

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

**Magistrada Ponente**

**SP6809-2016**

**Radicado No. 40605**

**(Aprobado Acta No. 160)**

**Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016).**

VISTOS

Celebrada la audiencia pública, corresponde a la Corte dictar sentencia de única instancia dentro del juicio adelantado contra los ex- gobernadores del Departamento de la Guajira, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, acusados por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros.

#### FILIACIÓN DE LOS ACUSADOS

En diligencia de indagatoria los procesados suministraron la siguiente información personal:

HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, se identifica con la cédula de ciudadanía número 19.164.386 expedida en Bogotá, natural de Riohacha, Guajira; nació el 30 de enero de 1950, hijo de Alfredo Deluque y Remedios Freyle, casado, estudios universitarios en derecho, de profesión abogado y se desempeña actualmente como litigante.

ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, identificado con la cédula de ciudadanía 17.809.419, natural de Riohacha, Guajira, nació el 6 de marzo de 1960, hijo de Diofante Coronado y Mercedes Felizzola, estado civil soltero, estudios universitarios, con postgrado en derecho administrativo y se dedica al ejercicio de la profesión.

## ANTECEDENTES FÁCTICOS

El doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, como gobernador del Departamento de la Guajira durante el periodo 2001- 2003, celebró los siguientes contratos:

1. Contrato 508 del 26 de diciembre de 2001, con el señor Sammy Davis Magdaniel, valor de \$49.985.240, para la construcción de la primera etapa de la cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha.

2. El No 132 del 11 de junio de 2002, con Glomel Gómez Hernández, por valor \$89.700.000, el cual tenía por objeto construir la II etapa de la cubierta del establecimiento educativo a que se refiere el contrato 508 antes mencionado.

Según los hallazgos de la Fiscalía, se estableció que los contratos 508 de 2001 y 132 de 2002, son complementarios, puesto que se trata de la misma obra, los cuales se celebraron sin la debida planeación, sin los estudios técnicos y diseños respectivos, ya que inicialmente se contrató el techo de la cubierta[1], sin haber construido las estructuras sobre las cuales se iba a colocar la misma. Por esta razón dicho material fue dejado en la cancha del colegio y luego retirado por otro

contratista, Jean Carlos Soto Vásquez, a quien le fue cedido el contrato 132 a pesar de que éste ya había sido pagado en un 97.61% sin que se hubiese ejecutado obra alguna y el plazo estaba vencido.

Es decir, la administración departamental canceló por concepto de estos dos contratos (el 508/01 y el 132/02) la suma de \$137.540.740.00, los cuales tenían como objeto la construcción de la cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha, obra que finalmente no se ejecutó.

3. Adicionalmente, el gobernador encargado, señor ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, suscribió el 25 de junio de 2003 el contrato adicional No 132-1 con el señor Jean Carlos Soto Vásquez, el cual tenía como objeto realizar obras complementarias al contrato principal 132/02, por el valor de \$44.685.000; monto del cual se le entregó el 50% (\$22.342.500) a título de anticipo, sin que dicho contratista hubiera realizado la obra contratada, ausentándose de la ciudad sin motivo aparente alguno, circunstancia que llevó a la nueva administración departamental a declarar la caducidad del mencionado contrato.

Este contratista-Soto Vásquez-fue el que retiró del Colegio Sagrada Familia de Riohacha las estructuras metálicas elaboradas en virtud del contrato 508/01, y al parecer se apropió de ellas.

TRÁMITE PROCESAL

Etapa de instrucción:

La Fiscalía General de la Nación, mediante resolución del 2 de agosto de 2007, con fundamento en la documentación inicialmente remitida por la Procuraduría General de la Nación, dispuso adelantar la correspondiente indagación preliminar.

El 14 de mayo de mayo de 2009[2], la Fiscalía General de la Nación ordenó la apertura formal de la instrucción, en cuyo desarrollo se vinculó a través de indagatoria[3] a los doctores HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, a quienes por resolución del primero (1º) de marzo de 2011[4] les fue resuelta su situación jurídica, oportunidad en la cual, la entonces Fiscal General de la Nación declaró no cumplidos los presupuestos probatorios contemplados en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, ya que hasta ese momento no se había practicado la mayor parte de las pruebas, por lo tanto, se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento.

Clausurada la investigación[5], el Fiscal Séptimo Delegado ante esta Corporación, con fundamento en las atribuciones discernidas por el Fiscal General de la Nación a través de la Resolución 0-204 de 7 de febrero de 2012, la cual se sustenta en el Acto Legislativo No 006 de 2011 modificador de los artículos 235-4, 250 y 251 de la Constitución Política y la Ley 938 de 2004, mediante providencia del 30 de noviembre de 2012[6], procedió a calificar el mérito del sumario de la siguiente forma:

1.-Profirió resolución de acusación en contra de HERNANDO DELUQUE FREYLE, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, previstos en los artículos 410 y 397 inciso 2º, del Código Penal, referidos al trámite, celebración y ejecución de los contratos 508 de 2001 y 132 de 2002, para la construcción de la primera y segunda etapa de la cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha.

2. Igualmente, formuló acusación en contra de ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, contemplados en los artículos 410 y 397 inciso 1º, del Estatuto Penal, por la suscripción del contrato adicional 132-1 de 2003 que tenía por objeto la construcción de la segunda etapa de la cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha.

En el pliego de cargos, no se atribuyeron a los acusados circunstancias genéricas de agravación.

La Fiscalía concluye señalando que las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, se realizaron en concurso homogéneo y heterogéneo respecto del vinculado DELUQUE FREYLE, y en concurso heterogéneo para el procesado CORONADO FELIZZOLA.

Etapas del juicio:

Ejecutoriada la resolución acusatoria y superadas las incidencias relativas al trámite de la causa, el 23 de mayo de 2013 se llevó a cabo audiencia preparatoria de conformidad con el artículo 401 de la Ley 600 de 2000, disponiéndose de la práctica de las pruebas pedidas por la defensa, y otras de manera oficiosa.

Antes de la audiencia pública, la Sala ordenó aducir los siguientes medios de convicción:

1. Copia del Decreto No 212 de 2002, a través del cual la Gobernación de la Guajira redujo el presupuesto de ingresos y gastos Departamentales para la vigencia del año 2002[7].

2. Inspección judicial al proceso disciplinario No 154-89241, adelantado por la Procuraduría General de la Nación contra los investigados Deluque Freyle y Coronado Felizzola, que culminó con fallo sancionatorio de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 10 años. En dicha diligencia, se obtuvo copia de los fallos de primera y segunda instancia; del concepto jurídico emitido por el PNUD dentro de la auditoría realizada por la Unión Temporal Arauca y el Departamento Nacional de Planeación al contrato No 132 de 2002, celebrado por la Gobernación de la Guajira con Glomel Gómez Hernández; de las declaraciones de María Dolores Tolosa Forero, Inés Lucía Camargo Caballero, Hernando Rafael Gómez Ricciulli, Rodrigo Orcasitas Celedón; y la documentación relacionada con los hechos aquí investigados[8].

3. De acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 401 de la Ley 600 de 2000 y con la intervención de todos los sujetos procesales, a quienes se les garantizó el pleno ejercicio de sus derechos, se allegaron a través de funcionario comisionado los testimonios de: Luis Melo Guerrero[9], director operativo de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de la Guajira; Samuel Santander Lanao Robles[10], Secretario de Desarrollo Económico, de Obras Públicas del Departamento, y asesor de Despacho del Gobernador de la Guajira; Hernando Rafael Gómez Ricciulli[11], arquitecto, asesor del Colegio Sagrada Familia de Riohacha; Juan Andrés Castro Hernández[12], ingeniero civil e interventor técnico de la Unión Temporal Arauca; María Auxiliadora Becerra Ramírez[13], interventora de la Secretaría de Obras de la Guajira; Orlando Mejía Marulanda[14], Secretario de Obras de la Gobernación, y Alejandro Magno Builes Suárez[15], también Secretario de Obras del Departamento de la Guajira.

La audiencia pública se realizó los días 1º de septiembre, 24 de noviembre de 2014; 4 y 5 de mayo de 2015, en la cual se interrogó a los procesados y se culminó la fase probatoria con la práctica de los testimonios de Danilo Rafael Araujo Daza, Raúl Nicolás Fragoso Daza, Edwin Alexander Anaya Jerez y José Víctor Malaver Peña, al cabo de lo cual, los sujetos procesales hicieron su intervención final, cuya síntesis es la siguiente:

#### 1.-Alegatos de la Fiscalía:

El Fiscal Delegado ante esta Corporación solicita proferir sentencia condenatoria en contra de los procesados, por estimar debidamente acreditada la existencia de los delitos por los cuales se le acusa y su responsabilidad penal.[16]

En ese sentido, se refirió inicialmente al marco jurídico que regula la contratación estatal y la función administrativa, los deberes y obligaciones de los servidores públicos encargados de administrar recursos económicos del Estado, resaltando la observancia estricta de los principios de la contratación, entre ellos los de economía, transparencia, planeación y responsabilidad, los cuales integran el tipo penal previsto en el artículo 410 del Código Penal, ya que su incumplimiento incide directamente en la ejecución del contrato y se propicia el abuso por parte del contratista en detrimento del erario.

Seguidamente efectuó un análisis integral de todos los medios de convicción allegados respecto de cada uno de los contratos, así como del comportamiento de los acusados y, de ahí, infiere la violación de los principios de responsabilidad, economía y planeación, de similar manera a como se hizo en la acusación.

Resalta fundamentalmente, la falta absoluta de los estudios previos, ya que los contratos-508/01, 132/02 y 132-1/03– se suscribieron sin contar con los estudios técnicos, de suelo ni de ningún otro

tipo; falta de diseños y cálculos estructurales, amén de que se invirtieron recursos públicos en una institución educativa privada, lo cual no está permitido, actualizándose de esta manera los tipos penales atribuidos en la acusación.

En ese contexto, y luego de señalar las falencias de la etapa precontractual y las irregularidades presentadas en la fase de ejecución y liquidación de los contratos, producto de la falta de planeación principalmente, pone de presente que las obras contratadas no fueron ejecutadas de acuerdo con lo pactado, ya que la cubierta finalmente instalada en el Colegio Sagrada Familia de Riohacha, fue construida por la comunidad religiosa con sus propios recursos.

No obstante, afirma el Fiscal, el Departamento de la Guajira entregó a los contratistas el valor total acordado de los contratos 508/01 y 132/02 y el 50% del contrato 132-1/03, en claro detrimento de los recursos del Estado, razones por las que da por demostrado el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, y lo llevan a solicitar la aplicación de una sanción ejemplarizante, en tanto los implicados actuaron con conocimiento de su irregular proceder y aun así, realizaron el comportamiento que se les reprocha, amén de la experiencia de cada uno de ellos en la administración pública.

Del mismo modo señala el titular de la acusación, que en este caso no existe circunstancia alguna de ausencia de responsabilidad de los acusados.

2. Intervención del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, solicita a la Corte emitir sentencia absolutoria a favor de los acusados,[17] con fundamento en las consideraciones que se sintetizan de la siguiente manera:

Comienza criticando la actuación de la Fiscalía la cual estima reducida a una confusión entre delitos culposos y dolosos, ya que la contratación emprendida por la Gobernación de la Guajira para la construcción de la cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha era un objetivo legítimo, el cual no culminó exitosamente porque las especificaciones técnicas iniciales tuvieron que cambiarse y reformarse constantemente a petición de las religiosas, por tanto no puede responsabilizarse de ese fracaso a los acusados.

En este caso, se está confundiendo lo que pudo haber sido negligencia o delito culposo con contratación indebida y peculado por apropiación a favor de terceros, que exigen dolo.

En segundo lugar, se opone al punto de vista de la Fiscalía en lo referente al carácter privado de la institución educativa donde se iban a construir las obras objeto de los contratos, según el cual el Departamento de la Guajira no podía hacer dicha inversión de recursos dada la naturaleza particular del mencionado plantel. Para ello, cita textualmente el documento que fue incorporado en audiencia, expedido por el Colegio Sagrada Familia de Riohacha con el cual se acredita el carácter oficial de la educación que allí se imparte, razón por la cual la contratación que se investiga era legalmente posible.

A partir de la declaración rendida por el ingeniero Luis Melo Guerrero en la fase instructiva, da por sentado que se cumplieron todos los pasos o requisitos precontractuales y contractuales, y por eso, la Fiscal General de entonces doctora Viviane Morales, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento al resolver la situación jurídica de los acusados; sin embargo, ahora el Fiscal Delegado desconoce esa decisión y la presunción de inocencia, y le está dando a la prueba un tratamiento muy superficial.

Señala que la adición del contrato 132/02, es decir el 132-1 de 2003, se halla plenamente justificada, porque cuando ya se iba a instalar el techo de la cubierta, las directivas del colegio pidieron elevar en más de tres metros las columnas y realizar obras adicionales, por lo tanto, hubo que cambiar los diseños.

Frente a las causas por las que se “frustró” la obra, las cuales están reseñadas en una comunicación remitida por la nueva interventora, señora María Becerra, a la rectora del Colegio, concluye el Ministerio Público, que son ajenas a los procesados.

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que además de los problemas suscitados por la directora del plantel educativo, la reducción del presupuesto departamental por la baja en los precios de los combustibles fósiles como el carbón, fue lo que dificultó en gran medida la continuación de las obras inicialmente contratadas, teniendo que suscribir el contrato adicional 132-1 de 2003.

También critica a la Fiscalía porque, en su concepto, el interrogatorio efectuado por el Fiscal marca una tendencia adversarial propia del sistema acusatorio; esto, porque el titular de la acusación al hacer referencia en su alegato a “testigo de la defensa, incrusta el prejuicio en la pregunta que nubla el panorama objetivo de los hechos y hace perder la objetividad y la calma al declarante” (sic).

Finaliza manifestando que no aparecen sobrecostos ni está probada la falta de requisitos en la contratación cuestionada.

### 3. Alegatos de la defensa

La intervención de la defensa se realizó desde dos puntos de vista: (i) la defensa material a cargo directamente de los acusados, y (ii) la defensa técnica por parte de los apoderados.

#### 3.1. La defensa material.

3.1.1. En primer término, el procesado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, en su intervención[18] reclama su inocencia bajo el argumento que ha habido mucha confusión respecto al objeto del contrato 508/01, el cual era la construcción de las cerchas únicamente, no la cubierta como se ha mencionado en el expediente, aspecto que se halla corroborado con el primer informe del C.T.I., y los testimonios de Alejandro Builes, Secretario de Obras, y del ingeniero Gómez Riciulli.

Pone de presente la dificultad que se presentó entre la Gobernación y las religiosas del Colegio Sagrada Familia, lo que propició la renuncia del contratista y la inejecución del contrato.

El estudio de suelos no era necesario hacerlo, afirma, porque el terreno de la Guajira es consistente y duro, y como la estructura no era pesada se podía obviar; además, no hay un concepto técnico sobre la necesidad de hacer dicho estudio.

El informe del C.T.I., es contradictorio y confuso ya que aplica un acta del contrato 132/02 al contrato 508/01, error que trató de enmendar el perito en la declaración rendida en la audiencia pública, lo cual es inaceptable porque su testimonio no era para traer aspectos nuevos, sino ampliar o explicar su informe inicial.

Señala que la educación que imparte el Colegio Sagrada Familia de Riohacha es de carácter oficial y no privada como lo ha querido señalar el Fiscal Delegado.

En relación con la cesión del contrato 132/02, asegura que la misma no fue irregular por dos razones: (i) el contrato no se hallaba vencido y (ii) no existe norma alguna en la Ley 80/93 que regule dicha actuación.

Finaliza señalando que en la administración pública no siempre las cosas salen de manera perfecta, y con ello que es por falta de planeación, ya que la finalidad de los mandatarios seccionales o locales es cumplir con los compromisos adquiridos frente a las comunidades y en ese cometido se presentan falencias o errores propios del actuar humano. Además, debe tenerse en cuenta que en este caso, que la nueva Administración Departamental advirtió la viabilidad de la obra y suscribió un acta de compromiso con las monjas del establecimiento educativo para facilitar la terminación de los trabajos.

3.1.2. En Segundo lugar, el acusado ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, en su intervención[19] expuso los siguientes argumentos:

Con relación a la fecha del contrato 132-1/03, la cual en el documento aparece como del 25 de junio, es decir un día después de haber terminado su encargo, hecho muy criticado por la Fiscalía, explica que la colocación de la fecha es un procedimiento formal de secretaría realizado mediante un fechador, circunstancia que pudo generar esa equivocación, pero lo cierto es que él suscribió el contrato el 24 de junio de 2003, es decir, dentro del término de su encargo como Gobernador.

Afirma que nunca abusó del cargo o de la función, ya que ha sido norma de conducta suya proceder con diligencia y cuidado en la administración de los asuntos del Estado, y contrario a lo dicho por la Fiscalía, averiguó todos los antecedentes del contrato adicional 132-1/03 para lo cual habló con el Gobernador titular y los demás funcionarios que habían intervenido en los contratos 508/01 y 132/02; además, revisó personalmente los soportes documentales de dicha contratación y concluyó que era indispensable firmar ese contrato adicional.

No visitó las obras del Colegio Sagrada Familia porque las múltiples ocupaciones de la Gobernación no se lo permitían, y porque esa labor correspondía al interventor y al Secretario de Obras, funcionario éste que lo hizo antes de la suscripción del contrato adicional y corroboró la urgencia de la adición.

Respecto de la no imposición de multas o la adopción de otras medidas frente al incumplimiento del contratista, afirma que no era de su competencia ya que su ejercicio como Gobernador encargado fue muy corta, de seis días, por tanto, ese tema le incumbía a la nueva administración.

Finaliza proclamando su inocencia, anteponiendo su trayectoria como servidor público honesto y responsable, por consiguiente solicita su absolución.

### 3.2. La defensa técnica.

3.2.1. El defensor de oficio del acusado DELUQUE FREYLE, solicita para su patrocinado un fallo absolutorio, por cuanto no obra la prueba que conduzca a la certeza de la responsabilidad, de acuerdo con la siguiente argumentación:[20]

Señaló la ausencia de dolo en el actuar del Gobernador de la Guajira, doctor DELUQUE FREYLE. Fundamenta dicha circunstancia en las múltiples ocupaciones del funcionario que le impedían estar presente en todas las actuaciones de la administración, por eso requería la intervención de otros funcionarios en quienes confiaba que harían correctamente sus labores.

También, el hecho de haber celebrado el contrato 508/01 en el mes de diciembre no implica por ello que su trámite fuera irregular, ya que en su trámite se observaron todos los pasos y requisitos que establece la ley.

