

Proceso n.º 35022

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta N.º. 028

Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de dos mil once (2011).

VISTOS:

La calidad de Representante a la Cámara del doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar otorga a la Corte competencia para conocer de las presentes diligencias adelantadas en su contra, por lo tanto se procede a examinar la decisión del 31 de mayo de 2005 emitida por el Fiscal General de la Nación, por cuyo medio favoreció al citado con resolución inhibitoria, antes Gobernador de Santander, en razón de los nuevos elementos de convicción aportados por la Contraloría de ese departamento.

ANTECEDENTES

Las irregularidades de orden administrativo atribuidas al doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar cuando ocupó el cargo de Gobernador de Santander hacen referencia a los gastos del presupuesto departamental en los años 2001 a 2003 mediante el sistema de “avances”, de los cuales se predica el quebrantamiento del régimen de contratación pública.

De acuerdo con la investigación, los mecanismos utilizados para ordenar los pagos se formalizaban por medio de la delegación a los Secretarios General y de Hacienda para expedir órdenes de gasto contra el presupuesto de los años 2001 a 2003, según los Decretos 060 del 2 de marzo de 2001 y 114 del 15 de mayo de 2002, dictados con base en la Ordenanza de la Asamblea de Santander 031 de 2001.

Todos esos avances fueron expedidos por disposición del Gobernador, quien delegó a los mencionados secretarios para el trámite, en circunstancias que aduce el denunciante son irregulares por la falta de sustento legal para procurar erogaciones del presupuesto debido a la ausencia de sujeción a las normas de contratación.

Adelantada la indagación previa por el Fiscal General de la Nación, se allegó prueba documental del procedimiento empleado para ejecutar el gasto a través del sistema de avances durante los mencionados años, así como los soportes presupuestales, contables y la legislación aplicada.

Las conclusiones vertidas en sendas experticias permitieron que el Fiscal General de la Nación dictara auto inhibitorio el 31 de mayo de 2005 a favor del doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar ordenando el archivo de las diligencias, al considerar que los comportamientos atribuidos al citado resultaban atípicos, pues el exgobernador no había intervenido en el gasto del presupuesto, dadas las circunstancias en que se desarrollaba el desembolso del dinero, esto es, por delegación a los Secretarios General y de Hacienda del Departamento, de conformidad con lo establecido en los Decretos 060 del 2 de marzo de 2001 y 114 del 15 de mayo de 2002.

A más de lo anterior, consideró que en los informes técnicos se evidenciaba la congruencia de los gastos imputados a recursos ordinarios, estampilla procultura, regalías petrolíferas, fondo de seguridad ciudadana y otras fuentes, en los que se comprobaba una destinación acorde con la finalidad del rubro.

También agregó que de mediar alguna irregularidad ésta sería de carácter administrativo, de la cual no se ocupa el derecho penal, pues los pagos guardan relación con las compras realizadas en razón de la urgencia.

De otra parte, cuando se encontraba archivada la actuación en virtud de la resolución inhibitoria, la Fiscalía recibió el fallo de responsabilidad fiscal dictado por el Contralor Auxiliar de Santander contra el doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar.

La decisión que se adjuntó a las diligencias partió de hechos idénticos a los que originaron la investigación del Fiscal General de la Nación, que consisten en que el doctor Gómez Villamizar delegó la cancelación de gastos del departamento mediante el sistema de “avances”, respecto de lo cual se concluyó que ello había violado la Constitución Política, la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, causándose un daño patrimonial actualizado de \$2.418.414.258.

Según la providencia de la Contraloría Departamental, el ex gobernador habría incurrido en la entrega ilegal de dineros que después legalizaba valiéndose de los Decretos 060 del 2 de marzo de 2001 y 114 del 15 de mayo de 2002 que él mismo profirió. El primero fue expedido dos meses después de su posesión con cargo a las vigencias de los años 2001 a 2003, sin prever el ordenamiento constitucional y legal sobre contratación pública que rige para el manejo de los recursos confiados a los empleados del Estado.

Ante esa decisión el Fiscal General de la Nación solicitó la totalidad del expediente tramitado por la entidad fiscalizadora, pero como el investigado resultó elegido Representante a la Cámara para el período 2010-2014, dispuso el envío de las diligencias a la Corte, por competencia.

