



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

AEP 00078-2021

Radicación N° 50211

Aprobado mediante Acta No. 47

Bogotá D.C., dos (02) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a anunciar el sentido del fallo en la actuación que se sigue en contra de JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, en su condición de Gobernador del Departamento de Bolívar, acusado por la Fiscalía General de la Nación como autor del delito de *prevaricato por omisión*.

ACUSACIÓN

Por hechos ocurridos cuando BERRIO VILLAREAL se desempeñó como Gobernador del Departamento de Bolívar, en el periodo comprendido entre enero de 2008 y agosto de 2009, la Fiscalía lo acusó como responsable del delito de *prevaricato por omisión*, previsto en el artículo 414 del Código Penal, al haberse abstenido de gestionar la entrega de los insumos adquiridos bajo

el Estado de Emergencia destinados a atender a la población afectada por los estragos dejados por la ola invernal acaecida en el año 2007.

Se indicó en el llamamiento a juicio que mediante Decreto 2457 de 27 de junio de 2007, el Gobierno Nacional declaró la existencia de una *situación de desastre departamental*, en tanto que la Dirección de Prevención y Atención de Desastres del Ministerio del Interior expidió las resoluciones 33 y 36 de 5 y 12 de diciembre de 2007, respectivamente, por cuyo medio declaró situación de *calamidad pública* en dicho ente territorial, reconociendo la afectación en varios de sus municipios.

Con base en ello, el entonces Gobernador de Bolívar, Libardo Simancas Torres, a través del Decreto 690 de 13 de diciembre de 2007, declaró la *urgencia manifiesta* en el Departamento, fijando como su objetivo agilizar los procesos que fuesen necesarios para atender la situación de calamidad de las zonas afectadas.

En el marco de dicha condición excepcional, en diciembre de 2007 la Gobernación suscribió los contratos números 380, 381, 382, 384, 385 y 386 de 2007 con la Cooperativa Multiactiva de Gestores de Cartagena –Gestocoop– y la Fundación Trabajar por Colombia, para la adquisición de kits de aseo, medicamentos, alimentos y su transporte para ser entregados a la población afectada, los cuales ascendieron a tres mil trescientos sesenta y dos millones, doscientos setenta y ocho mil setecientos cincuenta y siete pesos (\$3.362.278.757).

Según la acusación, entre el 27 y el 30 de diciembre de 2007 la administración departamental recibió aproximadamente dos mil quinientos noventa y siete (2.597) mercados y kits de aseo, los cuales no pudieron ser acopiados en las bodegas de la Gobernación ante la insuficiencia del espacio, situación de la que se dio cuenta al Secretario de Salud y al titular de la entidad territorial, quien autorizó su disposición temporal en bodegas por parte de los proveedores.

Que como BERRIO VILLAREAL fue elegido Gobernador del departamento de Bolívar para el periodo Constitucional 2008 a 2011 y el 1° de enero de 2008 asumió tales funciones, a partir de ese momento la Fiscalía le atribuye la conducta omisiva por no entregar los insumos contratados a sus destinatarios, ya que no le era desconocida la contratación de emergencia, la existencia de las mercancías, ni la necesidad de su entrega a las comunidades afectadas por la ola invernal.

Se resaltó así que el 3 de enero de 2008, el representante legal de Gestocoop, dio cuenta que los kits de aseo, mercados y medicinas que estaban bajo su custodia debían ser evacuados con prontitud, comunicación reiterada el 25 de marzo siguiente, así como por la Secretaria de Logística y Recursos de dicha firma el 3 de abril del mismo año.

También la Fiscalía reseñó que entre el 4 de enero y el 3 de junio de 2008 Betty del Carmen Mercado Barrios, funcionaria encargada de coordinar el programa de emergencias y supervisar los contratos, comunicó al Secretario de Salud los avances y la

necesidad de continuar con la entrega de los productos adquiridos, situación que también fue trasladada al despacho del Gobernador.

Y que mediante Resolución 047 de 12 de febrero de 2008 se constituyó una reserva presupuestal para el pago de las acreencias de 2007, en la que estaba el valor de los contratos suscritos para atender la emergencia invernal de 2007.

Que por su parte, la Contraloría Departamental de Bolívar, el 3 de abril de 2008 emitió un informe con destino al Gobernador concluyendo que la declaratoria de *urgencia manifiesta* y los contratos celebrados con ocasión a la misma se habían ajustado a derecho, advirtiendo que había productos básicos para atender la población sin entrega.

Desde el 7 de abril de 2008 la Contraloría Departamental practicó auditoría a las bodegas de los contratistas dejando constancia que entre diciembre de ese año y marzo del siguiente se produciría el vencimiento de los productos, concluyendo que no entregarlos podría enmarcar una gestión antieconómica que derivaría en detrimento patrimonial, lo cual quedó consignado en el informe de 18 de abril, recibido el 25 de abril en la Secretaría Privada de la Gobernación.

Con comunicado de 8 de abril 2008, recibido el 11 de abril siguiente en la Secretaría Privada del Gobernador, el Secretario de Salud le indicó al Gobernador que para mitigar la necesidad de otros municipios afectados con la ola invernal y no incurrir en

negligencia administrativa necesitaba su autorización para utilizar en las brigadas de salud los medicamentos, elementos e insumos existentes, lo que también fue informado el 15 de abril de 2008 a la interventora de los contratos, a quien le indicó que le inquietaba no continuar con el cumplimiento del objeto contractual y poner en riesgo las mercancías.

Que luego, el 28 de mayo de 2008, el Gobernador recibió un control de advertencia de la Contraloría Departamental de Bolívar, por no haber hecho entrega de los elementos adquiridos y no tomar las medidas pertinentes para evitar su pérdida.

Y en reunión celebrada en la misma fecha en las instalaciones de la Gobernación para revisar los contratos y sus avances, en presencia de algunos funcionarios, entre ellos el secretario de salud y el asesor jurídico, los entes de control manifestaron su preocupación por el posible vencimiento de las mercancías.

Que de igual forma, en misiva de 5 de junio de 2008 los contratistas solicitaron al Gobernador la liquidación de los contratos, indicando que no se habían entregado los bienes adquiridos a la comunidad.

A su turno, por solicitud de la Gobernación de Bolívar, el 5 de noviembre de 2008 el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República emitió un concepto sobre la contratación y recomendó el consumo de los alimentos para evitar un detrimento patrimonial.

En tanto que el 20 de noviembre de 2008, el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena ordenó al Gobernador realizar en el plazo de 10 días la entrega de la totalidad de los bienes adquiridos mediante los contratos 380, 381, 382, 384, 385 y 386 de 2007, decisión que el 16 de diciembre le fue notificada personalmente al Director del Departamento Jurídico de la Gobernación. Y el 24 de febrero de 2009 le ordenó al Gobernador explicar las razones por las cuales no había cumplido con la orden de entregar los bienes adquiridos para los damnificados.

Ya en Resolución de 27 de noviembre de 2008 en el proceso con radicado 12034, en el que la Gobernación figuraba como víctima, el Fiscal General de la Nación requirió al aquí procesado para que atendiera las necesidades de la comunidad afectada y evitara un menoscabo por el deterioro y posible pérdida de los medicamentos y alimentos materia de los contratos.

De otro lado, el 19 de enero de 2009, el INVIMA realizó un inventario a dos bodegas ubicadas en el sector del bosque en Cartagena, encontrando en la primera, 3.458 mercados con artrópodos (gorgojo) y, en la segunda, 9.191 mercados con artrópodos, roedores, comején, cucarachas y hormigas, solicitando, como medida sanitaria, la destrucción de los mismos.

Y el 29 de enero de 2009, la misma entidad practicó diligencia de inspección, vigilancia y control, en la cual solicitó que los alimentos y medicamentos inventariados que cumplieran con la legislación fueran entregados a los beneficiarios antes que

excediera su fecha de vencimiento, advirtiéndolo que algunos de ellos caducarían en febrero y marzo de ese año.

Finalmente, el 24 de febrero de 2009 el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena autorizó la destrucción de los medicamentos y alimentos no aptos para su uso, lo que se materializó el 20 de diciembre de 2011 respecto de los primeros y el 22 del mismo mes y año de los segundos.

Sostuvo la Fiscalía que, a pesar del conocimiento que el ex Gobernador tenía de sus obligaciones de custodia y administración y de haber sido advertido en múltiples ocasiones sobre el vencimiento de los medicamentos y alimentos, omitió tomar medidas que definieran la disposición de los bienes y así brindar atención a la población damnificada.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 30 de marzo de 2017, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que cumplió la función de control de garantías, la Fiscalía le atribuyó a JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL la autoría en el delito de *prevaricato por omisión*, cargo que no aceptó.

El 27 de abril de 2017 fue radicado escrito de acusación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero ante la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018 fue remitido a esta Sala Especial de Primera Instancia el 14 de agosto de 2018.

El 11 de septiembre de 2019 se celebró la audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía le atribuyó la incursión en el delito de *prevaricato por omisión*, predicando las circunstancias de menor y mayor punibilidad descritas en los numerales 1° del artículo 55 y 9° del artículo 58 del Código Penal, respectivamente.