En cuanto a la obra en sí, no existe irregularidad alguna porque era perfectamente posible elaborar las cerchas de la cubierta en lugar distinto de aquel en donde se iban a instalar, por tratarse de unas estructuras elaboradas en hierro.

Así mismo, en lo que atañe al contrato 132/02 no hay prueba que demuestre el interés indebido del funcionario en los contratos señalados o que pretendiera beneficiar a un tercero; todo lo contrario, el doctor DELUQUE actuó con diligencia y cuidado hasta el último momento que desempeñó el cargo de Gobernador.

3.2.2. Por su parte, el apoderado de confianza del procesado CORONADO FELIZZOLA en sus argumentos conclusivos[21], inicia por cuestionar la actuación de la Fiscalía porque no ha debido llevar a su patrocinado hasta este estadio procesal, ya que con ello, lo que se está haciendo es una apología a la responsabilidad objetiva.

Critica igualmente al titular de la acusación por formular unos cargos totalmente descontextualizados respecto del delito de peculado, ya que tanto las pruebas documentales como testimoniales evidencian la ausencia de responsabilidad.

Resalta el corto tiempo que duró el encargo del doctor CORONADO FELIZZOLA como mandatario de la Guajira, del 19 al 24 de junio de 2003, circunstancia que no le permitió participar en los contratos que antecedieron al 132-1/03 ni en la fase precontractual de éste, para señalar que la acusación no tiene soporte probatorio válido, pues en apenas seis días de su encargo como Gobernador le era imposible asumir el control y vigilancia de todos los contratos, así como de los dineros públicos del Departamento.

En lo relacionado con la fecha del contrato 132-1/03, indica que se trata de una irregularidad formal inocua, ya que todas las pruebas demuestran que fue firmado por el acusado dentro del término de su encargo como Gobernador y la fecha fue colocada un día después con un fechador, lo cual se torna irrelevante.

Estima el defensor que es ostensible la ausencia de responsabilidad del acusado, ya que tan pronto como asumió el encargo de Gobernador, consultó al mandatario titular sobre la viabilidad de firmar el contrato adicional en mención y como el doctor DELUQUE FREYLE le manifestó que todo estaba en orden, afirmación en que coincidieron los demás funcionarios encargados del trámite contractual; y aún más, él verificó la documentación relacionada con los antecedentes y la necesidad de suscribir el citado contrato adicional, y como todo se hallaba en regla procedió a firmarlo.

Además, señala que la nueva interventora del contrato plasmó en una comunicación remitida a las directivas del Colegio, la necesidad y conveniencia de continuar con la obra. En esas circunstancias, no podía exigírsele al doctor CORONADO FELIZZOLA conducta distinta de la asumida por él, ya que en escasos seis días al frente de la Gobernación era la única actuación posible de realizar.

En esas condiciones, a lo sumo se le podría criticar la falta de cuidado, pero no la comisión de un delito como el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el cual no contempla la modalidad culposa, por tanto lo que procede en este caso es la absolución.

Refiere la defensa que probatoriamente no existe la demostración de tipicidad de la conducta del acusado, al punto que la otrora Fiscal General de la Nación, doctora Viviane Morales, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento por falta de prueba, situación que a la fecha se ha mantenido, ya que si bien con posterioridad decisión se allegaron otros medios de convicción, lo único que demuestran es la inocencia del procesado.

Así, el informe del C.T.I., elaborado mucho tiempo después de celebrado el contrato 132-1/03, es totalmente desacertado y nada dice en relación con la responsabilidad del doctor CORONADO FELIZZOLA.

Critica las pruebas de cargo allegadas tanto en la etapa instructiva como en el juicio, entre ellas los informes del C.T.I. y los testimonios de la religiosa Inés Lucía Camargo Caballero y el arquitecto Hernando Gómez Riciulli, resaltando la correcta actuación del acusado ante la necesidad del contrato 132-1, debido al cambio del diseño original de la obra.

Insiste la defensa en que, cuando su patrocinado asumió como Gobernador encargado toda la etapa precontractual ya se había realizado, incluso con la participación del titular de la Gobernación y las demás oficinas de la administración, lo cual evidencia aún más la ausencia de responsabilidad de su defendido.

Destaca que con las pruebas practicadas en el juicio quedó demostrado el cumplimiento de los requisitos precontractuales y contractuales de los contratos 508/01 y 132/02, con mayor razón lo atinente al 132-1/03, todas las cuales ratifican la inocencia del acusado.

Finalmente y con apoyo en citas jurisprudenciales de la Corte, señala que el doctor CORONADO FELIZZOLA en el corto lapso que estuvo como Gobernador encargado, cumplió a cabalidad con sus deberes como mandatario seccional y en tal sentido confió en las actividades y en las manifestaciones de sus inmediatos colaboradores, por lo tanto, que es procedente la aplicación del principio de confianza.

Con relación al peculado, igualmente manifiesta la defensa, que el acusado asumió el rol que le correspondía dentro de sus posibilidades, cuidó y fue celoso de los recursos públicos sin permitir

por parte de terceros la apropiación indebida, menos aún que él hubiese tenido la intención de hacerlo.

Argumenta igualmente que, otro de los motivos por los cuales no se pudo terminar la construcción de la cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha, lo constituye la salida de la administración departamental de los procesados en virtud de la declaratoria de nulidad de la elección como Gobernador del doctor DELUQUE FREYLE por parte del Consejo de Estado, en tanto el mandatario siguiente se limitó a declarar la caducidad del contrato, pero no impuso las multas o sanciones que correspondían.

Concluye el apoderado, reiterando lo manifestado por el Ministerio Público y solicitando se profiera sentencia absolutoria a favor del acusado CORONADO FELIZZOLA.

Adicionalmente, los defensores presentaron sendos escritos complementarios de su intervención oral, así:

3.2.2.1. El doctor Juan Esteban Henao Cardona,[22] apoderado de oficio del acusado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, realiza una síntesis de los hechos y de la etapa precontractual de los contratos 508/01 y 132/02, resaltando algunos aspectos aislados de los informes del C.T.I., algunos documentos y testimonios, para concluir que no existió irregularidad en la celebración y ejecución de los citados contratos.

A partir de la cláusula relativa al objeto contractual, opuesto a lo señalado por la Fiscalía, afirma el defensor que no existe fraccionamiento contractual porque se trata de actividades diferentes y de una obra que se iba a ejecutar por etapas, debido al déficit presupuestal.

Frente a la cesión del contrato 132/02, estima que no existe irregularidad, ya que si bien se había cancelado más del 97% de su valor, lo cierto es que la obra contratada estaba ejecutada en su mayor parte.

El mismo criterio es expuesto con relación al estudio de suelos, ya que acorde con el concepto de algunos funcionarios que intervinieron en la contratación no es requisito indispensable en la Guajira para el adelantamiento de este tipo de obras, a menos que sea una exigencia del “organismo contractual”.

Se opone al criterio de la Fiscalía relacionado con la ilegalidad de la inversión de recursos públicos en una institución educativa de carácter privado, ya que de conformidad con lo dispuesto por la Ley 15 de 1994, en este caso se trata de la denominada educación contratada, la cual es de carácter oficial, por lo tanto, el otorgamiento de esta clase de auxilios perfectamente legal.

Finaliza haciendo énfasis en la viabilidad de la terminación de la obra, aspecto sobre el cual se suscribió un acta de compromiso por la nueva Administración Departamental el 26 de septiembre de 2003, en la que se acordó “desarrollar el objeto contractual dentro de los términos estrictamente” pactados, lo que indica la legalidad de la contratación adelantada por DELUQUE FREYLE, para quien reitera se profiera un fallo absolutorio.

3.2.2.2. Por su parte, el defensor del procesado ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, doctor Fernando José Mejía Liévano, en su escrito[23] resume fundamentalmente la intervención oral de audiencia pública, resaltando que su patrocinado no tuvo injerencia alguna en el trámite contractual previo a la suscripción del contrato 132-1/03 o contrato adicional, menos aún en los contratos principales, es decir, el 508/01 y 132/02, ya que tan sólo estuvo como Gobernador encargado seis días, lapso en el cual le fue presentado el contrato adicional para su firma, y esto lo hizo previa consulta con el Gobernador titular quien le expresó su aprobación; además, en la revisión de la documentación relacionada con los antecedentes contractuales no observó irregularidad alguna que le impidiera hacerlo.

Enfatiza el defensor en la aplicación del principio de confianza, y para ello relaciona algunas jurisprudencias que en tal sentido ha proferido la Corte Suprema de Justicia, concluyendo que tanto la prueba testimonial como la documental apreciadas en conjunto, ponen de manifiesto la inocencia del acusado, razón por la que reitera la solicitud de absolución.

## CONSIDERACIONES

### 1.-Cuestión previa.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro de la causa adelantada contra HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE

CORONADO FELIZZOLA, de conformidad con los artículos 235 de la Carta Política, y 75-5 del Código de Procedimiento Penal[24], por cuanto los delitos atribuidos se hallan estrechamente vinculados al ejercicio del cargo que desempeñaron como gobernadores, condición que ostentaban los acusados para la época en que los hechos investigados tuvieron su ocurrencia.

En el caso concreto, está probado que para cuando se celebraron los contratos 508 de 26 de diciembre de 2001, 132 del 11 de junio de 2002 y su adicional 132-1 de 25 de junio de 2003, los doctores HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA se desempeñaron como gobernadores (titular y encargado respectivamente) del Departamento de la Guajira.

Así lo certificó el Consejo Nacional Electoral[25], y obra el acta de posesión y constancia de la Dirección Administrativa de Talento Humano, donde se indica que el doctor DELUQUE FREYLE fue elegido gobernador del Departamento de la Guajira, para el periodo 2001- 2003, cargo que desempeñó hasta el 4 de julio de 2003, ya que en virtud del fallo del Consejo de Estado, a partir de esa fecha su elección fue declara nula.

Del mismo modo, el doctor CORONADO FELIZZOLA, se desempeñó como Secretario de Gobierno y Secretario Privado del Departamento de la Guajira[26], entre el 15 de enero de 2002 al 4 de julio de 2003, lapso en el que fue encargado como Gobernador en 39 oportunidades, por ausencia temporal del titular, entre ellas la comprendida del 19 al 24 de junio de 2003.

Como punto de partida del análisis que debe emprender la Sala, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 232 del rito penal, a diferencia del grado de conocimiento requerido para imponer medida de aseguramiento (posibilidad) o para proferir resolución de acusación (probabilidad), en contra de un procesado, para dictar fallo de condena es necesario que de las pruebas obtenidas en las diversas fases del proceso se llegue a la certeza acerca de la realización de la conducta punible objeto de reproche, así como de la responsabilidad del acusado, conclusión

que debe surgir de la valoración integral de los medios de convicción, acorde con las reglas de la sana crítica, según lo previsto en el artículo 238 ibídem.

Bajo este marco jurídico y tomando como derrotero la acusación emitida por la Fiscalía General de la Nación en contra de los implicados HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, por razones de método se abordará el examen separado de cada una de las conductas punibles que se les reprocha, en el mismo orden establecido en la acusación.

2.-Del procesado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

2.1. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El artículo 410 del Código Penal lo define en los siguientes términos:

“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

De acuerdo con esta descripción típica, constituyen supuestos para la realización del tipo objetivo, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato y, en segundo lugar, desarrollar la conducta prohibida, consistente en la intervención en una de las mencionadas fases del contrato estatal, sin acatar los requisitos legales esenciales para su validez, aspecto sobre el cual la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada (CSJ SP, May 20 de 2009, Rad 31654, entre otros pronunciamientos).

Ahora, acorde con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, relativo a la competencia para celebrar contratos estatales, ésta recae a nivel departamental en los gobernadores quienes, al tenor de lo dispuesto por el artículo 12 del mismo estatuto, pueden delegarla total o parcialmente en servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes, evento que no aconteció en este caso, ya que los mandatarios seccionales en cuestión asumieron directamente la contratación mencionada en todas sus etapas.

En este caso, se puede concluir que el doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE ostentaba la calidad de servidor público y en esa condición le correspondía celebrar los contratos estatales efectuados con cargo a los recursos del Departamento bajo su mando, con lo cual se cumple el primer presupuesto de la conducta punible objeto de análisis, cuya estructuración demanda un sujeto activo calificado.

En cuanto al segundo presupuesto del comportamiento descrito en la norma penal antes citada, se precisa que la descripción legal corresponde a un tipo penal de conducta alternativa en cuanto la prohibición se eleva tanto por tramitar contrato sin la observancia de los requisitos legales esenciales, como por celebrarlo o liquidarlo sin verificar el cumplimiento de los mismos.

De esta manera, la protección del bien jurídico de la administración pública busca mantener los postulados que orientan la función administrativa, la cual al tenor del artículo 209 de la Carta

Política, ha de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Así mismo, se pretende amparar los pilares fundamentales de la contratación estatal a fin de que sus distintas etapas de celebración y liquidación se realicen con transparencia, economía, responsabilidad, publicidad, igualdad y selección objetiva.

Reiteradamente la jurisprudencia de la Sala ha considerado que la contratación estatal corresponde a una actividad pública estrictamente reglada a partir de los principios y valores constitucionales que cobijan todas las etapas del proceso contractual, cuya transgresión no solamente compromete la existencia y la validez de los actos contractuales, sino que puede dar lugar a la configuración de responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal por parte de los servidores públicos y los particulares que en ella intervienen, según lo dispuesto en los artículos 50 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

Tal como lo ha precisado la Corte (CSJ SP, feb 9 de 2005, Rad 21547 y CSJ SP, Mar 23 de 2006, Rad 21780), las formas de comisión de este delito se refieren a comportamientos distintos; así, una es la conducta aludida en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales y, otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase.

Ahora bien, al ex gobernador de la Guajira, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE se le acusa del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, por haber tramitado y celebrado los contratos 508/01 y 132/02, los cuales tenían por objeto la construcción de la cubierta del patio del Colegio Sagrada Familia de Riohacha, Guajira, desconociendo los principios de responsabilidad, economía y planeación.

La Sala examinará a continuación las hipótesis aludidas, en procura de establecer si concretan la conducta descrita en el tipo penal y, además, si obra prueba para concluir que ellas son directamente atribuibles al procesado.

Omisión de los principios de responsabilidad, economía y planeación.

Según el Estatuto General de la Contratación Pública, el principio de responsabilidad está encaminado a que los servidores públicos deben dirigir su actividad hacia el cabal cumplimiento de los cometidos estatales; el de economía, en virtud del cual se pretende que la administración pública actúe siempre aplicando procedimientos que garanticen la eficacia y la eficiencia en sus actuaciones, las cuales deben surtirse de forma ágil y sencilla en aras a obtener la optimización de los recursos públicos disponibles en el proceso de alcanzar los objetivos que se proponen; y el de planeación, dirigido a que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer las necesidades de la comunidad. Este principio exige al servidor público el cumplimiento de procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la transparencia y selección objetiva de la propuesta más favorable.

Previo a realizar el análisis atinente a esta tesis, impera precisar que la resolución de acusación en forma expresa señaló como uno de los cargos, la vulneración del principio de planeación en el trámite contractual emprendido por la Gobernación de la Guajira, por considerar que no estuvo precedido de “estudios básicos necesarios y los diseños que se requerían para adelantar en debida forma” la obra convenida, y de esa manera “puso en riesgo los recursos destinados para tal fin, los cuales finalmente se perdieron en su totalidad. De este modo, afectó el patrimonio de su departamento y lesionó gravemente la confianza de sus gobernados”.

La planeación como principio contractual está previsto como parte integral de los principios de economía y responsabilidad, al tenor de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, artículos 25, numerales 7 y 12, y 26 numeral 2, según los cuales, es una obligación analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, así como la de elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, pliegos de condiciones o términos de referencia con antelación al trámite de selección del contratista o a la firma del contrato. Además, sobre los términos de referencia, el numeral 5º del artículo 24 de la citada normatividad indica cuál debe ser su contenido, dentro del cual, se han de establecer las reglas de adjudicación de los contratos, según el numeral 6º ibídem.

A este respecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 ordena que los presupuestos y requisitos contractuales deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos.

Sobre la importancia del principio de planeación en la contratación estatal, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que:

“Es grande la trascendencia que alcanza el requisito de planeación, porque con él se pretende obtener una sólida justificación del gasto público y un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento:

“La planeación constituye una fase pre-via y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que

ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de lograr un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado[27].

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente[28] que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”[29] (CSJ SP, May 6 de 2009, Rad 25495).

El anterior criterio, fue reiterado por la Sala en recientes pronunciamientos, entre ellos el CSJ SP, Dic 12 de 2012, Rad 31508; y CSJ SP, Oct 21 de 2013, Rad 41665, en los que se puntualizó:

“El principio de planeación, ha dicho la Sala, resulta ser un requisito de la esencia de los contratos estatales, según dimana del artículo 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual la administración está obligada a realizar los estudios, diseños y proyectos requeridos y elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia con antelación al procedimiento de selección del

contratista o a la firma del contrato, exigencia que se explica en la medida que "la contratación administrativa no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos".

En otras palabras, el principio de planeación en la contratación estatal, tal como está previsto en la legislación colombiana, hace parte integral de los principios de economía y responsabilidad, y guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y legalidad, concepto según el cual la escogencia de los contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no puede ser, de ninguna manera, producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o de sus funcionarios, sino de unos pasos serios, ordenados y organizados hacia la consecución de los fines esenciales del Estado.

Más aún, la planeación contractual se constituye como una etapa determinante en la definición de las condiciones del futuro contrato. A partir de ésta se establecen los elementos fundamentales que acompañarán las fases subsiguientes, es decir, el proceso precontractual en sí mismo, contractual y postcontractual.

Los procedimientos y requisitos previstos en el marco de la Ley 80 de 1993, antes mencionados, en el caso concreto no se cumplieron.

Una reseña del trámite contractual en cuestión, ilustra mejor el caso y pone en evidencia la falta absoluta de planeación, así:

1).-Contrato 508 se suscribió el 26 de diciembre de 2001 entre el gobernador DELUQUE FREYLE y Sammy Davis Magdaniel Socarrás, cuyo objeto era la “Construcción de cubierta primera etapa, Colegio Sagrada Familia, Municipio de Riohacha”.

Al expediente se allegó la documentación[30] relacionada con el citado contrato, en la que figura un documento firmado por el Secretario de Obras del Departamento, rotulado como “términos de referencia”, el cual en página y media se limita a enunciar qué personas pueden participar, el lapso de presentación de ofertas, plazo de ejecución de la obra, perfeccionamiento del contrato, forma de pago, la escogencia del contratista y las normas aplicables.