Remitida la actuación, se observa que la Contraloría Delegada para Procesos de Responsabilidad Fiscal de Santander, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el fallo referido¹ dictado contra el doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar decidió

revocarlo², determinación que fue confirmada a través del grado jurisdiccional de consulta³.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En aplicación del numeral 3º del artículo 235 de la [Constitución Política](#) la Sala es competente para decidir en el presente asunto, en concordancia con el numeral 7º del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal⁴, por cuanto el doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar funge en la actualidad como Representante a la Cámara, según la certificación expedida por la Secretaría General de esa Corporación.

2. El artículo 328 de la Ley 600 de 2000, dispone que de oficio o a petición del denunciante o querellante la resolución inhibitoria podrá ser revocada si aparecen nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron para dictarla.

Establece así mismo que “El funcionario judicial determinará en la misma providencia si decide reanudar la investigación previa o profiere resolución de apertura de instrucción”.

3. De conformidad con la decisión adoptada por el Fiscal General de la Nación, el hoy aforado Jorge Eliécer Gómez Villamizar fue favorecido con resolución inhibitoria, con base en las pruebas acopiadas y la valoración que de ellas hizo el funcionario al resolver sobre la procedencia de apertura de la instrucción, con apoyo en las finalidades previstas en el artículo 322 de la Ley 600 de 2000, admitiendo la existencia de irregularidades de orden administrativo a él atribuidas cuando se desempeñó como Gobernador del departamento de Santander, en lo concerniente a la utilización del sistema de avances durante los años 2001 a 2003.

4. Los documentos aportados demuestran que el doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar en ejercicio del cargo de Gobernador de Santander, aplicó por delegación el sistema de avances que resulta cuestionado tanto por el denunciante como por la Contraloría de

Santander.

5. En atención a lo indicado por el primero, el Fiscal General de la Nación adelantó indagación preliminar y practicó pruebas que lo condujeron a dictar resolución inhibitoria al encontrar que el exgobernador actuó de conformidad con las disposiciones legales que lo autorizaban para delegar en los Secretarios General y de Hacienda el trámite relacionado con el desembolso de dineros provenientes del presupuesto departamental, pues igualmente los documentos aportados respaldaban los gastos realizados.

6. La anterior decisión se basó en el concepto de una investigadora del Cuerpo Técnico de Investigaciones, quien concluyó que el doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar había actuado de acuerdo con los decretos expedidos por él mismo, donde se autorizaba el sistema de avances y la realización de gastos contra rubros previamente determinados, los que en algunos casos superaron los topes establecidos y los ítems permitidos, circunstancia que se consideró podría configurar una falta disciplinaria mas no conducta punible.

7. Ejecutoriada la resolución de la Fiscalía y archivadas las diligencias, el Contralor Auxiliar de Santander decretó la responsabilidad fiscal en cabeza del aforado Jorge Eliécer Gómez Villamizar, de quien adujo que no se había limitado a la ejecución de gastos de rentas del departamento durante los años 2001 a 2003, sino que abarcó la ideación y creación de normas reguladoras del procedimiento injustificadamente a partir de la Ordenanza 031 de 2001 con la expedición de los Decretos 060 del 2 de marzo de 2001 y 114 del 15 de mayo de 2002, derrochando por esta vía el presupuesto en contravía manifiesta de la Constitución y la ley, ya que la citada ordenanza sólo facultaba a los gobernadores para celebrar convenios o contratos con entidades públicas, previo acatamiento de las reglas pertinentes. En esta decisión también se hizo referencia a una investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría para la Moralidad pública.

8. En ese estado, a las diligencias se agregaron elementos de prueba que alertaban sobre la real existencia de conductas reprobables endilgadas al exburgomaestre, como quiera que la falta de sustento legal para el procedimiento utilizado por él y sus colaboradores les impedía realizar los gastos que de manera infundada hicieron del presupuesto departamental.

9. Ese aspecto es justamente el que constituye motivo de censura respecto del hoy Representante a la Cámara Jorge Eliécer Gómez Villamizar, por cuanto eventualmente se estaría frente a la vulneración del régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, lo cual tipificaría presuntas conductas punibles.

10. La calificación anticipada y provisional de dichos comportamientos, según la Contraloría Auxiliar de Santander, corresponderían a: violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades; interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, delitos contemplados, respectivamente, en los artículos 408, 409 y 410 del Estatuto Penal de 2000, vigente para la época de los hechos.

