

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

SP4134-2016

Radicado N° 42001.

Aprobado acta No. 105.

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Concluida la audiencia pública de juzgamiento, procede la Sala a proferir sentencia en el juicio de única instancia seguido en contra de JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, acusado en su condición de exgobernador del departamento de Arauca, como posible autor del delito interés indebido en la celebración de contratos, en situación concursal homogénea sucesiva.

IDENTIDAD DEL PROCESADO

El doctor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, se identifica con la cédula de ciudadanía número 17.527.069 expedida en Saravena, hijo de Gustavo Alfonso y María Oliva, nacido el 8 de diciembre de 1956 en Yumbo (Valle), de 54 años de edad, con estudios superiores en derecho, casado con Alba Cecilia Calderón Carrillo; fue elegido alcalde del municipio de Saravena en el período constitucional 1988 - 1990, luego

diputado a la Asamblea Departamental de Arauca; posteriormente, accedió al cargo de gobernador de ese mismo departamento el periodo constitucional 1995 - 1997.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Este proceso tuvo su génesis en la compulsa de copias ordenada, a través de resolución fechada el 30 de octubre de 2003¹, por la Fiscalía Seccional 17 del departamento de Arauca, dentro de la actuación adelantada a los señores Rafael Eduardo Arana Tineo, Heriberto Villamizar Bareño, Álvaro Enrique García Flórez, Luis Ramón López Mendoza, Carlos Alfonso Araujo Perdomo y Carlos Alberto Guerrero², con el fin de que el Fiscal General de la Nación, si así lo estimaba procedente, iniciara investigación en contra de los exgobernadores de Arauca, doctores José Ignacio Llano Uribe, Héctor Federico Gallardo Lozano, Carlos Eduardo Bernal Medina, José Emiro Palencia Álvarez, Rafael Eduardo Arana Tineo, Carlos Alberto Guerrero, Luis Ramón López Mendoza y Agustín Lizarazo Astroza³, por presuntas irregularidades cometidas en el proceso de inversión y contratación llevado a cabo por ese departamento, durante los años dos mil uno (2001) a dos mil tres (2003), con recursos provenientes de regalías petroleras.

El día 4 de febrero de 2004, el señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, quien se desempeñó como gobernador del anotado departamento, en el periodo comprendido entre los años de 1995 a 1997, a través de oficio⁴, solicitó, en razón del fuero que adujo ostentar, se iniciara, por parte de la Fiscalía General de la Nación, indagación preliminar y que, en desarrollo de la misma, se le escuchara en versión libre, en aras de desvirtuar los señalamientos que en su contra se expusieron dentro del proceso adelantado a él y a los exgobernadores de Arauca Héctor Federico Gallardo Lozano y Gustavo Carmelo Castellanos Beltrán, relacionados con supuesto apoyo a grupos subversivos; actuación que, proveniente de la Fiscalía 20 Especializada de la sub unidad de terrorismo, fue remitida al despacho del Fiscal General, a través de oficio No. 076 el 4 de febrero de 2004⁵.

En desarrollo del proceso, la Fiscalía General de la Nación dispuso precluir la investigación a favor de José Ignacio Llano Uribe, Héctor Federico Gallardo Lozano, Carlos Eduardo Bernal Medina, José Emiro Palencia Álvarez, Rafael Eduardo Arana Tineo, Carlos Alberto Guerrero, Luis Ramón López Mendoza, Agustín Lizarazo Astroza y Gustavo Carmelo Castellanos Beltrán, mediante proveídos fechados el 26 de septiembre de 20086, 30 de agosto de 20137 y 28 de febrero de 20138, permaneciendo sub judice el señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ.

Los hechos que comprometen puntualmente al doctor LOZANO FERNÁNDEZ, hacen referencia al indebido interés que le asistía y que posibilitó permear la imparcialidad en la adjudicación de los contratos Nos. 0147, 0295, 0424, 0504 de 1995, 026, 0320, 0328, 0330, 0425, 0518, 0533, 0630, 0668 de 1996; y 0335, 0384 y 0490 de 1997, en los que se hallaron elementos comunes indicadores de un amañado proceso de selección del contratista, con miras a favorecer a través de este mecanismo al grupo guerrillero del ELN, tales como identidad de formatos de presentación, consecutivos números de pólizas de cumplimiento entre diferentes candidatos, intercambio o ausencia de firmas en los documentos que componían cada oferta, contradicción de fechas, entre otros aspectos.

Con fundamento en tales hechos, el Fiscal General de la Nación, mediante proveído del 4 de mayo de 20049, dispuso la apertura indagación previa en relación con la contratación que, en su condición de mandatario departamental, supuestamente celebró el señor LOZANO FERNÁNDEZ para favorecer al grupo subversivo autodenominado Ejército de Liberación Nacional (E.L.N.) y se declaró sin competencia para adelantar averiguación en su contra por el delito de rebelión.

Con resolución adiada 8 de abril de 200810, se ordenó la ruptura de la unidad procesal, debido a que el señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ ostentaba la calidad de Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Arauca, motivando ello la

remisión de tales diligencias a esta Corporación. Con auto adiado 13 de junio siguiente¹¹, esta Sala resolvió declarar la pérdida de competencia para continuar conociendo de dicho asunto, habida cuenta la renuncia presentada por el investigado al anotado cargo congresional.

En proveído del 28 de agosto de 2008¹², el Fiscal General de la Nación reasumió el conocimiento de las presentes diligencias y, oficiosamente, nulitó la actuación a partir del 8 de mayo de ese mismo año, fecha en la que se dispuso la apertura formal de instrucción, pues, como obra en el expediente¹³, el sindicado tomó posesión del cargo como Representante a la Cámara el día 20 de julio de 2006; y consideró, sobre esa base, que para aquellas calendas carecía de competencia para proveer en tal sentido. En esa misma decisión, dispuso la apertura de instrucción en contra de LOZANO FERNÁNDEZ, por la presunta conducta punible de interés indebido la celebración de contratos y ordenó su vinculación procesal mediante indagatoria bajo la anotada hipótesis delictiva. Tal diligencia, se llevó a cabo el 19 de septiembre posterior¹⁴.

El 22 de abril de 2012, a través de resolución de esa misma data¹⁵, se resolvió la situación jurídica del investigado, absteniéndose el ente instructor de imponer medida de aseguramiento en su contra por el punible de interés indebido en la celebración de contratos. De igual manera, precisó esa agencia, que la referida conducta, respecto de algunos de los contratos investigados, había prescrito, por lo que declaró la ocurrencia de tal fenómeno jurídico en relación con los mismos, continuándose sólo frente a los restantes.

Perfeccionada la instrucción, se calificó su mérito probatorio el día 28 de febrero del 2013¹⁶, cobrando firmeza el 15 de abril de ese mismo año con la ejecutoria de la resolución que declaró extemporáneo el recurso horizontal presentado contra la acusación¹⁷. En aquél proveído, el ente investigador adoptó las siguientes decisiones:

i. Declarar que la conducta investigada, en relación con los contratos Nos. 0320, 0328, 0425, 0518, 0533, 0630 y 0668 de 1996, había prescrito y, en consecuencia, precluyó la investigación respecto de las mismas.

i. Acusar al exgobernador del departamento de Arauca, doctor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, como presunto autor responsable de la comisión del delito de interés indebido en la celebración de contratos, previsto en el artículo 145 del Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal), con ocasión de los contratos 0355, 0384 y 0490 de 1997, en situación concursal homogénea sucesiva.

i. Remitir el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, una vez en firme tal decisión.

FUNDAMENTOS DE LA ACUSACIÓN

El ente acusador, declaró el fenómeno prescriptivo en relación con los contratos Nos. 0320, 0328, 0425, 0518, 0533, 0630 y 0668 de 1996, al superarse los dieciséis (16) años de la acción penal en sede instructiva para el delito de interés indebido en la celebración de contratos¹⁸, no así en lo relacionado con los convenios 335 del 20 de noviembre de 1997, 0384 del 3 de diciembre de 1997 y 0490 del 29 de diciembre de 1997, respecto de los cuales no operó la sanción por haberse interrumpido su operancia con la ejecutoria del pliego de cargos en contra del procesado dentro del anotado interregno temporal¹⁹.

Superado lo anterior, da inicio a su acusación recordando la condena dictada por esta misma Corporación en contra del procesado en mientes, por el delito de rebelión, el 16 de septiembre de 2010, como un antecedente fundamental para la presente resolución inculpativa, dado que allí se daba por demostrado la relación entre el señor LOZANO FERNÁNDEZ y el grupo subversivo del E.L.N.

Aduce, entonces, como elemento neural de su tesis, que los procesos contractuales Nos. 0355, 0384 y 0490 del año 1997, celebrados entre la gobernación del departamento de Arauca y el señor Nelson William Rodríguez, fueron adelantados a sabiendas que su adjudicación estaría dirigida a favorecer al grupo guerrillero E.L.N.

Al examen concreto de los hechos por los que se investiga al exgobernador LOZANO FERNÁNDEZ, alude puntualmente a tales contratos, suscritos por la gobernación del departamento de Arauca, para entonces en cabeza de aquél, y el señor Nelson William Rodríguez Sánchez, resaltando en cada uno de ellos varios detalles “llamativos” en su trámite. Refiere, así, cómo en el convenio No. 0355, cuyo objeto fue la construcción de la segunda etapa del alcantarillado sanitario del barrio El Estero, en el municipio de Cravo Norte, departamento de Arauca, «la invitación a ofertar fue publicada en la cartelera de la gobernación entre el 12 y 19 de agosto de 1997, en tanto que las ofertas debían presentarse el 15 de ese mes y año»²⁰; además, que los señores Luis Eduardo Niño Martínez y Nelson William Rodríguez Sánchez fueron los únicos que presentaron propuestas garantizando ambos su seriedad con pólizas de la compañía Cóndor S.A., las cuales –destaca- tenían número de identificación consecutivos; finalmente, refiere que los formatos del AIU de ambos proponentes tienen el mismo error ortográfico, lo que denota que fueron trabajados sobre idéntica plantilla, modificadas solo en el nombre de quien la presentó.

Asimismo, respecto del contrato No. 0384 de 1997, cuyo objeto fue la construcción del terraplén de la vía Puerto Rondón – Cravo Norte, a favor de Nelson Rodríguez

Sánchez, relieves el hecho de que las pólizas de seriedad aparecen firmadas por la misma persona; a su vez, en la propuesta de Angarita, se incluyó el AIU y el análisis de prestaciones sociales a nombre de Nelson Rodríguez, su competidor; es decir, en los documentos que componían la propuesta de Angarita, aparecían otros correspondientes al vencedor, señor Rodríguez Sánchez.