La audiencia preparatoria se celebró en sesiones de 23 de octubre, 13, 20 y 28 de noviembre, 9 y 10 de diciembre de 2019, cuando se tomó la decisión relacionada con el decreto probatorio, determinación que, impugnada en apelación por la defensa, fue confirmada con modificaciones el 12 de febrero de 2020 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La audiencia de juicio oral se desarrolló en sesiones de 5, 6, 7 y 8 de abril, 12, 13, 14 y 19 de julio del año que avanza.

TEORÍAS DEL CASO

1.- **Fiscalía.** La rotuló como *“la obligación de un Gobernador siempre será la protección”*.

Con las pruebas de carácter testimonial y documental a practicar en el juicio se comprometió a demostrar que BERRÍO VILLARREAL omitió el cumplimiento de sus obligaciones como Gobernador de Bolívar, consistentes en proteger y disponer de la ayuda que había sido adquirida por la administración

anterior a la suya para mitigar la crisis derivada de la ola invernal desatada en el año 2007.

Expuso que, de acuerdo con la Corte Constitucional, las víctimas de este tipo de catástrofes adquieren una condición preponderante que los hace sujetos de especial protección, de donde surge para el Estado y sus autoridades el deber primordial de su protección, aspecto que precisamente obvió el acusado.

Indicó que los funcionarios de la administración departamental que servirían de testigos en el juicio darían cuenta que el enjuiciado incumplió con su deber de disposición y custodia debida, ejerciendo un manejo autoritario y contrario a su deber funcional, al punto de desatender una orden judicial y las alertas de la Contraloría, Personería y del Gobierno Nacional.

Que con el testimonio de Betty del Carmen Mercado Barrios, Coordinadora del Programa de Urgencias, Emergencias y Desastres de la Gobernación de Bolívar, supervisora de los contratos 380, 381, 382, 384, 385 y 386 de 2007, demostraría la circulación de comunicaciones que tuvo a su alcance, mientras que con los abogados Johan de Jesús Toncel y Víctor Rafael Pérez Pacheco, quienes se desempeñaron como Jefes del Departamento Jurídico se sabría cuáles fueron los bienes adquiridos y las acciones adoptadas respecto de los contratos, en especial, frente a la

orden del Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, relacionada con la entrega de las mercancías adquiridas.

Adujo que, con la declaración del Tesorero de la Gobernación, Luis Roberto Ángulo Betancourt, dejaría en claro lo sucedido con los pagos de los contratos 380 a 387 de 2007, así como las instrucciones que recibió de BERRIO VILLARREAL a este respecto.

Y de la declaración del Coordinador de la Unidad de Prevención y Atención de Desastres de la Secretaría del Interior de la Gobernación de Bolívar, Edgar Rafael Larios Redondo, establecería el marco de emergencia provocado por la segunda temporada invernal de 2007 y el plan de acción que se implementó hasta la declaratoria de *urgencia manifiesta*.

Aseveró que con las atestaciones de los servidores de la Secretaria de Salud Farides Barrios y Jesús María López Burgos, demostraría la disposición de las mercancías obtenidas mediante los contratos, situación que sería corroborada con la documental a incorporar por vía directa, de estipulación o a través de los funcionarios de policía judicial que fungirían como testigos de acreditación, con los que se mostraría la época en que el acusado conoció de la existencia de los elementos adquiridos y lo que pasó con estos, así como las acciones seguidas con ocasión a las alertas emitidas desde los órganos de control, particularmente, por la caducidad de algunos medicamentos y alimentos.

Centrando la atención en establecer si el Gobernador cumplió con la función de protección que le era exigible, anticipó que demostraría que no fue así, y que esa omisión aumentó la fragilidad de la población víctima del desastre natural, causando un gasto adicional ante la destrucción de los alimentos y medicamentos que se vencieron, ya que por su descomposición representaban amenaza a la salud pública.

2.- **Defensa.** Sostuvo que no se trató de un actuar omisivo del acusado, sino de su gestión en procura de prevenir la materialización de un delito contra el patrimonio público del cual el departamento estaba siendo víctima ante los cuantiosos recursos que habían sido comprometidos por la anterior administración.

Con los testigos ordenados se comprometió a acreditar que cuando BERRÍO VILLAREAL ingresó a la Gobernación, encontró un sinnúmero de requerimientos de pago por contratación hecha por la Gobernación saliente, ante lo cual se vio obligado a integrar un comité que revisó la legalidad de los pagos exigidos y concluyó que no existía soporte de la entrega de los elementos adquiridos, lo que lo llevó a que se presentara la denuncia correspondiente para demostrar que se ordenaba entregar unos mercados inexistentes.

De cara a los soportes de recibo de la mercancía, indicó que la administración de justicia declaró la falsedad en los documentos lo cual desvanece la postulación de la Fiscalía General de la Nación, ya que Betty del Carmen Mercado

Barrios y Lunela Palis Viana fueron declaradas penalmente responsables de tal conducta, de ahí que no haya lugar a comprender la omisión en entregar una mercancía cuyo recibo por parte de la administración se basa en un documento espurio.

Agregó que demostraría que las bodegas en donde se almacenaron las mercancías, que finalmente se descompusieron, fueron tomadas en arrendamiento en febrero y marzo de 2008, lo que desdice del argumento que las mercancías habían sido recibidas en diciembre de 2007, contundencia probatoria que demostraría la inocencia de su asistido.

ALEGACIONES FINALES

1.- **Fiscalía.** Deprecó la emisión de sentencia condenatoria en contra de JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL como autor del delito de *prevaricato por omisión*, al estimar que demostró la ocurrencia de la conducta atribuida y la responsabilidad que le asiste al aforado en la misma.

Luego de señalar los elementos que integran el delito consagrado en el artículo 414 del Código Penal, indicó que en este caso se trata de un ex Gobernador de Bolívar que omitió tomar las medidas que definieran la disposición de los kits de aseo, alimentos y algunos medicamentos en la población damnificada por la ola invernal, pues a pesar de su obligación de custodia y administración de bienes y de haber sido

advertido en múltiples ocasiones del vencimiento de los alimentos por la naturaleza perecedera de los mismos, obvió tal alerta, así como las órdenes provenientes de diversas autoridades que le imponían adoptar las medidas necesarias que impidieran su deterioro.

Citó las normas del régimen departamental, el código disciplinario vigente para la fecha de los hechos, las leyes 489 de 1998 y 80 de 1993 y la Constitución Política que consideró incumplidas por el procesado ya que era su deber destinar los recursos que fueron dejados a su disposición, en cumplimiento de los contratos materia de este proceso, a las poblaciones afectadas por la ola invernal del año 2007.

Expuso que la condición de servidor público de BERRÍO VILLAREAL para los años 2008 y 2009 quedó debidamente acreditada con los documentos aportados que acompañaron las estipulaciones probatorias, así como lo fue la catástrofe invernal de 2007, cuya existencia reiteró Edgar Rafael Larios Redondo, Coordinador de la Unidad de Prevención y Atención de Desastres de la Secretaría del Interior, explicando el manejo que se da a este tipo de catástrofes naturales por parte de la Gobernación, en acompañamiento con otras entidades del Estado como los bomberos, la defensa civil y el Ejército.

También resaltó que a partir de las estipulaciones se pudo conocer que mediante el Decreto 690 de 13 de diciembre de 2007, el Gobernador Libardo Simancas Torres declaró la *urgencia manifiesta* y suscribió los contratos 380, 381, 382,

384, 385 y 386 de 2007 para el suministro de medicamentos, kits de aseo y alimentos.

Que el ingreso de los mencionados elementos a la disposición de la administración departamental ocurrió a finales de diciembre de 2007 y principios de 2008 en las bodegas de la Gobernación.

Respecto de las mercancías que no requerían refrigeración, a partir de las estipulaciones convenidas con la defensa, indicó que esta fue puesta en las bodegas del sector Manzanillo con posterioridad a febrero de 2008, y que BERRÍO VILLAREAL sabía de su existencia, no obstante lo cual, adujo que no le había sido entregada en el lugar y plazo pactados, sin que ello descartara la posibilidad de disponer de la misma, comoquiera que entre el 7 y el 15 de abril de 2008 la Contraloría Departamental auditó la Gobernación y revisó las bodegas del ente territorial y de los particulares del sector Manzanillo, encontrando un alto número de mercados, kits de aseo, cajas con medicamentos, dejando constancia de las fechas de vencimiento de éstos, los cuales habían sido adquiridos para mitigar la calamidad de la ola invernal y que por su número se requerían varios días para su inventario, tarea que fue acompañada por funcionarios de la propia Gobernación.

Recalcó que, contrario a lo señalado por el enjuiciado en su declaración, para acceder a estos sitios no se requirió el apoyo de fuerza pública, orden de allanamiento ni el empleo de

la fuerza, por demás, se trataba de un altísimo número de mercados que demandó al menos ocho (8) días para ser verificado, que por tratarse de bienes que no requerían refrigeración no la tenían, pero que los alimentos sí tenían un vencimiento cercano, situaciones que se dejaron documentadas en el informe de esa entidad.