11. Como al fallo de responsabilidad fiscal se adjuntó la totalidad del expediente que tramitó la Contraloría por idénticos hechos a los investigados por la Fiscalía, se observa que el Contralor Delegado al desatar el recurso de reposición resolvió revocar lo decidido en contra del exgobernador de Santander, decisión que fue confirmada por el Contralor Auxiliar en consulta.

12. Frente a lo anterior la Sala encuentra que lo resuelto por la Fiscalía ahora adolece de adecuado sustento, como quiera que se observan irregularidades en la manera como se originaron y asumieron los mecanismos para habilitar el gasto de dineros públicos, así como en la acreditación de los soportes de pagos a particulares, pues se utilizó a los mismos empleados de la Gobernación para el efecto, actos que exigen ser examinados.

13. De este modo no es de recibo que se concluya bajo el argumento de la ausencia de objeción a los decretos emitidos por el doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar que no existe por lo menos asomo de anormalidad.

14. Por tanto, no se puede avalar el aparente ajuste a las disposiciones y el cumplimiento formal a las exigencias de la contratación, pues lo que interesa es la pulcritud en el manejo de dineros confiados por el Estado a sus funcionarios.

15. Debe precisarse que en vista del paso del tiempo desde que acaecieron los hechos -primer semestre de 2001-, la acción penal no ha prescrito respecto de los presuntos delitos contra la administración pública (celebración indebida de contratos) que se deducirían de la conducta del imputado, puesto que la pena máxima fijada es de 12 años, término al que ha de aumentarse una tercera parte por tratarse de comportamientos cometidos por servidor público en ejercicio de funciones.

16. En esa medida, el cómputo de 16 años no ha sido superado para consolidar la prescripción de la acción, según lo preceptuado en los artículos 83 y 86 de Código Penal de 2000.

17. Con fundamento en el artículo 328 del Estatuto Procesal penal, sólo el acercamiento de las pruebas sobrevinientes que desvirtúen los fundamentos de la decisión inhibitoria, amerita la revocatoria. El texto de la norma instrumental establece:

“La resolución inhibitoria podrá ser revocada de oficio o a petición del denunciante o querellante, aunque se encuentre ejecutoriada, siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla”.

18. Sin lugar a dudas, según la norma instrumental, la decisión de la Fiscalía está protegida con la ejecutoria formal, de tal manera que su remoción puede operar solamente

en caso de acercarse elementos de prueba que desvirtúen los fundamentos que sirvieron para proferirla.

19. Ahora, si bien por disposición legal la resolución inhibitoria de la Fiscalía goza de esa ejecutoria formal, los elementos probatorios que sirvieron a la Contraloría Auxiliar de Santander para determinar inicialmente la responsabilidad del doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar le permiten a la Corte considerar que no puede mantenerse inamovible, correspondiendo por el contrario tomar las medidas procesales necesarias y pertinentes, dirigidas a acreditar la existencia de los hechos catalogados como punibles y la posible participación del aforado.

20. La Sala Penal ha considerado que la competencia para adoptar una decisión como la prevista en el artículo 328 de la Ley 600 de 2000 sólo es viable frente a la presencia de prueba sobreviniente que desvirtúe los fundamentos que sirvieron de base para proferir la resolución inhibitoria.

21. Por eso se entiende que lo resuelto en la providencia inhibitoria, aunque ampara al procesado y goza de una relativa presunción de cosa juzgada, también debe indicarse que el ordenamiento permite derogarla, siempre y cuando se acrediten los presupuestos legales para reanudar, como en este evento, la investigación previa.

22. Entonces, si la investigación preliminar de la Fiscalía no tuvo en cuenta los nuevos pormenores que requieren explicación debido a la falta de sustento en la expedición de las disposiciones que facultaron la ejecución del presupuesto entre los años 2001 a 2003 a través del sistema de avances, se debe determinar sin ambigüedad si hay lugar a predicar una conducta punible y si ella es endilgable al aforado.

23. Ahora, la resolución inhibitoria proferida por el Fiscal General de la Nación se basó en las conclusiones de una investigadora del Cuerpo Técnico, funcionaria que se ciñó limitadamente a los parámetros de los decretos expedidos por el exgobernador para

considerar legítimos sus actos, dejando en todo caso en el ambiente algunas irregularidades por el exceso en el pago permitido por diversos conceptos y otros por fuera de los considerados urgentes, aspectos que no fueron analizados en esa oportunidad.