En esa misma línea, se ocupa a renglón seguido del contrato No. 0490 de 1997, cuyo objeto fue la pavimentación, en concreto rígido, de la carrera 21, entre calles 8ª y 9ª, y carrera 18, entre calles 6ª y 7ª, de la municipalidad de Fortul, siendo el contratista favorecido el mismo Rodríguez Sánchez, para subrayar que se hubieran presentado las respectivas propuestas el mismo día, con números de pólizas consecutivas y, además, que la orden de elaboración del contrato data del 24 de diciembre de 1997, no obstante que el concepto que sugirió contratar es del 26 de diciembre de ese mismo año; es decir, se sugirió contratar a alguien respecto de quien ya se había dado orden de adjudicación.

Los anteriores detalles los une el fiscal a la apreciación de las declaraciones (trasladadas del otrora proceso seguido contra el hoy acusado por el delito de rebelión), de los señores Nelson William Rodríguez Sánchez, Temístocles Rojas, Gustavo Iván Lizarazu Cáceres y Argenis Franco Morales, a partir de las cuales halla explicación plausible a las prenombradas “irregularidades”. Precisa, que lo anterior devela cómo, bajo el mandato como gobernador del aquí procesado, se predefinían los contratistas y se adjudicaba la contratación del ente territorial a los proponentes indicados por el grupo guerrillero del E.L.N., apartándose de los intereses generales que debía observar, por lo que se le acusa de la comisión de delito consagrado en el artículo 145 del Decreto 100 de 1980.

ETAPA DE JUICIO

Oportunamente se remitió la anotada actuación a esta Corporación, a efectos de

surtirse el trámite de ley. Es así como, en el término de traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el defensor del procesado y el Ministerio Público formularon peticiones probatorias que fueron objeto de pronunciamiento por esta Sala el 9 de diciembre de 2013²¹. En dicho proveído, se dispuso el decreto de las pruebas invocadas por el Ministerio Público y la defensa; ésta última a quien también se denegó algunas de estas solicitudes. En esa misma decisión, ordenó la Sala oficiosamente el recaudo de los testimonios de los señores Luis Eduardo Niño Martínez, Wilson Eliecer Angarita Trillos, así como el acopio del Decreto 553 del 29 de agosto de 1997, por medio del cual se hicieron delegaciones contractuales en el departamento de Arauca.

Los días 9, 10, 11, 16 de junio y 21 de julio de 2014, se llevaron a cabo las sesiones de audiencia pública de juzgamiento, dentro de la cual se recibieron las declaraciones de Jaime Salazar Castellanos y Luis Eduardo Niño Martínez, Wilson Eliecer Angarita Trillos y Ariel Giovanni Gómez. Igualmente, se escucharon los alegatos de conclusión de la fiscalía, la procuraduría y de la defensa técnica del acusado, exposiciones de las cuales, seguidamente, se extractan los aspectos más importantes.

Intervención de la Fiscalía.

Precisa el representante del ente instructor, que desde el punto de vista objetivo, hay certeza de existencia de la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos en los tres procesos de contratación por los cuales fue llamado a juicio el ex regente departamental, JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, para lo cual se refiere de manera puntual a cada uno de ellos.

Respecto del contrato No. 0355 de 1997, cuyo objeto fue la construcción de la segunda etapa del alcantarillado en el municipio de Cravo Norte, enfatiza que fue incluido en un banco de proyectos con presupuesto de doscientos millones de pesos (\$200.000.000) y

que después terminó aprobándose por un valor inferior para que, atendiendo su cuantía, se posibilitara su adjudicación de manera directa. Agrega, que dicho convenio se celebró en la misma vigencia fiscal en que se viabilizó el proyecto, resultado ello contrario a las normas de ejecución presupuestal. Aduce, también, que el proponente Niño Martínez ni siquiera firmó la propuesta y que los dos únicos aspirantes que se presentaron, Niño Martínez y Nelson William Rodríguez, coincidieron en los documentos presentados en todo, menos en los montos de sus obras.

Para el fiscal, el hecho que se hubiese elaborado la propuesta sin conocimiento del presupuesto destinado para ella no encuentra justificación en lo dicho por el testigo Juan Eduardo Moncayo, cuando aseveró que tal información era de público conocimiento, toda vez que es imposible extraer esa cifra del presupuesto avalado por la Asamblea departamental, en tanto que allí se aprueban cuantías generales y no proyectos específicos.

Igualmente, para el representante del órgano acusador, resulta extremadamente llamativo que dentro de la documentación de soporte aportada por los proponentes y que obra del trámite del contrato en análisis, existan coincidencias tales como que el documento AIU contenga iguales errores ortográficos; que las pólizas de cumplimiento allegadas fueran compradas el mismo día y tengan numeración consecutiva; y que el documento “análisis de tarifa” registre como fecha el 28 de julio de 1997, anterior a la fecha de invitación, que corresponde agosto de ese mismo año.

Concluye, entonces, que esa suma de irregularidades descarta el que se trate de fatales coincidencias, como pretende hacerlo ver la parte defendida; y, por el contrario, se consolidan como acontecimientos comunes y uniformes de un patrón delictivo, que devino en el desconocimiento del principio de planeación, selección objetiva y transparencia en la contratación pública.

En ese contexto –añade– resultan insatisfactorias las explicaciones de Luis Eduardo Niño Martínez, quien pretende justificar las coincidencias de formato en la existencia de un señor llamado Nixon Gallo, quien elaboraba las propuestas, por ser de los pocos que contaban con equipos de cómputo para la época. Para el acusador, antes que explicación, por su rol funcional, el anotado Nixon Gallo responde al sujeto descrito por Nelson William Rodríguez Sánchez, quien denunció cómo por fuera de la Gobernación se realizaban las propuestas ganadoras y perdedoras.

En punto al contrato 0384 de la misma anualidad, cuyo objeto fue la construcción de un terraplén en la vía Clavo Norte, departamento de Arauca, resaltó que había en el banco de proyecto un presupuesto para ese contrato por doscientos millones de pesos (\$200.000.000) y que, al final fue contratado por valor inferior, maniobra que –infiere– supone que un proyecto planeado inicialmente a través de licitación pública, resulte ejecutándose por contratación directa; escenario en el que le resultaba posible al gobernador la selección del contratista.

De otra parte, las cartas de presentación por parte de los proponentes Nelson Rodríguez Sánchez y Wilson Angarita, tienen el mismo formato y solo difieren en precios y firmas; aunado a que en la póliza de seguros Cóndor S.A., aparece, al lado de la firma de Angarita, otra rubrica, idéntica a la de Nelson William Rodríguez, de manera que, siendo independientes, uno de ellos se asoma suscribiendo en las dos pólizas. Al mismo tiempo, Wilson Angarita, presentó sus documentos AIU, y análisis de prestaciones sociales, con el nombre de su oponente, Nelson William Rodríguez, lo cual revela que aquél solo prestó su nombre para que el último fuera favorecido.

Finalmente, del contrato en reproche, le resulta ilógico al instructor, que Wilson Angarita hubiera propuesto por encima del presupuesto de la obra, pues, a todas luces, iba a salir perdedor, lo cual denota –sin duda– una maniobra para solapar las posibilidades únicas de Nelson William Rodríguez, a la postre, triunfador del proceso.

Aprovecha la oportunidad el instructor, para descalificar el testimonio del señor Angarita, rendido ante esta Corte, por resultar insatisfactorias sus explicaciones en torno a cómo Nixon Gallo realizó sus propuestas sin tener documentos propios de la gobernación, tales como el presupuesto de la obra. Anotó, que no es posible realizar las mismas solamente con los términos de referencia, lo cual afianza mucho más el hecho de que se definían previamente las propuestas ganadoras y perdedoras, con aquiescencia de la máxima oficina departamental. También le censura el hecho de presentarse en puja, en su condición de maestro de obra, con un profesional de la ingeniería, a sabiendas de las probabilidades de perder a que se enfrentaba.

En lo que atañe al contrato No. 0490 de 1997, cuyo objeto fue la pavimentación en concreto rígido de algunas vías del municipio de Fortul (Arauca), destaca la identidad que se evidencia entre las cartas de presentación de las ofertas de Nelson Rodríguez y Niño Martínez; que las mismas se allegaran al proceso contractual cuando las constancias demuestran que no hubo publicidad de la invitación, ya que la única que se anexa trata de un objeto contractual distinto. A su vez, califica de inconsistente que el concepto técnico haya sido presentado con posterioridad a la fecha en que fue elaborado el contrato, lo cual demuestra, una vez más, que el beneficiario de ese contrato estaba previamente definido. En esa misma línea, le resulta inexplicable el hecho de que Luis Eduardo Niño hubiera presentado una propuesta superior a la de los parámetros del proyecto, lo cual deja al descubierto que concursó para perder deliberadamente. Además, las pólizas que aparecen son del mismo día y sus números consecutivos.

Así, entonces, visto en conjunto los tres contratos, el representante del órgano investigador cuestiona la multiplicidad de irregularidades, que informan de un verdadero *modus operandi* adoptado por la gobernación de Arauca para direccionar los procesos y favorecer a Nelson William Rodríguez –emisario del E.L.N.-, circunstancias que –considera- no pueden soslayarse frente a lo acontecido respecto de otros contratos celebrados con Nelson William Rodríguez, muy a pesar que

frente a los mismos haya operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Además, en lo atinente al argumento de la delegación, aspecto sobre el cual el deponente Jaime Salazar pretende sacar adelante la tesis de la no responsabilidad del gobernador, por haber delegado para la firma de los antes mencionados contratos a sus secretarios, señala la fiscalía que resulta insostenible, ya que mientras el testigo defiende su autonomía y pretende blindar al gobernador, no puede evitar aceptar el conocimiento sobre la gestión delegada por aquél, en los consejos de gobierno celebrados cada 15 días.

Así las cosas, el fiscal confía en haber demostrado la existencia de una estrategia diseñada por el gobernador para (i) violar los principios como los de planeación y transparencia; (ii) manipular los proyectos inscritos en el banco de proyectos; (iii) mutar la modalidad de contratación; (iv) propiciar colusión entre proponentes; y, (v) favorecer determinado proponente.

Ahora bien, desde el punto de vista subjetivo, recuerda el acusador el contexto en que se desarrollaron los hechos que aquí se escrutan, siendo lo más significativo la condena por rebelión dictada en contra del procesado LOZANO FERNÁNDEZ, en cuyo escenario esta persona, conforme también lo indica el relato del exguerrillero de las F.A.R.C. Ariel Gómez, conformaba la “parte amplia” del E.L.N., y en esa labor asignaba los contratos a los que el grupo subversivo ordenaba, quienes debían, a su vez, entregar determinado porcentaje a los violentos. Es por ello que el análisis global le permite inferir que el antes mencionado fue un antiguo aliado del E.L.N. en la gobernación de Arauca.