Paralelamente, refirió que, en cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, el 19 de enero de 2009 el INVIMA realizó una visita de inspección, vigilancia y control determinando que existían 12.649 mercados, cuya entrega se había ordenado por esa autoridad en noviembre de 2008.

Y que también el Fiscal General de la Nación había requerido al acusado para que dispusiera de la mercancía que aún podía ser consumida y aprovechada ya que era apta para el consumo humano, pese a lo cual éste mantuvo su posición negativa, debiendo ser destruida posteriormente.

Aclaró que si bien la postura asumida por el acusado en el juicio fue dejar de presente que desde su llegada al cargo procuró proteger el patrimonio público y evitar un desgaste, no se constató la existencia de alguna acción administrativa, contractual o penal ante ello y que, quienes integraron su grupo cercano de trabajo, principalmente en los cargos de asesores jurídicos, tesorero y secretario de salud, nombrados por él ante sus calidades académicas y personales, debieron haberle indicado la obligatoriedad de acatar las advertencias y

órdenes impartidas, de ahí que no pueda descargar en aquellos la responsabilidad en la omisión.

Sobre la situación de la supervisora de los contratos Betty Mercado, condenada por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Cartagena en decisión confirmada por la Sala de Casación Penal de esta Corporación, aclaró que fue por la falsedad en las actas de entrega y que, desde el 8 de enero de 2008, en repetidas oportunidades le solicitó a los Secretarios de Salud continuar con la entrega de la mercancía adquirida a fin de que no se dañara, sin que hubiera respuesta por parte de la administración departamental.

Llamó la atención en que el testigo de la defensa Oscar Gómez, quien fungió como Secretario de Salud de enero a marzo de 2008, manifestó que cuando se enteraron de la existencia de los contratos, se enfocaron en determinar qué se debía hacer con la mercancía adquirida, sin que pudiera adoptar una determinación en concreto, porque debió retirarse ante unas amenazas de las que fue víctima.

Refirió que BERRÍO VILLAREAL sí tuvo comunicación de los contratistas, pues desde el 8 de enero de 2008 el representante de Gestocoop le advirtió sobre la existencia de la mercancía ubicada en las bodegas de Manzanillo, poniéndola a su disposición, información que reiteró el 25 de marzo de 2008, lo que desdice de la supuesta falta de comunicación con los proveedores.

Sobre el conocimiento de la disponibilidad y ubicación de las mercancías, refirió que Betty del Carmen Mercado la anunció al Secretario de Salud advirtiéndole que por tratarse de productos perecederos debían actuar con prontitud. Que también el 7 de abril de 2008 la Contraloría Departamental de Bolívar con la presencia de personal de la Secretaría de Salud Departamental: Farides Barrios, Luis Rafael Tarra Gallego, Lunela Palis Viana, Betty del Carmen Mercado y los representantes de los contratistas, realizaron visita en la Secretaría de Salud del departamento con el fin de verificar la existencia de los contratos, los términos de los mismos y la ubicación física de los bienes adquiridos, estableciéndose que en el almacén de la Secretaría de Salud había unos medicamentos marcados con el rótulo de desastre ola invernal, siendo el representante de la Fundación Trabajar por Colombia quien informó que, por el volumen de los mercados, kits de aseo y medicamentos, no habían podido ser almacenados en ese lugar, solicitando el desplazamiento a unas bodegas del barrio El Bosque de Cartagena, donde hallaron el resto de la mercancía, de ahí que al menos desde entonces era conocido para el personal de la Gobernación la ubicación de tales bienes, lo que desdice de la afirmación del acusado relacionada con que se enteró de ello por un artículo de prensa.

Esta misma situación la encontró acreditada con el acta de la reunión llevada a cabo en la Gobernación de Bolívar el 28 de mayo de 2008 a la que acudieron servidores cercanos al procesado, representantes de los contratistas, el Contralor Departamental de Bolívar, el Jefe Jurídico de la Contraloría y

un Profesional de la Auditoria General de la República, en la que se dio cuenta que desde el 7 de abril se sabía la ubicación de los bienes, así como su calidad perecedera.

Para el fiscal, ante la claridad sobre la disposición de los mercados y la inminencia en su vencimiento, BERRÍO VILLAREAL como representante legal de la entidad territorial debió disponer su inventario y entrega, lo que jamás efectuó derivando en la pérdida de estos alimentos y medicamentos.

A lo anterior sumó que, en comunicación de 6 de octubre de 2008, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República planteó las alternativas a la situación que se había puesto de presente con relación a los contratos, consistente en denunciar penal, disciplinaria y fiscalmente las irregularidades advertidas, alegar el incumplimiento del contratista o liquidar el contrato de mutuo acuerdo, disponiendo de las mercancías que pudieren vencerse, ninguna de las cuales hizo uso el procesado.

Asimismo, el 20 de noviembre de 2008 el Juzgado Décimo Administrativo le ordenó que en término de diez días entregara a la población afectada con la ola invernal la totalidad de los bienes adquiridos, para lo que también se dispuso la intervención del INVIMA con el fin de verificar el cumplimiento de las órdenes y supervisar el cumplimiento de la medida, determinación a la que tampoco hizo caso como lo declaró esa autoridad judicial el 24 de febrero de 2009, actuación de la que el procesado era conocedor, al punto que refirió conocer a la

juez, quien fue recusada por haber participado de la administración departamental anterior.

Que las afirmaciones del enjuiciado relacionadas con que todo obedece a una discusión política y que tanto él como su equipo cercano fueron víctimas de amenazas, no se respaldaron probatoriamente y que, contrariamente, su grupo de trabajo era de su confianza y no así, cercano al Gobernador saliente.

Puso de presente que desde diciembre de 2007 el anterior Gobernador autorizó la entrega de mercancías en un lugar diferente a las dependencias de la Gobernación, de lo cual dio cuenta de su recibo la almacenista en un documento que si bien fue declarado falso, sí identificó la cantidad y calidad de estos bienes, situación que no impedía su entrega.

En punto al planteamiento de la defensa sobre un posible error derivado de la asesoría que recibió BERRÍO VILLAREAL para que se abstuviera de entregar la mercancía ante las irregularidades contractuales, porque de hacerlo incurriría en una conducta típica, señaló que aquél actuó deliberadamente pues conocía de los contratos, de la existencia de la mercancía y de las órdenes y requerimientos impartidos para que cumpliera su deber, todas desatendidas bajo una alegada ignorancia de su existencia, lo cual lo hace responsable por omitir el cumplimiento a sus obligaciones como Gobernador, razón por la que deprecó la emisión de sentencia de condena como autor de *prevaricato por omisión*.

2.- **Representante de víctima.** La apoderada de la Gobernación de Bolívar se abstuvo de presentar alegaciones.

3.- **Delegado del Ministerio Público.** Al no evidenciar el ingrediente subjetivo del comportamiento ya que probablemente se trató de una conducta culposa, además de la insuficiencia probatoria de las pruebas de cargo, deprecó la absolución del acusado.

Destacó que como el asunto problemático es el relacionado con la verificación de la entrega de la mercancía al ente territorial, citó lo indicado por la interventora del contrato Betty Mercado, quien afirmó haber recibido a satisfacción los elementos desde el 27 de diciembre de 2007, no obstante, la almacenista de la Secretaría de Salud Lunela Palis Viena, dio cuenta que fueron allegados a las instalaciones oficiales entre el 30 y 31 de diciembre de 2007.

Para el Ministerio Público, también hay incertidumbre en la fecha de recibo de las mercancías y su cantidad cuando se estableció que no obstante el hecho que se aprobó la disposición de los mercados en sitios ajenos a la Gobernación, el primer contrato de arrendamiento de una bodega data del 23 de febrero de 2008, es decir, casi dos meses después de certificar el recibido de la mercancía.

Y que precisamente lo anterior fue materia de valoración por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la decisión de 10 de mayo de 2017, al casar la sentencia del

Tribunal de Cartagena y confirmar la condena en contra de Lunela Palis Viena y Betty del Carmen Mercado Barrios por el delito de falsedad ideológica en documento público tras constatar que las certificaciones y constancias por ellas suscritas los días 27, 30 y 31 de diciembre fueron contrarias a la realidad.

Así subrayó que, ante la falsedad de las actas no fue diáfano el momento, forma y cantidad de mercancía recibida por la Gobernación, situación que no se pudo aclarar con los testimonios de las dos referidas funcionarias, quienes amparadas en sus garantías de guardar silencio y no autoincriminarse dejaron vacíos y contradicciones, en contra de las cuales, el tesorero de la Gobernación Luis Roberto Angulo Betancur y el Secretario de Salud Oscar Miguel Gómez Hernández fueron contundentes al explicar que recibieron sus cargos sin un acta de entrega, en un protuberante desgüeño administrativo y múltiples irregularidades por lo que vieron la necesidad de hacer una revisión exhaustiva de la contratación.