El documento elaborado por la Gobernación de la Guajira y que ha denominado “términos de referencia” no contiene los requisitos contemplados en el Estatuto Contractual como son: lineamientos generales del proyecto y las necesidades a satisfacer indicando como mínimo el objeto del contrato, presupuesto oficial, las definiciones técnicas, los documentos que hacen parte como diseños, planos, etc.; cronogramas, visitas al sitio de las obras, evaluación de propuestas y criterios de selección, experiencia y capacidad financiera de los posibles oferentes, garantías, interventorías, formularios y anexos de la propuesta; en otras palabras, la información concisa y precisa de lo que la administración requiere y exige, y las condiciones en que se adelantará el contrato de manera que los oferentes sepan claramente el alcance de sus derechos, deberes y obligaciones al contratar con el Estado, tal como lo establece el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Dicho de otra manera, los términos de referencia o pliegos de condiciones que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, no es otra cosa que el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio o de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una perspectiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista en particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato hasta su fase final.

Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad que regula dicha materia, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato.[31]

De lo antes dicho, dista mucho el documento titulado como tal por la Gobernación de la Guajira (fl.3-4 anexo 9); ni que decir de las invitaciones a presentar ofertas dirigidas a Sammy Davis Magdaniel Socarrás, Manuel Lara Lobo y Yaneth Carrillo P.; o de los 3 formatos de presupuesto de similares características (en menos de media página), remitidos, supuestamente, por los antes mencionados a manera de oferta a la Secretaría de Obras, destacándose que la única respuesta que aparece con registro de proponentes, cédula y matrícula profesional es la de Sammy Davis Magdaniel Socarrás, junto el correspondiente oficio remisario; del mismo estilo es la evaluación de propuestas efectuada por Rodrigo Orcasitas Celedón, profesional universitario de la Gobernación, quien se limitó a recomendar la oferta de Magdaniel Socarrás, por ser la de más bajo costo.

En lo relativo a los diseños, obra como parte del contrato 508/01 el documento anexo 1 sobre la cantidad de obra, el cual se limita a mencionar un diseño estructural sin ninguna clase de especificación técnica, arquitectónica o de otra índole; sólo alude a que se construirá una estructura de acero de 12.000 kilogramos, el armado de una cercha, y 700 mililitros de pintura anticorrosiva, sin más detalles.

La ejecución del contrato se llevó a cabo dentro de los términos acordados, supuestamente, pero una vez iniciada la obra según acta del 20 de febrero de 2002,[32] y efectuado el primer recibo parcial de obra el 21 de marzo siguiente[33], inexplicablemente el 1º de abril del mismo año se suscribió acta de cambio de obra[34], en la que se acordó no ejecutar una estructura metálica equivalente a 4.000 kilogramos de acero, por 200 ML de pintura y 400 ML de perfiles para correas.

Posteriormente, el 22 de abril se firmó la segunda acta de recibo parcial de obra[35]; pero ese mismo día se suscribió entre el contratista, el interventor y el Secretario de Obras de la Gobernación, acta de recibo final de obra[36], y el 2 de mayo de 2002 se liquidó el mencionado contrato[37].

2).-Idéntica situación se predica respecto del contrato 132 de 2002 celebrado entre el procesado DELUQUE FREYLE y Glomel Gómez Hernández, cuyo objeto era la “Construcción de cubierta-II etapa– Colegio Sagrada Familia, Municipio de Riohacha”. Para su cumplimiento se pactó el término de 3 meses contados a partir de la firma del acta de iniciación, tal como se acordó en el anterior contrato.

En la documentación relacionada con el trámite contractual[38]-anexo 11–, se aprecia situación idéntica a la ocurrida en el contrato 508/01, en cuanto al envío de invitaciones y evaluación de ofertas. Aún más, en el trámite del contrato 132/02 no existen estudios previos o términos de referencia.

La ejecución del contrato se inició el 20 de junio de 2002, según consta en el acta respectiva[39], y un mes después, el 24 de julio, se firmó acta de cambio de obra[40], sin motivo o justificación alguna; al día siguiente, el 25, se suscribió acta No 01 de recibo parcial de obra; y luego, el 29 de aquel mismo mes y año, se suspendió temporalmente el contrato[41], alegando retraso de la Gobernación en el pago de \$42.705.500 correspondiente al valor del acta No 01 de recibo parcial de obra, suma que finalmente fue cancelada al contratista el 18 de octubre de 2002.

Posteriormente, el 22 de noviembre de 2002, el contratista Glomel Gómez Hernández, le solicitó al gobernador DELUQUE FREYLE autorización para ceder el contrato a Jean Carlos Soto Vásquez,

suscribiéndose la correspondiente acta de cesión el 25 del mismo mes y año entre el mandatario seccional, el contratista cedente, el contratista cesionario y el Secretario de Obras Públicas.[42]

Más todavía, el 16 de diciembre de 2002, el interventor y el nuevo contratista Jean Carlos Soto Vásquez acuerdan reiniciar el contrato, llevar a cabo obras civiles complementarias y firman la respectiva acta[43], bajo el compromiso de realizar un nuevo presupuesto.

Finalmente, el 16 de enero de 2003 se suscribió nueva acta de suspensión de obras, hasta que el Departamento aprobara la realización de obras complementarias.[44]

La anterior reseña evidencia el fracaso total del proyecto a través del cual la Gobernación de la Guajira pretendía construir la cubierta de la cancha del Colegio Sagrada Familia de Riohacha, de lo cual puede concluirse que los contratos cuestionados en la acusación no contaron con los estudios previos ni acataron criterios de planeación serios y obedecieron por el contrario, a la necesidad de agotar de cualquier forma, los remanentes del rubro presupuestal de educación para evitar su reintegro al tesoro nacional, razón extraída de las manifestaciones del procesado, que no justifican de ninguna manera la inversión precipitada de los dineros públicos; más aún, teniendo en cuenta que la contratación directa, si bien pretende agilizar el proceso contractual estatal, no es ajena al principio de economía y responsabilidad, vinculado con el deber de planeación, ni al de transparencia y selección objetiva señalados en la Ley 80 de 1993[45].

Ahora, en el expediente obran otros medios de convicción que revelan no sólo la falta de planeación aludida, sino el desequilibrio económico en la ecuación contractual y la falta de reciprocidad y correspondencia en las prestaciones entre los contratantes, porque el Departamento de la Guajira nunca recibió la obra proyectada a cambio de los más de 159 millones de pesos que por dicho concepto entregó a los contratistas.

En efecto, la mencionada cubierta finalmente fue construida no por la Gobernación, sino por la comunidad religiosa a cuyo cargo se encuentra el Colegio Sagrada Familia de Riohacha con sus propios recursos.

Así lo demuestran las pruebas allegadas a la actuación, entre ellas los testimonios de las religiosas Inés Lucía Camargo Caballero y María Dolores Tolosa Forero, Rectora encargada y Coordinadora del plantel educativo, quienes afirman que la cubierta existente en la cancha del Colegio “fue construida en el 2005, y fue construida por mi congregación, fue el regalo que le dio la Congregación en nombre de la Provincia Nuestra Señora de Montiel al Colegio la Sagrada Familia, por los cien años de presencia evangelizadora en América Latina”. [46]

Entonces, ante esa realidad, cualquier excusa o justificación que se pretenda dar por el procesado resulta vana o sin sentido.

Aun así, el acusado DELUQUE FREYLE en sus distintas intervenciones procesales-indagatoria y audiencia pública–, manifestó haber adelantado el referido proceso contractual de acuerdo con la Ley 80 de 1993, porque según él, la obra hacía parte del banco de proyectos inscritos en la oficina de planeación y la selección del contratista se hizo de manera correcta. Tales afirmaciones carecen de sentido lógico y respaldo probatorio.

Contrario a lo dicho por el procesado y los funcionarios de la Gobernación que apoyan su versión, se allegaron al proceso los informes técnicos rendidos por el C. T. I., el perito de la Procuraduría General de la Nación, y el experto del Departamento Nacional de Planeación, los cuales con fundamento en el análisis de la documentación y las visitas al lugar donde se iban a construir las obras, concluyen unánimemente que en esta contratación no se realizaron los estudios previos, ni existen diseños o los cálculos estructurales respectivos. [47]

En este sentido, si bien el proyecto se hallaba inscrito en el Banco de Programas y Proyectos del Departamento y en la ficha de registro se consignó que la obra se justificaba porque beneficiaba a una población de 600 habitantes ya que “el clima de la ciudad de Riohacha, unas veces con alta radiación solar y otras lluvioso, hace obligatoria la construcción de una obra civil que atenúe estos efectos sobre las actividades lúdicas y culturales de la Sagrada Familia que se desarrollan a campo abierto en esta institución educativa” y costaba \$119.918.384, dicho registro[48] no es más que un formato simple donde se relaciona los datos antes indicados, el cual jamás puede equiparse al análisis serio que requiere el proceso de contratación para establecer la conveniencia o inconveniencia del objeto contractual, su necesidad, prioridad y características de la obra, etc., es decir los estudios previos, estudios técnicos o términos de referencia propiamente dichos.

Un estudio técnico, como su nombre lo indica, es el que analiza los elementos que tienen que ver con la ingeniería básica de la propuesta, las diferentes opciones tecnológicas para su desarrollo, que incluye además, la verificación de la factibilidad técnica de cada una de ellas y la descripción detallada del proyecto con el propósito de mostrar todos los requerimientos para hacerlo correctamente funcional. Este análisis identifica los equipos, la maquinaria, las materias primas e insumos y las instalaciones necesarias, por tanto, los costos de inversión y de operación requeridos, así como el capital de trabajo que se necesita.

El objetivo del estudio técnico es llegar a determinar la función de producción óptima para la utilización eficiente y eficaz de los recursos disponibles para la producción del bien o servicio deseado. De la selección de la función óptima se derivarán las necesidades de equipos y maquinarias que, junto con la información relacionada con el proceso de producción, permitirán cuantificar el costo de operación[49].

Ahora bien, en la legislación contractual colombiana, el concepto de estudios previos fue esbozado de manera general en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, refiriéndose a ellos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.

Luego, el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002 definió los estudios previos como aquellos encaminados a establecer la conveniencia y oportunidad de la contratación, determinar las especificaciones técnicas y el valor del bien o servicio, y analizar los riesgos en los que incurrirá la entidad al contratar.

Posteriormente, el Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, concretó los estudios previos como el conjunto de documentos que sirven de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como la distribución de riesgos que se propone, ordenando ponerlos a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones.

En consecuencia, el concepto de estudio previo o estudio técnico debe interpretarse de manera integral frente a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y a los principios constitucionales que rigen la función pública, por lo cual debe entenderse como estudios previos aquellos análisis técnicos o tecnológicos, documentos y trámites que deben adelantar las entidades públicas antes de contratar, sin importar el régimen legal que las cobije, en cualquiera de las modalidades que señale la ley o el manual interno de contratación que se aplique.

Además, los estudios previos, los estudios técnicos y diseños, entre otros, deben constar por escrito y en documentos que estén al alcance, en primer lugar de los interesados en contratar; en segundo término del contratista seleccionado, del interventor y porsupuesto de las autoridades de control y vigilancia, aspecto que en este caso no existe, tal como lo acreditan los informes técnicos ya señalados.

Así las cosas, es evidente que en el caso concreto, ningún estudio de esta naturaleza se realizó por parte de la Gobernación de la Guajira previo a emprender el proceso contractual en cuestión, como acertadamente lo señaló la Fiscalía en su alegato final.

A este respecto, el ingeniero Luis Melo Guerrero, director operativo de la Secretaría de Obras Departamental, en su declaración afirma que todo el procedimiento se llevó a cabo de acuerdo con la Ley 80 de 1993, pero seguidamente advierte que su participación en estos contratos se limitó a la realización de la interventoría del 132/02, y al ser interrogado acerca de los estudios y diseños, respondió: “esos diseños se hicieron en años anteriores al entrar yo a la Gobernación, eso fue en el año 2000. Yo realmente no se quien hizo los estudios, yo cuando entre ya estaba todo, nada más fue para hacer la interventoría”. [50]

Dicha declaración no ofrece credibilidad, porque no es consistente ni con la existencia de los estudios previos, ni con el contenido técnico de los mismos, y si a ello se agrega la falta de coherencia, que proviene de un funcionario interesado en los resultados del proceso (se recuerda que la Fiscalía expidió copias para que fuese investigado por los mismos hechos), y además, es controvertida desde todo punto de vista por los informes del C.T.I., de la Procuraduría y del PNUD-Unión Temporal Arauca (Departamento Nacional de Planeación).

Y es que, contrario a lo expresado por algunos servidores de la Gobernación, entre ellos el ingeniero Melo Guerrero, muy significativa resulta la afirmación del arquitecto Orlando Mejía Marulanda, Secretario de Obras entre los meses de noviembre de 2002 a julio de 2003, en lo concerniente a que los estudios de suelo no se hicieron, porque no era una obra de gran envergadura, “... esto era una obra menor, que eso era apenas la construcción de una cubierta, unos puntos de apoyo menores que eso no se estimó, que no requería estudio de suelo, porque aquí según dice la asociación de ingenieros la densidad del suelo en Riohacha es bastante elevada y tiene bastante resistencia”, declaración que coincide con la afirmación del procesado en su intervención de audiencia pública, cuando señaló que “el terreno de la Guajira es consistente y duro, y como la estructura no era pesada se podía obviar y además, no hay un concepto técnico referente a la necesidad de hacer dicho estudio”; se refiere a los estudios de suelo, los cuales hacen parte integral de los estudios previos o términos de referencia.

Ahora bien, donde se hace más evidente la falta de planeación y se determina en forma concreta el fracaso y la indebida contratación liderada por el procesado, es en la fase contractual.

En efecto, uno de los primeros cuestionamientos efectuados por la Fiscalía en cuanto a la falta de planeación y la manera como se ejecutaron los contratos, especialmente en el 508/01, relacionado con la contratación de las cerchas sin contar con las bases o columnas que las iban a soportar, aspecto sobre el que oportunamente le reclamaron las directivas del colegio Sagrada Familia al Gobernador, sin que éste hubiese dado respuesta alguna.

Sobre esta falencia plasmada desde la acusación, reviste especial importancia el testimonio del Secretario de Obras del Departamento, ingeniero Samuel Santander Lanao Robres, quien al ser preguntado por la Fiscalía acerca de si era lógico, técnicamente, que primero se contratara el techo de la cubierta y posteriormente las columnas y soportes de la misma, señaló:

“No, lo lógico en estos casos, disculpe delegado de la fiscalía, pero uno no puede hacer casas en el aire, se comienza de abajo hacia arriba en estos casos, en estos tipos de obras”. [51]

Aun así, el Procurador Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, señaló que actualmente es posible con “un buen calculista” contratar anticipadamente las estructuras o cerchas y luego montarlas en las respectivas bases, pues en su sentir no existe irregularidad alguna; este punto de vista es obviamente acogido y reiterado por el acusado y su defensor.

Al respecto, puede afirmarse que el planteamiento del Ministerio Público si es posible y viable, pero en otras circunstancias. Como él mismo lo expresa, para que ese procedimiento se pueda realizar, es necesario contar para tal efecto con “un buen calculista”, es decir, haber elaborado técnicamente los diseños, planos y cálculos estructurales de acuerdo con una estricta planeación, requisitos que en este caso no existieron, por lo tanto, su punto de vista por si sólo es descartable. La realidad en este evento es otra como se viene demostrando.

Tan cierto es el punto de vista de la Fiscalía, que un mes después de haberse liquidado el contrato 508/01 y ante la falta de resultados de las obras contratadas, la inconformidad y los reclamos de las directivas del Colegio Sagrada Familia al Gobernador ya eran manifiestos, y es así que el 4 de junio de 2002, la Hermana María Ofelia Pérez Arango, rectora del plantel, mediante comunicación escrita le expresó:

“Es nuestra preocupación la forma como se ha desarrollado el contrato en mención (se refiere al 508), ya que indagando a profesionales con conocimiento en este tipo de estructuras no se justifica que hasta la fecha (ya se había liquidado el contrato) no se tenga definido un estudio de suelos donde se reporte la capacidad portante del terreno y sí se contraten diseños estructurales y especificaciones donde no se tenga en cuenta lo anterior, además no existe un diseño arquitectónico sobre los que se puedan hacer cálculos de una estructura (...).

No se entiende cómo se haya empezado a ejecutar la construcción de forma ilógica ya que lo primero que se debe iniciar son los cimientos, luego la estructura y por último las cerchas para colocar la cubierta y en nuestro caso se ha contratado la construcción de las cerchas sin establecer quién va a desarrollar los demás capítulos por ejecutar.

En estos momentos los elementos que se contrataron están atravesados en la mitad del patio ocasionando problemas para el desarrollo de nuestras actividades deportivas, culturales y sociales de la institución y hasta el momento se ha presentado ya varios accidentes, por lo que requerimos de su atención para que se nos resuelva la situación, ...”[52]

Tales cuestionamientos y reparos también fueron hechos por el arquitecto Hernando Gómez Riciulli, quien actuó como consultor de la comunidad religiosa para este caso, y de los cuales el procesado hizo caso omiso.

Otro de los aspectos que pone de manifiesto las irregularidades de los contratos 508/01 y 132/02, es el que una vez celebrados, legalizados y entregadas las sumas correspondientes a los anticipos, como una constante en uno y otro contrato, se procedió a cambiar la cantidad y clase de obras acordadas, amén de las suspensiones de que fueron objeto como quedó establecido en la reseña del trámite contractual efectuada párrafos atrás, aspectos que hacen evidente, aún más, la falta de planeación y que a la postre condujeron al fracaso de la contratación.

Tales falencias, una vez más emergen en la actuación procesal, mediante los informes técnicos correspondientes, esta vez por el ingeniero Juan Andrés Castro Hernández, encargado de la interventoría administrativa y financiera del PNUD-Departamento Nacional de Planeación, quien refiriéndose al contrato 132/02, manifestó:

“...Se detecta que el contrato de obra presenta las siguientes inconsistencias:

La fecha de terminación de la obra debía ser el 20 de septiembre de 2002, a la fecha octubre 25 no se encuentra constancia que la obra se hubiese terminado. En la carpeta no se encuentra ningún documento que justifique la demora en la ejecución de la obra.