Por las razones anotadas, existe prueba suficiente que permite predicar no solo la materialidad de la conducta investigada, sino también la responsabilidad penal del acusado, como autor del delito de interés indebido en la celebración de contrato en concurso homogéneo sucesivo, en lo que respecta a los convenios públicos Nos. 0355,

0384 y 0490 de 1997.

Intervención del Ministerio Público

La delegada del Ministerio Público sintetiza los hechos objeto de este proceso refiriéndose a cada uno de los contratos por cuya celebración dictó pliego de cargos en contra del exmandatario, y sus inconsistencias, tales como pólizas consecutivas, igualdad de documentos, contradicción de fechas etc. Todo ello, para arribar a su premisa a defender, cual es, que la hipótesis delictiva no pudo ser corroborada, en tanto que cada falencia en los contratos encontró su explicación a partir de los testimonios escuchados en el juicio.

Aduce, al respecto, que los deponentes fueron contestes en aludir al atraso tecnológico de la época, lo que –en su sentir– justifica que las propuestas y documentos presentados por los proponentes fueran iguales, al ser elaboradas por el señor Nixon Gallo, quien prestaba tal servicio; de ahí que coincidieran hasta en los errores.

En cuanto al achaque del fiscal, relativo a documentos presentados antes de la invitación, recuerda lo dicho por los testigos escuchados por la Corte, al explicar que Nixon Gallo conocía de antemano el presupuesto departamental y, por ello, no era menester contar con el respectivo certificado de disponibilidad para elaborar las propuestas, lo que, en consecuencia, justifica la elaboración de documentos propios de cada aspirante antes de la respectiva invitación. A su vez, hace suya la explicación de las pólizas consecutivas, al encontrar razonable que para la época de tal acontecer, la escasez de compañías aseguradoras propiciaba que los proponentes acudieran a la de mejor oferta económica y en ella se tomaran coincidencialmente pólizas sucesivas.

Recuerda, también, que los testigos escuchados en juicio, a la sazón, proponentes en los trámites contractuales objeto de escrutinio en el sub judice, indicaron que para garantizar la seguridad del contenido de los documentos era usual radicarlos el último

día habilitado para tal fin; proceder a partir del cual la delegada encuentra explicación razonable a la igualdad de fechas a la que alude la fiscalía como indicio en contra del investigado.

En ese sentido, da por sentado que aquéllas falencias documentales divulgadas por la fiscalía hallan eco en la explicación unánime de los señores Jaime Salazar Castellanos, Luis Eduardo Niño Martínez, Wilson Angarita Trillos y Juan Eduardo Moncayo Santacruz, desdibujándose así el sentido delictivo de tales errores y la hipótesis de responsabilidad enrostrada al ex gobernador.

Se duele, a su vez, del insatisfactorio recaudo de los testimonios de Nelson William Rodríguez y Gustavo Iván Lizarazu, pues -indica- hubiera sido vital preguntarles si los tres contratos que detienen la atención de la Corte respondían al *modus operandi* ilícito descrito por ellos; aspecto que no se satisface con lo averado por Ariel Giovanni Gómez, ex guerrillero de las F.A.R.C., ya que éste solo se refirió a la relación conocida entre el procesado y el conglomerado guerrillero del E.L.N., dejando ver su vaguedad y escaso tino probatorio.

En continuidad de su alegato, la agente del ministerio público se ocupa del decreto por medio del cual el exgobernador delegó en sus secretarios la facultad para adelantar y suscribir contratos, entre ellos, los tres convenios aquí revisados. Arguye, que la autonomía ostentada por los secretarios sustraía de responsabilidad al acusado, en tanto que el conocimiento de éste era mínimo y su enteramiento cada quince días en los comités de gobierno, se contraía únicamente a avances generales de los proyectos, mas no en detalles y nombres de contratistas.

En suma, estima posible un amañado direccionamiento en la contratación del departamento de Arauca, más no que el mismo se orquestara por LOZANO FERNÁNDEZ. Así las cosas, apelando a la ausencia de certeza propia de la declaratoria de

responsabilidad penal que deprecia la fiscalía, el ministerio público demanda, a favor del investigado, fallo de absolución.

Intervención de la Defensa

El defensor del procesado, se propone sustentar su postulación absolutoria, otorgando un sentido exculpatorio a los detalles llamativos encontrados por el fiscal en cada contrato, desde una óptica diametralmente opuesta a la del ente acusador.

Para ello, en primer lugar, destaca que los organismos de control, tales como procuraduría y contraloría no descubrieron irregularidad alguna en los contratos investigados, justamente porque no se presentó inconformidad entre oferentes y, sobre todo, porque siempre prevaleció el respeto por la Ley 80 de 1993 y la satisfacción del interés de cada comunidad donde se ejecutaron las obras.

Ruega tener en cuenta que en su injurada el procesado niega todo vínculo o relación con el E.L.N., al igual que hubiera desviado recursos para favorecer a ese o cualquier grupo beligerante; tanto así, -subraya-, que la tesis de la condena que propugna la fiscalía se torna fantasiosa, si se tiene en cuenta que JOSÉ VICENTE LOZANO fue condecorado por su capacidad combativa e implacable contra grupos guerrilleros de la zona y hasta su familia y él mismo fueron víctimas de aquellos, a lo cual se suma, además, la existencia de documentos que revelan que el gobernador siempre estuvo escoltado, en oposición a versiones que lo sitúan acudiendo a campamentos guerrilleros.

Por lo anterior, resta crédito a las declaraciones de los señores Nelson William Rodríguez Sánchez, Temístocles Rojas, Gustavo Iván Lizarazu Cáceres y Argenis Franco Morales, allegadas en copia, provenientes del proceso seguido también en contra de LOZANO FERNÁNDEZ por el delito de rebelión, a quienes califica como declarantes dudosos que, antes que incriminar, divorcian al exmandatario con los hechos delictivos que aquí se le enrostran.

En sustento de lo esbozado, critica por contradictorio el dicho del ingeniero Nelson William Rodríguez Sánchez, quien aseveró haber conocido al aquí procesado como alcalde de Saravena en 1992, siendo que para esa anualidad éste último se desempeñaba como diputado del departamento de Arauca, lo que, en su sentir, denota el mendaz contenido de su aserto. Dice también que este testigo en su primera declaración no hizo mención expresa del señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, dejando ver la escasa vinculación del ex mandatario con los hechos delictivos que se le endilgan. Descalifica su dicho, asimismo, dada la falta de acreditación de la vinculación de la señora Zoila Expósito con grupo guerrillero alguno o que la misma efectuara recaudo dinerario a favor de los insurgentes, como así lo adujera. Finalmente, acota que yerra el referido testigo al aludir al año 1999, como la fecha en la que, por primera vez, le fue exigida la suma de ocho millones de pesos Mcte. (\$8.000.000.00) por adjudicarle un contrato, pues esa data resulta incompatible con el periodo en que su prohijado fungió como gobernador del referido ente territorial.

En cuanto a Temístocles Rojas, considera el defensor que su aporte es fútil, pues, en lo medular de su relato, cuando habló de los “vikings” o de las órdenes escritas remitidas por el grupo guerrillero con destino a los funcionarios de la gobernación, no compromete en nada al señor LOZANO FERNÁNDEZ, sino a sus secretarios, desvirtuando así cualquier vínculo entre aquél y el referido grupo ilegal.

Respecto de la versión de Gustavo Iván Lizarazu, precisa que señaló no conocer al aquí encartado, por lo que su dicho no le incrimina en lo más mínimo. Recuerda, además, que la empresa Dataoffice fue creada a finales de 1997, lo que -sostiene- torna improbable la manipulación de documentos propios de la gobernación en esas oficinas en el periodo de 1995 a 1997.

En esa misma línea, resta mérito a la declaración rendida por Argenis Franco Morales, quien da cuenta de acciones de la empresa Dataoffice y su relación con el E.L.N., para el

año 1998. Para la defensa, esa deponencia desborda el marco de responsabilidad del enjuiciado al tener en cuenta que regentó como mandatario hasta el año 1997, es decir, mucho antes de creada la empresa por medio de la cual se elaboraban los documentos del supuesto proceso de contratación amañado.

Con igual descredito trata al exguerrillero que declaró en juicio, Ariel Giovanni Gómez, de quien reprocha su falta de coherencia, vaguedad e imprecisión, al referirse a los supuestos nexos entre la gobernación del acusado y el E.L.N., siendo que, para esa época, el testigo antes mencionado no ejercía presencia en el departamento de Arauca.

Concluida la alegación infirmatoria en relación con las declaraciones de cargo, abre paso el defensor a las explicaciones que en su sentir se infieren de los testimonios de Jaime Salazar Castellanos, Luis Eduardo Niño Martínez, Wilson Angarita Trillos y Juan Eduardo Moncayo Santacruz, en quienes halla respuesta razonable a los detalles “llamativos” encontrados por la fiscalía en los tres procesos contractuales que aquí se auscultan.

Es así como, relieves la precariedad tecnológica de la época, traducida en el escaso personal que contaba con equipos de cómputo, como razón suficiente para la coincidente elaboración de ellos por una misma persona, lo que justifica entonces la prenombrada similitud de pliegos entre proponentes. En esa misma línea, hace suya la explicación de que el presupuesto era publicado por la Asamblea departamental y por ello podían elaborarse las propuestas sin contar con el respectivo certificado de disponibilidad.

A su vez, en referencia a las pólizas consecutivas presentadas por los candidatos, fechadas el mismo día y todas provenientes de la aseguradora Cóndor S.A., aduce que tal situación se satisface con la explicación de las condiciones que para la época imperaban en la región, más concretamente, resalta que en su momento las aseguradoras no se destacaban por su abundancia, de lo cual -adverba- resultaba común

la coincidencia de tomadores en una misma empresa, y con ello, la numeración consecutiva de sus pólizas.

Con todo lo alegado, para la defensa, aquéllos detalles que a juicio del acusador se presentan como situaciones dotadas de relevancia delictiva, tienen respuesta en cada una de las explicaciones ofrecidas por los testimonios destacados.

En esa medida, para la defensa técnica emerge cristalino que el delito de interés indebido de la celebración de contratos no se verifica en esta oportunidad, pues, aunado a lo señalado en precedencia, el feliz término de las obras denota que el interés siempre se dirigía a la comunidad en general, quienes hoy en día las disfrutan sin contratiempo. En consecuencia, solicita la absolución del exgobernador del departamento de Arauca por la comisión del delito interés indebido en la celebración de contratos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

i) Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 235-4 de la [Constitución Política](#) y 75-6 de la Ley 600 de 2000, la Corte es competente para emitir el pronunciamiento de fondo pertinente, toda vez que el procesado JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación como presunto responsable del delito interés indebido en la celebración de contratos en situación concursal, frente a hechos acaecidos cuando desempeñaba el cargo de gobernador del departamento de Arauca.

ii) Problema Jurídico.

