aún cuando no aparece su firma en el contrato No. 026, sino la del funcionario encargado, sí suscribió el adicional a este el 17 de septiembre de 1997, para prorrogarlo por setenta y cinco (75) días más y el acta de liquidación del contrato⁶.

El comportamiento del doctor TOVAR HERRERA, como dimana de las demás pruebas, estuvo orientado a satisfacer los intereses de terceras personas, y no a resolver un problema de la comunidad o a contribuir al desarrollo de la región, pues de otra

manera no habría firmado el acta de liquidación sin antes comprobar el cumplimiento del contrato.

Así se desprende de la declaración rendida por el señor JUAN EVANGELISTA MARÍN, quien aparece como contratista de la obra y señaló de manera directa al señor Edgar Garzón y a la señora Luz Marina Muñoz como las personas que abusando de su amistad le pidieron que firmara el contrato, ante el impedimento que tenían para ejecutar esa negociación. Así se expresa:

Yo les presté mi nombre y ellos, EDGAR GARZÓN y MARINA MUÑOZ, se encargaron de hacer todas las vueltas para que el Gobernador HUMBERTO TOVAR firmara y de esa manera se aceptara la cotización que pasaron firmada por mi nombre.

Luego agrega:

Como teníamos amistad me abordaron y me convencieron de que les hiciera el favor ya que ellos no podían hacerlo porque estaban impedidos. Que ellos se encargaban de todo el resto y que yo solamente les firmara. Una sola vez me dijeron. Ambos fueron, MARINA y EDGAR. Me dijeron que les hiciera el favor y les firmara porque el gobernador HUMBERTO TOVAR les dio contrato y no tenían otra persona quién (sic) les hiciera el favor y yo no miré con mucho problema y les hice el favor⁷.

En forma explícita, con las siguientes palabras, afirmó que Luz Marina Muñoz fue quien habló con él, porque ni ella ni su esposo podían firmar el contrato:

Porque ella al ser Diputada tenía más acceso al Gobernador. Entonces, por medio de eso me imagino que era por participación política. Ellos eran del mismo grupo y habían trabajado juntos en las elecciones⁸.

Más adelante, reiteró que el contrato ya estaba autorizado por el gobernador y que sus

gestiones al respecto fueron la de firmar el convenio, pues incluso la cotización ya estaba elaborada; que el mismo gobernador HUMBERTO TOVAR HERRERA tenía pleno conocimiento que Edgar Garzón era el verdadero contratista; que solo se limitó a firmar el contrato y a retirar el cheque por valor de dieciséis millones, que le endosó al mismo Edgar Garzón quien fue el encargado de asumir toda la relación con el gobernador. También narró que era conocido de Marina Muñoz desde tiempo atrás, porque trabajó con su padre administrándole un almacén de víveres, pero que el señor ya había muerto.

Contrario al parecer de la defensa, este declarante merece credibilidad, porque de manera nítida y espontánea dio a conocer la relación existente entre el ex mandatario y la señora Luz Marina Muñoz y su esposo. Inclusive se refiere a su pertenencia al mismo partido político, circunstancias que unidas a las fuertes irregularidades advertidas, explican todo el montaje que se diseñó para darle visos de legalidad al proceso de contratación, con el único propósito de favorecer a los verdaderos contratistas. De esta manera, se satisface el ingrediente subjetivo descrito en el tipo, sobre el “propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero” pues, como lo tiene decantado la Sala9, ese ingrediente hace relación a cualquier interés derivado del desconocimiento del procedimiento reglado que se ha debido aplicar para la celebración de un contrato.