El contrato se trata de una segunda etapa; verificando en contratos anteriores se encontró el contrato No 508 del 2001, cuyo objeto es La construcción de cubierta primera etapa en el Colegio la Sagrada Familia de Riohacha, cuyo valor es de \$49.959.240. Analizando los dos objetos de los contratos se pudo detectar una falta de planificación en el proceso de contratación, pues primero se contrata la cubierta y no las columnas donde se deben soportar estas...”. [53]

El concepto del ingeniero Castro Hernández, es ratificado mediante su testimonio rendido en desarrollo del juicio y respaldado por los informes de la Procuraduría General de la Nación y del C. T. I., el cual, al provenir de un funcionario al servicio del Departamento Nacional de Planeación, sin interés en la investigación distinto al de vigilar la correcta inversión de los recursos provenientes de regalías, reviste más seriedad e importancia demostrativa, si se tiene en cuenta la fecha de la auditoría (25 de octubre de 2002), es decir un mes después del plazo pactado para la terminación del contrato 132/02, oportunidad en la que el experto no halló constancia alguna relacionada con la justificación de la no terminación de la obra o que explicaran las irregularidades por allí detectadas.

Así las cosas, se hace insostenible el argumento defensivo del procesado, su defensor y del Ministerio Público, quienes al criticar los informes del C.T.I., indican que por haber sido rendidos mucho tiempo después de la ocurrencia de los hechos no reflejan la realidad de lo sucedido, ya que las obras pudieron ser modificadas. Pero, como queda visto, los informes de los peritos de la Procuraduría y del PNUD, fueron elaborados de manera concomitante y subsiguiente a la celebración y ejecución de los contratos en cuestión, sustentados en la verificación de las obras realizadas, supuestamente, y al respecto constataron que éstas no existían y que, el escaso trabajo hallado (aproximadamente el 10%), no representaba de ninguna manera la obra contratada, y por lo mismo, era físicamente imposible que se hubiesen modificado.

A este respecto, el informe rendido por el ingeniero de la Procuraduría General de la Nación en febrero de 2004, corrobora los anteriores resultados, ya que luego de revisar la documentación relacionada con la contratación y de visitar las obras, aparentemente efectuadas en el Colegio Sagrada Familia de Riohacha, concluyó:

“De acuerdo a los hechos ya relacionados, una vez realizada la visita (Septiembre 4 del 2003) queda en evidencia la falta de planeación para la ejecución de dicha obra ya que en la actualidad

los únicos trabajos que allí se encuentran ejecutados es la construcción de la estructura en concreto, la cual según acta de recibo parcial de obra No 1 del 25 de julio de 2002, (Item 4. Estructuras en concreto) asciende a la suma de \$16.897.735,50.

En resumen, en la actualidad la Gobernación de la Guajira ha suscrito tres (3) contratos (No. 508-01, No. 132-02 y el adicional No. 132-1 del 2003), para la construcción de la Cubierta del Colegio la Sagrada Familia del Municipio de Riohacha, los cuales ascienden a la suma de \$184.335.240,00 y de acuerdo a la visita realizada se puede estimar que las obras ejecutadas en la fecha de la visita a dicho plantel, alcanza aproximadamente al 10%, lo que corresponde a la construcción de la estructura en concreto, toda vez que ni la Directora del Colegio conoce el paradero de las cerchas que habían dejado en el plantel”

“...es evidente que para el desarrollo de la obra Construcción de la Cubierta, no ha existido una adecuada planeación de las obras y se evidencia un desconocimiento de lo que se quiere construir por parte de los funcionarios de la Gobernación de la Guajira.”[54]

Las glosas, cuestionamientos y conclusiones a que llegaron los expertos del PNUD y la Procuraduría, son reiteradas en el informe No 595446 del C.T.I.,[55] que en lo pertinente señaló:

#### “3.1.15.10.-CONCLUSIÓN SOBRE LOS CONTRATOS PARA LA CUBIERTA:

La Gobernación de la Guajira suscribió tres (3) contratos 508/2001 por \$49.959.240, 132/2002 por \$89.700.000 y 132-1/2003 por \$44.685.000, los cuales asciende a ciento ochenta y cuatro millones trescientos cuarenta y cuatro mil doscientos cuarenta pesos (\$184.344.240.00), dinero invertido en una obra que nunca se construyó, generando daño económico al erario departamental como se explicó en el presente y como prueban las fotos adjuntas al presente informe, las cuales dan

cuenta de la existencia de una cubierta pero construida con recursos de la comunidad religiosa y no con dineros desembolsados por la gobernación de la Guajira”.

Frente a esta realidad, la justificación del acusado DELUQUE FREYLE consistente en que, de una parte, toda la contratación se adelantó de acuerdo con las disposiciones de la Ley 80 de 1993, y por la otra, en la dificultad ocasionada por las “monjas” para la realización de las obras ya que debido a los constantes reclamos de ellas, el contratista Glomel Gómez Hernández se vio obligado a renunciar y por esa razón tuvo que ceder el contrato 132/02, resulta totalmente ilógica e inaceptable, en tanto carece por completo de seriedad y respaldo probatorio.

En primer lugar, es el Estatuto de la Contratación Pública el que fija los requisitos mínimos y las obligaciones que los servidores públicos responsables de adelantar los procesos contractuales como los que aquí se cuestionan, deben cumplir, y en este caso es evidente que el acusado no los cumplió.

En segundo término, el presunto obstáculo para adelantar la obra contratada que sirve de excusa al procesado, no se menciona por ninguna parte en la carta dirigida el 22 de noviembre de 2002 al Gobernador, por el contratista Glomel Gómez Hernández al solicitarle su autorización para ceder el contrato 132/02; al contrario, lo que allí se alega como motivo de la cesión son los supuestos “quebrantos de salud los cuales me obligan a tener que trasladarme fuera de la ciudad en múltiples ocasiones y por largas temporadas de tiempo, lo que me dificultaría la ejecución del contrato en forma correcta y a satisfacción para el Departamento”. [56]

Ningún inconveniente o barrera entre el contratista y las directivas del Colegio Sagrada Familia que llegase a impedir el normal desarrollo del contrato se menciona por parte del contratista, como tampoco por los funcionarios de la Gobernación que participaron en esa actividad, luego el socorrido argumento del procesado carece de veracidad.

A este respecto, si bien algunos servidores del Departamento refieren que en desarrollo de estos contratos se presentaron ciertos inconvenientes con las religiosas, más por la demora en la ejecución de las obras y el tipo de cubierta que se pretendía construir, nunca para impedir la realización de la obra. Todo lo contrario, lo que las directivas del plantel buscaban era que el proyecto se ejecutara con la mayor rapidez.

Sobre este punto, el ingeniero Samuel Santander Lanao Robles, Secretario de Obras, al ser preguntado acerca de esa circunstancia, es decir si las “monjas se opusieron a la obra o hicieron algún requerimiento, o reclamación”, esto dijo: “Si, las monjas hicieron requerimientos para que las obras continuaran, sí lo recuerdo, en su momento fueron respondidos de mi parte, igualmente oficie en reiteradas oportunidades al contratista haciendo un llamado a que se reiniciaran estas labores teniendo en cuenta la presión y la necesidad que nosotros teníamos de reiniciar esas obras”.

En similares términos se refirió el ingeniero Luis Melo Guerrero, interventor del contrato 132/02, quien señala que las directivas del colegio reclamaban la construcción rápida de una cubierta más alta de la que se proyectaba instalar, que permitiera la visibilidad desde el tercer piso y facilitara una mejor circulación de los vientos.

Lo que la rectora reclamaba era una solución pronta por parte de la Gobernación y así se lo hizo saber en la comunicación anteriormente referida-la del 4 de junio de 2002– donde le expresó entre otras cosas, la preocupación de la comunidad sobre la forma como se estaba manejando la contratación y que no se fuera a tomar la institución educativa “como sitio para justificar inversiones que vayan en beneficio de otras personas” (fl. 27 anexo 6).

Contrario a lo expresado por el procesado acerca de las “dificultades” en la ejecución de los contratos, lo que emerge en el contexto probatorio es la tozudez del Gobernador por seguir adelante con este proceso contractual, haciendo caso omiso de las observaciones y reclamos de las directivas del Colegio Sagrada Familia, del arquitecto que asesoraba a la comunidad religiosa y de la renuencia del contratista Gómez Hernández para ejecutar las obras, pese a lo cual el funcionario cuestionado ordenó la cesión del contrato 132/02 a otro contratista, propiciando un resultado peor aún de los ya conocidos.

A propósito de la cesión del contrato 132/02, el ingeniero Luis Melo Guerrero afirma, que no obstante estar casi terminado el contrato, se hizo para facilitar la suscripción del adicional 132-1/03, lo cual ocurrió previa reunión con el Gobernador en la que éste le dio la orden de hacer esa adición, por lo tanto, hizo la evaluación de lo que hacía falta, haciendo énfasis que ni en el contrato 508 ni en el 132 se contemplaba el techo de la cubierta, por lo tanto era necesario contratar obras adicionales.

Acerca de este aspecto-la cesión del contrato 132/02 y su adicional—, el arquitecto Orlando Mejía Marulanda, afirma que aunque el contrato estaba ejecutado casi el 100%, era un tema que “nosotros veníamos trabajando mucho atrás” y manejado directamente por el Gobernador DELUQUE FREYLE. Esto dijo al respecto:

“Bueno, ahí el Gobernador se reunió con el contratista, hicieron todo el procedimiento de ley y luego pasan una copia o todo el expediente a la secretaria de obras públicas, donde el secretario le coloca el visto bueno para poder entonces conocer el nuevo contratista, entraba entonces a manejar la contratación o el contrato el nuevo contratista, por eso uno da el visto bueno, pero únicamente el visto bueno, eso uno no tiene relación alguna en eso...yo únicamente puse el visto bueno, eso lo manejó directamente el Gobernador...es que el contrato estaba ejecutado casi en el 100%, pero como se esperaba hacer unos adicionales, se pensaba hacerle unos cambios, lo único que se estaba esperando es que llegaran unos recursos ya para poder terminar la obra, por eso el contrato no se cerró allí sino que se amplió, porque ampliándolo era donde nosotros podíamos satisfacer la necesidad de terminar el contrato ”.

Adicional a lo ya expuesto, resulta importante señalar que tanto el interventor del contrato 132/02, el ingeniero Melo Guerrero, como el Secretario de Obras el también ingeniero Lanao Robles, manifiestan claramente que los contratos en cuestión fueron manejados directamente por el gobernador DELUQUE FREYLE, quien estaba enterado de cuanto sucedía acerca de su trámite y que respecto de los mismos no existió delegación.

Igualmente resulta pertinente destacar, que si bien la elaboración de las invitaciones y los denominados “términos de referencia”, en lo que concierne al contrato 508/01, ya que respecto del 132/02 no existen, indispensables en este trámite no correspondían al Gobernador, su conocimiento de ambos temas surge de sus intervenciones en el proceso contractual y por el deber de dirección, vigilancia y control que le compete en estos casos, de acuerdo con los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993. Aún si quisiera aceptarse que desconocía la deficiente o inexistente planeación de la obra y las falencias de los precarios términos de referencia, la simple revisión de la invitación y los soportes documentales de cada contrato le habrían permitido detectar dichas inconsistencia, por demás evidentes.

Las recurrentes falencias de cada uno de los trámites en que incurrió la Gobernación de la Guajira frente a los citados contratos, se traducen en la precaria o inexistente planeación de la obra acordada, en la ausencia de verdaderos términos de referencia, como lo demuestran los documentos y demás elementos de convicción allegados que acreditan, en grado de certeza, el desconocimiento de los principios de planeación, economía y responsabilidad, requisitos esenciales de la contratación estatal conforme se desprende de las normas que regulan esta actividad.

Con fundamento en el análisis precedente, concluye la Sala que el resultado finalmente producido en este caso no es consecuencia de un actuar negligente del acusado DELUQUE FREYLE, sino doloso, en tanto de manera consciente y voluntariamente tramitó los contratos cuestionados sin observar los requisitos legales esenciales ya analizados sin razón lógica ni jurídicamente atendible, todo ello en detrimento de la administración pública.

En efecto, como ya se advirtió, en el trámite de los contratos aludidos se desconocieron los principios esenciales de planeación, economía y responsabilidad consagrados para garantizar que la administración pública adelante una contratación honesta y respetuosa de los fines que le asigna la Constitución Política. Es decir, para evitar que su actividad se coloque, como aquí ocurrió, al servicio de intereses particulares a través de la adopción de decisiones discrecionales, con las cuales se prohíja la corrupción, el desgreño administrativo y la inequidad, además del deterioro de la imagen del Estado, más aún en zonas donde su acción debe fortalecerse en beneficio de sus habitantes, abocados en su mayoría, a difíciles condiciones de vida.

## 2.2.-Del delito de peculado por apropiación.

La Sala se ocupará a continuación de analizar si conforme se indica en la acusación, se ha concretado también el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, y si es atribuible al procesado DELUQUE FREYLE, así:

“Artículo 397.-Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en pena de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.

Para la configuración del tipo penal en cuestión, es necesario que concurren, la calidad de servidor público y la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que el servidor desempeña y finalmente, el acto de apropiación bien sea en provecho propio o a favor de un tercero, que por lo mismo lesiona el bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

Atendiendo la descripción típica en cuestión, debe precisarse que en este caso se reúnen los supuestos para la realización del tipo objetivo, consistente en ostentar la calidad de servidor público y tener, en razón de las funciones asignadas, la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado. En efecto, como ya se indicó, en el expediente obra la documentación que acredita la elección de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE como mandatario seccional de la Guajira para el periodo 2001- 2003, la correspondiente acta de posesión, y la certificación en torno al ejercicio del cargo para la época de celebración de los contratos vinculados con el ilícito reseñado.

La atribución de la conducta en mención al ex mandatario seccional está relacionada con el presunto detrimento a las finanzas departamentales, ocasionado como consecuencia de la tramitación irregular de los contratos 508 de 2001 y 132 de 2002, para la construcción de la cubierta de la cancha del Colegio Sagrada Familia de Riohacha, sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales previstos en el Estatuto de la Contratación Pública.

La acusación se fundamenta en que el Gobernador como ordenador del gasto dispuso el pago de los citados contratos, a favor de los contratistas Sammy Davis Magdaniel Socarrás y Glomel Gómez Hernández, en el lapso fiscal de 2002, sin contraprestación alguna para el Departamento, ya que la obra contratada nunca se realizó.

A partir de esta hipótesis, la cual quedó demostrada en el capítulo que precede, y de conformidad con la documentación allegada y los demás medios de convicción, la Sala establece lo siguiente:

El contrato 508 suscrito el 26 de diciembre de 2001, tenía por objeto la “Construcción de cubierta primera etapa, Colegio Sagrada Familia, Municipio de Riohacha”, por el valor de \$49.959.240, fue cancelado al contratista según los reportes de tesorería, así:

La suma de \$19.983.696, correspondiente al 40% pactado como anticipo el 14 de febrero de 2002.[57]

El saldo de \$29.724.273, con la liquidación[58] del contrato la cual se llevó a cabo el 2 de mayo de 2002, entregándole al contratista Magdaniel Socarrás el total de \$49.707.969, a los que sumada la cantidad de \$251.271 por concepto de pólizas de seguros, se obtiene el valor inicial del contrato.

Ahora, de acuerdo con el acta de liquidación, el total de la obra recibida se estimó en la cantidad de \$49.985.240, arrojando un saldo de \$26.000 a favor del contratista, pero éste manifestó

expresamente que renunciaba a cobrar dicha suma, con lo cual quedó legalmente liquidado el contrato.

Ahora bien, el objeto contractual pactado se redujo a la entrega por parte del contratista de tres (3) cerchas metálicas, que inicialmente fueron llevadas al Colegio Sagrada Familia de Riohacha, pero que al final no fueron utilizadas en la construcción de la obra proyectada ya que por orden de la Gobernación el señor Jean Carlos Soto Vásquez (quien posteriormente fuera contratista en los contratos 132/02 como cesionario y 132-1/03), las retiró para llevarlas, supuestamente, a Coldeportes de Riohacha, sin que dicho aspecto pudiera ser comprobado, desconociéndose el destino final de esos materiales o qué pasó con ellos.

De la misma manera, en lo que atañe al contrato 132 de 2002, suscrito entre el gobernador DELUQUE FREYLE y Glomel Gómez Hernández, con el propósito de realizar la “Construcción de cubierta-II etapa– Colegio Sagrada Familia, Municipio de Riohacha”, por el valor de \$89.700.000, se acreditó que la Tesorería Departamental entregó al contratista el 18 de junio de 2002 la suma de \$44.850.000, por concepto del anticipo acordado en el 50% del valor del contrato.[59]

Respecto del otro 50%, se tiene lo siguiente:

Tal como se aprecia en la documentación relacionada con el trámite contractual en cuestión y demostrado que el contratista no ejecutó la obra convenida, resulta inexplicable que el 25 de julio de 2002 entre la Administración Departamental y el contratista se haya suscrito “acta de recibo parcial de obra No. 01”, por el valor de \$42.705.500.00, suma que le fue pagada el 18 de octubre de ese año, sin tener en cuenta que la cantidad entregada como anticipo se debía amortizar proporcionalmente en cada entrega parcial de obra, ya que esos recursos debían ser destinados por el contratista únicamente a la ejecución del contrato.

A este respecto es importante resaltar que el 29 de julio de 2002, cuatro días después de firmada el acta No 01 de recibo parcial de obra antes referida, se suspendió temporalmente el contrato bajo el argumento de que el Departamento no le había cancelado al contratista la suma correspondiente a dicha acta, es decir los \$42.705.500. Así lo refieren el procesado, el ingeniero Luis Melo Guerrero, los Secretarios de Obras Lanao Robles y Orlando Mejía Marulanda, y demás funcionarios que intervinieron en la contratación, e incluso el representante del Ministerio Público sin tener en cuenta que previamente y a título de anticipo, la Gobernación le había entregado al contratista una suma superior a la antes indicada, equivalente al 50% del precio del contrato, y que la misma no se estaba amortizando, al menos teóricamente, porque la realidad es que la obra nunca se construyó.

Sumadas las cantidades entregadas por la Gobernación de la Guajira como pago del contrato 132/02 (anticipo y acta de recibo parcial de obra No 01), se obtiene el monto de \$87.555.500,00, equivalente al 97.61% del valor total del contrato.