Es menester tener en cuenta que en términos del artículo 232 del estatuto procesal penal (Ley 600 de 2000), toda providencia debe sustentarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación y, concretamente, para dictar sentencia condenatoria, a la luz del inciso 2 Ibídem, es necesario llegar tanto a la certeza sobre la existencia o materialidad de la conducta punible objeto de investigación, así como de la responsabilidad del acusado en su comisión. Para tal efecto, se impone apreciar los medios de prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo establece el artículo 238 del citado ordenamiento.

En este contexto, compete a la Sala de Casación Penal de esta Corporación determinar si de la facticidad objeto de la presente investigación, de cara a las acreditaciones del plenario y a las exigencias típicas de las conductas que le vienen endilgadas al procesado en pliego de cargos, se acredita o no su existencia; y si el exgobernador de Arauca, JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, debe ser declarado penalmente responsable por los mismos. Los resultados de tal examen, posibilitarán adoptar la decisión correspondiente en cuanto a su condena o absolución.

iii) Los Cargos y su prueba

La fiscalía le atribuyó a JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ la autoría del delito interés indebido en la celebración de contrato en situación concursal homogénea sucesiva, cuya estructura y demostración se procede a analizar.

1. Del delito de interés indebido (ilícito) en la celebración de contratos.

El artículo 145 del Decreto Ley 100 de 1980, consagra esta conducta punible de la siguiente manera:

Interés ilícito en la celebración de contratos: 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...

Huelga precisar, que el vocablo ilícito, incluido en el nomen iure del otrora cuerpo normativo penal, y el de indebido, propio del artículo 409 de la novel ley sustantiva penal, que se presenta como texto diferenciador entre ambas titulaciones, denota más una diferencia lingüística que material, en la medida en que el contenido del tipo penal y sus elementos (sujeto activo, pasivo, ingrediente normativo, objeto), se destacan por su igualdad, solo que se modificó esa singularidad para evitar el entendimiento de que el tipo penal cobijaba únicamente contratos ilícitos, cuando perfectamente abrigaba también a los lícitos, pero de interés protervo. Así, independiente de qué palabra se utilice, la complexión del delito es la misma y apunta, en su demostración, a iguales requisitos de tipicidad objetiva.

Sobre el particular, La Corte Constitucional en sentencia C-128 de 2003, señaló:

Los artículos 145 del decreto 100 de 1980 y 409 de la ley 599 de 2000, describen de manera idéntica la conducta tipificada como interés “ilícito” o “indebido” en la celebración de contratos. Si bien la denominación del tipo penal es diferente, en la exposición de motivos de la ley 599 de 2000, se señaló que el cambio de denominación tiene más un sentido pedagógico que una incidencia sobre la identificación del tipo penal estudiado. Allí se dijo “el tipo penal ya no habla del interés ilícito sino indebido. Lo ilícito podría hacer pensar en infracción a la ley, lo cual no es cierto, puesto que el contrato puede incluso ser perfecto; empero se quebrantarían los deberes de transparencia, imparcialidad y moralidad”.

Ahora bien, la Corte llama la atención en este punto sobre el hecho de que bien puede

sucedan que un contrato se celebre sin que se infrinja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, taxativamente fijado en la Constitución y en la ley, cumpliendo igualmente los requisitos legales esenciales determinados específicamente para el tipo de contrato de que se trate, sin que esto impida que se vulnere el bien jurídico administración pública. En efecto, si la actuación del servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones en un contrato estatal está determinada por un interés ajeno al interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley o los reglamentos es el que debe perseguir dicho servidor en ese caso concreto, en nada incide para la vulneración del bien jurídico el respeto del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el cumplimiento de los requisitos legales esenciales aludidos, pues la desviación de la actuación del servidor en esas condiciones está desvirtuando la imagen de la administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública.

Así, entonces, al detener la mirada en el delito en mientes, esta Corporación ha señalado que la configuración típica de este delito debe reunir tres requisitos esenciales:

El delito de interés indebido en la celebración de contratos se caracteriza porque el tipo objetivo exige la presencia de (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 por el agente estatal diferente al de los fines de la función pública; el tipo subjetivo requiere que la acción sea desplegada a título doloso, esto es que el servidor público proceda con conocimiento y voluntad²².

Se trata entonces, el descrito, de un tipo penal de mera conducta que, por tanto, no exige un perjuicio a la administración pública en grado de consumación. Lo sancionable es la prevalencia del interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública.

En base a lo anterior, corresponde establecer el elemento certeza respecto de la conducta y responsabilidad que se imputa al señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, en su condición de exgobernador del departamento de Arauca, en el marco factico de los contratos de obra Nos. 0355, 0384 y 0490 de 1997.

3.1.1 De la calidad de servidor público, la existencia de un contrato estatal y la intervención de aquél en este.

Se encuentra demostrada plenamente la calidad de servidor público que ostentaba para la fecha de los hechos el aquí investigado, en su condición de gobernador del departamento de Arauca, para el periodo comprendido entre 1995 y 199723.

Asimismo, está demostrada la existencia de los contratos de obra No. 0355, 0384 y 0490 de 199724, y la participación en calidad de contratante, de la gobernación del departamento de Arauca, a través de sus secretarios, quienes por delegación del gobernador LOZANO FERNÁNDEZ, los suscribieron con el señor Nelson William Rodríguez Sánchez, tal y como se aprecia en la literalidad de dichos instrumentos.

Resáltase, en punto a la responsabilidad penal del acusado, y de cara a la existencia de contratos no suscritos directamente por él, que ese será un tema que se abordará con detenimiento en acápite siguiente, bastando por ahora tener por satisfechas la calidad de servidor público y la relación entre el sujeto activo y los contratos cuestionados.

3.1.2. De la existencia de un interés diferente a los fines de la función pública.

En el presente capítulo se analiza, en primer lugar, el contenido documental que compone los tres contratos objeto de discusión y, luego, atendiendo circunstancias fácticas específicas, se aprecian al amparo de la prueba recaudada en sentido integral, conforme su valor suasorio.

Al examen de las foliaturas, comparte la Sala la apreciación que sobre los llamativos detalles advertidos dentro del proceso contractual a la que alude la acusación, pues se tratan de particularidades tan notorias, que su existencia no se cuestiona por la defensa.

Se tiene, referente al contrato 0355 de 1997, cuyo objeto fue la construcción de la segunda etapa del alcantarillado sanitario del barrio El Estero, en el municipio de Cravo Norte, celebrado entre el secretario de planeación del departamento de Arauca, Juan Eduardo Moncayo Santacruz, y el señor Nelson William Rodríguez Sánchez²⁵, que (i) los señores Luis Eduardo Niño Martínez y Nelson William Rodríguez Sánchez fueron los únicos que presentaron propuestas garantizando la seriedad de ellas con pólizas de la compañía Cóndor S.A., las cuales, –ciertamente– tienen números de identificación consecutivos, en tanto que la del primero responde al serial 025 973601037, y la segunda al 025 973601038; (ii) los formatos en ambas propuestas son iguales en su estilo mecanográfico y difieren únicamente en el nombre de los proponentes; (iii) la propuesta del competidor no favorecido, Luis Eduardo Niño Martínez, no contiene su firma; (iv) no coincide el presupuesto determinado en el banco de proyectos, con el que a la postre fue aprobado, al ser éste último de \$103.156.53626, en tanto que en aquél se fijaba un monto de \$200.000.00027; y el documento Análisis de Tarifa Horaria de Equipo²⁸, está fechado «julio 28 de 1997», data bastante anterior a la invitación a ofertar en agosto de ese mismo año.

En el contrato 0384 de 1997, cuyo objeto fue la construcción del terraplén de la vía Puerto Rondón – Cravo Norte, suscrito entre el secretario de obras públicas del departamento en mientes, Jaime Salazar Castellanos, y Nelson Rodríguez Sánchez, se observa que: (i) las pólizas de la aseguradora Cóndor S.A. de proponentes diferentes²⁹, aparecen ambas signadas por Nelson Rodríguez, pues lo hace, aún, en la que también rubrica como supuesto tomador el proponente Angarita. Además, (ii) en los documentos de la propuesta del señor Wilson Angarita, el AIU y el análisis de prestaciones

sociales corresponden a Nelson Rodríguez³⁰. Súmese, que (iii) el certificado de disponibilidad presupuestal está fechado el 14 de noviembre de 1997³¹, y las propuestas fueron presentadas el 16 de octubre de ese mismo año³²; es decir, primero fueron las propuestas y, después, la exhibición del presupuesto de la obra. En este contrato, al igual que en el anterior, también se divisa (iv) la disparidad entre el presupuesto consignado en el banco de proyectos y el finalmente aprobado para la obra, al ser el último de \$103.165.824³³ y en aquél aparece por el monto de \$280.000.000.00³⁴. Agréguese finalmente a todo lo dicho, que (v) las propuestas son presentadas el mismo día, sin que coincidan con la fecha límite para ofertar, en tanto que ésta era el 21 de octubre de 1997³⁵, y aquellas están adiadas el 16 de octubre de ese mismo año.

En el contrato 0490 de 1997, cuyo objeto fue la pavimentación en concreto rígido de la carrera 21, entre calles 8ª y 9ª, y carrera 18, entre calles 6ª y 7ª, del municipio de Fortul, suscrito entre el secretario de obras públicas del departamento de Arauca, Jaime Salazar Castellanos, y Nelson Rodríguez Sánchez, al escrutar su contenido documental se encuentra que: (i) ambas propuestas tienen la misma fecha [18 de diciembre de 1997]³⁶. En esa misma labor de revisión, se halló que (ii) las pólizas de seriedad son consecutivas al tratarse de las numeradas 025 97360142837 y 025 97360142938; (iii) el memorando que sugirió contratar data del 26 de diciembre de 1997³⁹, y la orden de elaborar el contrato está adiada 24 de diciembre de ese mismo año. En la parte inferior de ese mismo documento se observa con sello manual el día 26 de ese mes y anualidad, lo que denota que el mismo, contenido de la orden para contratar, tiene, por lo menos, una fecha contradictoria, en tanto que se anticipa al memorando del visto bueno, cuando la lógica imparte que primero en el tiempo es el visto bueno y, luego, la orden para contratar.

De los anteriores detalles advertidos en los tres procesos de contratación, analizadas en su individualidad, se desprende que, en efecto, por un lado no consultan a la regular

presentación de propuestas y, mucho menos, a un adecuado modelo en el manejo de la documentación contractual. En efecto, abunda la similitud y entremezclamiento del contenido de propuestas en disputa, a la vez que contradicciones en las fechas de documentos que, por lógica, deberían responder a una cronología ascendente y no, como acontece, al contrario.