Resaltó también el testimonio de Luis Roberto Angulo Betancur, quien refirió la creación de una comisión conformada por la oficina de control interno y la oficina asesora jurídica para hacer un control de legalidad a los contratos y cuentas por pagar, encontrando al menos cincuenta y cinco (55) contratos con irregularidades, entre ellos, los que son materia de este juicio, los cuales carecían de los soportes esenciales para su pago.

De la declaración de Oscar Miguel Hernández, citó que apenas llegó a la Secretaría de Salud inició un proceso de saneamiento de la cartera en general y se dio a la tarea de verificar qué había pasado con los referidos contratos, sumado a la consultoría externa que la Gobernación había contratado para rastrear y evaluar las irregularidades existentes.

Con lo expuesto, encontró acreditado que medió un afán en documentar la entrega de los productos contratados, al punto que se suscribieron documentos falsos, lo que llevó a desconocer el destino de tales bienes durante los primeros meses de 2008.

De la lectura al acta de reunión del 28 de mayo de 2008 a la que asistieron Fabián Ochoa Sánchez, Contralor Departamental de Bolívar, Ana Joaquina Petro López en Representación de la Procuraduría Regional Bolívar y representantes de los contratistas, destacó que desde ese momento se cuestionó la legalidad de las actas, por lo que se requirió a la interventora Betty Mercado Barrios para que lo aclarara y que la funcionaria Farides Esther Barrios, profesional asignada para la oficina de control interno de la Secretaría de Salud de la Gobernación de Bolívar, confirmó que pese a acompañar la entrega del cargo de la señora Lunela Palis Viena a otra persona en febrero de 2008, no recibió reporte de inventario de mercancías depositadas en un lugar distinto al almacén, ni tampoco fue informada sobre las bodegas donde los contratistas habían dejado los insumos, dicho ratificado en sede de juicio oral por la misma testigo.

Expuso que en la documentación estipulada obran varias comunicaciones remitidas a la Fiscalía, Presidencia de la República y entes de control durante el año 2008, tendientes a que se investigaran las conductas irregulares detectadas, así como los conceptos jurídicos de los profesionales de la Gobernación que asesoraron al acusado, con lo que señaló que a pesar de que la Contraloría Departamental de Bolívar emitió un concepto de legalidad a la declaratoria de urgencia manifiesta y requirió al Gobernador para que tomara las medidas pertinentes y garantizar que la población damnificada tuviera acceso a las mercancías contratadas, ello se hizo desde el ámbito de gestión a los recursos propios de ese ente de control, sin que se pueda catalogar como imperativo para el representante de la Gobernación, además, optar por la protección de los recursos aún a pesar de la urgencia en las necesidades por atender, no habilita la informalidad en la ejecución contractual, pues se ponía en riesgo al erario.

En criterio del Delegado de la Procuraduría, no medió dolo en la conducta del enjuiciado, y dado que en el delito de *prevaricato por omisión* se debe actuar deliberadamente con violación manifiesta a la ley, en este asunto no es posible advertir una conducta decidida por incumplir arbitrariamente las obligaciones impuestas por la ley, ya que al advertir irregularidades en los contratos, se tomaron medidas de carácter interno para aclarar lo sucedido informando de ello a los entes de control e impulsando acciones dirigidas a evitar la pérdida de recursos públicos.

Refirió que el ilícito de *prevaricato por omisión* no admite la modalidad culposa, la cual sí se puede verificar frente al ilícito de *peculado* conforme al artículo 400 del Código Penal, y siendo probablemente ésta conducta en la que incurrió BERRÍO VILLAREAL, pero que al no haber sido incluida en la acusación descarta su pronunciamiento en acatamiento al principio de congruencia. Que aun de aceptarse su estudio por tratarse de una conducta contenida en el mismo título y bien jurídico y ser de menor entidad, devendría el análisis de la prescripción de la acción, lo que impediría de todas formas llegar a su definición.

Por último, puso de presente que el acusado fue sancionado en sede disciplinaria por estos mismos hechos, con lo cual la actividad sancionadora del Estado cumplió su propósito.

4.- **Defensa.** Tras destacar los precedentes jurisprudenciales que privilegian la presunción de inocencia, así como los fundamentos probatorios necesarios para una sentencia de condena, solicitó la absolución de su defendido al resultar imposible comprender la existencia de la conducta atribuida o su responsabilidad.

Puso de relieve los presupuestos fácticos de la imputación, la acusación y la teoría del caso presentados por la Fiscalía General de la Nación, para indicar que es a partir de esas premisas que se debe tomar la decisión judicial, bajo el principio de congruencia.

Señaló que la Fiscalía no valoró la integridad de los testimonios por ella presentados, de los que sostuvo, la investigadora Clara Fidalma Lovera dijo haber constatado la existencia de los mercados, sin embargo, BERRÍO VILLAREAL no fue declarado responsable fiscalmente por la Contraloría, que la Gobernación de Bolívar no contrató el arrendamiento de las bodegas fuera de sus instalaciones, y su tarea a este respecto se sustentó en labores de vecindario que jamás verificó, desconociendo aún la identidad de quien le permitió acceder a las bodegas, ni cómo se hizo el registro fotográfico.

Sobre el testimonio de María Margarita Castillejo, quien presentó las actas de visita de la Contraloría con acompañamiento de servidores de la Secretaría de Salud y representantes de los contratistas en los almacenes de la Gobernación, y las bodegas privadas de el Bosque- Manzanillo, resaltó que no se tenía llave ni acceso a esas bodegas privadas y que la visita se hizo un mes después del arrendamiento, cuando las actas de recibo de mercancía databan de diciembre de 2007, constituyéndose unas claras maniobras fraudulentas en cabeza de quienes pretendían afectar el patrimonio público.

Agregó que la diligencia estaba programada para realizarse en los almacenes de la Gobernación, pero por solicitud de los contratistas se amplió a esas bodegas privadas, cuyo empleo en realidad no fue aprobado, porque de haber sido así, constaría en el mismo contrato que se suscribió con posterioridad a la supuesta alerta sobre la incapacidad del espacio para recibir toda la mercancía.

Del testimonio de Betty del Carmen Mercado, condenada por la Corte Suprema de Justicia, llamó la atención en que afirmó que fue a través de la almacenista que supo sobre la entrega de las mercancías en los almacenes de la Gobernación, sin que hubiera efectuado una revisión pormenorizada, pues su labor era la de interventora, justificando las inconsistencias en las fechas de recibido en lo paulatina de su gestión.

Para el defensor la declarante fue contradictoria y evasiva, pues de cara a la documental por ella suscrita no se constató que en efecto se hubiera verificado tal recibido, o acudido a las mencionadas bodegas, específicamente, porque para tal momento ni siquiera se habían tomado en arriendo por parte de los contratistas.

De la declaración de Edgar Rafael Larios Redondo, Coordinador de la Unidad de Prevención y atención de Desastres de la Gobernación, resaltó que aquél dio cuenta del recibo de ayudas provenientes de Bogotá en el municipio de Magangué con la Cruz Roja y la Defensa Civil. Además, si bien manifestó desconocer los contratos materia de este juicio, dejó en claro que para enero de 2008, el único municipio que seguía padeciendo la ola invernal era Soplaviento y para esa fecha junto con el Gobernador BERRÍO VILLARREAL visitaron ese municipio, recibiendo una ayuda adicional de la directora Nacional de Gestión de Riesgo, sin necesidad de mediar su almacenamiento en bodegas del Departamento.

Sobre el testimonio de Jesús María López Burgos, funcionario de la Secretaría de Salud de la Gobernación de Bolívar para los años 2007 y 2008, último año que ejerció en el Almacén, cargo que fue recibido de Lunela Palis, destacó la aseveración relacionada con que allí se conservaban solo medicamentos y que no tuvo control sobre mercados ni kits de aseo, y que la única sede en donde laboró fue en el Almacén de la Secretaría de Salud ubicado en la Plazoleta de Telecom en Cartagena.

Con tal referencia, expuso que perdió valor probatorio el testimonio de la almacenista y la interventora presentadas por la Fiscalía, cuando era de esperar que, de haber recibido el cargo en febrero de 2008, se le diera entrega de las mercancías materia de la contratación de emergencia, de las que agregó, ni siquiera se pudo saber si las contenidas en la bodega de la Secretaría de Salud, correspondían a dicho rubro.

Del testimonio del tesorero Luis Roberto Angulo Betancur, resaltó las dificultades de las que dio cuenta en el pago de unas cuentas pendientes de la administración del anterior Gobernador Libardo Simancas, pues no le fue entregado formalmente el cargo y encontró en unas cajas contratos pendientes por pagar, situación ante la cual se conformó una comisión de verificación de la que hizo parte el jefe de la oficina de control interno, la oficina asesora jurídica y la tesorería para hacer un inventario y análisis de legalidad, tras cuyo ejercicio detectaron cincuenta y cinco (55) contratos y cuentas que carecían de los documentos esenciales para su

pago, entre los cuales estaban los suscritos por la emergencia invernol, resultados que se denunciaron a la Fiscalía y organismos de control.

Destacó que aquel testigo explicó que esos contratos no se pagaron porque no se contó con la documentación regular que soportara la entrega.