Ahora, si bien los informes técnicos rendidos en esta actuación procesal, especialmente el de la Procuraduría General de la Nación, dan cuenta que el contratista Gómez Hernández le entregó al Departamento 10 columnas en concreto de tres metros de altura, supuestamente, de las cuales se hallaron sólo cinco en el lugar de la obra, trabajos que equivaldrían al 10% aproximadamente del contrato cuya cuantificación asciende a \$16.897.935,50, [60] dichos elementos a la postre ningún servicio o utilidad prestaron al plantel educativo y por el contrario, se convirtieron en un estorbo y finalmente tuvieron que ser demolidos algunos de ellos, acarreado desde el punto de vista fiscal un claro detrimento patrimonial al erario departamental.

En ese orden, descontado del anticipo el valor de \$16.897.735,50 por concepto de los trabajos parcialmente ejecutados (10% aproximadamente), aún restarían \$27.952.064,50 por amortizar a cargo del contratista, luego no existía razón fáctica ni jurídica para exigir un nuevo pago por concepto del acta parcial de obra como aquí ocurrió. Con ello, lo que hizo la Gobernación fue cancelar casi la totalidad del contrato, es decir el 97.61%, sin que hubiese recibido obra alguna o al menos en la misma proporción.

Más censurable todavía, el hecho que luego de haber pagado el valor correspondiente al acta No 01 de recibo parcial de obra, el contratista Gómez Hernández alegando quebrantos de salud le haya solicitado al gobernador DELUQUE FREYLE ceder el contrato a Jean Carlos Soto Vásquez, y el mandatario le haya aceptado y autorizado dicha cesión, respecto de lo cual se suscribió la correspondiente acta el 25 de noviembre de 2002, sin tener en cuenta que la Gobernación ya había cancelado el 97.61% del valor del contrato.

A partir de la cesión del contrato 132/02 y después de un semestre de paralización total de la obra, la actuación de la Gobernación y el nuevo contratista se centró fue en buscar la manera de adicionarlo, sin importar, se repite, que ya se había cancelado casi la totalidad del precio (97,61%), firmándose en consecuencia el 16 de diciembre de 2002 acta de justificación de obras adicionales, en la que se consignó la necesidad de introducir cambios a la obra inicialmente acordada, circunstancia que a la postre se convirtió en claro detrimento patrimonial al erario porque nada de lo nuevamente pactado se cumplió.

No obstante, para los efectos del tipo penal en cuestión, la cuantía de lo apropiado ilícitamente a favor del contratista por concepto del contrato 132/02, asciende a la cantidad de \$70.657.564.50, resultante de restar el valor estimado de las 10 columnas en concreto al total efectivamente pagado por el Departamento. Se reitera, que la única obra recibida por la Gobernación en virtud de este contrato corresponde a las 10 columnas ya mencionadas, que ninguna utilidad reportó a la Administración.

En este sentido se aclara que el monto de la apropiación no corresponde a la señalada en la resolución de acusación (\$87.555.500.00), sino la suma antes indicada, es decir \$70.657.564,50.

En síntesis, al efectuar la operación matemática respectiva de los rubros indebidamente pagados por concepto de los dos contratos, el 508/01 y 132/02, se establece que el detrimento patrimonial efectivamente ocasionado al erario del Departamento de la Guajira asciende al valor de

\$120.365.533.50, suma en la que se incrementó ilegalmente el patrimonio de los contratistas Glomel Gómez Hernández y Jean Carlos Soto Vásquez, y no la cantidad de \$137.540.740 que fueron relacionados en el pliego acusatorio.

Importa señalar, por otra parte, que la tesis de la defensa orientada a destacar que la construcción de la cubierta era un objetivo lícito, acuñada también por el Ministerio Público, fundamentada en que la contratación para tal fin se llevó a cabo de acuerdo con la Ley 80 de 1993, y porque la pérdida de las cerchas no es responsabilidad del acusado, no se causó detrimento al patrimonial, no tiene sustento legal alguno. Sobre el particular se dirá por el contrario, que la afectación a las finanzas públicas es evidente, que desconocer tal situación resulta inaceptable, más aún cuando se utiliza un argumento aparente o sofisticado como el traído por los sujetos procesales en cuestión, ya que toda la contratación estatal, dada su naturaleza, está destinada a contratar objetos lícitos y que estén dentro del marco de la estricta legalidad.

La construcción de la cubierta proyectada con los contratos aquí mencionados es un objeto lícito, ese aspecto no está en discusión. Lo que se cuestiona en este caso es la forma en que se adelantó dicha contratación, que vuelve y se repite, no cumplió con la finalidad prevista en la ley ni con los objetivos anunciados en los contratos, por falta de los requisitos contemplados en el estatuto contractual.

Ante el evidente fracaso de la contratación emprendida por la Gobernación de la Guajira para la construcción de la cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha, cómo pretender por parte del procesado, la defensa y el Ministerio Público que no se afectó el erario departamental, cuando es tan claro y manifiesto el menoscabo patrimonial del ente territorial, el cual pagó una alta suma de dinero por una obra que nunca se realizó.

Consecuente con lo anterior, concluye la Sala, sin duda, en la materialización del delito de peculado por apropiación, pues el mandatario DELUQUE FREYLE en claro desvío de su conducta de

las normas constitucionales y legales, así como de los principios que regulan la contratación estatal, ejecutó acciones de corrupción en contra del interés público para favorecer intereses privados, en detrimento del erario público y la institucionalidad democrática, comprometiendo seriamente la asignación de recursos para el desarrollo social.

En síntesis, está demostrado en el presente caso que el entonces Gobernador del Departamento de la Guajira, doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, de manera consciente y voluntaria adecuó su conducta a la descripción típica delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros contemplados en los artículos 397 inciso 1º y 2º, y 410 del Código Penal, agotados en las circunstancias que han quedado analizadas en la motivación precedente y por los cuales fue acusado.

La afectación del bien jurídico de la administración pública, se advierte materialmente en cada uno de esos comportamientos no sólo por la inobservancia de los principios que gobiernan la contratación, sino por la vulneración del erario público en el monto antes señalado, conductas esencialmente dolosas al tramitar y suscribir los contratos que fueron objeto de análisis y permitir que los contratistas se apoderaran de los dineros.

Así las cosas, estima la Corte que al encontrarse plenamente acreditados, en grado de certeza, tanto la materialidad de los delitos por los que fue acusado el doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, consumados en concurso homogéneo y heterogéneo-Art. 31 del C. Penal-, así como su responsabilidad en calidad de autor material, se impone proferir en su contra sentencia condenatoria.

3.-Del procesado ALEX ENRIQUE CORONDADO FELIZZOLA.

Respecto del ex gobernador encargado ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, también fue acusado por los delitos de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y Peculado por apropiación a favor de terceros.

La Sala se ocupará seguidamente del análisis de cada una de las mencionadas conductas.

### 3.1. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Al doctor CORONADO FELIZZOLA, según el pliego acusatorio, se le atribuye el haber celebrado el 25 de junio de 2003, en calidad de Gobernador encargado del Departamento de la Guajira, el contrato 132-1, con el señor Jean Carlos Soto Vásquez, el cual tenía por objeto la ejecución de obras adicionales al contrato principal 132/02, para la construcción de la cubierta-segunda etapa del Colegio Sagrada Familia del municipio de Riohacha, por valor de \$44.685.000,00.

Ahora bien, los hechos atribuidos al acusado CORONADO FELIZZOLA resultan inescindiblemente vinculados a los que ya fueron objeto de análisis respecto del procesado DELUQUE FREYLE, en tanto el contrato 132-1/03 adicional corresponde a la continuación de la contratación emprendida por la Gobernación de la Guajira desde el año 2001, para la construcción de una obra en el Colegio Sagrada Familia de Riohacha. De ahí que, la referencia a los contratos 508/01 y 132/02, en este caso sea inevitable, o al contexto en que todos los acontecimientos se llevaron a cabo; y además, porque el doctor ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, no era una persona ajena a la administración.

Todo lo contrario, era un funcionario de absoluta confianza del Gobernador titular, inmiscuido en el manejo de los asuntos del Departamento como lo revela la documentación allegada a este trámite. Por lo tanto, la Sala se aparta de los argumentos presentados por el procesado, su defensor y del Ministerio Público, por cuanto se quiere presentar la firma del contrato 132-1/03, como un hecho aislado o casual bajo la premisa de que en el corto tiempo de su encargo como

Gobernador-6 días– no podía controlar ni intervenir en todo el trámite contractual. Dicho argumento no es cierto.

En efecto, está acreditado legalmente mediante los documentos oficiales remitidos por la Gobernación[61], como se reseñó en anterior oportunidad, que el doctor CORONADO FELIZZOLA se desempeñó como Secretario de Gobierno y Secretario Privado del Departamento de la Guajira, entre el 15 de enero de 2002 al 4 de julio de 2003, lapso en el que fue encargado de Gobernador en 39 oportunidades, por ausencia temporal del titular, entre ellas la comprendida del 19 al 24 de junio de 2003 (se resalta).

Sumados dichos encargos ascienden a 128 días, es decir, que de los 17 meses y medio que duró su vinculación con la Gobernación de la Guajira en la administración del doctor DELUQUE FREYLE, 4 meses y 8 días ejerció como Gobernador, por periodos que iban de uno hasta 21 días y con una inusitada frecuencia, circunstancia indicativa que necesariamente el procesado CORONADO FELIZZOLA estaba enterado y conocía suficientemente todos los asuntos inherentes al despacho del Gobernador.

Recuérdese además, que se desempeñó como Secretario de Gobierno y luego como Secretario Privado del Gobernador DELUQUE, entonces, por la naturaleza de estos cargos era muy cercano y toda confianza del mandatario titular.

En consecuencia, sin dificultad alguna se concluye que el primero de los presupuestos a que alude el artículo 410 del Código Penal para la estructuración de la conducta allí contenida se cumple a cabalidad en tanto está demostrado que el CORONADO FELIZZOLA ostentaba la calidad de servidor público-gobernador encargado– y en esa condición celebró el contrato 132-1/03 que se le cuestiona.

En cuanto al segundo presupuesto del comportamiento descrito en la norma penal antes citada, de acuerdo con el pliego de cargos, se precisa que al acusado se le reprocha el haber suscrito el contrato en mención sin verificar el cumplimiento de los requisitos que el Estatuto de la Contratación Pública contempla para su validez, fundamentalmente lo que concierne con la omisión de los principios de economía, responsabilidad y planeación, respecto de los cuales la Sala ya se refirió in extenso, en los capítulos precedentes, sin que sea necesario volver a reeditar dichos planteamientos.

Así, teniendo en cuenta que la celebración del contrato 132-1 de 2003 es una adición del principal 132/02, y éstos dos a la vez están estrechamente vinculados al 508/01, el trámite contractual en todo su conjunto no podía ser desconocido o indiferente al mandatario seccional encargado.

Una breve referencia a lo acaecido respecto de los contratos principales y a manera de antecedente, ubica el asunto en su contexto, así.

En esa dirección y si bien el contrato 508/01 fue celebrado por el Gobernador titular el 26 de diciembre de 2001, la ejecución y liquidación se produjo durante el primer semestre de 2002, para esa época el doctor CORONADO FELIZZOLA ya se desempeñaba como Secretario de Gobierno (hasta el 30 de junio) y fungió en 3 oportunidades como encargado de la gobernación.

Para aquel entonces, la inconformidad y los reclamos de las directivas del Colegio Sagrada Familia a la Gobernación eran manifiestos, tal como se lo expresó la hermana María Ofelia Pérez Arango, rectora del plantel educativo, mediante comunicación escrita del 4 de junio de 2002, sobre la falta de planeación, el tipo de obra proyectada, la no ejecución de los trabajos, y el manejo de la contratación, pues advertían que se estaban favoreciendo intereses de terceras personas.[62]

Y si bien el citado escrito se le dirigió al mandatario titular, el Secretario Privado debió conocerlo, más aún si ya había fungido como Gobernador encargado en varias oportunidades y la solución de ese “inconveniente con las monjas” era una prioridad, según manifestación del Secretario de Obras.

En lo que atañe al contrato 132/02, el cual fue cedido a Jean Carlos Soto Vásquez, a quien posteriormente se le adjudicó el contrato adicional, todo el trámite y las circunstancias que rodearon la etapa precontractual y contractual se adelantó a partir del mes de junio de 2002 y se prolongó hasta el mes de enero de 2003, cuyo desenlace final fue la suscripción del contrato adicional 132-1/03, lapso en el cual el doctor CORONADO FELIZZOLA se desempeñó como Secretario de Gobierno, Secretario Privado del Departamento y ejerció reiteradamente el cargo de Gobernador, razón por la cual necesariamente debió conocerlo, más aún si se tiene en cuenta que la mencionada contratación no fue delegada en ningún secretario o funcionario de la administración seccional, sino que estuvo a cargo del Gobernador directamente.

Con mayor razón lo atinente al proceso contractual adicional 132-1/03, pues fue quien como ordenador del gasto lo celebró.

En esa medida, no podía ignorar el funcionario que el contrato principal 132/02 carecía de estudios previos, de diseños arquitectónicos, de estudios de suelos, en fin, no respondía a una debida planeación contractual y por lo tanto, ninguno o casi ninguno de los trabajos contratados se había ejecutado—apenas el 10% representado en 10 columnas de concreto de 3 metros de longitud—, no obstante haberse cancelado ya el 97.61% de su valor, contrato éste que se constituía en referente de obligatoria revisión y comprobación de su ejecución y estado en que se encontraba, para de esa manera determinar que tan viable era la suscripción del adicional o 132-1/03; luego la excusa del procesado relativa a que como no intervino en la fase precontractual de éste contrato no cometió irregularidad alguna, no tiene cabida en este caso.

Y no lo tiene porque, si como lo afirma el acusado que verificó personalmente todos los antecedentes del contrato 132-1/03 y pudo comprobar la necesidad y la conveniencia de su celebración, es inexplicable que no haya advertido las protuberantes falencias del contrato principal relativas a la deficiente o nula planeación, circunstancias que de haberlo hecho, lógicamente lo habrían llevado a la conclusión de que legalmente no era procedente firmar dicho contrato adicional.

Ahora bien, los antecedentes del contrato adicional 132-1, se repite, no eran nada distinto de la documentación perteneciente a los contratos 508/01 y 132/02, especialmente éste último, pues a decir del ingeniero Luis Melo Guerrero en estos contratos no se había incluido el techo de la cubierta, y la cesión del contrato 132 no obstante estar casi terminado, se hizo para facilitar la suscripción del contrato adicional, lo cual se explica aún más con la afirmación del arquitecto Orlando Mejía Marulanda, relativa a que aunque el contrato 132/02 estaba ejecutado casi en el 100%, “eso fue un tema que nosotros veníamos trabajando mucho atrás” y manejado directamente por el Gobernador, circunstancias que necesariamente debió conocer el procesado CORONADO FELIZZOLA, no sólo como Gobernador encargado al revisar los antecedentes del contrato adicional, sino en las anteriores oportunidades que estuvo al frente de la Gobernación como mandatario encargado y como Secretario Privado del Despacho.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el contratista con quien se suscribió el contrato adicional 132-1/03, corresponde al señor Jean Carlos Soto Vásquez, mismo a quien se le había cedido el contrato principal 132/02, y que según la información existente en el proceso fue el que por orden de la Gobernación retiró las tres cerchas adquiridas mediante el contrato 508/01, cuyo destino se desconoce.

Ahora, respecto de los requisitos para la suscripción del contrato adicional, el Secretario de Obras de ese momento arquitecto Orlando Mejía Marulanda, al ser interrogado sobre el tema manifestó que sólo se revisó la carpeta del contrato principal y como allí estaba toda la documentación, entre ella el acta de justificación de obras y un nuevo CDP, dio el visto bueno. Esta circunstancia explica el por qué en el texto del contrato 132-1/03-de escasas 2 páginas-, no se haya hecho

referencia a estudios previos de ninguna naturaleza y se hubiera pactado en la cláusula sexta que: “Quedan vigentes todas las estipulaciones del Contrato Principal, que no sean contrarias a este contrato”.

Lo anterior implica necesariamente que se ha debido revisar si existían los diseños arquitectónicos, estudios técnicos, de suelos, etc., pues el acta de justificación de obras adicionales en virtud de la cual se acordó cuantificar las obras civiles complementarias y elaborar un nuevo presupuesto, cuyo texto es el siguiente, así lo insinúa:

“1.-Que fue necesario realizar cambios de obra, debido a que inicialmente no estaba contemplado el mejoramiento de soporte de la estructura de concreto y en algunos sectores se encontró el nivel freático cerca de la superficie, por lo tanto se realizaron cambios requeridos para darle estabilidad a los cimientos de la estructura.

2.-Que se hace necesario elevar la estructura de soporte de la cubierta para poder darle salida a los vientos, evitando el estancamiento y permitiendo que estos vientos no se desplacen en forma circular ascendente y permitir la visibilidad desde el segundo nivel de la planta física de la institución”. [63]

Pero lo que resulta más inexplicable es que, si antes de firmar el contrato en cuestión CORONADO FELIZZOLA llamó al Gobernador titular y le consultó el tema, se reunió con el secretario de obras, el interventor y los demás funcionarios encargados del trámite contractual y además, revisó personalmente todos los antecedentes, es decir la documentación pertinente—según lo dicho por acusado y su defensor—, no se haya dado cuenta de que no existían los estudios técnicos de todo orden y la planeación necesaria para adelantar una obra de esta naturaleza; más aún, que de la obra contratada sólo se había efectuado escasamente el 10% (según los dictámenes técnicos); y que si los contratos 508/01 y 132/02 ascendían a la suma de \$139.659.240 y ya se había cancelado el primero en su totalidad y del segundo el 97.61%, era imposible que a través de un contrato adicional de \$44.685.000, se fueran a ejecutar las obras hasta ahora no realizadas en virtud de los contratos anteriores y las contempladas en el nuevo contrato.

En tales circunstancias es evidente la falta absoluta de planeación, de estudios previos y diseños técnicos y arquitectónicos para la realización de una obra-hasta cierto punto sencilla—, pues el sentido común y la lógica permiten afirmar que en ese estado del proceso contractual (ya se habían ejecutado los dos contratos principales), es inaceptable que se estuviese realizando un cambio de obra y de diseño.

Agréguese, que si en los contratos principales no se había incluido el techo de la cubierta, según lo manifestado por el ingeniero Melo Guerrero interventor del contrato 132/02, esa circunstancia, en las condiciones antes indicadas haría aún más inviable la suscripción del contrato adicional.

Ahora bien, como ya se advirtió párrafos atrás, la mencionada cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha, no fue construida por la Gobernación de la Guajira, sino por la comunidad religiosa en el año 2005 con sus propios recursos, en esa medida, las explicaciones del procesado y la defensa, encaminadas a justificar su comportamiento frente a la celebración del contrato 132-1/03 resultan infundadas y por tanto, inaceptables para la Sala.