Ahora, cada detalle expuesto fue pretendidamente explicado por testigos en la etapa de juicio, lo que fuerza a efectuar un análisis de los mismos, en aras de encontrar su relativa o absoluta potencialidad justificatoria. Al asumir ese cometido, contamos con los testimonios ofrecidos por Jaime Salazar Castellanos, Luis Eduardo Niño Martínez, Wilson Angarita Trillos y Juan Eduardo Moncayo Santacruz, quienes al explicar los detalles objetivos en cada contrato, coincidieron en afirmar que las pólizas consecutivas, así como la identidad de formatos respondía a la escasez tecnológica de la época, donde no había más de dos empresas aseguradoras, ni muchas personas que contaran con equipos de cómputo para hacer las propuestas, de ahí que reluciera el nombre de Nixon Gallo, como el sujeto que por contar equipos tecnológicos, realizara los documentos de los aspirantes, con igualdad de formatos y, de contera, con los mismos errores de digitación.

En cuanto a las pólizas consecutivas, se dijo que la aseguradora Cóndor S.A., ofrecía un servicio económicamente insuperable en comparación con otras compañías y, por ello, los proponentes las tomaban en esa empresa, justificando así que se emitieran una seguida de la otra. También, se explicó que el presentar las ofertas el mismo día respondía a una costumbre de esperar la fecha límite para radicarlas, dado que se quería proteger su integridad y secreto hasta el último momento.

También señalaron los deponentes que la disparidad entre el presupuesto de cada proyecto aprobado y el relacionado en el banco de proyectos, se justificaba en que éste no era definitivo, y solo alcanzaba tal carácter una vez aprobado por la Duma

Departamental y que podía ser inferior al enlistado en aquél; de ahí que nunca coincidieran en los contratos analizados. Igualmente, las incompatibilidades entre fechas de los documentos al interior de cada proceso contractual, las soportan en errores de transcripción o digitación, desprovistos de interés malintencionado en trocar su secuencia cronológica.

Pues bien, ese esfuerzo coordinado por encontrar respuesta a cada detalle ofrecido por los ya mencionados declarantes, pretende sacar adelante una primera hipótesis de explicación, traducida en la abundancia de coincidencias y de errores desprevenidos de transliteración; no embargante lo anterior, una mirada global a tales detalles documentales y su respectiva justificación, devela inconsistencias que, desde ya, van restando crédito a esa tesis, prohijada por la defensa.

Desglosando lo dicho, se tiene que aquella explicación, que forzosamente hace ver las propuestas como coincidentes en fechas, porque era común hacerlas el último día, por razones de seguridad, cae por su propio peso al observar que en el caso de los contratos 0384 y 0490, datan del mismo día –como siempre– pero no el último habilitado para tal fin, es decir, el común denominador no es que las propuestas coincidieran con el último día de plazo, como se dijo por parte de los anotados testigos, sino, que fueran de la misma fecha, lo cual va marcando no solo un desacierto en la explicación, sino un patrón de conducta en el que los proponentes no actuaban independientes entre sí, sino, con conocimiento coordinado de todo el proceso contractual.

Igualmente, en el contrato No. 0490 de 1997, en el que se advierte que primero fue la orden de elaboración del contrato y después el visto bueno, se pretendió dar razonabilidad a esa incompatibilidad con el hecho de que en la parte inferior izquierda de aquél (orden de elaboración) se encontraba una fecha «26 dic 1997» que sí coincidía con la data del memorado de mejor proponente. Sobre el particular, la Sala califica de

infructuoso el esfuerzo en hacer ver que se trata de un error de transcripción solamente, al tener en cuenta que esa fecha posterior que tiene el documento en su parte inferior, está superpuesta con un sello manual y sin ningún tipo de explicación literal, más coincidente con una marca de recibido que con el de su elaboración.

Por lo anterior, aquélla razón invocada, que insiste en que coincidían memorando de visto bueno y orden de elaboración de contrato, se ubica como la posibilidad más remota, improbable e incoherente con lo hallado en la misiva, siendo más plausible, como lo afirma la fiscalía, que la orden de hechura del contrato fuera anterior a su visto bueno, conclusión que –desde ya- sigue abonando a la hipótesis delictiva del ente acusador, quien valga recordar, siempre ha sostenido que primero se daba la elección del contratista y después, se surtía el proceso de selección.

Hasta este punto, es palpable que algunas explicaciones ofrecidas por los testigos Jaime Salazar Castellanos, Luis Eduardo Niño Martínez, Wilson Angarita Trillos y Juan Eduardo Moncayo Santacruz, tropiezan con la propia prueba documental aportada, pero otras no, así, razones como la igualdad de formatos por tratarse de un mismo elaborador; la consecutividad de pólizas por ser la aseguradora Cóndor S.A., la más concurrida y las contradicciones en algunas fechas, no tienen, desde la objetividad documental, contradicción alguna. No obstante, ello no significa que se den por sentadas por la Sala aquellas razones, pues, al integrar las diferentes piezas probatorias, aquéllos efugios subrayados por la defensa riñen entonces, ya no con la prueba documental, sino con las declaraciones traídas del otrora proceso 26680, adelantado contra el hoy procesado por el delito de rebelión, e incorporadas en la fase de instrucción a este proceso, las cuales pasan a ser analizadas detenidamente.

Abordando tal cometido, nótese que en su declaración, el señor Nelson William Rodríguez Sánchez⁴⁰, oferente vencedor en los tres contratos por los que hoy se juzga al exgobernador LOZANO FERNÁNDEZ, refiere lo siguiente:

Al señor JOSE VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, lo conocí en el municipio de Puerto Rondón, aproximadamente en el año 1992, cuando él era alcalde del municipio de Saravena; durante la administración de este señor realice varios contratos orientados por el ELN.⁴¹

En otro aparte indicó:

En el ámbito de la guerrilla se llama vikingo un documento pequeño, mediante al cual los comandantes guerrilleros envían comunicados y o órdenes a los funcionarios públicos y a las personas con las cuales ellos desean reunirse o dar instrucciones precisas sobre los intereses que les convengan al ELN.

(...)

A LUIS RAÚL ROJAS, lo conocí en la posesión del señor Gobernador JOSE VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, me adjudicó aproximadamente en el año 1995, como lo dije anteriormente el era el enlace directo con los comandantes del ELN para la adjudicación de los contratos.

A la señora ZOILA EXPÓSITO NIEVES la conocí aproximadamente en el año de 1995, época en la cual el gobernador JOSE VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, me exigió pagarle un porcentaje político en efectivo a esta señora⁴².

Al concluir el declarante, sobre todos los antes mencionados dijo:

Estas personas tienen vínculos con el grupo subversivo ELN, tal como lo manifesté anteriormente, unos sirviendo políticamente para defender los intereses del ELN, ósea manejando las partidas y las adjudicaciones de los contratos a personas, contratistas avalados por el ELN. Otro grupo de personas son los grandes contratistas que contratan el personas indicado por el ELN y les cancelan las cuotas respectivas de cada

contrato.⁴³

En la declaración, al ser cuestionado sobre el conocimiento que poseía sobre “...si todos los contratos de las administraciones públicas que están representadas por personas del ELN, se adjudican directamente por los comandantes guerrilleros de esa organización terrorista.», respondió que «Cuando se tenía conocimiento de las partidas aprobadas en los consejos municipales o en la asamblea departamental, era común ver desfile de contratistas con el fin de solicitarle a los jefes guerrilleros la asignación de los mismos»⁴⁴

Sobre ese mismo tema, al requerírsele para que dijera si era posible que «...una empresa, compañía, firma o persona alguna pueda contratar o aspirar algún cargo público en el departamento de Arauca, sin autorización de los grupos subversivos, que operan en ese departamento.», contestó: «Desde el punto de vista de la contratación de obra pública lo considero imposible que una persona, empresa, firma o compañía de común pueda ejecutar obras en el departamento de Arauca, más sabiendo que por los caminos controlados por la guerrilla transitan los diferentes insumos que vienen de diferentes partes del país. Lo relacionado con los empleados públicos de mando alto del departamento de Arauca, sé que deben cantar (sic) con el aval del grupo guerrillero.»⁴⁵

A su turno, Temístocles Rojas⁴⁶, en su condición de reinsertado, afirmó que:

“Lo digo por los años 95, 96 cuando el gobernador era VICENTE LOZANO, nosotros, es decir la organización le hicimos campana a él orientados por el mando de la comisión CHE GUEVARA y por lo tanto viajé yo a Arauca, con el fin de conseguir trabajo y así fue como me asignaron tres baterías sanitarias y un parque infantil, eso fue en el año 95; el año 96 continué viajando hacia Arauca con el fin de conseguir nueva contratación, fue cuando en una reunión con el secretario de educación se encontraba ALDEMAR JIMÉNEZ

si no estoy equivocado en ese tiempo presidente de la CUT y ELISEO DURAN, fue cuando en ese tiempo ALDEMAR JIMÉNEZ se despedía de secretario de educación sacando del bolsillo un vikingo o nota y se la entregaba al secretario que ahí le mandaba el mando del frente para la asignación de un contrato, si no estoy equivocado era a nombre de ALBERTO PAEZ y que era una orientación, así como eso fue como le mandaron una nota o vikingo al secretario de obras públicas en ese tiempo JAIME SALAZAR para que asignaran un contrato a mi personalmente y a dos personas más que andaban conmigo, es tal que ahí para entrar tenía que hacer una cola inmensa y como ya había allegado la nota nos pasaron sin hacer cola, luego en la administración de alcaldía eran manejadas u orientadas por el mismo mando del frente o comisión, así era como nadie tenía derecho a contratar si no tenía el aval de dicha organización.⁴⁷

Igualmente, se hizo hincapié en la declaración de Gustavo Iván Lizarazu Cáceres⁴⁸, quien en su condición de infiltrado en el área de sistemas del grupo guerrillero E.L.N., refirió cómo se manipulaba la contratación en el departamento de Arauca, expresando que:

Como por ejemplo de tantos contratos podemos tomar los siguientes: Contratos que en mi empresa DATA OFFICE, en nuestros computadores hicimos los pliegos de condiciones, la invitación, las Actas de inicio, actas de entrega y actas de liquidación, elaboramos la propuesta Ganadora y las dos perdedoras, y el contratista correspondiente compraba las pólizas de seriedad de la oferta de los tres proponentes, documentación que solo la debe hacer la Gobernación.⁴⁹

Y la esposa del anterior declarante, señora Argenis Franco Morales⁵⁰, dijo que:

DATA OFFICE colaboró haciendo actas, bajas, liquidaciones de contrato y se les

vendieron los equipos, cuando dicha documentación se tenía que laborar (sic) en las oficinas correspondientes de la Gobernación de Arauca

(...)