De igual manera, abordó la declaración de la funcionaria de enlace de la Secretaría de Salud y la Oficina de Control Interno Farides Esther Barrios Fruto, quien presenció la entrega del cargo de almacenista Lunela Palis a Jesús María López Burgos el 6 de febrero de 2008, lo que se cumplió en el antiguo edificio de la Lotería Bolívar en el Centro de Cartagena, donde se entregaron cajas selladas, consignando que tenían medicamentos correspondientes a un contrato de finales de diciembre anterior. Explicó que si bien, con esta testigo se empleó el Acta de la Contraloría Departamental de Bolívar del 7 de abril 2008, no es cierto que quienes acudieron a la diligencia fueran personal de confianza del acusado, pues por excelencia, habían accedido a sus cargos por carrera y además, vino a conocer de la existencia de las bodegas en Manzanillo hasta ese momento.

De cara a la testimonial de Lunela Palis Viana, Almacenista de la Secretaría de Salud, subrayó que fue condenada por hechos atinentes a este proceso, de lo cual se establece que se acordó la creación de los documentos espurios para afectar el erario, y que si en realidad existiera intención

de recibir las mercancías en una sede ajena a la Gobernación así debió consignarse en el contrato.

Con el testimonio de Víctor Rafael Pérez Pacheco, Jefe de la Oficina Jurídica Administrativa, quien destacó el acta de reunión para revisión de contratos celebrados por la *urgencia manifiesta*, en su sentir, no hubo una entrega formal de las mercancías, pues estaba fuera de la sede y no existía una modificación que así lo admitiera.

Sostuvo que también Johann de Jesús Toncel Ochoa señaló que había problemas en los contratos, pues surgían dudas de lo ocurrido con los insumos, específicamente, si unas mercancías que estaban en unas bodegas hacían o no parte de aquellos y que no se había establecido la veracidad en la entrega, agregando que la decisión del Juzgado Décimo Administrativo, contrarió lo pretendido por el actor popular de anular los contratos, dispuso la entrega de unos bienes que ni siquiera se habían recibido y estaban en unas dependencias sobre las que no tenían ningún tipo de dominio.

Bajo este panorama el defensor cuestionó a la Fiscalía por judicializar al ex Gobernador BERRÍO VILLAREAL, cuando la entrega de los bienes podía estar a cargo del Secretario de Salud, tal como se precisó en el concepto jurídico que se envió al Juzgado Décimo Administrativo, pero particularmente porque este testigo expresó que lo que se evitó fue un saqueo de las finanzas del ente territorial.

Así, de las pruebas presentadas por la defensa, señaló la declaración del investigador Rafael Castiblanco Beltrán, con quien se presentó la sentencia de 10 de mayo de 2017, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que casó la sentencia de 21 de mayo de 2014 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena para condenar como autoras del delito de falsedad ideológica en documento público a Betty Mercado Barrios y Lunela Palis Viana, indicativa de la falsificación del acta de recibo de la mercancía materia de la contratación de emergencia.

En la misma línea de pensamiento, señaló que el Secretario de Salud Óscar Miguel Gómez Hernández, dio cuenta de las distintas ilicitudes y desgüeño administrativo hallado al asumir su cargo, al punto que encontró contratos donde supuestamente se habían entregado mercancías, cuando ello no era cierto, ante lo cual le fue encomendada la búsqueda de las mercancías materia de contratación, actividad con resultados infructuosos, ya que la dirección aportada con posterioridad donde se aducía que estaban los mercados, no era de la entidad y al llegar al sitio no fue atendido por nadie, razón por la que jamás pudieron entrar.

Citó la declaración de María Claudia Páez Mallarino, Jefe del Departamento de Planeación de Bolívar, quien conoció de la preocupación del Gobernador BERRÍO VILLAREAL sobre el cumplimiento del objeto contractual de emergencia, actividad en la que participó desde el control interno con la entrega de

información a su alcance, refiriendo que no había soportes sobre el cumplimiento al proceso ni de la entrega física de los mercados, situación que impidió autorizar el pago.

Finalmente, revisó el testimonio del acusado, destacando que llegó a la Gobernación por solicitud de los gremios empresariales, siendo ajeno a las maquinarias políticas, que por demás, seleccionó a sus colaboradores bajo criterios de mérito y de ternas enviadas por entidades académicas, que no hubo un empalme con la Gobernación saliente, encontrando al ente territorial en trámite de Ley 550, con múltiples cuentas pendientes por pagar, sin soporte de recibido, lo que impedía autorizar el desembolso, pues se evidenciaba que se pretendía era afectar el erario.

Indicó que no hubo una variación contractual para disponer la entrega de la mercancía en lugar diferente a las bodegas de la Secretaría de Salud, por lo que no existía fundamento para asumir que se encontraba en un sitio ajeno a la Gobernación y que, si bien se adelantaron las gestiones para su localización, ello no fue posible, máxime que se evidenciaron irregularidades en las actas de recibo de la mercancía y presiones para que se efectuara el pago de los contratos por personal de la Gobernación cercano al anterior titular de ese cargo, lo que motivó la respectiva denuncia que terminó con la condena de las dos funcionarias ya citadas quienes alteraron tal documental.

Citó la afirmación del procesado relacionada con que no tuvo conocimiento de la existencia de las mercancías en el sector de Manzanillo, porque solamente cuando se abstuvieron de pagar las cuentas por las irregularidades en las actas de entrega, fueron arrendadas unas bodegas particulares y se compraron unos mercados para llamar a la prensa, tomar unas fotografías y presionar a la Gobernación para el pago de algo que no tenía la obligación de solventar.

Bajo esta óptica el defensor resalta también la manifestación del enjuiciado que recibió asesoría que le indicaba abstenerse de pagar y de entregar los mercados, y concluye que se elimina la tipicidad subjetiva del delito, ya que autorizó la entrega de los medicamentos que estaban en las dependencias de la Secretaría de Salud, y respecto a los demás, aun si hubiera querido disponer de ello, no estaban bajo su dominio y para ese momento la emergencia por la ola invernal ya había sido superada con recursos del orden nacional.

Precisó que tal como lo indicó su defendido, desconocía la decisión del Juzgado Décimo Administrativo, pues la gestión ante dicha autoridad estuvo a cargo de la oficina jurídica, que declaró la imposibilidad de cumplir lo ordenado por no poder acceder al sitio en donde se hallaban los mercados.

De cara al requerimiento de la Contraloría para proceder con la entrega, indicó que se sustentó en el documento que la Corte Suprema de Justicia declaró espurio, por lo cual,

contrario a una exigencia al Gobernador, lo que debió investigarse fue un posible fraude procesal derivado de la exigencia que hizo el órgano de control con fundamento en el acta de entrega falsa.

Y frente al Acta de inventario de los mercados, expresó que en su número y bienes diferían de lo declarado como recibido por Lunela Palis Viana y que la afirmación del representante de *Gestocoop* que los insumos llevaban un año almacenados por falta de espacio es ajena a la verdad, porque la bodega fue arrendada a finales de febrero e inicios de marzo de 2008.

Citó los registros de ingreso de mercancía a la bodega de Manzanillo reportados entre el 26 de febrero y el 23 de abril de 2008, interregno en el que se practicó la visita de la Contraloría Departamental, para recalcar que es falsa la afirmación relacionada con que fue recibida en diciembre de 2007 y sentar que aún con posterioridad a la inspección del ente de control, se continuó con la adquisición y almacenamiento de estos bienes, hasta el 14 de mayo del mismo año cuando ingresaron los fotógrafos de los medios de comunicación que captaron las imágenes de la mercancía.

Trajo a consideración el contenido de los contratos y el otrosí a los contratos de arrendamiento de las oficinas 1, 2 y comedor ubicadas en la Transversal 52 # 16-137 de la ciudad de Cartagena, sector Manzanillo de febrero de 2008, para

recabar en el hecho que era imposible que la recepción de las mercancías se hubiera dado desde diciembre de 2007.

Sobre la auditoría de la Contraloría, indicó que se fundamentó en una prueba falsa, por lo cual, los requerimientos que le siguieron y el reporte de la ubicación de la mercancía estaba viciado e impedía jurídicamente que el Gobernador hiciera la entrega requerida, máxime cuando el departamento jurídico del ente territorial ratificó que no se había producido la entrega previa por parte de los contratistas.

Misma suerte predicó de las decisiones del Juzgado Décimo Administrativo, que declaró parcialmente cumplida la instrucción de entregar los bienes a cargo de la Gobernación en lo que tiene que ver con los medicamentos que se encontraban en la bodega de la Secretaría de Salud, no así de los que estaban en Manzanillo, porque tal requerimiento se fundó en el mismo documento falso, con lo que encontró que las apreciaciones sobre el cumplimiento que hizo el funcionario de la Gobernación eran correctas, de ahí que la orden judicial se cumplió a cabalidad.

Para el defensor, los testimonios de cargo presentados por la Fiscalía General de la Nación son contradictorios ante la evidencia documental que da cuenta de la falsedad de las actas, el hecho que las bodegas fueron tomadas en arriendo en febrero de 2008, momento a partir del cual ingresaron algunas mercancías a sus instalaciones, cuando con antelación se

tenían requerimientos de entrega que a todas luces resultaban infundados.