Con el proceder anterior, lo que se evidencia es el desorden administrativo y la indolencia total de los funcionarios responsables del trámite contractual emprendido por el ente territorial, ya que como queda visto, para lo único que sirvió éste contrato fue para defraudar el erario en la suma de \$22.342.500 entregados como anticipo sin que se hubiere efectuado obra alguna, pues el contratista una vez recibió el dinero señalado, se ausentó y no volvió a la Gobernación, al punto que la resolución mediante la cual se declaró la caducidad del contrato, proferida por la nueva Administración Departamental, le fue notificada por edicto.

Las falencias en que incurrió el Gobernador encargado al celebrar el contrato cuestionado, se traducen en la inexistente planeación de la obra, en la ausencia de verdaderos términos de referencia como se advierte de los documentos y demás medios de convicción allegados, que acreditan la ostensible violación de los principios de planeación, economía y responsabilidad que gobiernan la contratación estatal, previstos en los artículos 25 numerales 7 y 12, 26 numerales 1, 2 y 4 de la Ley 80 de 1993.

Los aludidos principios se encaminan a que todas las actuaciones de los servidores públicos estén destinadas a garantizar el interés general y no a la búsqueda de intereses personales o de terceros. El interés público forma parte de los fines esenciales del Estado, según lo establece el artículo 1º de la Carta Política, por lo tanto es deber de las entidades públicas hacer prevalecer dicho principio.

Por esta razón, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en el numeral 8º prevé que las autoridades “no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley”, sin eludir los requisitos establecidos en el estatuto de contratación estatal.

El desconocimiento de los principios contractuales comentados-economía, responsabilidad y planeación—, son elocuentes. Una obra que inicialmente se había previsto ejecutar en tres meses, su realización se dilató por más de dos años y finalmente no se cumplió; sin embargo, los recursos del Departamento si se desembolsaron y entregaron sin obtener nada a cambio.

En el caso particular del contrato 132-1/03, se quiso dar una apariencia de legalidad al trámite (desvío de poder), utilizando la figura de la adición del contrato principal para ejecutar obras inconclusas o no incluidas en el contrato principal, cuando en realidad el avance de los trabajos acordados era apenas del 10%, y sumado a esto, el costo total de la obra superaba ampliamente el valor acordado en el contrato adicional, aspectos que por simple sentido común hacían inviable la firma del contrato.

Más aún si se tiene en cuenta, que se trata de un funcionario con amplios conocimientos del derecho administrativo, experiencia en el sector público y específicamente en el manejo de la contratación estatal, y para el caso concreto, la intervención directa del ex mandatario seccional encargado en el trámite adelantado al suscribir el contrato.

De tal manera, queda demostrado que el procesado ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA en su condición de gobernador encargado del Departamento de la Guajira, al celebrar el contrato 132-1 de 2003, no sólo contrarió la normatividad constitucional y legal que rige la contratación estatal, sino que voluntariamente llevó a cabo dicho comportamiento, con pleno conocimiento y conciencia de la ilicitud, según quedó acreditado, desde luego, sin que mediara circunstancia alguna de justificación, con evidente lesión del bien jurídico de la administración pública.

### 3.2. Del delito de peculado por apropiación.

El ex mandatario encargado, doctor CORONADO FELIZZOLA, también fue acusado por el punible de peculado por apropiación a favor de terceros, porque al suscribir el contrato 132-1 de 2003 con Jean Carlos Soto Vásquez, por el valor de \$44.685.000, se ocasionó detrimento patrimonial a las finanzas del Departamento de la Guajira, ya que como quedó visto, se inobservaron los requisitos de validez señalados en la Ley 80 de 1993, y con ello se propició que el contratista hubiese recibido el anticipo convenido en el 50% del precio contractual sin haber realizado obra alguna.

En las circunstancias anteriormente indicadas, el Gobernador encargado, estipuló en la cláusula quinta del citado contrato que el departamento de La Guajira “se compromete a pagar al

CONTRATISTA el valor del presente Contrato de la siguiente manera: 5.1.1. Un anticipo equivalente al Cincuenta por ciento (50%) del valor contractual, que será cancelado por el DEPARTAMENTO al CONTRATISTA una vez perfeccionado este Contrato, contra cuenta de cobro y previa presentación por parte del CONTRATISTA y aprobación por el DEPARTAMENTO de la Garantía Única, acordada en el mismo Contrato.”, y en cuanto al perfeccionamiento se acordó en la cláusula novena que: “Con la firma del Jefe de la Entidad Contratante, prórroga de las Garantías y la disponibilidad presupuestal se entiende perfeccionado el presente Contrato.”[64]

El contrato en cuestión se firmó el 24 de junio de 2003, según ha quedado aclarado en el proceso, y se perfeccionó con una rapidez inusitada, tal como se puede apreciar en las actuaciones subsiguientes a la firma del documento: (i) la formalización y celebración se llevó a cabo el 24 de junio de 2003; (ii) el 25 se realizaron los trámites secretariales respectivos; (iii) el certificado de modificación de la póliza de seguro de cumplimiento fue expedido por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S. A., el 26 de junio de 2003, y (iv) ese mismo día la Gobernación expidió la resolución 0221 de 2003 aprobatoria de la garantía única, con lo cual quedó debidamente legalizado.[65]

Así las cosas y de acuerdo con lo estipulado en el contrato, la consecuencia necesaria y obvia era el desembolso del anticipo pactado en el 50% (\$22.342.500), el cual se produjo el 3 de julio de 2003 por el valor neto de \$20.286.990.00, pues según comprobante de egreso No 4777, por concepto de estampillas, descuentos de aportes parafiscales y retención en la fuente se dedujeron \$2.055.510.[66]

Se hace claridad de esta manera que la suma de \$22.342.500, mencionada en la resolución de acusación como ilícitamente apropiada a favor del contratista, sino la cantidad neta antes indicada, es decir \$20.286.990. También es pertinente señalar que dichos recursos tampoco fueron compensados o reintegrados al tesoro público.

En este caso, resulta incuestionable el favorecimiento indebido del mandatario seccional al contratista y por consiguiente el detrimento patrimonial de las finanzas departamentales, puesto que, como ya se indicó y se reitera una vez más, el señor Jean Carlos Soto Vásquez una vez recibió el valor del anticipo eludió por completo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, ausentándose de la ciudad sin que concurriera a dar explicaciones de su comportamiento, haciendo caso omiso de los requerimientos o citaciones que la Administración Departamental le hiciera.

Por tal razón, el nuevo gobernador Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, mediante resolución No 1632 del 24 de diciembre de 2003 declaró la caducidad administrativa de dicho contrato.[67]

De conformidad con lo expuesto, estima la Sala que se ha acreditado suficientemente, en grado de certeza, la materialidad del punible de Peculado por apropiación, en tanto el ex gobernador encargado de la Guajira, doctor ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, de manera consciente y voluntaria se apropió a favor de terceros de bienes del Departamento, representados en los recursos entregados por concepto del anticipo del contrato adicional 132-1/03, ya que sin mediar razón jurídica atendible le fueron entregados al contratista la suma de \$20.286.990, sin obtener a cambio contraprestación alguna, en claro detrimento a las finanzas de la Gobernación. De contera se vulneró injustificadamente la administración pública, como bien jurídico que se protege al sancionar el comportamiento aquí cuestionado.

De lo anterior se sigue que al estar reunida la prueba que da certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado en los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la consecuencia inmediata para el orden jurídico interno consiste en imponer la sanción que corresponda como se declarará, de acuerdo con lo expuesto por el delegado de la Fiscalía, profiriendo el correspondiente fallo condenatorio en contra del doctor ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, en los términos de los cargos formulados en la resolución de acusación.

#### 4. Respuesta a los alegatos de las partes.

Como la conclusión se orienta a emitir sentencia condenatoria por los delitos de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y Peculado por apropiación a favor de terceros, acorde con los cargos formulados en la acusación a los doctores HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, conductas cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo, no se advierte la necesidad de referirse a los argumentos expuestos por la Fiscalía, al acogerse sus peticiones en tal sentido.

Sobre los argumentos presentados por el representante del Ministerio Público, los procesados y la defensa técnica, encaminados a que se profiera sentencia absolutoria, se dirá que la Sala los ha venido respondiendo de forma concreta al realizar las consideraciones pertinentes respecto de cada uno de los contratos y los cargos a los cuales se referían.

Sin embargo, respecto de aquellos puntos no tratados en forma explícita, la Sala los abordará a continuación, así:

4.1.-De la educación contratada. El carácter privado del Colegio Sagrada Familia del municipio de Riohacha, Guajira, institución donde el Departamento de la Guajira proyectó adelantar la obra a través de los contratos mencionados en este caso, suscitó que de una parte, la Fiscalía hubiese

cuestionado la inversión de los recursos públicos, afirmando que ello no era posible; y de otra, la defensa técnica, el Ministerio Público y los procesados sostuvieron lo contrario.

A este respecto, es evidente que le asiste razón a quienes sostuvieron que el Departamento de la Guajira si podía efectuar las proyectadas obras en una institución privada como que se menciona, en tanto la misma presta el servicio de educación pública a través del denominado sistema de educación contratada.

En efecto, el artículo 356 de la Constitución Política dispuso que la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos y Municipios, creándose el Sistema General de Participaciones, en cuyo desarrollo se expidió la Ley 715 de 2001, que organiza la distribución de los recursos para la prestación del servicio de educación preescolar, primaria, secundaria y media por parte de estas entidades, garantizando la prestación de los servicios y la ampliación de la cobertura.

La citada Ley 715 de 2001, en su artículo 27 establece: “La Educación Misional Contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal y las Participaciones de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se podrán seguir financiando con recursos del Sistema General de Participaciones”.

Por su parte, la Ley 115 de 1994, o Ley General de la Educación, en su artículo 200, previó la contratación de la prestación del servicio público educativo con las iglesias y confesiones religiosas que gocen de personería jurídica, norma que fue reglamentada inicialmente por el decreto 1286 de 2001, y posteriormente por los decretos 4313 de 2004 y 2355 de 2009.

El artículo 3 del decreto 1286 de 2001 (vigente para la época de los hechos), dispuso cuál podría ser el objeto de los contratos que se celebraran con iglesias y confesiones religiosas, dentro de los cuales se encuentran:

“a.-La administración del servicio público educativo, en los establecimientos educativos que se contraten, cuando la entidad territorial aporta su infraestructura física, docente y administrativa o alguna de ellas.

b. La prestación del servicio público educativo, cuando las iglesias y confesiones religiosas aporten su propia infraestructura física, docente y administrativa.

c. La ampliación de cobertura del servicio público educativo” (subrayas fuera de texto).

La Educación Misional Contratada, se presta de tiempo atrás, fundamentalmente en aquellas zonas de difícil acceso, y en razón del proceso de descentralización, inicialmente mediante contrato suscrito entre la Conferencia Episcopal y el Ministerio de Educación Nacional (contrato 016 del 16 de marzo de 1994), el cual se subrogó en cabeza de los departamentos, quienes ahora lideran la Educación Contratada.

Lo anterior tiene como fundamento el Decreto 2768 de 1975, por medio del cual se dictan normas para la celebración de los contratos entre el Gobierno Nacional y la Iglesia Católica, previstos en el artículo XIII del Concordato suscrito con la Santa Sede el 12 de julio de 1973-aprobado mediante Ley 20 de 1974–, en cuyo desarrollo se firmó el Acuerdo 018 del 15 de diciembre de 1976.

Además, la colaboración de la Iglesia Católica en el campo de la educación data desde antes de la firma del Concordato, ya que en ejercicio de su misión pastoral es la institución que puede acceder a lugares alejados e inhóspitos del territorio nacional, circunstancia por la que el Gobierno a través

del Ministerio de Educación Nacional, suscribió el referido contrato 016 de 1994 para la administración del servicio de educación pública, en centros del Estado o de la Iglesia, lo cual ha realizado en 18 departamentos, entre ellos la Guajira.

La Educación Misional Contratada se trata entonces, de una de las diversas formas de prestar la educación pública, entendida como aquella que se financia con los recursos del Estado, se ofrece en condiciones de gratuidad y debe llegar a los sectores sociales más pobres.

A este respecto, la Corte Constitucional al referirse a la educación como un servicio público que puede ser prestado por los particulares, señaló:

“La educación es un servicio público que es prestado tanto por el Estado como por los particulares bajo la regulación, control y vigilancia de aquel. Como se ve, las instituciones educativas de carácter privado gozan de protección estatal pero al mismo tiempo están sujetas a la reglamentación legal que permite y regula su ejercicio a fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los alumnos y a las obligaciones propias de quien presta un servicio público” (SU-624 de 1999).

En el caso concreto, es preciso afirmar que la educación que imparte el Colegio Sagrada Familia de Riohacha, Guajira, corresponde a un servicio público a cargo del Estado, el cual fue convenido por el Departamento bajo la modalidad de Educación Misional Contratada, en el marco de la Ley General de la Educación, reglamentada por el decreto 1286 de 2001 en desarrollo del contrato 016 de 1994, acorde con la certificación expedida por el Supervisor Administrativo de Educación Contratada de la Diócesis de Riohacha, y la Resolución 017 de 2001 expedida por el Secretario de Educación Departamental.[68]

En consecuencia, la destinación y entrega de recursos o la ejecución de obras en la planta física del mencionado establecimiento educativo-Colegio Sagrada Familia de Riohacha-, por parte de la Gobernación la Guajira, se enmarcan dentro de los parámetros legales antes referidos, ya que tales bienes estaban destinados a la prestación del servicio público de educación, en aplicación de la Ley General de la Educación, por tanto, desde ese punto de vista no se configura irregularidad alguna, contrario a lo señalado en este sentido por la Fiscalía.

4.2. Otro de los planteamientos del Ministerio Público y la defensa técnica para fundamentar su petición de absolución, radica en la decisión de situación jurídica proferida por la Fiscal General de la Nación de aquella época el primero (1º) de marzo de 2011, según la cual se abstuvo de imponer medida de aseguramiento, y al no haber variado sustancialmente la prueba de cargo con posterioridad a ésta decisión, lo procedente en este momento es emitir un fallo absolutorio a favor de los acusados.

Sobre este aspecto, se puntualiza lo siguiente:

De conformidad con la dinámica que gobierna el procedimiento contemplado en la Ley 600 de 2000, para definir la situación jurídica de un sindicado e imponer medida de aseguramiento-en los casos que se requiere dicho trámite-, es necesaria la existencia de un mínimo probatorio consistente en por lo menos dos indicios graves de responsabilidad y la acreditación de los demás presupuestos señalados en el artículo 356 ibídem, actuación que se surte, por lo general, al inicio de la instrucción una vez vinculado legalmente el sindicado.

Ahora bien, como el procedimiento penal (en cualquiera de sus versiones o sistemas) es eminentemente dialéctico, lo natural y obvio es que la providencia a través de la cual se define la situación jurídica y las decisiones que allí se toman, revistan el carácter meramente instrumental o

procesal, es decir provisional, que cumple unas finalidades específicas señaladas expresamente por la ley, y por tanto, susceptible de modificación, e incluso susceptible de ser revocada según lo determinen las pruebas allegadas con posterioridad, tal como lo establece el artículo 363 de la Ley 600 de 2000.

En el caso concreto, a los implicados les fue resuelta su situación jurídica mediante providencia del primero de marzo de 2011,[69] con la que además de abstenerse de imponerles medida de aseguramiento, la Fiscal General de la Nación dejó claro que aún faltaba recaudar la mayor cantidad de pruebas, disponiendo su práctica (Cfr. Folios 173 a 177 anexo 1-pags 9 a 13 de la providencia–), entre las que señaló: “5.3.1.1. Obtener en la Procuraduría General de la Nación fotocopia auténtica de los cuadernos de la Investigación Disciplinaria No. 154-89241-2003 seguida contra los doctores Hernando Rafael Deluque Freyle y Alex Enrique Coronado Felizzola, ...”, documentación que no fue aducida en la etapa de instrucción, ni solicitada en el juicio por los sujetos procesales, pero allegada finalmente por la Corte de manera oficiosa.

Lo anterior para significar, contrario a lo manifestado por el representante del Ministerio Público y la defensa técnica de los acusados, que el mayor aporte probatorio se realizó con posterioridad a resolución de situación jurídica de los sindicados y particularmente en la etapa de juicio, de manera que su argumentación resulta contraria a la lógica y a los principios del derecho procesal, por tanto, es inaceptable.

4.3. También argumentó el Ministerio Público, que uno de los motivos por los cuales fracasó la construcción de la obra está relacionado con la reducción del presupuesto departamental, debido a la “baja en los precios de los combustibles fósiles como el carbón”, prohijado por los demás sujetos procesales excepto la Fiscalía, planteamiento que por sí sólo pierde toda consistencia, en tanto, si realmente no existía la disponibilidad presupuestal requerida, sencillamente no se habrían desembolsado los recursos en la forma como se hizo en este caso, y en tal evento, lógicamente el patrimonio del Estado no habría sido defraudado como aquí ocurrió.

Igualmente, se agrega que contrario a lo sostenido por el Ministerio Público, el fracaso del proyecto para la construcción de la cubierta del Colegio Sagrada Familia de Riohacha, jamás puede atribuirse a la reclamación de la comunidad religiosa por las deficiencias y falencias en los trabajos, sino a la falta absoluta de planeación por parte de la Gobernación, circunstancia que se advierte precisamente en los constantes cambios de obra realizados en cada uno de los contratos, aspecto que fue analizado con detenimiento en el capítulo correspondiente a la contratación.

Los demás planteamientos del Delegado de la Procuraduría General de la Nación, ya han quedado resueltos al analizar cada uno de los cargos formulados a los procesados.

4.4. Acerca de lo manifestado por el procesado DELUQUE FREYLE, se dirá que si el objeto del contrato 508/01, en su criterio, es confuso, es precisamente porque él mismo así lo pactó, no se especificó en forma concreta la obra contratada y ello facilitó al contratista la elaboración de unos elementos que al final no fueron utilizados en la construcción de la obra.

Tampoco es cierto que el contratista Glomel Gómez Hernández haya renunciado a la ejecución del contrato 132/02, por culpa de las directivas del Colegio Sagrada Familia, ya que el motivo alegado por aquel para solicitar la cesión del contrato fue el tener que ausentarse de la ciudad “por quebrantos de salud”, aspecto explicado suficientemente en el capítulo correspondiente a la cesión del mencionado contrato.