Esta empresa fue fundada más o menos en el año 1996, siendo una de las pequeñas empresas que iba a manejar todo lo relacionado con sistemas y suministros de papelería en general, muchas empresas que contrataban con la gobernación y la alcaldía, empezaron a comprarnos, conseguimos un socio para poder responder al mercado de Arauca, este socio era el señor FRANCO DE JESUS PÉREZ VÉLEZ, esposo de la señora LIGIA JACQUELINE MARTÍNEZ PARALES Secretaria Privada y de confianza del señor FEDERICO GALLARDO Diputado de la Asamblea de Arauca⁵¹.

Así, entonces, de las declaraciones recién extraídas en sus acápites puntuales, la vertida por Nelson Rodríguez y Temístocles Rojas son coincidentes y unánimes en describir un maquinado acontecer delictivo, en el que la gobernación del departamento de Arauca respondía a los intereses del grupo guerrillero E.L.N. a través de la adjudicación de contratos a quien éstos le indicaran, hasta el punto que, era sumamente improbable, lejano, e inclusive descabellado pensar que existiera un contrato en Arauca que no estuviera bajo el dominio de los subversivos.

La declaración del señor Nelson Rodríguez, es holgadamente merecedora de todo crédito, al explicar la ciencia de su dicho, en tanto que con generosidad de detalles y coherencia narra el cómo (contratación pública); dónde (en el departamento de Arauca); quién (el exgobernador JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ); y el cuándo (en el periodo 1995 a 1997), de los hechos que le constan.

Súmese a lo dicho, que el señor Nelson William Rodríguez, dejó al descubierto un curso causal de hechos propios de la época, documentada por esta misma Corporación en fallo que justamente condenó al hoy enjuiciado por el delito de rebelión⁵², en el que,

por el dominio de grupos guerrilleros en el departamento de Arauca, existía una cadena de eslabones inseparables entre candidato favorecido para un cargo público, y retribución a través de contratos de éste último en pro de los intereses del grupo al margen de la ley. Esa realidad contribuye, desde luego, a otorgar mayor confiabilidad a la declaración en análisis, como quiera que se adecua al contexto demostrado en un proceso judicial de íntima conexión con el que hoy se ventila.

No derruye lo hasta aquí dicho el que el declarante en mentes hubiese cometido imprecisiones en su relato, como cuando dijo conocer al hoy procesado cuando éste era alcalde de Saravena aproximadamente en el año mil novecientos noventa y dos (1992), data en que el señor LOZANO FERNÁNDEZ no ocupaba tal cargo, pues el señor Rodríguez fue claro en anteponer su duda en cuanto a la exactitud del año; itérese, que consideró que aproximadamente fue en el año 1992, denotando su falta de precisión y posibilidad de desacierto.

A su vez, el no haberse demostrado detalles propios de su declaración, como cuando aseguró la existencia de una señora llamada Zoila Expósito como la encargada de transportar el dinero fruto de las comisiones, tampoco desmerece su dicho, pues la exigua prueba sobre ese tópico, no traduce necesariamente en mendacidad del declarante y, mucho menos, se constituye en un hecho determinante en su credibilidad pues, independientemente que se haya probado los pormenores de esa operación, en lo medular de su relato no titubeó en describir cómo la gobernación de Arauca estaba totalmente permeada por los intereses del grupo guerrillero.

Y es que la versión del señor Rodríguez Sánchez no padece de aislamiento probatorio, pues se integra con la versión del señor Temístocles Rojas como elementos probatorios complementarios. En el relato de éste último, se hace notar idéntico proceder en la gobernación de Arauca para los años 1995 y 1996, para, al unísono, coincidir en el manejo que el E.L.N., tenía de la contratación de ese departamento para los años donde

gobernada el aquí procesado. Si bien este testigo no menciona directamente al señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, sí se ubica temporalmente en anualidades en que éste era gobernador (1995 y 1996), haciendo ver cómo la contratación indebida era impartida por aquél mandatario –tal como lo dijera Nelson Rodríguez-, como también por sus secretarios, en este caso, de obras públicas, a quienes el ELN les enviaban “vikings”⁵³, con total aceptación y acatamiento del funcionario.

De lo anterior se sigue el desacierto del abogado defensor, al pretender menguar el prestigio de las dos declaraciones que vienen analizándose, dado que su crítica apunta a detalles accidentales que en poco y nada infirman su crédito.

Ahora, en lo que sí acierta el defensor, es en la potencialidad probatoria de las versiones de Gustavo Lizarazu y esposa, quienes hablaron de una empresa denominada Dataoffice, donde se realizaba el montaje documental. Encuentra la Corte que la mayoría de su relato se circunscribe al año 1998 en adelante –data en que ya no fungía como gobernador el acusado-, que su único valor es el de representar, como lo dijera la Fiscalía, un ejemplo de cómo se seguía elaborando la documentación gubernamental en oficinas privadas, sin que ello desdibuje la manipulación de documentos en los años anteriores y, mucho menos, a finales de 1997. Así, si bien no son útiles para demostrar los hechos nucleares de este asunto, tampoco se oponen a la versión de los anteriores declarantes.

De esa manera, el análisis conjunto de las piezas documentales, testimonios en audiencia pública y declaraciones de cargo traídas a este proceso, nos ubica en una lucha de opuestos en donde los múltiples detalles encontrados en los procesos de contratación, dejan de hallar eco en el haz de testimonios rendidos en el juicio y van, contrario a ello, adhiriéndose a la tesis delictiva que iza la fiscalía, sustentada por las declaraciones incorporadas y analizadas previamente.

En este escenario dialectico, el hecho demostrado que termina destrabando la tensión a favor de la hipótesis acusatoria, lo encontramos en la providencia SP CSJ, 16 sep. 2010. Rad. 26680, por medio de la cual esta Corporación condenó al hoy procesado como autor responsable del delito de rebelión. En dicho fallo, se consignó el convencimiento de que:

LOZANO FERNÁNDEZ regentó los cargos de alcalde, diputado y gobernador, y en todos ellos aparentó obediencia a la Constitución Política y a la ley colombianas, no obstante su condición de afecto al grupo ilegal por suerte que la conducta oficial del ex funcionario tuvo por finalidad exclusiva la de promover económica e ideológicamente al grupo guerrillero, en la medida que fue la dirigencia de la organización ilegal la que promovió de manera permanente sus aspiraciones a cargos públicos (alcalde, diputado, gobernador), y que lo hacía con el propósito de abarcar espacios territoriales y de dominio político y social, de tal manera que el acusado “ejerció su función para el querer del grupo guerrillero” .

(...)

A partir de las declaraciones referidas por los testigos, es fundamental colegir de todas ellas que JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, desde antes de ser gobernador ya se hacía partícipe de reuniones con los mandos del “e.l.n.” y que en era el grupo guerrillero el que permanentemente avaló sus aspiraciones políticas, al menos hasta cuando alcanzó la Gobernación del departamento, por suerte que entre el inculpatado y el grupo rebelde existió un pacto permanente de contraprestación al apoyo político del grupo ilegal, con la finalidad de que una vez alcanzara las dignidades públicas favoreciera a los miembros del grupo ilegal, siendo tal comportamiento el que deja ver la actividad a la que se contrajo la acusación (cfr. testimonios de Edgar Hernando Corzo Jaimes y José Aldemar Rodríguez, entre otros).⁵⁴ (Subrayado fuera del texto)

Con lo visto, es ya un lugar común la vinculación del encartado con el grupo guerrillero al margen de la ley E.L.N., hasta el punto que aquella alegación del defensor, inspirada en condecoraciones al procesado por su respuesta militar ofensiva contra las guerrillas de la zona, y su secuestro con parte de éstas, son temas superados en aquél juzgamiento penal, cuya firmeza y acierto impiden si quiera tangencialmente ser retomados por esta Corporación.

Así, la relación demostrada entre el ex mandatario LOZANO FERNÁNDEZ y el grupo guerrillero del E.L.N., termina de manera avasallante por dar razón a la tesis inculpativa, y se vuelve -consecuencialmente- refractaria a la hipótesis de la defensa, resolviendo el nudo gordiano entre las versiones opuestas de los testigos Jaime Salazar Castellanos, Luis Eduardo Niño Martínez, Wilson Angarita Trillos y Juan Eduardo Moncayo Santacruz y las declaraciones de Nelson William Rodríguez Sánchez y Temístocles Rojas.

Lo averado porque, (i) los detalles puntuales subrayados en cada uno de los contratos, resumidos en: similitud de formatos, inconsistencias de fechas, falta de firmas, dualidad de firmas, ausencia de certificados presupuestales, y en suma, todo ese concierto de imperfecciones, al ser valorados junto a las (ii) declaraciones en etapa de instrucción, y a la (iii) condena por el delito de rebelión, permiten no solo derruir las defectuosas explicaciones de los testimonios de justificación, sino, más importante aún, llegar al convencimiento pleno de que los contratos 0355, 0384 y 0490 de 1997, respondieron a un avieso interés, alejado de los principios de la contratación pública, cual fue, satisfacer las directrices del grupo guerrillero ELN.

Es en este momento donde encajan -como ya se dijo- las piezas que han venido resaltándose del manojo probatorio sopesado, por cuanto los detalles señalados como común denominador en los tres contratos, apuntan a una misma lógica delictiva, al revelar una conciencia común entre los proponentes (como cuando se presentan ofertas

de igual formato, del mismo día y con pólizas consecutivas), y una anticipada selección del contratista (notable cuando la orden de elaboración contrato antecede al visto bueno, o cuando los documentos de las propuestas tienen fecha anterior a la invitación), con lo cual se pretendía disfrazar a través de un proceso de aparente selección objetiva, el interés subyacente en favorecer a un proponente pre-escogido por el grupo subversivo.

Es por esa cohesión probatoria que, aunque los testigos y declarantes de cargo, no hubieran hecho referencia a los tres contratos sub examine, el análisis del contexto en el que se suscribieron y sus numerosos detalles que se repiten en serie en cada uno de ellos, permiten con total tranquilidad predicar -en grado de certeza- su inclusión en la masa de convenios celebrados con interés indebido.

Ante ello, la hipótesis de la defensa, sostenida por algunos testigos en el juicio, se torna, como ha venido haciéndolo, insular y sin fundamento probatorio, ya que, por mucho que se hubieran brindado explicaciones que, miradas en su individualidad se ofrecían algunas como razonables, la sumatoria de pruebas que se describieron atrás impide sostener con cordura una tesis contraria a la presentada por la fiscalía.

Ahora bien, la condena por el delito de rebelión, no solo da sentido delictivo a las pruebas documentales que fueron relevadas por esta Sala, sino, que despeja toda duda en torno a la responsabilidad del gobernador en los tres contratos firmados por sus secretarios, a pesar de la figura de la delegación que aquél hiciere mediante Decreto 553 del 29 de agosto de 1997.