Y del trámite surtido por el Juzgado Décimo Administrativo, estimó que partió de premisas erradas, exigiendo el cumplimiento de acciones imposibles, y a cargo de una funcionaria en quien residía una causal de recusación que no fue aceptada, pero que proveyó por que se cumpliera un contrato viciado.

Así, luego de citar el contenido del artículo 414 del Código Penal y la interpretación que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dado al delito de *prevaricato por omisión*, expuso que su defendido no omitió algún deber propio de sus funciones, pues la entrega de los mercados le era imposible ya que jamás fueron recibidos en la Gobernación y no estaban bajo su custodia.

Ante la falsedad del acta de entrega, que afirmó, no solo la declaró la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino que se demostró en este proceso, indicó que era imposible entregar algo que no había sido recibido por el ente territorial, y que el gobernador no podía actuar ante esa ilicitud, además, no lo hizo en acatamiento de las indicaciones de sus asesores jurídicos, quienes desde entonces y ante esta Sala ratificaron que esos contratos no se podían pagar ni era posible hacer entrega de algo que de diciembre a febrero sólo existían en la imaginación de los contratistas, la almacenista de la Secretaría de Salud y la supervisora del contrato.

5.- **Acusado.** Se abstuvo de alegar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Fiscalía General de la Nación acusó al ex gobernador de Bolívar JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL como autor del delito de *prevaricato por omisión*, tras precisar que los hechos tuvieron ocurrencia entre el 1° de enero de 2008 y agosto de 2009, cuando el enjuiciado se abstuvo de entregar los bienes que habían sido adquiridos con la contratación surgida de la emergencia derivada de la ola invernal del año 2007.

Según el artículo 414 del Código Penal se sanciona al servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones. Su estructura dogmática ha sido perfilada hermenéuticamente por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos¹:

i) El sujeto activo es calificado, pues por tratarse de los denominados *delitos especiales*, será autor de la conducta típica quien cumpla las condiciones previstas en la norma, que no es otra que la ostentar la calidad de servidor público.

ii) Es delito de mera conducta o actividad, actualizándose el comportamiento típico con la sola acción omisiva o la simple

¹ Cfr. CSJ SP 16 sep. 2020 rad. 56169; SP 10 abr.2019 rad. 54973; SP 10 ago. 2016, rad. 42007, entre otras.

infracción del deber de actuar, sin requerir la causación de un determinado resultado.

iii) Es delito de *omisión propia* u *omisión pura*, dado que regula una conducta inactiva o negativa, en la cual precisamente se reprocha el incumplimiento del deber definido por el legislador, independientemente del resultado —como ya se anotó—.

Los ilícitos de *omisión propia* también llamada *simple* o *pura*, se diferencian de los de *omisión impropia* o de *comisión por omisión*.

Al respecto el artículo 25 del Código Penal señala:

“La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”.

La relación de la omisión propia se limita a su enunciación en el inciso primero del citado precepto, en tanto que a partir del inciso segundo se desarrolla la otra vertiente; omisión impropia.

Los de conducta omisiva pura o, un no hacer, están descritos como tales en la codificación sustantiva, donde el deber incumplido también se encuentra delimitado² y se realizan con la mera inactividad, sin exigir la generación de un resultado y solamente son punibles cuando se realizan con dolo, siendo este un aspecto inherente al tipo subjetivo.

iv) Es de conducta alternativa, según los verbos rectores definidos "*omita, retarde, rehúse o deniegue*", en el entendido que omitir es abstenerse de hacer o pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita³;

v) Corresponde a un tipo penal en blanco, toda vez que es necesario integrar el supuesto fáctico con la norma que impone el deber funcional, sea de orden constitucional o legal, para completar y concretar el sentido de la conducta.

De esa manera, alguno de los verbos rectores ha de recaer en el deber jurídico que hace parte de las funciones del cargo que desempeña el servidor oficial.

vi) En cuanto al aspecto subjetivo de la conducta es esencialmente dolosa, por tanto, se exige que el servidor en quien recae el deber legal de ejecutar el acto, además de ser

² Artículo 10 del Código Penal. "En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley."

³ CSJ AP, 27 oct. 2008, rad. 26243

consciente del imperativo que le asiste, en forma voluntaria omite, retarde, rehúse o deniegue su cumplimiento.

Acerca de tal tópico, la Sala de casación ha señalado que:

“Si el prevaricato por omisión requiere para su configuración que el agente conozca el carácter ilícito de su comportamiento, es decir, que tenga conocimiento y voluntad de omitir intencionadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal, ese actuar premeditado o ‘deliberado’ según el significado de la alocución, es comportamiento voluntario, intencionado, hecho a propósito, como se define en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; o en conducta reflexiva e intencionadamente, no de manera impensada, con pleno conocimiento de lo que se hace y buscando las consecuencias que corresponden al acto de que se trata.”⁴

Partiendo de la definición de la conducta y sus requisitos frente a las pruebas incorporadas a la actuación, está acreditado que JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL fue elegido Gobernador del departamento de Bolívar para el período constitucional 2008 - 2011, pero sólo lo pudo desempeñar de enero de 2008 a septiembre de 2009, cuando fue suspendido disciplinariamente, luego de lo cual le fue aceptada su renuncia⁵.

A través del Decreto 2457 de 27 de junio de 2007, el Gobierno Nacional declaró la existencia de una situación de desastre departamental, teniendo en cuenta la ola invernal y por el desbordamiento del río Cauca, situación que afectó a más de

⁴ CSJ AP, 20 ago. 2008, rad. 29814

⁵ Estipulaciones 1, 7 y 8

20.000 familias, la mayoría ubicadas en el departamento de Bolívar⁶.

La dirección de prevención y atención de desastres del Ministerio del Interior expidió las resoluciones 33 y 36 de 5 y 12 de diciembre de 2007, respectivamente, a través de las cuales se declaró la situación de calamidad pública en el departamento de Bolívar, reconociendo la afectación en varios de sus municipios⁷.

El 13 de diciembre de 2007, el entonces Gobernador del departamento de Bolívar, Libardo Simancas Torres, mediante Decreto 690 de 13 de diciembre de 2007, declaró la *urgencia manifiesta* en el departamento, y con la finalidad de atender la situación de calamidad en las zonas afectadas⁸, adquirió kits de aseo, medicamentos y alimentación, a través de los contratos 380, 381, 382, 383, 384, 385 y 386 de 2007, suscritos con la Cooperativa Multiactiva de Gestores de Cartagena – *Gestocoop* - y la Fundación Trabajar por Colombia, por valor equivalente a tres mil trescientos sesenta y dos millones doscientos setenta y ocho mil setecientos cincuenta y siete pesos (\$3.362.278.757), discriminados así:

a) Contrato 380 de 24 de diciembre de 2007 celebrado con la Fundación trabajar por Colombia, cuyo objeto era la adquisición de medicamentos e insumos, por valor de \$643.984.559.00.

⁶ Estipulación 2

⁷ Estipulación 3

⁸ Estipulación 4

b) Contrato 381 de 24 de diciembre de 2007 celebrado con la Fundación trabajar por Colombia, cuyo objeto era la adquisición de complementos nutricionales, por valor de \$495.200.288.00

c) Contrato 382 de diciembre de 2007 celebrado con la Fundación trabajar por Colombia, cuyo objeto era la adquisición de etanol, refuerzo de vacunas antirrábicas, suero antiofídico, pruebas para detectar la malaria y el dengue, por valor de \$384.720.000.00

d) Contrato 384 de 2007 celebrado con GESTOCOOP para la adquisición de mercados y kits de aseo, por valor de \$731.955.000.00

e) Contrato 385 de 2007 firmado con GESTOCOOP para la adquisición de insecticidas, rodenticidas, suero antiofídico, pruebas rápidas de malaria y dengue, químicos para purificar el agua, por valor de \$225.993.910.00

f) Contrato 386 de 2007 firmado con GESTOCOOP para la adquisición de mercados y kits de aseo, por valor \$880.425.000.00⁹.

Mediante Resolución 047 del 12 de febrero de 2008, se constituyó una reserva presupuestal para el pago de las acreencias de 2007, contemplando dentro de los rubros el valor de los citados contratos¹⁰.

El 20 de noviembre de 2008, el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena le ordenó al gobernador que en un plazo improrrogable de diez (10) días entregara a la población afectada por la ola invernal la totalidad de los bienes adquiridos mediante los contratos 380 a 386 de 2007, (con excepción del contrato No. 383 que no corresponde a mercancías ingresadas en

⁹ Estipulaciones 5 y 6

¹⁰ Estipulación 9

diciembre sino en julio), decisión que el 16 de diciembre de 2008 le fue notificada de manera personal al director del departamento jurídico de la Gobernación¹¹.

El 24 de febrero de 2009, la misma autoridad ordenó al Gobernador indicar las razones que habían dado lugar al no cumplimiento de la orden de entregar los bienes, disponiendo también la autorización para la destrucción de los alimentos y medicamentos no aptos para su uso¹². También el 18 de junio de 2009 nuevamente solicitó que se brindaran las explicaciones del incumplimiento¹³.