4.5. Los puntos de vista propuestos por el acusado CORONADO FELIZZOLA, fueron resueltos de manera concreta al analizar los cargos formulados, de manera que no se ofrece necesario volver sobre el mismo punto y reeditar lo dicho en precedencia.

4.6. Respecto de los planteamientos del defensor de oficio del procesado DELUQUE FREYLE, restaría señalar que si bien es cierto el Gobernador como jefe de la administración seccional y representante del Departamento desempeña múltiples funciones, tal aspecto por sí mismo no lo eximen de responsabilidad frente a cada de sus actividades. Para el caso, en lo que atañe a la contratación pública está en la obligación dicho funcionario de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, los decretos y reglamentos, particularmente la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

En este evento, contrario a lo insinuado por el defensor, claramente ha quedado demostrado que el doctor DELUQUE FREYLE en el trámite contractual cuestionado, no sólo incumplió sus deberes y obligaciones constitucionales y legales, sino que de manera consciente y voluntaria desconoció el ordenamiento jurídico, y propició con su actuar doloso el resultado suficientemente conocido, por manera que la Sala se aparta de dichos argumentos.

4.7. De igual manera, frente a las manifestaciones del defensor del procesado CORONADO FELIZZOLA, restaría agregar que se trata de un funcionario con amplia experiencia no sólo en la Gobernación de la Guajira, sino en la administración pública en general. Téngase en cuenta que además de haberse desempeñado como Secretario de Gobierno, Secretario Privado y Gobernador encargado del Departamento de la Guajira del 15 de enero de 2002 al 4 de julio de 2003, igualmente se había desempeñado en otras entidades como abogado contratista del SENA en programas de participación comunitaria y democrática; en la Contraloría Departamental de la Guajira como asesor jurídico, y asesor del Contralor; Contratista de Coldeportes Guajira en temas administrativos; Comisionado Nacional para la Policía en investigaciones de las diferentes conductas de los servidores de esa Institución; y Secretario de Gobierno Municipal de Riohacha.

Adicionalmente, en lo referente al principio de confianza como excluyente de responsabilidad penal invocado por el apoderado, en tanto el procesado como Gobernador encargado, confió que cada uno de los funcionarios intervinientes en el trámite contractual había desarrollado su labor adecuadamente antes de suscribir el contrato adicional 132-1/03.

A este respecto, y sin entrar en la discusión de si el principio de confianza aplica o no a los comportamientos dolosos, pues como se sabe, este principio, desarrollado desde la teoría de la imputación objetiva como pauta límite para establecer en cada caso concreto si el riesgo generado es tolerado, o cuándo éste rebasa esa barrera, criterio según el cual en desarrollo de actividades realizadas en el marco de una cooperación con división de trabajo, cada individuo que cumple a cabalidad su rol puede esperar de los restantes una actuación similar, respetuosa de los mandatos legales en el ámbito de sus competencias, la jurisprudencia de esta Corporación, reiteradamente ha señalado que el titular de la función contractual no puede escudarse en que la responsabilidad por la legalidad de los trámites antecedentes o posteriores-en algunos casos—, radican en las personas que los adelantan.

A este respecto, ha de recordarse, como lo ha precisado la Sala (CSJ SP, Nov 5 de 2008, Rad 18029; y CSJ SP, Dic 12 de 2012, Rad 31508), que la aplicación del principio de confianza derivado de la realización de actividades que involucran un número plural de personas se ha ido restringiendo, en atención a la especial relación entre los distintos intervinientes, al apreciarse la existencia de un deber de cuidado sobre la conducta de los terceros; así, fundamentalmente, en los ámbitos en los que se produce una división vertical del trabajo y se imponen al superior jerárquico ciertos deberes de dirección y supervisión sobre la conducta de sus subordinados. Uno de estos límites es, precisamente, aquellos eventos en los que se deba objetar y, en su caso, corregir los errores manifiestos de otros.

Lo anterior implica, en consecuencia, que se haga alusión a la desconcentración de funciones en la administración pública la cual tiene lugar dada la multiplicidad y complejidad de actividades que debe cumplir para la realización del bien común y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Sobre este tema, la Sala en la sentencia antes citada, puntualizo:

“Por lo demás, bien está precisar que la forma desconcentrada en la cual se verificaba el trámite precontractual, es la de normal y común ocurrencia en todas las entidades estatales, por cuanto la celebración de un contrato y su posterior ejecución comporta la realización de un sinnúmero de actos que por su volumen y especialidad, no pueden ser realizados directamente por el representante legal de la persona de derecho público que pretende adquirir el bien o contratar el servicio sobre el cual versará el contrato, ni en la práctica ello sucede así.

Las labores de preparación del contrato se cumplen a través de distintos órganos desconcentrados de la administración, normalmente de rango medio, quienes por reglamentos tienen asignadas funciones específicas en estas materias, indispensables para que el ordenador del gasto pueda tomar la decisión final de comprometer o no los recursos de la entidad a través del contrato administrativo.

Acerca de esta materia y en punto a las responsabilidades que corresponden a los representantes legales de las entidades estatales en materia contractual, ha precisado la Sala [Sentencia de 9 de febrero de 2005, radicación 21547], que la desconcentración de funciones en orden a facilitar al ordenador del gasto la toma de las decisiones finales en materia contractual, por manera alguna los convierte en simples ‘tramitadores’ o ‘avaladores’ de las labores desarrolladas por sus subalternos; ni significa, tampoco, que al representante legal de la entidad le competa solamente “firmar” los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos.”

También, el principio de confianza se halla íntimamente relacionado con el principio de delegación y buena fe; sin embargo, como ya se advirtió, en el caso concreto el ex Gobernador participó activamente en el trámite contractual cuestionado y no existió delegación alguna.

Además, los principios de confianza y buena fe no eximen de responsabilidad al procesado y así lo ha establecido la Corte al señalar que:

“[...] la administración pública tiene un desempeño complejo, pues requiere la intervención de numerosos funcionarios, pero no por ello, puede escudarse la defensa en el principio de confianza y buena fe, dado que la función del procesado no se agotaba con el examen formal de la actuación, ni con la firma mecánica de los contratos, y por el contrario, su deber ineludible radicaba en “observar” o “verificar” el cumplimiento de los requisitos legales esenciales antes de proceder a la “tramitación”, “celebración” o “liquidación” del contrato” (CSJ SP, May 6 de 2009, Rad 25495).

Ahora bien, lo antes expuesto permite replicar la tesis defensiva, en tanto que la cita jurisprudencial traída por el apoderado en apoyo de la solicitud de aplicación del principio de confianza (radicado 39023 del 16 de octubre de 2013), resulta inaplicable en este caso, ya que el pronunciamiento aludido fue emitido dentro de un típico delito imprudente, por lo tanto, el supuesto fáctico resulta diametralmente opuesto a los hechos aquí debatidos. Además, en aquel evento la Corte negó la aplicación del principio invocado al no estar dadas las condiciones que la doctrina y la jurisprudencia establecen para ello, amén que el defensor se limitó a solicitar la aplicación del principio de confianza, sin que hayan presentado fundamentos claros y concretos acerca de su procedencia.

No está por demás reiterar, que en este caso, el comportamiento doloso del procesado es dable inferirlo sin dificultad alguna, como ya se ha dicho, puesto que al haber realizado la escogencia del contratista sin ningún tipo de evaluación acerca de la idoneidad y capacidad para la realización de la obra, ateniéndose solo a la insinuación o sugerencia del contratista cedente del contrato principal (132/02), y celebrado el contrato adicional con violación de los principios contemplados en el estatuto de contratación estatal, dándole a todo este procedimiento una apariencia de legalidad, de donde emerge una finalidad contraria a derecho como acontece en el curso delictual efectivo. Vale decir, con ese favorecimiento al contratista Soto Vásquez a través de la contratación

indebida, se propició la apropiación ilícita de los recursos correspondientes al anticipo del contrato, en claro detrimento del tesoro público.

No se acoge por lo tanto, la tesis de la defensa.

#### 5. Consecuencias jurídicas de la conducta punible.

En la norma penal, a diferencia de otras, el legislador consagró una consecuencia jurídica, la pena, tradicionalmente concebida como la sanción del delito y que hoy, frente al mismo, sigue siendo la reacción principal. Es la forma más grave de respuesta en aquellos eventos en los cuales el comportamiento prohibido perjudica de manera ostensible la convivencia pacífica de los ciudadanos y no resultan adecuadas para impedirlo otras medidas jurídico-criminales menos radicales.

La pena es la manifestación más clara del poder punitivo del Estado-ius puniendi-a través del cual se impone un castigo al infractor de la ley penal, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos a la persona que ha realizado un delito y por cuyo medio se satisfacen tanto los principios de las sanciones penales como de las funciones de la pena, siendo de la esencia de los primeros la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tanto que en los segundos se ubica la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

En el proceso de determinación punitivo, el juez debe observar los principios y notas características de la pena, entre ellas la de humanidad y legalidad, ha de ser justo y desprovisto de cualquier tipo de arbitrariedad judicial.

Reunidos los presupuestos sustanciales que el artículo 232 del estatuto procesal exige para proferir fallo condenatorio en contra del doctor HERNADO DAVID DELUQUE FREYLE, por su responsabilidad penal en el concurso de delitos objeto de acusación, esto es, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, cometidos ambos en concurso homogéneo y heterogéneo; y respecto del doctor ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, igualmente, por los mismos delitos cometidos en concurso heterogéneo, procede la Sala a señalar las consecuencias jurídicas que corresponden a dichas conductas.

#### 5.1.-Determinación de la punibilidad

De conformidad con el artículo 60 del Código Penal, para adelantar el proceso de individualización de la pena el sentenciador debe fijar los límites mínimos y máximos en los cuales ha de moverse, siguiendo las reglas allí establecidas.

En ese contexto y siguiendo el marco señalado en la acusación, para dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 31 del Código Penal, a través del cual se establecen las reglas relativas a la punibilidad del concurso de conductas punibles, impera establecer cuál de ellas está sancionada con pena más grave.

En este caso, como ya se señaló, la condena se profiere por los ilícitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, ambos cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo.

Entonces, con este propósito, corresponde tener en cuenta, en primer término, que el delito más grave resulta ser el de peculado por apropiación relacionado con el contrato 132 de 2002, en consideración a que la cuantía de lo apropiado asciende a \$70.657.564,50. Esta circunstancia ubica la conducta en las previsiones del artículo 397 inciso 2º del Código Penal, ya que dicho monto supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2002[70], con una sanción de privativa de la libertad de seis (6) a veintidós años y medio (22.5) de prisión, multa en cuantía igual al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

De acuerdo con las directrices del artículo 60-2 de la Ley 599 de 2000, para determinar los mínimos y los máximos aplicables en la individualización de la pena, el ámbito punitivo de movilidad va desde 72 hasta 270 meses de prisión, el cual está conformado por un primer cuarto comprendido entre 72 y 121.5 meses; dos cuartos medios que van de 121 meses y 16 días hasta 220.5 meses, y el cuarto máximo entre 220 meses y 16 días a 270 meses.

Del mismo modo, en lo referente a los contratos 508/01 y 132-1/03, cuyos recursos fueron desembolsados en los años 2002 y 2003 en cuantía de \$49.707.696 y \$20.286.990, respectivamente, la conducta se adecúa a lo establecido en el inciso 1º de la norma penal antes señalada, la cual establece una pena de seis (6) a quince (15) años de prisión, en tanto el monto de lo apropiado no es inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes de aquella época, ni superior a 200.[71]

Visto lo anterior, el ámbito punitivo de movilidad para este caso es de nueve (9) años o ciento ocho (108) meses de prisión; entonces, el cuarto mínimo es de setenta y dos (72) a noventa y

nueve (99) meses; los cuartos medios de noventa y nueve (99) a ciento cincuenta y tres (153) meses y el cuarto máximo de ciento cincuenta y tres (153) a ciento ochenta (180) meses de prisión.

Ahora, en lo atinente al delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales contemplado en el artículo 410 del Código Penal, vigente para la época de estos hechos, fija una pena de cuatro (4) a doce (12) años de prisión, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Aplicando el mismo procedimiento antes indicado se determina que el ámbito punitivo de movilidad para este delito está conformado por un el cuarto mínimo comprendido entre 48 y 72 meses; dos cuartos medios que van de 72 meses y 1 día a 120 meses, y un cuarto máximo que oscila entre 120 meses y un día a 144 meses de prisión.

Aunado a lo anterior se tendrá en cuenta que la Fiscalía al proferir la resolución de acusación, no le atribuyó circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad, por lo tanto, la determinación de la pena se ubica en los cuartos mínimos respectivamente, así:

Para el peculado por apropiación contemplado en el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, oscila entre setenta y dos (72) y ciento veintiuno punto cinco (121.5) meses de prisión; y respecto del inciso 1º íbidem, estará dada entre de setenta y dos (72) a noventa y nueve (99) meses.

Con relación al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como tampoco fueron deducidas circunstancias de mayor o menor punibilidad en la acusación, para calcular la pena en este caso, corresponde ubicarse en el cuarto mínimo, es decir entre 48 y 72 meses de prisión.

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala procederá a determinar la punibilidad respecto de cada uno de los procesados, así:

#### 5.1.1-HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

Del delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Esta ilicitud atribuida al procesado DELUQUE FREYLE, corresponde a las sumas ilícitamente canceladas por el Departamento de la Guajira, en virtud de los contratos 132 de 2002 en cuantía de \$70.657.564.50; y el 508 de 2001 por valor de \$49.707.696.00, respectivamente.

Como ya se advirtió, el valor del contrato No 132 de 2002 es el más elevado, por lo tanto, es el hecho que reviste mayor gravedad e impacto en las finanzas departamentales, circunstancia que ubica esta conducta en el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, cuyos límites sancionatorios ya fueron establecidos en precedencia, según los cuales la pena en este caso estará ubicada en el cuarto mínimo, es decir entre setenta y dos (72) y ciento veintiuno punto cinco (121.5) meses de prisión.

A partir de esos límites punitivos, corresponde evaluar en concreto los presupuestos del artículo 61-3 de la Ley 599 de 2000, para determinar la pena aplicable al procesado con ocasión del delito de peculado por apropiación cuya comisión se le reprocha. Es decir, la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño potencial o real creado, la naturaleza de las causales de agravación o atenuación, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Así las cosas, frente a los intereses tutelados en la disposición penal infringida por el procesado, su gravedad resulta indudable, en la medida que el ex Gobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE defraudó ostensiblemente las expectativas y la confianza que la sociedad había depositado en él como hombre público y las que le eran anejas al cargo para el cual fue elegido, quien prevalido de la autoridad de mandatario seccional, optó por favorecer intereses de terceros ajenos a la función pública acudiendo en ese cometido a un indebido proceso contractual, causando grave deterioro a la imagen de la administración pública que él representaba.

Agréguese además, que la magnitud dolosa del comportamiento se ve reflejada con mayor énfasis en el control directo del procesado en todo el curso delictual, pues en su condición de Gobernador influyó definitivamente en la realización de la conducta punible, desatendiendo incluso las observaciones hechas por las directivas del plantel educativo sobre las irregularidades acaecidas en el primer contrato; y, el haber actuado en connivencia con otras personas bajo su dirección.

Del mismo modo, el desmedro patrimonial en casos como este resulta particularmente lesivo y afecta de manera grave a un Departamento como la Guajira, urgido del manejo eficiente de sus limitados recursos destinados a un sector de la población-el de la educación-, cuya pérdida agudiza aún más la falta de atención y solución de las necesidades básicas de las comunidades menos favorecidas, sumidas en la pobreza y el abandono estatal.

Atendiendo a dichos factores, la Sala no encuentra razonable calcular la sanción a partir del mínimo previsto en el cuarto aplicable, por tanto, se incrementará en 12 meses, imponiéndose al procesado una pena de 84 meses de prisión para el delito de peculado en cuantía de \$70.657.564.50, multa por el valor de lo apropiado, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena privativa de la libertad, conforme lo establece el artículo 397 citado que la fija en el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Ahora, para el segundo peculado correspondiente al valor de \$49.707.696.00, como ya se anunció se ubica en el inciso 1º del artículo 397 del Código Penal y cuyo cuarto mínimo aplicable a este caso oscila entre 72 y 99 meses de prisión.

Atendiendo las mismas razones que se acaban de esgrimir frente a los presupuestos del artículo 61-3 del Código Penal, la Sala aumentará ese mínimo en 10 meses, por tanto la pena será de 82 meses de prisión para este segundo punible de peculado.

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De acuerdo con el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, la pena para este ilícito es de 48 a 144 meses de prisión, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 60 a 144 meses.

El ámbito punitivo de movilidad para este delito está conformado por un el cuarto mínimo comprendido entre 48 y 72 meses de prisión y multa de 50 a 87,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes; dos cuartos medios que van de 72 meses y 1 día a 120 meses de prisión y multa de 87,51 hasta 162,5 s.m.l.m.v.; un cuarto máximo que oscila entre 120 meses y un día a 144 meses de prisión, y multa de 162,51 a 200 s.m.l.m.v[72].

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas fluctúa entre 60 y 144, por lo tanto, el ámbito punitivo de movilidad está integrado por un cuarto mínimo de 60 a 81 meses; dos cuartos medios de 81 meses un día a 123 meses, y el último de 123 meses y un día a 144 meses.

De conformidad con el artículo 60 del estatuto penal, para calcular la pena en este caso, corresponde ubicarse en el cuarto mínimo, esto es, entre 48 y 72 meses de prisión, y multa de 50 a 87,50 s.m.l.m.v., dado que no fueron deducidas circunstancias de mayor o menor punibilidad.

No obstante, siguiendo las mismas razones indicadas con ocasión de la individualización de la pena del peculado por apropiación, la sanción a imponer por este delito corresponde a 55 meses y nueve días de prisión, multa de 58,3 s.m.l.m.v., y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 69 meses y nueve días.

Esta pena se predica también del otro punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que, en idénticas circunstancias, se dedujo en concurso homogéneo.

Concurso de conductas punibles.

Según el artículo 31 del Código Penal: «El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias veces la misma disposición, quedara sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas».

Continuando con el ejercicio anterior, a efectos de establecer la pena definitiva se tiene que la mayor sanción es la correspondiente al delito de peculado por apropiación fijada en 84 meses de prisión, multa de \$70.657.564,50, equivalentes a 228,66 s.m.l.m.v. de la época, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena privativa de la libertad.

Ahora, al existir un concurso homogéneo y heterogéneo de conductas punibles, se impone dar aplicación al artículo 31 del estatuto penal, y para ello, corresponde aumentar dicha pena siguiendo las directrices allí indicadas.