Lo dicho es así, porque el mentado acto de delegación no desdibuja el interés indebido generalizado que la gobernación de Arauca, para los años 1995 a 1997, tenía en la contratación departamental, como respuesta al patrocinio político del grupo subversivo. De esa manera, los secretarios no hacían cosa distinta a dar continuidad a ese

ingrediente que permeaba cada rincón de la gobernación, lo cual se hace más patente al observar detenidamente las declaraciones de Nelson Rodríguez Sánchez y Temístocles Rojas, quienes describieron desde su punto de vista cómo eran impartidas y obedecidas las ordenes que venían de parte del E.L.N., ya sea por el mismo JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ o, bien, por sus subalternos.

En ese sentido, no había distingo entre el exgobernador y sus empleados, pues, respondían al mismo patrón comportamental en acatamiento de las directrices del grupo guerrillero, siendo insustancial el funcionario receptor de la orden o el firmante del contrato, dado que dicho el interés nació desde el momento mismo de la victoria del gobernador LOZANO FERNÁNDEZ en los comicios electorales para la gobernación de Arauca.

Por si ello fuera poco, no puede soslayarse que dentro de las obligaciones legales y constitucionales del ordenador del gasto y representante legal del departamento, está el deber de vigilar y supervisar el rol de los subalternos, sin que pueda eximirse de responsabilidad en aquellos casos que por delegación o descentralización de funciones, corresponda a aquéllos llevar a cabo trámites previos a la adjudicación de los contratos.

De hecho, no desconoce la Sala que la administración pública es por esencia compleja y que requiere de la intervención de funcionarios de distintos niveles con competencias específicas, pero así mismo comprende que no por ello es posible desprenderse de ciertas responsabilidades, pues si así fuera quien es el supremo director de la administración siempre encontraría en ello una excusa para evadir los deberes que la Constitución y la ley le imponen.

No se pretende insinuar que en el marco de la organización funcional de una gobernación, el máximo mandatario deba responder objetivamente por todo lo que sus subalternos realicen; no, lo que quiere significarse es que el deber de responsabilidad que irradiaba la actuación del gobernador, aunado a las particularidades de este caso, le

arrojan un saldo negativo a la pretensión exculpatoria bajo el manto de la delegación, en tanto que -insístase- la vinculación del procesado con el grupo subversivo del E.L.N., y los indicadores comunes de los contratos, permiten reposadamente afirmar que el mismo tenía conexión directa con lo adelantado por sus delegados, quienes en ultimas, respondieron a la política contractual indebida de su superior.

Por todo lo dicho, se halla plenitud en todos los elementos de la tipicidad del delito interés indebido en la celebración de contratos, ya que el sujeto activo (gobernador), tenía un interés diferente a los que guían la contratación pública, en los convenios Nos. 0355, 0384 y 0490, cual era satisfacer las directrices del grupo subversivo que lo catapultó a la gobernación.

Satisfecho lo anterior, en este estado del análisis, debe señalarse que el comportamiento atribuido al señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ es antijurídico, por cuanto implicó el ejercicio indebido de la función pública al desconocer de manera flagrante los principios constitucionales, omitir perseguir siempre y, por encima de cualquier provecho particular, el interés general y el respeto de los principios de selección objetiva que deben orientar la contratación estatal.

En punto de culpabilidad, bajo el entendimiento del código sustantivo anterior, en cuya exigencia, las condiciones del procesado le ofrecían elementos para conocer la ilegalidad del comportamiento que se le reprocha, de tal suerte que podía obrar acatando el ordenamiento jurídico y, sin embargo, no lo hizo. Dadas las condiciones anotadas, podía exigírsele un comportamiento distinto, respetuoso del ordenamiento jurídico constitucional y legal.

En este acápite, también se hace menesteroso demostrar la acción dirigida a la consumación de un hecho de características delictivas, con la plena intención de su realización. Asumiendo esa labor, el dolo del procesado JOSÉ VICENTE LOZANO

FERNÁNDEZ se advierte nítido en la evaluación de los factores personales, antecedentes comportamentales y contexto en que se desarrollaron los hechos. Así, al desglose de tan comprometedora afirmación, tenemos que se trata de un funcionario público que comprometió su administración al servicio e intereses del grupo subversivo que lo apoyó para lograr su cargo, amarrando así la contratación pública de forma consiente y voluntaria, en tanto que, como se vio, era la forma en que el E.L.N., operaba en la zona, para cobrar su patrocinio político y robustecerse económicamente.

La secuencia, en su momento destacada como eslabones inseparables, representada en el apoyo del grupo guerrillero a un candidato y la retribución del mandatario por medio de la adjudicación de contratos en acatamiento del interés del grupo guerrillero, es patrón serial que desdibuja cualquier falta de voluntad del hoy enjuiciado, pues el haber sido impulsado por el E.L.N., para ocupar el cargo de gobernador, aunado a los detalles que se encontraron en los tres contratos sub examine, permite con certeza predicar su voluntad para cumplir la necesaria consecuencia de tal apoyo en esos convenios. De ahí que se haya dicho ya, ese interés particular por el agente estatal diferente al de los fines de la función pública, no es otro, en este caso, que acatar -exprofeso- las directrices señaladas por el mencionado grupo guerrillero.

En suma de lo adverbado, a juicio de la Sala viene demostrada la materialidad del delito interés indebido en la celebración de contratos y, del mismo modo, la responsabilidad del señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ en su comisión.

La fuerza de los argumentos expuestos, infirman -de paso- los alegatos esgrimidos por la procuraduría y abogado defensor, los cuales han sido contestados en el desarrollo de este fallo. Sin embargo, no está de más reiterar que la satisfactoria realización de las obras contratadas no desdice la tipicidad analizada, en tanto que, como se vio desde el inicio, el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos se adecúa en contratos legales e, inclusive, de satisfactoria ejecución, pero de intereses desviados a

los que gobiernan la contratación pública, como en este caso aconteció, donde las pretensiones del grupo guerrillero se antepusieron al interés general.

Además de lo dicho, aquélla crítica por incoherencias resaltadas en el testimonio de Ariel Giovanni Gómez, que hiciere el defensor, resulta inofensiva al recordar que lo dicho por ese testigo ya había sido compendiado en el fallo que por rebelión se dictara por esta misma Corte en contra del procesado de marras, sin que de esa versión pudiera sumarse algo a lo ya establecido; es así como, entonces, tales reproches carecen de la pretendida potencialidad infirmatoria.

iv) La Pena

Reunidos los presupuestos sustanciales que el artículo 232 del estatuto procesal exige para afectar al doctor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ con fallo condenatorio por su responsabilidad penal en el concurso de delitos objeto de acusación, procede la Sala a señalar las consecuencias jurídicas que a dichas conductas corresponden.

Lo primero que debe advertirse es que el método de dosificación punitiva varió del Decreto Ley 100 de 1980 a la Ley 599 de 2000, sin que por ello se advierta desmejoría de un sistema en relación con otro; sobre el particular, esta Colegiatura ha sostenido que:

“Ciertamente se tiene que si bien el artículo 67 del Decreto 100 de 1980 establecía la imposición del máximo de la pena previsto en el tipo penal cuando concurrieran solamente circunstancias de agravación punitiva y bajo la misma lógica, la atribución del mínimo de la pena cuando confluyeran exclusivamente circunstancias de atenuación, dicho precepto también predicaba la posibilidad de tasar una sanción distinta en presencia de los criterios consagrados en el artículo 61 del mismo Estatuto Penal, es decir: “la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente”.

Con similar filosofía, pero esta vez, con la firme intención de reducir el grado de discrecionalidad de que gozaba el juzgador en vigencia del Código Penal de 1980, la Ley 599 de 2000 –artículo 61- construyó el sistema de cuartos como método racional y proporcional para tasar las penas, de tal suerte que ahora el fallador está sometido a respetar el ámbito de movilidad que cada cuadrante le otorga según se trate de la inexistencia de agravantes o atenuantes o la presencia exclusiva de circunstancias de atenuación –primer cuarto-, la concurrencia de atenuantes y agravantes –cuartos medios- y la deducción de solamente agravantes –último cuarto- y a fijar el guarismo correspondiente dentro del cuadrante escogido, haciendo la ponderación de “la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.

(...)

La diferencia es que con el sistema regido por el Decreto 100 de 1980 al aumento punitivo puede trasegar desde el mínimo hasta el máximo sin limitación alguna, mientras que en la Ley 599 de 2000, el juzgador está sometido a los límites impuestos por el extremo máximo de cada cuarto, según confluyan o no circunstancias de agravación específicas, en los términos precisados en el artículo 61 del Código Penal”

(...)

Así pues, cualquiera fuera el sistema punitivo aplicado, el juzgador bien podía acudir a los parámetros de graduación de la pena, sin que ello incidiera en términos de favorabilidad en la sanción penal definitiva a imponer...” (CSJ AP, 6 jun. 2011. Rad. 33751).

Ahora bien, aunque el sistema de dosificación propio del Decreto Ley 100 de 1980

es viable y constitucional, en nada perjudica racionalizar su aplicación con los parámetros punitivos del actual código penal, concretamente, utilizando el característico sistema de cuartos, a efectos de revelar el proceso que sigue el juez para arribar a una pena específica. Lo dicho es viable, en tanto que en ambos sistemas se debe ejecutar un proceso deductivo del operador judicial que, bien sea exteriorizado con el sistema de cuartos, o impregnado de manera ponderada, se sigue por parámetros de racionalidad y bastanteo comunes en tales compendios normativos.

Con ese entendimiento, se apresta la Sala a dosificar el delito de interés indebido en la celebración de contratos, que tiene prevista pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, así como la de multa que oscila entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

En tal virtud, tenemos que el máximo de la pena (12 años) se sustrae al mínimo (4 años) para un total de ocho (8 años), que dividido entre 4 arroja 2 años. Así, el primer cuarto va de cuatro (4) a seis (6) años; el primer cuarto medio de seis (6) a ocho (8) años; el segundo cuarto medio entre ocho (8) a diez (10) años; y, el cuarto final, de diez (10) a doce (12) años de prisión.

Así, han de tenerse presente los artículos medulares de la dosificación punitiva en el Decreto Ley 100 de 1980, el 67 y 61; éste último establece que:

Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente. Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en el concurso, el número de hechos punibles.

Y el canon 67 ejusdem: «podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurren exclusivamente de atenuación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61».

Luego entonces, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho punible, pues se trata de un delito en el que se despreja el interés general que debe guiar todo cargo público; el grado de culpabilidad, en el que se destaca la intensidad del dolo acentuado por el capricho y la sinrazón prevalente en el accionar del exfuncionario, a quien no le importaron los mandatos constitucionales y legales que debía observar; las circunstancias de atenuación o agravación, en cuyo caso no fueron imputadas, y la personalidad del agente, quien utilizó la figura de la legalidad y delegación para enmascarar su responsabilidad como máximo representante del departamento, se hace obligatorio ubicarnos en el primer cuarto e imponer una pena de seis (6) años de prisión.