Los hechos narrados por Juan Evangelista Marín se ajustan a la realidad, pues él no podía darle cumplimiento al convenio no solo por su incapacidad económica para contratar -como él mismo lo refirió- sino por su inexperiencia en construir puentes, pues su profesión era la de peluquero. Tales manifestaciones encuentran pleno respaldo en la declaración vertida ante la Contraloría por el señor Clemente Sánchez Filia, quien fue contratado por el beneficiario de la adjudicación para cortar la madera con la que se construiría el puente. Dijo en esa oportunidad:

Resulta que yo hice unos trabajos en la carretera huesito-puerto caribe, corte (sic)

madera para un puente al señor a quien llaman “barrabas”, el nombre propio de él es EDGAR MANUEL GARZÓN CRUZ, el nombre del caño donde se iba a hacer la obra se llama caño Ramón, únicamente me tocaba a mí cortar la madera y el resto le tocaba a ellos, a mí únicamente me tocó la madera, actualmente está esa madera allí arrimada, hace poquito pasé por allí, los trabajos que yo le hice al señor EDGAR todavía me debe, aquí tengo el comprobante de las letras¹⁰.

Esta situación se robustece con la declaración, ante la misma entidad, del señor Hernando Jiménez Garzón, pues manifestó que había sido contratado para transportar la madera y que todavía está botada en el lugar; que quien la cortó se llama Clemente, es un indígena, y desconoce su apellido. Además, que el contratista de la obra era el mismo dueño del tractor, de nombre Edgar Garzón, que había mandado a firmar el contrato, pero que esa obra era de él¹¹.

Estas declaraciones coinciden con los hechos relatados por JUAN EVANGELISTA MARÍN, pues se trata de dos personas que tuvieron conocimiento de trascendentes circunstancias que si bien no tocan directamente con la celebración del convenio, sí ratifican que el esposo de la diputada era el verdadero contratista y que, como efectivamente lo señaló MARÍN, se había hecho cargo de todo lo concerniente a la ejecución del contrato, pues se presentó ante ellos como el dueño de la obra.

No queda duda, entonces, acerca del favorecimiento, a través del contrato, por parte del entonces gobernador HUMBERTO TOVAR HERRERA.

3. En materia de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se tiene que también la prueba recaudada en la foliatura da cuenta de la responsabilidad del ex gobernador TOVAR HERRERA.

El artículo 8º, numeral 1º, literal a), de la ley 80 de 1993, establece que no pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas que, según la Constitución

y las leyes, se encuentren inhabilitadas para ese efecto.

Como quedó establecido probatoriamente, HUMBERTO TOVAR HERRERA intervino en las fases de tramitación y liquidación del contrato 026 de 1997 y su adición, con el objetivo de adjudicar, por intermedio de JUAN EVANGELISTA MARÍN, a doña Luz Marina Muñoz y a su esposo Edgar Manuel Garzón Cruz, la construcción de un puente en madera en el sitio conocido como Caño Ramón, sobre la vía Huesito-Puerto Caribe, a sabiendas de la inhabilidad de ambos para la suscripción del contrato.

Aún cuando para aquella época no se había regulado legalmente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, la [Constitución Política](#), en su artículo 299-2, a pesar de que difiere la regulación a la ley, determina expresamente que no puede ser menos estricto que el señalado para los congresistas.

El artículo 180-2 de la misma normativa, estatuye que los congresistas no podrán gestionar a nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno.

De la simple lectura, de la literalidad o gramaticalidad, resulta que las imposibilidades contractuales para los diputados son, como mínimo, las mismas establecidas para los congresistas. Lo que el constituyente dice es que la ley que reglamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, tendrá que ser igual o ir más allá del régimen creado para los senadores y representantes.

Con esta interpretación no se infringe principio penal alguno. Al contrario, se siguen las palabras de la ley.

Y si fuera necesario, si no resultara más que suficiente lo acabado de decir, si existieran carencias legales, se podría agregar otro argumento secundario: se trata, sencillamente, de acudir al argumento a-fortiori: ante el silencio del legislador sobre la hipótesis

dudosa, es imprescindible integrar leyes para llenar vacíos o lagunas y reconocer la existencia de una solución legal implícita del tema con base en una mayor razón. Dicho de otra forma, se aplica una ley a un caso no previsto porque la ratio legis del sí previsto es evidente en el no regulado, con mayor razón.