Pese a la demostración objetiva de esas circunstancias, el Fiscal General se inclinó por considerar atípica la conducta, argumentando que las irregularidades administrativas no alcanzaban a tener entidad suficiente de una conducta punible, debido a que los decretos que autorizaban la aplicación de los “avances” tenían vigencia y los gastos estaban soportados.

En este sentido la Sala encuentra que la resolución inhibitoria dictada por la Fiscalía resulta huérfana de soporte legal, como quiera que considerar que no concurre irregularidad en el gasto del presupuesto departamental por parte del Gobernador de turno porque no es posible desconocer una disposición que lo facultaba, cuando de hecho es inaplicable por su falta de sustento y menospreciar por irrisoria e intrascendente la cuantía o subestimar la informalidad de los contratos estatales, constituye un desacierto.

Una visión de ese talante ignora los principios que propenden por una depuración en las actividades de los gobernantes, procurando la ejecución del presupuesto bajo criterios como los de honorabilidad, igualdad, imparcialidad, transparencia, interés general, eficacia, etc., pues de momento no es posible admitir que bajo el pretexto de ajustarse su proceder a lo previsto en una disposición, de manera genérica pueda proclamarse que la irregularidad no es relevante, cuando se avizora una actuación en contravía de lo establecido por la Constitución y la ley.

Lo que se busca realmente es que el gobernante en ejercicio de sus funciones mediante un poder transitorio que le otorga el Estado, no se sirva de él para su propio

beneficio o el de terceros aprovechando el despilfarro y el aberrante desborde de los recursos que se le han confiado como ordenador del gasto.

24. Así las cosas, la revocatoria de la resolución inhibitoria se deberá ordenar con la consecuente reanudación de la investigación previa con el propósito de determinar con precisión, la eventual existencia de conductas punibles imputables al doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar, cuando ejerció sus funciones de Gobernador de Santander y utilizó el sistema de avances mediante el cual ejecutó en parte el presupuesto departamental durante los años 2001 a 2003.

25. Por tanto, en aplicación del artículo 328 del Código de Procedimiento Penal de 2000, se revocará el auto inhibitorio dictado por el Fiscal General de la Nación el 31 de mayo de 2005 y en su lugar se ordenará reanudar la investigación previa por el término señalado en dicha norma dentro del cual se practicaran las siguientes diligencias:

25.1. Escuchar en declaración bajo la gravedad del juramento al Contralor Auxiliar de Santander, Bautista Reyes Neira, quien dictó el fallo de responsabilidad fiscal en contra de Jorge Eliécer Gómez Villamizar; al Jefe de la Oficina de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría, César Cortés Enciso, y a los investigadores Clinfor Bello Castillo y Óscar Poveda, quienes tuvieron a su cargo las auditorías a la Gobernación del departamento de Santander, para que de acuerdo con lo examinado por ellos, expliquen lo relacionado con el procedimiento adoptado para los desembolsos de dineros por el sistema de avances durante los 2001 a 2003, y en general todo lo atinente a los hechos denunciados y la participación del imputado.

25.2. Allegados los anteriores testimonios se realizará inspección judicial a la Tesorería del Departamento de Santander con el auxilio de funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación para incorporar a las diligencias los documentos auténticos que atañen a los movimientos realizados por la modalidad de avances, durante las vigencias fiscales de los

años 2001 a 2003.

25.3. Solicitar a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública copia íntegra de las diligencias adelantadas con motivo de la investigación disciplinaria seguida en contra del doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar, por razón de estos mismos hechos.

25.4. Para la práctica de las anteriores diligencias se comisionará a un magistrado auxiliar del Despacho con la facultad de fijar día y hora para la realización de las diligencias.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la resolución inhibitoria de fecha 31 de mayo de 2005 dictada por el Fiscal General de la Nación a favor del doctor Jorge Eliécer Gómez Villamizar.

Segundo.- En consecuencia, se dispone REANUDAR LA INVESTIGACIÓN PREVIA y la práctica de las pruebas señaladas en la parte motiva de esta determinación.

Tercero.- Comuníquese al doctor Gómez Villamizar y a la Procuraduría acerca de la reanudación de la presente investigación previa.

Cuarto. Para la práctica de las diligencias ordenadas, se comisiona al magistrado auxiliar del Despacho, doctor Fernando Bohórquez Tovar, facultado para definir la fecha de su realización.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

Cita medica

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 61 a 79 del c. anexo original No. 10.

2 Folios 133 a 146 del c. anexo original No. 10.

3 Folios 148 a 157 del c. anexo original No. 10.

4 Ley 600 de 2000.