En cuanto a la pena de multa, igual consideración habrá de hacerse, ponderando los distintos factores antes mencionados, el sentenciado se hace acreedor de una pena de veinte (20) S.M.L.M.V., por cada delito.

Como se trata de un concurso homogéneo sucesivo de conductas punibles, cometidas en tres oportunidades, atendiendo el límite punitivo en casos concursales⁵⁵, estima la Sala, atendiendo la capacidad ejemplarizante de la pena en este caso al tratarse del más alto dignatario departamental, que debe imponerse la pena de un (1) año y seis (6) meses para cada delito en concurso, para un total de tres (3) años correspondiente al otro tanto, sumatoria que arroja computada, desde luego, a la pena del delito base [6 años], una pena final de nueve (9) años de prisión por el delito de interés indebido en la

celebración de contratos en la situación concursal acusada, monto éste que en modo alguno supera la limitante de la suma aritmética de las penas. A su vez, atendiendo los parámetros que guían la imposición de pena de multa⁵⁶, se fija su total en sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Finalmente, la Sala condenará al doctor LOZANO FERNÁNDEZ a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad impuesta.

v) La condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

Como quiera que la pena privativa de la libertad (9 años) no cumple el requisito objetivo que contemplaba el artículo 68 del Código Penal de 1980 (igual al 63 de la Ley 599 de 2000), no se concederá el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Tampoco resulta viable la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria, pues, es evidente que, aun cuando se satisface la exigencia de tipo objetivo para su concesión, no ocurre lo mismo respecto de la de naturaleza subjetiva que consagra, igualmente, el artículo 38 del Código Penal para su procedencia.

Así, se tiene que la norma en comento, para la viabilidad del anotado instituto, precisa que: (i) la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos; y, (ii) que el desempeño laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez decidir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

En ese sentido, se tiene que el tipo penal por el cual aquí se sentencia al doctor LOZANO FERNÁNDEZ, tiene pena mínima inferior a cinco (5) años, por lo que este requisito se cumple a cabalidad. Empero, es en cuanto al restante aspecto que deviene la improcedencia de beneficiar con la prisión domiciliaria al condenado, pues, además de existir en su contra el antecedente penal de haber sido sentenciado por esta misma Corporación⁵⁷, se impone en estos casos, como lo ha decantado la jurisprudencia⁵⁸

, efectuar un análisis más detenido, de los ámbitos integradores del factor cualitativo - normativo, con las funciones de la pena, contempladas en el artículo 4º del ordenamiento en cita, particularmente, las de prevención general y retribución justa, cuya observancia surge imperiosa no solo al momento de la individualización del castigo intramural, sino también en el de su ejecución como tal o, inclusive, bajo la figura de la reclusión domiciliaria.

Al respecto, ha dicho esta Corporación:

Exige igualmente la norma que “el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”, conclusiones que no pueden obtenerse sin estudiar los fines de la pena.

El artículo 4º del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

Significa lo anterior, que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado Colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de “retribución justa” puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

Igual cosa ocurre con la función de “prevención general”, a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción - reacción, supuesto - consecuencia jurídica. Ese fin de “prevención general” es igualmente apreciable tanto para la

determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva).⁵⁹

Siguiendo esos parámetros, la conclusión a la que se arriba no puede ser otra, entonces, que la inviabilidad de conceder al condenado la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, toda vez que, como ya se había reseñado con antelación, su actuar alejado de la ley, causó un gran impacto en la comunidad al ver cómo un funcionario en quien se confió una exigente labor, no reparó en apartarse de los rectos caminos cuyo tránsito le resultaban obligatorios, para omitir dolosamente actos propios de las funciones que la ley y los reglamentos forzosamente le imponían, como los de propiciar la prevalencia del interés general en la contratación del departamento de Arauca.

De ahí que la magnitud del daño que el señor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, valiéndose de su calidad de gobernador propició a los asociados, en manera alguna se puede subestimar y debe conducir, inexorablemente, a la denegación del referido instituto

vi) Indemnización de perjuicios.

Dado que la sola comprobación de conductas que afectan la transparencia e imparcialidad del proceso contractual no genera, per se, menoscabo económico, y que no hay prueba alguna dentro de esta actuación de que se hubieran ocasionado perjuicios que requieran ser resarcidos, no resulta procedente la condena por tal concepto frente al delito de interés indebido en la celebración de contratos.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR penalmente responsable al doctor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ, de condiciones personales y civiles consignadas en esta providencia, como autor de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos (artículo 145 del Código Penal de 1980), en situación concursal, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al doctor JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ a las penas principales de nueve (9) años de prisión, multa de sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así mismo, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

TERCERO: NEGAR a JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NO CONDENAR al resarcimiento de perjuicios, conforme lo expuesto ut supra.

QUINTO: En firme esta sentencia, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda, para lo de su cargo.

Contra este fallo no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folio 124, cuaderno original anexo No. 2.

2 Folio 88 cuaderno principal y original de la fiscalía No. 1.

3 Folio 90 ibídem.

4 Folio 102 Ibídem.

5 Folio 105 Ibídem, cuadernos anexos del 2 – 8 de la Fiscalía.

6 Folio 29 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 5.

7 Folio 4 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 8.

8 Folio 30 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 9.

9 Folio 195 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 1.

10 Folio 281 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 4.

11 Folio 18 cuaderno anexo de la Fiscalía No. 82.

12 Folio 195 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 5.

13 Folio 19 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 5

14 Folio 220 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 5.

15 Folio 21 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 8.

16 Folio 30 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 9.

17 Folio 124 cuaderno principal y original de la Fiscalía No. 9.

18 Al efecto debe precisarse que la norma vigente para los hechos investigados es el D.L. 100 de 1980, Art. 145, que para el delito de interés ilícito en la celebración de contratos prevé unas penas de prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil (1.000) a quinientos mil pesos (500.000) e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años. El Art. 57 de la Ley 80 de 1993, por su parte, señala que “El servidor Público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del C.P., incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Y, finalmente, esta última norma fue modificada por el Art. 32 de la Ley 192 de 1995, así: “Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)”. Lo anterior .claro está- en armonía con lo previsto en el Art. 82 del D.L. 100/80, que prevé un aumento de la tercera parte (1/3) al término prescriptivo en tratándose de delito cometido por empleado oficial en ejercicio

de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ello, razón por la cual el término máximo de doce (12) años, al incrementarse en cuatro (4) más, nos arroja un término máximo de pena -y de prescripción- de dieciséis (16) años.

19 Teniendo en cuenta la pena máxima de dieciséis (16) años y contabilizado la ocurrencia de la prescripción para cada una de tales conductas desde la suscripción de cada contrato, se tiene que la misma solo tendría lugar el 20 de noviembre, 3 y 29 de diciembre de 2013 y para este caso se vio interrumpida con la ejecutoria de la Resolución acusatoria el 15 de abril de 2013, comenzándose a contar por un nuevo término equivalente a la mitad, que a la fecha, evidentemente, aún no ha transcurrido. Cfr. Arts. 83 y 86 C.P

20 Folio 44, cuaderno de fiscalía No. 9.

21 Folio 37, cuaderno de la causa.

22 CSJ SP, 16 Mayo 2007, Rad. 23915.

23Folio 51 cuaderno principal de fiscalía No. 2.

24 Cuadernos de anexo 55, 56 y 58.

25 Cuaderno de anexo original 55.

26 Folio 108, cuaderno de anexo No. 55.

27 Folio 111, cuaderno de anexo No. 55.

28 Folio 44, cuaderno de anexo No. 55.

29 Folio 3 y 32, cuaderno de anexo No. 56.

- 30 Folio 52 y 53, cuaderno de anexo No. 56.
- 31 Folio 54, cuaderno de anexo No.56.
- 32 Folio 1 y 24, cuaderno anexo No.56.
- 33 Folio 54, cuaderno de anexo No.56.
- 34 Folio 58, cuaderno de anexo No.56.
- 35 Folio 31, cuaderno de anexo No.56.
- 36 Folio 1, cuaderno de anexo No.58.
- 37 Folio 4, cuaderno de anexo No.58.
- 38 Folio 30, cuaderno de anexo No.58.
- 39Folio 50, cuaderno de anexo No. 58.
- 40 Folio 161, cuaderno anexo original No. 2.
- 41 Folio 169 ibidem.
- 42 Folio 170-172, ibídem.
- 43 Folio 171, ibídem.
- 44 Folio 171, ibídem.
- 45 Folio 171, ibídem.
- 46 Folio 281, cuaderno de anexo original No. 2.

47 Folio 283, cuaderno de anexo original No. 2.

48 Folio 180, cuaderno de anexo original No. 2.

49 Folio 180, ibídem.

50 Folio 194, ibídem.

51 Folio 194, ibídem.

52 SP CSJ, 16 sep. 2010. Rad. 26680: Folio 52. Los testimonios analizados revelan con crudeza que la forma como operaba el e.l.n. en Arauca era mediante la escogencia de candidatos, a quienes presentaba a las comunidades y exigía el apoyo electoral mediante pseudo – discursos de beneficencia social como el que presentó el acusado a la opinión pública en una carta abierta del 25 de junio de 2003, cuando promovía su nombre, de nuevo, a la gobernación del departamento (ib. folios 28 y 29 / c. 28); discursos performativos, mentirosos, en los que a la gente se le dice una cosa y se le presentan programas sociales de gobierno, pero ya en el ejercicio del cargo el político hace otra cosa diferente: beneficiar a la guerrilla, no obstante que desde el sillón del administrador simule el desempeño correcto de la función pública .

Folio 53: De esa manera, por acuerdos con el grupo insurgente, las designaciones de funcionarios tanto los de más alto nivel (secretarios de Despacho, gerentes de establecimientos públicos, de empresas industriales y comerciales, de loterías, de empresas de suerte y azar – chance, etc.), como a nivel operativo, eran impuestas por los comandantes guerrilleros y recaían en personas afectas a la organización; en fin, la táctica consistía en manipular la Administración de la región (departamento – municipio), para acceder al manejo de las nóminas y del presupuesto oficial del territorio, y de ese modo cristalizar el sueño ideológico del grupo rebelde, de “construir una verdadera república independiente dentro del territorio de la Nación”.

53 Memoriales en donde el grupo guerrillero se comunicaba e impartía órdenes a los funcionarios públicos.

54 SP CSJ, 16 sep. 2010. Rad. 26680, folios 54 y 56.

55 SP CSJ, 16 abr. 2008, Rad: 25304: El otro tanto no puede exceder del doble de la pena individualizada del delito caracterizado con la pena más grave.

56 Artículo 46 del decreto ley 100 de 1980.

57 Fue condenado por el delito de Rebelión en SP CSJ, 16 sep. 2010. Rad. 26680.

58 AP CSJ, 17 feb. 2015. Rad. 367806.

59 CSJ SP, 28 Nov. 2001, Rad. 18285