No hay duda, entonces, de la comisión del ilícito por parte del procesado, al intervenir en la contratación, con pleno conocimiento de la inhabilidad que cobijaba a los verdaderos contratistas y de la utilización, por parte de estos, para la firma del convenio y demás gestiones atinentes al mismo, de un particular sin ninguna idoneidad para la ejecución de la obra requerida, en total contraposición a los mandatos constitucionales y legales.

Los relatos de JUAN EVANGELISTA MARÍN, no desvirtuados a lo largo de la investigación, demuestran la relación existente entre el ex mandatario TOVAR HERRERA y Luz Marina Muñoz y su esposo y, por ende, el cargo de diputada a la asamblea que aquella desempeñaba, cargo que certificó el secretario general de la asamblea departamental del Guainía¹².

Esa concreta gestión del ex mandatario, conocedor de la inhabilidad, es bastante para que se configure la ilicitud.

No se puede admitir al procesado que haga hincapié en que desconocía la realidad probatoria, aduciendo que para la fecha en que se celebró el contrato no fungía como gobernador. Basta recordar que el visto bueno y su firma en la propuesta escogida, así como en el contrato adicional y en la liquidación, comprometen de lleno su responsabilidad frente a las conductas punibles por las cuales se le acusó.

Súmese que si bien es cierto en la administración se suele partir de la confianza hacia los colaboradores y de la autonomía que se entrega a los mismos, también lo es que no es posible aceptar el carácter absoluto de esa confianza y de esa autonomía pues quien

dirige, coordina y decide finalmente, es el máximo representante de ella, quien, obviamente, es el responsable de la contratación, responsabilidad que no se puede esquivar diciendo que se confía en los demás y se les entrega autonomía. Dicho de otra manera, la confianza y la autonomía ajena, en casos como este, no exime de responsabilidad pues quien dirige debe seguir atentamente la ruta de todas las gestiones.

Por esa misma razón, el defensor no puede justificar el comportamiento de su representado en el cúmulo de actividades que le correspondía atender como gobernador, motivo por el cual delegó en su secretario las funciones de selección objetiva y revisión de documentos, sobre todo si se tiene en cuenta, además, que como se constató en su declaración, esto no ocurrió.

Para finalizar. No es cierto que el principio de investigación integral se haya desconocido, como lo aduce el defensor, porque tanto la Fiscalía como esta Corporación insistieron en que se escuchara en declaración a los señores Elker Torres y Edgar Manuel Cruz. Desde la etapa preliminar de la actuación, el ente instructor avizó la necesidad de practicar estas pruebas, para lo cual comisionó a la Fiscalía Seccional 33 de Inárida, solicitud que reiteró en varias oportunidades¹³.

En la etapa del juicio la Sala dispuso que se recabara en la recepción de esos testimonios, pero finalmente se informó que no había sido posible localizar a Elker Torres y que Edgar Manuel Garzón reside en Venezuela¹⁴

.

Como se observa, no hubo actitud pasiva o negligente para el recaudo de estas pruebas. Todo lo contrario; incluso el mismo fiscal comisionado buscó la manera de cumplir con esa misión, que no se pudo llevar a cabo por la imposibilidad de ubicar a los testigos.

B. Sobre la punibilidad

Como ya se dijo, por ultractividad se aplica la normativa que regía para el momento de los hechos pues frente a la nueva - ley 599 del 2000- es más benigna, toda vez que ésta incrementa las multas y erige la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas como pena principal.

Atendiendo el contenido de la preceptiva del artículo 31 de la ley 599 del 2000, la Sala procederá primero a tasar de manera independiente la pena para cada uno de los tipos penales por los cuales se dictará el presente fallo, celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, con la finalidad de imponer la sanción definitiva que deberá purgar el ex funcionario aforado.

Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

De acuerdo con los artículos 146 del Decreto 100 de 1980; 57 de la ley 80 de 1993; y 18 y 32 de la ley 190 de 1995, la pena de prisión oscila entre cuatro (4) y doce (12) años, y la de multa, entre veinte (20) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El ámbito punitivo de movilidad para este delito está conformado por un primer cuarto comprendido entre 48 y 72 meses de prisión y multa de 20 a 52 y medio salarios mínimos mensuales legales; dos cuartos medios que van de 72 meses y un (1) día, a 120 meses de prisión y multa de 52 y medio hasta 117 y medio salarios mínimos legales mensuales; y un cuarto último que va hasta 144 meses de prisión y multa de 150 salarios mínimos legales mensuales.

Para efectos de la individualización de la pena que ha de imponerse al procesado, lo primero que se advierte es que al no haber sido incluida en la acusación ninguna circunstancia de mayor punibilidad, al tenor del artículo 58 de la ley 599 del 2000, conforme al artículo 60 ibídem, el ámbito punitivo es el comprendido en el cuarto mínimo, esto es, entre 48 y 72 meses de prisión y multa entre 20 y 52 y medio salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la comisión del hecho.

Atendiendo el texto del inciso 3º del artículo 61 del código represor y en consideración a la gravedad que representa en el caso concreto el que la ilícita negociación afectara las finanzas de un pequeño departamento, con grave deterioro de su presupuesto y enorme conmoción social, la Sala encuentra razonable incrementar el mínimo imponible en 6 meses de prisión y 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En ese orden, HUMBERTO TOVAR HERRERA deberá cumplir por este ilícito una pena igual a 54 meses de prisión y multa de 26 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de comisión de los hechos -1997-, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Del delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

De acuerdo con los artículos 144 del Decreto 100 de 1980; 57 de la ley 80 de 1993; y 18 y 32 de la ley 190 de 1995, la prisión se extiende de 4 a 12 años y la multa, de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como quiera que aquí concurren las mismas circunstancias que obligaron incrementar la pena en 6 meses respecto del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos, operará el mismo aumento, hasta devenir la sanción en 54 meses de prisión y multa de 26 salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de comisión de la conducta.

Ahora bien, establecida como pena base la de 54 meses de prisión –en tanto, ambos delitos, debidamente dosificados en su pena, arrojaron igual guarismo-, para atender a la determinación final de la pena con ocasión del fenómeno concursal, se hace necesario recurrir a lo establecido en el artículo 31 del Código Penal.

Acorde con ello, la pena imponible no puede ser superior a 108 meses de prisión –mírese que coinciden los dos factores de suma aritmética e incremento de hasta otro tanto de la pena base-.

La Sala aumentará por tal fenómeno 10 meses de prisión y 10 salarios.

Las penas definitivas serán, entonces: prisión de sesenta y cuatro (64) meses; y multa de treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como accesoria se impondrá la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la prisión¹⁵

.

El tiempo que el procesado permaneció en detención domiciliar por este proceso, será tenido como parte cumplida de la pena privativa de la libertad.

Igualmente, se condenará al procesado al pago de perjuicios materiales por la suma de \$32'183.600 que corresponden al valor del contrato 026 del 12 de junio de 1997, monto que representa el detrimento causado con la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los cuales deberán ser cancelados al departamento del Guainía y actualizados desde la fecha citada hasta su cancelación, de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE¹⁶.

De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Como la pena impuesta al doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA supera los tres (3) años de prisión, no se hace acreedor al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a que hace alusión el artículo 63 de la Ley 599 del 2000, dado que para ello deben concurrir acreditadas tanto las exigencias objetiva como la subjetiva requeridas por dicha disposición.

Se otorgará, sí, la prisión domiciliaria. No se puede olvidar que al resolver su situación jurídica el 23 de diciembre del 2003, la Fiscalía le concedió la detención domiciliaria, que quedó en suspenso porque se hallaba privado de la libertad por cuenta de otro proceso; que posteriormente, el 3 de febrero del 2004, le fue revocada la detención con base en las finalidades de la prisión provisional; y que tal medida se mantuvo al momento de calificar el mérito del sumario.