En efecto, en primer lugar se incrementará en 12 meses por concepto del segundo peculado por apropiación-referido al contrato 508 de 2001-, y 12 meses por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que, en concurso homogéneo, se realizaron al tramitar, celebrar y ejecutar los contratos 508/01 y el 132/02.

En consecuencia, la sanción inicial de 84 meses se aumenta en 24 meses en razón de los concursos homogéneo y heterogéneo que se concretaron, con lo cual la pena privativa de la libertad definitiva a imponer al procesado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE es de ciento ocho (108) meses de prisión.

Con relación a la pena de multa, se precisa que de conformidad con los incisos 1º y 2º del artículo 397 del Código Penal, ésta será igual al valor de lo apropiado, es decir, los \$70.657.564,50 del contrato 132 de 2002, y \$49.707.969, por concepto del contrato 508 de 2001, vale decir ciento veinte millones trescientos sesenta y cinco mil quinientos treinta y tres pesos con cincuenta centavos (\$120.365.533,50), en lo que a los delitos de peculado se refiere.

Siguiendo los parámetros ya expuestos para calcular la pena relativa al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ésta se fijó en 58,3 salarios mínimos legales mensuales vigentes; pero como se presenta el concurso homogéneo, la pena de multa quedaría en 70,7 s.m.l.m.v, equivalentes a \$21.846.300,00[73], que se adicionará aritméticamente a la de peculado.

En conclusión, el monto total de la multa imponible asciende a \$142.211.833,50, resultante de sumar las cantidades apropiadas con ocasión de los dos delitos de peculado, más el equivalente a 70,7 salarios mínimos legales mensuales vigentes antes señalados para los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En cuanto a la inhabilitación del procesado para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ésta será por un lapso igual a la pena de prisión impuesta, vale decir 108 meses.

Adicionalmente, como la declaratoria de responsabilidad penal en contra del procesado DELUQUE FREYLE incluye el delito de peculado por apropiación, el cual representa detrimento patrimonial para el Estado, corresponde imponerle la sanción constitucional establecida en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, es decir, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es intemporal, en los términos definidos por esta Corporación, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional[74], o sea, “la prohibición intemporal para inscribirse

como candidato a cargos de elección popular, ser elegido, ser designado servidor público y contratar con el Estado, directamente o por interpuesta persona. De los demás derechos políticos no incluidos en la norma constitucional sólo queda privado por el término fijado en el fallo” (CSJ SP, Jun 19 de 2013, Rad 36511).

#### 5.1.2. Dosificación de la pena para ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA.

En este contexto, y como ya ha quedado establecido, al procesado CORONADO FELIZZOLA se le condenará por los ilícitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, cometidos en concurso heterogéneo, referidos a la actividad cumplida como ex Gobernador encargado de la Guajira al celebrar el contrato 132-1 de 2003.

Así, para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal, a través del cual se establecen las reglas relativas a la punibilidad del concurso de conductas punibles, se asumen los mismos parámetros punitivos ya analizados en precedencia sin que haya necesidad de reeditarlos, lo que permite establecer en este caso que el delito de peculado es el más grave, en consideración a la cuantía de lo apropiado, la cual ascendió a \$20.286.990.00.

La anterior circunstancia ubica la conducta en las previsiones del artículo 397 inciso 1º del Código Penal, que consagra una sanción de seis (6) a quince (15) años de prisión, multa en cuantía igual al valor de lo apropiado e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena impuesta.

Visto lo anterior, el ámbito de movilidad para la pena privativa de la libertad es de ciento ocho (108) meses de prisión; por lo tanto, el cuarto mínimo es de setenta y dos (72) a noventa y nueve (99) meses; los segundos cuartos de noventa y nueve (99) a ciento cincuenta y tres (153) meses, y el cuarto máximo de ciento cincuenta y tres (153) a ciento ochenta (180) meses de prisión.

En contraste, el artículo 410 *ibídem* para el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales contempla una pena menor, ya que ésta oscila entre cuatro (4) y doce (12) años de prisión, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. Por lo tanto, el ámbito punitivo de movilidad para este delito está conformado por un cuarto mínimo comprendido entre 48 y 72 meses; dos cuartos medios que van de 72 meses y 1 día a 120 meses, y un cuarto máximo que oscila entre 120 meses y un día a 144 meses de prisión.

Por consiguiente, la pena se establecerá teniendo en cuenta como delito base el de peculado por corresponderle una sanción más grave.

Como en la resolución de acusación, no se atribuyó al procesado circunstancias genéricas que agraven o atenúen la punibilidad, el cuarto dentro del cual se fija la pena es el primero, es decir de setenta y dos (72) a noventa y nueve (99) meses de prisión.

Atendiendo lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 y en consideración a que la conducta realizada por el acusado es de una evidente gravedad, en tanto, la Administración Departamental a través de su actividad primordialmente fue utilizada como herramienta para la satisfacción de intereses particulares, en perjuicio del erario de esa región del país que reclama por la satisfacción de las necesidades más urgentes de la comunidad, en cuyo cometido contó con la colaboración de servidores bajo su inmediata dirección, la Sala encuentra razonable incrementar el mínimo imponible en seis (6) meses, o sea que se parte de 78 meses.

Pero, como se trata de un concurso heterogéneo de delitos-peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales-, se incrementará la sanción privativa de la libertad en 6 meses más, para un total de 84 meses de prisión.

En lo atinente a la multa, se tiene que para el delito de peculado por apropiación, de conformidad con el inciso 1º del artículo 397 del Código Penal, esta será igual al valor de lo apropiado, es decir, \$20.286.990,00.

Siguiendo los mismos parámetros señalados respecto de la pena privativa de la libertad, y como el artículo 410 del ordenamiento sustantivo fija una multa que ubicándola en el primer cuarto, ésta oscila entre 50 y 87,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al efectuar el incremento en la proporción correspondiente arroja el equivalente a 54,16 s.m.l.m.v., o lo que es lo mismo \$16.735.440,00.

En consecuencia, al efectuar la sumatoria respectiva de las sanciones pecuniarias, el total de la multa imponible al procesado CORONADO FELIZZOLA asciende a treinta y siete millones veintidós mil cuatrocientos treinta pesos (\$37.022.430,00).

Con relación a la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, será por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, esto es ochenta y cuatro (84) meses.

Adicionalmente a las sanciones anteriores, le será impuesta al implicado de manera intemporal la pena de interdicción para el desempeño de funciones públicas establecida en el artículo 122 de la Carta Política, en los mismos términos y condiciones señalados respecto del procesado DELUQUE FREYLE.

## 5.2. Determinación de la responsabilidad civil.

De conformidad con el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta investigada, el juez condenará al responsable al pago de los daños ocasionados con el delito.

Así mismo, señala la citada disposición que no hay lugar a condena de tal naturaleza cuando se establezca que el perjudicado ha promovido en forma independiente del proceso penal la respectiva acción civil. También se dispone, que el fallo debe contener pronunciamiento sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

Como es evidente en este caso, el comportamiento delictual de peculado por apropiación ocasionó menoscabo económico a la administración departamental de la Guajira-rubro educación-, la Sala condenará a los procesados HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA a pagar a la Tesorería de la Gobernación del citado ente territorial, la suma ilícitamente apropiada, es decir, \$120.365.533.50, y \$20.286.990,00, respectivamente, debidamente indexada desde la fecha en que se efectuaron los desembolsos hasta cuando se verifique el pago correspondiente, de acuerdo con la certificación expedida por el DANE.

No se condenará al pago de perjuicios morales por cuanto no aparece en el proceso que éstos hayan sido causados.

5.3.-De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

En atención a los delitos por los cuales se condena a los ex gobernadores HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA y el monto de la pena privativa de la libertad impuesta, no resulta procedente conceder ninguno de estos mecanismos.

En efecto, los presupuestos objetivos señalados en el artículo 63 del Código Penal no se reúnen para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena, pues la pena privativa de la libertad que se impone es superior los 3 años exigidos en el artículo original, o los 4 años señalados en la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014.

Tampoco resulta viable el otorgamiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural. Esto, porque no concurre el factor objetivo requerido para ello, ya que de acuerdo con el artículo 38 inicial, los delitos por los cuales se profiere sentencia están sancionados con una pena mínima que supera los 5 años de prisión, circunstancia que, de paso, torna inane cualquier análisis respecto de la concurrencia o no del aspecto subjetivo indispensable para conceder el sustituto en mención.

Así mismo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, reformativo del artículo 63 del Código Penal, si bien se cumpliría con el presupuesto objetivo señalado en el artículo 38B-1, dado que las penas mínimas previstas en la ley para los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación son, en su orden, inferior e igual a 8 años, el numeral 2 de la misma norma prohíbe conceder la prisión domiciliaria para los delitos contemplados en el inciso 2 del artículo 68A ibídem, entre los cuales figuran los delitos dolosos contra la administración pública, bien jurídico vulnerado con los punibles por los cuales se condena en este caso.

Finalmente, como la jurisprudencia de la Sala (CSJ AP, En 31 de 2006, Rad 6989) tiene establecido que la Ley 906 de 2004 asigna a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad la competencia para conocer de la fase de ejecución del fallo cuando se trate de condenados que gozan de fuero constitucional o legal, y al mismo tiempo fija la segunda instancia al respectivo juez de conocimiento, se dispondrá remitir el proceso al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad correspondiente.

Por otra parte, como la Fiscal General de la Nación de la época, al definir la situación jurídica de los procesados no les impuso medida de aseguramiento por considerar que no se cumplían los presupuestos sustanciales para ello, en virtud de la decisión adoptada por la Sala, resulta procedente disponer su captura para hacer efectiva la sanción atrás señalada, una vez ejecutoriada esta decisión.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR penalmente responsables a los doctores HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a título de autores de las conductas punibles de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y Peculado por apropiación, por las cuales se les acusó, cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo, respectivamente, de acuerdo con las circunstancias que han quedado expuestas en la parte motiva.

Los delitos señalados están previstos, en su orden, en los artículos 410 y 397 del Código Penal vigente.

SEGUNDO: CONDENAR, en consecuencia, al doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, a las penas principales de 108 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, y multa por valor de \$142.211.833,50, la cual deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

TERCERO: CONDENAR, al doctor ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, a las penas principales de 84 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, y multa por valor de \$37.022.430,00, la cual deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

CUARTO: La sanción de inhabilitación de derechos y funciones públicas aquí impuesta a los sentenciados, opera de manera intemporal en relación los derechos a inscribirse como candidato a cargos de elección popular, ser elegido, ser designado servidor público y contratar con el Estado, directamente o por interpuesta persona, de conformidad con lo establecido en el inciso 5º del

artículo 122 de la Constitución Política, de acuerdo con lo puntualizado en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, no tienen derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni al sustituto de la prisión domiciliaria, acorde con lo expuesto en el cuerpo de esta sentencia.

En consecuencia, se dispondrá su captura para el efectivo cumplimiento de la pena impuesta.

SEXTO: CONDENAR al señor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE a pagar a favor de la Gobernación de la Guajira, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, la suma de \$120.365.533.50, debidamente indexada a la fecha en que se efectúe el pago correspondiente.

SEPTIMO: CONDENAR al señor ALEX ENRIQUE CORONADO FELIZZOLA, a pagar a favor de la Gobernación de la Guajira, por concepto de indemnización de perjuicios, el valor de \$20.286.990,00, debidamente indexado a la fecha en que se efectúe el pago respectivo.

OCTAVO: LIBRAR por la Secretaría de la Sala las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, según lo normado por el artículo 472 de la Ley 600 de 2000.

NOVENO: COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la Tesorería del Departamento de la Guajira, para efecto del recaudo de la multa y la condena de perjuicios impuesta.

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

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

[1] Cabe aclarar que la cubierta es la obra como tal, es decir toda la estructura, y el techo es la parte superior de dicha estructura.

[2] Folios 73- 75 cuaderno anexo 1.

[3] Folios 111- 118 y 136- 146, cuaderno anexo 1.

[4] Folios 165- 169 id.

[5] Folio 12 cuaderno anexo 2.

[6] Folios 113-164 cuaderno anexo 2.

[7] Folios 65- 70 cuaderno 1.

[8] Folios 2 cuaderno 1, y 1 a 338 anexo 16.

[9] Folios 114- 115 cuaderno 1.

[10] Folios 211- 212 id.

[11] Folios 213- 214 id.

[12] Folios 215- 216 id.

[13] Folios 217- 218 id.

[14] Folios 219- 220 id.

[15] Folios 221- 222 id.

[16] Record 06'20'' a 1h27'15'' CD 4 de audiencia pública

[17] Record 00'30'' a 31'20'' segunda sesión CD 4 de audiencia pública

[18] Record 32'40'' a 01h01'40'' segunda sesión CD 4 de audiencia pública.

[19] Record 12'50'' a 33'10'' CD 5 de audiencia pública.

[20] Record 03'40'' a 12'18'' CD 5 de audiencia pública.

[21] Record 33'30'' a 01h03'55'' primera sesión y 01'20'' a 01h01'50'' segunda sesión CD 5 de audiencia pública.

[22] Folios 54- 71 cuaderno original 2.

[23] Folios 72- 114 cuaderno original 2.

[24] Ley 600 de 2000

[25] Folios 2-5 cuaderno anexo original 14.

[26] Folios 6- 50 cuaderno anexo original 14.

[27]“La falta de planeación del contrato no sólo se refleja en la etapa de formación, sino también en la fase de cumplimiento de las prestaciones recíprocas, donde las omisiones de la Administración Pública afectarán sensiblemente el interés público de la comunidad y la economía del contrato.

“Siempre, como regla general, la falta de estudios serios y completos en torno a los bienes objeto del contrato ocasiona graves obstáculos durante su ejecución, especialmente en los de obra

pública y concesión de servicios públicos, donde se presentará la necesidad de paralizar el proyecto, mientras se elaboran y deciden por las instancias competentes los planes y diseños definitivos; o será necesario proceder a una modificación de las cantidades de obra y especificaciones técnicas inicialmente acordadas; o finalmente conllevará la frustración del proyecto por la aparición de dificultades que debieron preverse al momento de evaluarse la conveniencia u oportunidad del contrato.

“La falta de los estudios técnicos previos se traduce en un mayor valor del contrato, que necesariamente se imputará al tesoro público, por las mayores erogaciones y gastos que deberá asumir el contratista, derivados de una mayor permanencia en el lugar de los trabajos, con los sobrecostos que esta situación genera en gastos de administración, mano de obra, maquinaria y equipo, incremento de los costos de los factores determinantes del precio, etc. Además, los cambios y modificaciones de los diseños y especificaciones técnicas se reflejan en la necesidad de realizar obras adicionales que encarecerán la ejecución del proyecto. Estos problemas, colocan a la administración y a su colaborador privado ante una razonable imposibilidad de ejecutar el contrato, cuando no se frustra la realización del proyecto por dificultades técnicas que pudieron conocerse anticipadamente.

“La oportuna y diligente elaboración de los estudios, es una obligación de las entidades públicas que se deriva de la ley, del principio general de la buena fe y de los postulados de economía, eficacia y eficiencia de la función administrativa, que tiene como finalidad la conformación óptima del contrato para asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones de las partes.” ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Editorial Legis S. A. 1999. Págs.71-72.

“Antes del conocimiento público de los procesos de selección, existe una fase preparatoria en la que interviene exclusivamente la Administración. La Ley 80 de 1993 confiere singular importancia a esta etapa pues entiende que las equivocaciones que se presentan, incidirán negativamente durante la ejecución del contrato. De lo que se trata, entonces, es de realizar lo necesario para que una vez seleccionado el contratista y celebrado el contrato, puede ejecutárselo de manera inmediata, evitando demoras por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el

cumplimiento de su objeto. DAVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la ley 80 de 1993. Bogotá: Editorial Legis S.A. 2003. Pág. 195-196.

[28] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp.14287 y Sentencia de agosto 29 de 2007.

[29] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, radicado 16.103.

[30] Folios 1- 39 anexo original 9

[31] Consejo de Estado, 3 de febrero de 2000, radicación, 10399.

[32] Folio 40 anexo original 9.

[33] Folio 41 id.

[34] Folio 452 id.

[35] Folio 43 anexo original 9.

[36] Folios 51- 52 id.

[37] Folio 53 id.

[38] Folios 1 a 62 anexo original 11.

[39] Folio 64 id.

[40] Folios 65 y 66 id.

[41] Folios 69- 70 anexo original 11.

[42] Folios 71- 74 id.

[43] Folios 75- 78 id.

[44] Folios 79- 80 id.

[45] Decreto 855 de 1994, artículo 2°

[46] Folio 289 anexo 1; folios 40- 43 anexo 16.

[47] Folios 47-49, 193 anexo original 1; y 260 anexo original 16.

[48] Folios 25- 30 anexo 8.

[49] WWW.FreeLibros.me, SAPAG Chain, Nassir y SAPAG Chain, Reinaldo, Preparación y Evaluación de Proyectos, Editorial Mc Graw Hill- Escuela Colombiana de Ingeniería, 5ª edición, Bogotá.

[50] CD declaración Melo Guerrero record 0h,20'36''

[51] CD declaración de Santander Lanao Robles, record 24'22''

[52] Folios 27-28 anexo 6.

[53] Folios 2- 5 anexo 16.

[54] Folio 263 anexo 16.

[55] Folios 186- 213 anexo 1.

[56] Folio 71 anexo 11.

[57] Folio 39 anexo 9

[58] Folio 53 id.

[59] Folio 63 anexo 11.

[60] Folio 68 anexo 11. Dicho 10% está calculado sobre el costo total de la obra, sumados los tres contratos que ascienden al valor de \$184.344.240,00.

[61] Folios 6- 50 cuaderno anexo original 14.

[62] Folios 27-28 anexo 6.

[63] Folio 78 anexo 11.

[64] Folio 89 anexo 11.

[65] Folios 91 y 92 anexo 11.

[66] Folio 95 id.

[67] Folios 148- 150 anexo 11.

[68] Folios 72-74 cuaderno 8 de anexos.

[69] Folios 165 a 179 cuaderno anexo 1.

[70] El salario mínimo del año 2002 estaba fijado en \$309.000, que multiplicados por 200, asciende a la cantidad de \$61.800.000.-

[71] El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2003 era de \$332.000.

[72] El ámbito de movilidad en la pena privativa de la libertad es de 24 meses y en la multa de 37,50 s.m.l.m.v.

[73] El salario mínimo legal mensual vigente en 2002 era de \$309.000,00

[74] Sentencia C-652 de 2003.