El INVIMA el 19 y 29 de enero de 2009 realizó inventario a las bodegas de la zona industrial El bosque-Sector Manzanillo, hallando en una 3.458 mercados y en otra 9.191, registrando la presencia de plagas roedores y artrópodos (gorgojos, comején, cucarachas y hormigas,) los cuales deterioraron los alimentos y varios medicamentos, además otros tantos estaban vencidos y otros deteriorados, procedimientos y conclusiones de los inventarios fueron debidamente informados a la Gobernación¹⁴.

Que para llevar a cabo la destrucción de esa mercancía se inició por parte de la Gobernación una invitación pública, la cual fue radicada con No. MC-DAJ-003 del 13 de diciembre de 2011 —época en la que ya no era Gobernador BERRÍO VILLARREAL— la cual tenía como objeto contractual lograr la desgasificación,

¹¹ Estipulación 10

¹² Estipulación 11

¹³ Estipulación 12

¹⁴ Estipulación 13

transporte, clasificación de material contaminado, destrucción y disposición final de alimentos y medicamentos descompuestos¹⁵, destrucción que finalmente se cumplió el 20 y 22 de diciembre de 2011¹⁶.

Entre la Fiscalía y la defensa se dio por cierta la autenticidad de varios documentos relacionados con el ingreso de medicamentos al almacén de la Secretaría de Salud de la Gobernación, los procedimientos administrativos que se siguieron al interior del ente territorial en procura de establecer la ubicación y entrega de las mercancías, y las actuaciones seguidas por la Contraloría Departamental, el Juzgado Décimo Administrativo y la Fiscalía General de la Nación con ocasión a las denuncias presentadas por la misma Gobernación y las oficiosas que desplegaron cada una de ellas¹⁷.

Desde estas estipulaciones, encuentra la Sala que el análisis probatorio que confronta a los extremos procesales se concentra en definir si la omisión en la entrega de las mercancías que fueron depositadas por los contratistas en las bodegas de manzanillo destinada a atender a la población afectada por la ola invernal de 2007 —y que finalmente debió ser materia de destrucción—, es un acto atribuible en forma directa al acusado JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL y en caso positivo, si ello obedeció a su deliberada decisión de hacerlo.

¹⁵ Estipulación 14

¹⁶ Estipulación 15

¹⁷ Estipulación 16

Para el fin anterior, se tiene el testimonio de Clara Fidalma Lovera González, investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, quien precisó que en cumplimiento a las órdenes de policía judicial adelantó actividades para verificar la trazabilidad del cumplimiento a los contratos materia de este proceso, evidenciando que en un aproximado del 10% los elementos habían sido entregados a su destinatario final, mientras que el otro 90% no, al punto que para el año 2011, en las bodegas donde se encontraban almacenados, estaban en tan alto grado de descomposición, que se mezclaban y era inverificable, afectando la salud pública y el entorno del inmueble.

Además, señaló que recopiló documentación inherente a estos contratos en las dependencias jurídicas de la Gobernación como en la Contraloría Departamental de Bolívar, de donde obtuvo el pronunciamiento con el que se decretó la legalidad de la *urgencia manifiesta* declarada por el Gobernador que antecedió al aquí procesado, habilitando la contratación sin el cumplimiento al proceso licitatorio propio de la Ley 80 de 1993.

Asimismo, recaudó el comunicado de la Contraloría en el que se requirió al Gobernador JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL para que impidiera una gestión antieconómica y procediera con la entrega de las mercancías contratadas.

En contrainterrogatorio afirmó haber establecido mediante entrevistas que las bodegas habían sido contratadas por la Gobernación.

Por su parte, Margarita Castillejo, servidora de policía judicial adscrita al Cuerpo Técnico de Investigación, recopiló el acta de la verificación cumplida el 7 de abril de 2008 por la Contraloría Departamental de Bolívar, en la que se da cuenta del hallazgo de las mercancías y su estado próximo a vencer, así como un reporte fotográfico de la misma, que describió e incorporó.

Betty del Carmen Mercado Barrios, en su declaración señaló haber sido condenada por el delito de falsedad en documento público e indicó que para el año 2007 participó en la entrega de mercados, kits de aseo y medicamentos en tres de las poblaciones afectadas por la segunda ola invernal de ese año, los que recogió en distintas bodegas ubicadas en los sectores de Basurto, Daniel Lemaitre y otros cuya ubicación no refirió.

Sostuvo que a partir del año 2008, con el cambio de la administración departamental, no se entregaron más mercados e insumos a pesar de la advertencia que ella misma dio sobre la necesidad de cumplir con tal actividad so pena de la pérdida de las mercancías por su vencimiento. Adujo que fueron múltiples sus requerimientos a los secretarios de salud, quienes se abstuvieron de disponer la entrega y la única actividad relacionada con ello se cumplió en las dependencias

de la Gobernación, donde fue sometida a un juicio público en el que a ella y a la jefe del almacén les achacaron distintos comportamientos.

En contrainterrogatorio señaló que, como coordinadora del programa de emergencia y desastres, suscribió las actas de recibo de los insumos contratados de calenda 27 de diciembre de 2007, acotando que quien realmente las recibió fue la almacenista y no ella, que su labor se circunscribió a supervisar la mercancía que estaba en las bodegas inicialmente enunciadas, la que fue entregada en los tres municipios priorizados.

Finalmente, indicó que la condena por falsedad precisamente se relaciona con los documentos de recibo que le fueron puestos de presente.

Por su parte Edgar Rafael Larios Redondo, funcionario de la Oficina de Gestión de Riesgos de Prevención y Atención de Emergencias adscrita a la Secretaría del Interior de Bolívar, refirió que para la fecha de estos hechos había sido designado Alcalde encargado del municipio de Clemencia en el mismo departamento, por lo que no tuvo conocimiento de la contratación y pudo evidenciar la entrega en Magangué, Mompox y Soplaviento de ayudas provenientes de la Unidad Nacional de Prevención, mercancías que no tuvieron paso por Cartagena y en las que no medió intervención de la Gobernación.

Reveló que para el momento en que JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL asumió la Gobernación, él retornó a su cargo y allí fue indagado por la Procuraduría acerca de los contratos de la emergencia, evidenciándose que no había tenido algún tipo de injerencia, lo que reiteró en su testimonio, e indicó que para ese momento el único municipio que seguía afectado era Soplaviento, lugar al que fueron con el acusado y el Gobernador del departamento de Atlántico, recibiendo una ayuda de la Dirección Nacional, con la asistencia de la defensa civil, pero que estos bienes no hacían parte de los contratados por la Gobernación.

En la declaración Jesús María López Burgos, técnico en el área de salud de la Secretaría Departamental de Salud de Bolívar para el año 2007 y comienzo del 2008, contó que en ese último año ejerció como almacenista de la misma dependencia, cargo recibido de Lunela Palis, quien salió a vacaciones y al retornar no reasumió tales funciones, por ello él perduró por tiempo cercano a un año. Indicó que en esa oportunidad recibió de la referida servidora unas mercancías, entre las que estaban unos medicamentos de emergencia y desastre, sin dar cuenta de los que se contrataron por la emergencia invernal.

Fue enfático en afirmar que no recibió kits de aseo, mercados ni artículos distintos a los médicos que se encontraban en la bodega de la plazoleta de Telecom, perteneciente a la Secretaría de Salud.

Luis Roberto Angulo Betancur, Tesorero de la Gobernación en el período comprendido entre enero de 2008 y septiembre de 2009, refirió que para el momento en que BERRÍO VILLAREAL asumió la Gobernación, había problemas con las cuentas por pagar consistentes en que no fueron entregadas por la tesorería anterior, razón por la cual solicitó una comisión de control interno y de la oficina jurídica, estableciendo así cincuenta y cinco (55) cuentas sin soporte, evento que se reportó a la Fiscalía General de la Nación y a los entes de control, siendo instruido por el acusado en que solamente se pagaran aquellas obligaciones que él mismo verificara y aprobara.

Sobre los contratos suscritos con ocasión a la declaratoria de *urgencia manifiesta*, señaló que los elementos no tenían entrada al almacén, entrega, ni coincidían con el objeto del contrato, algunos no tenían fecha de suscripción, otros carecían de la póliza para poder garantizar el cumplimiento y que no obstante la precisión sobre el sitio de entrega en las dependencias públicas, allí jamás ingresaron. Por tal razón fue ilustrado por una delegada de la Procuraduría General de la Nación en el sentido de no realizar el pago, situación que se mantuvo hasta su salida de la entidad.

Farides Ester Barrios Fruto, funcionaria de enlace entre la Secretaría de Salud y la Oficina de Control Interno de la Gobernación, aseveró que acudió a la entrega del cargo de almacenista de Lunela Palis Viana a Jesús López, actividad que se cumplió en el edificio de la Lotería de Bolívar de la

ciudad de Cartagena, dando cuenta que la misma se llevó a cabo exclusivamente en dicho lugar, suscribiendo las actas de inventario de los bienes recibidos tales como elementos del almacén, medicamentos vencidos y unas cajas selladas que les habían dado salida, pero que estaban ahí por orden del Gobernador saliente, en las que se aducía que estaban unos medicamentos de la emergencia sanitaria sin entregar.