Ciertamente, al doctor TOVAR HERRERA se le han seguido varios procesos e inclusive se han proferido en su contra sentencias condenatorias por conductas similares, y se le ha reconocido la libertad condicional, como consta en el expediente. Sin embargo, ha estado atento al decurso del proceso y ha manifestado con su comportamiento respeto a la justicia.

Las circunstancias anotadas, a las que se suma su delicado estado de salud, hacen que la Corte concluya que ya no colocará en peligro a la comunidad y que en un momento determinado no evadirá el cumplimiento de la sanción.

Para efectivizar su derecho, deberá firmar diligencia de compromiso en la que se obligará a informar todo cambio de residencia, observar buena conducta, reparar los daños y demás deberes que impone el artículo 38 del Código Penal.

Garantizará lo anterior con caución prendaria de un salario mínimo mensual legal vigente.

Como es obvio, opera de pleno derecho el mandato del artículo 122.5 de la [Constitución Política](#).

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Declarar penalmente responsable, en calidad de autor, al doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, de las conductas punibles de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales prevista en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, con las modificaciones introducidas por las leyes 80 de 1993 y 190 de 1995, en concurrencia heterogénea con el delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contemplado en el artículo 144 ibídem, con las enmiendas realizadas por las leyes 80 de 1993 y 190 de 1995, cometidas cuando se desempeñó como Gobernador del Departamento del Guainía, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión.
2. Condenar al doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA a las penas principales de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, y de treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales de multa, vigentes para la época de los sucesos, a favor del Tesoro Nacional.
3. Condenar al doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término fijado para la pena de prisión.
4. Condenar al doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA al pago de perjuicios derivado de la conducta punible, por la suma de \$32'183.600, que deberán ser cancelados al departamento del Guainía y actualizados desde la fecha de comisión del ilícito hasta el momento de su pago, de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el

DANE.

5. Declarar que el doctor HECTOR TOVAR HERRERA no se hace acreedor al sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

6. Reconocer al doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA el derecho a la prisión domiciliaria, como sustituto de la prisión impuesta, derecho que se materializará una vez cumplida la diligencia de compromiso y prestada la caución, tareas que se realizarán a través de comisionado.

7. Reconocer al doctor HUMBERTO TOVAR HERRERA, como parte de la pena de prisión fijada, el tiempo que estuvo privado de la libertad en razón de este proceso.

8. Expedir las comunicaciones de rigor.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
GONZÁLEZ DE LEMOS.

MARÍA DEL ROSARIO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. FI 77, C.2.

2 Cfr. Fls 21 a 23, C.2.

3 Cfr. fls 29 y 31, C.2.

4 Cfr. Fls 6 a 12, C.3.

5 Cfr. Fls 211 y 224, C. Corte.

6 Cfr. fls 27, 52,54 y 55, C.O.2.

7 Cfr. FI 9, C.2.

8 Cfr. FI 13, C.2.

9 Cfr. Sentencia de casación No. 18.454, del 15 de abril del 2004.

10 Cfr. FI 46, C.1.

11 Cfr. fl 59, C.O.2

12 Cfr. Fl 285, C.O.1.

13 Cfr. Fls 21 y 194, C.O.1; 207, C.O.2; y 5, C.O. 3.

14 Cfr. Fls 111 y 131, C. Corte.

15 En lo que corresponde a esta pena, se acude al principio de favorabilidad, pues para la época de los hechos no estaba incluida como principal, como sí ocurre en la actualidad.

16 Importa tener en cuenta, en todo caso, el oficio de la Contraloría visible a folios 14 y 15 del cuaderno de la Corte, de acuerdo con el cual al doctor Tovar Herrera le fue deducida responsabilidad fiscal, que se encuentra en fase de cobro coactivo, en razón del contrato a que se refiere este proceso, en cuantía de \$ 32.183.600.