Respecto de su actividad como profesional de enlace refirió que su obligación consistía en atender las visitas de los órganos de control y procurar que tuvieran toda la información que requirieran, contactando a los funcionarios de las dependencias competentes para que rindieran sus informes o atendieran los cuestionamientos que de allí se derivaran. Que en ese rol, atendió varias visitas de la Procuraduría y la Contraloría relacionadas con el cumplimiento al objeto contractual derivado de la emergencia decretada por la ola invernal del año 2007, entre ellas, la visita de la Contraloría Departamental a la bodega de la Secretaría de Salud, otras en el centro médico de los ejecutivos y la de Manzanillo, sobre la cual precisó, no era propiedad ni administrada por ese ente territorial. Al serle puesta de presente el acta de dicha visita, reconoció su firma y las fotografías allí contenidas.

A su turno, Lunela Palis Viana dijo haber sido encargada del Almacén de la Secretaría de Salud desde el año 2007, estando entre sus funciones recibir las mercancías que allí llegaran. Se mostró desconocedora de los hechos por los que fue condenada, las obligaciones propias que le imponía su

cargo y los pormenores de la recepción de las mercancías que supuestamente le habían sido entregadas por los contratistas. Reconoció el oficio con el que se autorizó la recepción de los insumos relacionados con esta contratación en una sede distinta a la del Almacén, así como la que ella misma suscribió informando la insuficiencia de espacio para recibir los bienes que estaban llegando para diciembre de 2007.

También declaró Víctor Rafael Pérez Pacheco e informó que durante un corto lapso asumió la Secretaría de la Oficina Jurídica Administrativa de la Gobernación de Bolívar durante el mandato de BERRÍO VILLAREAL, reconociendo que en el acta de reunión de mayo de 2008 se consignó una afirmación suya relacionada con que la entrega de los insumos contratados no se había efectuado, porque tal acto debía producirse en la sede de la Secretaría de Salud y no había sido así.

También el profesional del derecho Johann de Jesús Toncel Ochoa, Director de la Oficina Jurídica de la Gobernación para los años 2008 y 2009, dio cuenta de haber conocido el tema de la contratación por la ola invernal en el departamento de Bolívar del año 2007 con ocasión de una visita de la Contraloría Departamental por el estado de los contratos suscritos por la anterior administración para suplir las necesidades de alimentación, medicamentos y aseo de los damnificados con el referido fenómeno natural.

Señaló que esos contratos firmados por la anterior administración, en apariencia ya habían sido ejecutados, sin embargo, existían inconsistencias con las entregas, por lo que se hicieron reuniones con representantes de distintas dependencias de la Gobernación y de la Contraloría Departamental a efecto de establecer el cumplimiento de los mismos, reconociendo que en una de ellas se requirió a la interventora para que rindiera sus explicaciones, porque se estaba documentando la entrega en lugares distintos a las dependencias del ente territorial, lo que era ajeno al clausulado.

Refirió haber estado al tanto de la actuación surtida ante el Juzgado Décimo Administrativo, en el que se les ordenó tomar acciones, informar sobre la ejecución de los contratos y entregar los bienes, razón por la que diligenció un informe en el que sintetizó lo reportado por la Secretaría de Salud, dando cuenta de la entrega de insumos de esa naturaleza y refiriendo que se había pedido la liquidación de los contratos por una acción contractual.

Al revisar el informe por él presentado, señaló que allí se plasmaron los actos que cumplió la Secretaría de Salud y agregó que se suscitó una discusión referida a la ubicación de los bienes, porque la funcionaria judicial aducía que estaban en las dependencias de la Secretaría de Salud cuando ello no era así.

Aceptó haber brindado conceptos jurídicos relacionados con estos contratos con destino al Gobernador, porque él así lo solicitaba, desconociendo la suerte de los procesos penales, disciplinarios y fiscales a que hubo lugar con ocasión a ello, por cuanto desde el año 2009 dejó el cargo. Agregó que de la existencia de unas mercancías en bodegas ajenas a la Gobernación solamente se tuvo conocimiento cuando se adelantaron las actividades de control.

En contrainterrogatorio precisó que las inconsistencias partían de la inexistencia de evidencia sobre la entrega de los insumos adquiridos y el reporte de la satisfacción del objeto contractual, motivo por el que se presentaron denuncias ante la Procuraduría, Contraloría y Fiscalía General de la Nación.

Reveló que en el procedimiento contencioso administrativo el abogado de la Gobernación fue Rolando Figueroa, quien atendió las diligencias, se notificó de las decisiones y elevó las solicitudes atinentes a tal actuación. Asimismo, que la juez había sido representante de la oficina jurídica de la Gobernación de Bolívar durante la administración de Libardo Simancas, no obstante, no se había declarado impedida.

Sobre el cumplimiento a la orden impartida por el Juzgado Décimo Administrativo, declaró que la Secretaría de Salud, dependencia encargada de acatar dicha disposición, manifestó la imposibilidad de entregar los bienes porque no estaban bajo su custodia y que tal como lo precisó en

entrevista previa, se discutía la posibilidad de estar siendo víctimas de un saqueo a las finanzas de la Gobernación, porque no había claridad sobre los insumos que se habían comprado, el cumplimiento de lo contratado, el recibido de los elementos por la Secretaría de Salud ni la consecuente entrega a los afectados en los municipios correspondientes.

Rememoró que en febrero y mayo de 2008, en las oficinas de la Secretaría de Salud se celebraron reuniones con la Procuraduría General de la Nación para que se rindieran las explicaciones sobre la ejecución del contrato. Que en la última, estaban todos los abogados, los miembros de la oficina de control interno, la Contraloría, la Procuraduría, los representantes de los contratistas, la supervisora y la interventora del contrato, quienes deprecaron la concesión de plazos para suministrar los informes de su gestión.

Luego de revisar el concepto emitido por la oficina jurídica en resguardo de los intereses del ente territorial, concretó que las dos posturas que se trazaron consistían en obtener la nulidad del contrato y por ende no pagar en el primer caso, o en su defecto, si se pagaba advirtiendo que las obligaciones del contratista no se cumplieron, se enfrentaría a acciones de repetición, penales y fiscales.

Agotado ese testimonio, la Fiscalía declinó en la práctica de las demás pruebas ordenadas a su favor.

Por su parte la defensa ofreció las siguientes:

Rafael Castiblanco Beltrán, investigador particular contratado por BERRÍO VILLAREAL, dio cuenta de las actividades de inspección desarrolladas en el despacho judicial que vigila la ejecución de la pena impuesta a Betty Mercado y Lunela Palis Viana por el delito de falsedad, de donde extrajo copia de la sentencia de casación emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 10 de mayo de 2017 a la cual le dio lectura.

También se agregó con su declaración y por vía de estipulación el documento rotulado *“Resumen ejecutivo sobre las irregularidades en los contratos números 380 a 386 de 2007 celebrados con ocasión de la urgencia manifiesta decretada en el departamento de Bolívar”*, que adujo, fue elaborado por funcionarios de ese ente territorial.

El médico Oscar Miguel Gómez Hernández, quien se desempeñó como Secretario de Salud en el período de BERRÍO VILLAREAL, tras destacar que desde su ingreso pretendió el saneamiento de la entidad ante la postración a la que se encontraba sometida por la desidia y desgüeño administrativo, indicó que el acusado lo instó a obrar en favor de la comunidad afectada por la ola invernal de 2007, advirtiéndole que debía actuar con celeridad, pero con prudencia en el proceso administrativo, siendo su labor constatar el número de mercados y la consistencia de la calidad alimentaria o nutricional de los mismos. Que emprendió la tarea de

buscarlos en las bodegas de la Gobernación con resultados infructuosos y solamente al final de su gestión fue allegado un documento reportando una dirección en donde se aducía que estaban los mercados, pero al acudir allí no obtuvieron respuesta, pues había una puerta con candado y no se podía ver nada más.

Que como funcionarios trataron de ubicar las empresas contratistas, les pidieron que los atendieran pero nunca fueron encontrados, buscaron el apoyo de todas las instituciones para ubicar los mercados y ello no fue posible.

Aseguró que se retiró de la Gobernación por las amenazas de las que fue víctima, cuyo origen se abstuvo de precisar aduciendo que temía por su seguridad.

Indicó que la posición de BERRÍO VILLAREAL se mantuvo en procurar la ubicación de los bienes y ante la imposibilidad de lograrlo lo comunicó a la Procuraduría, la Contraloría Regional y a la Oficina Anticorrupción de la Presidencia de la República.

De otro lado, del testimonio de María Claudia Páez, Jefe de Departamento en la Secretaría de Planeación de la Gobernación, surge relevante la manifestación acerca del conocimiento que tuvo de los inconvenientes en la contratación, desconociendo el dato específico de la ubicación de los mercados, de los que se enteró estaban en una bodega, por lo que se destinó un equipo para que ejerciera control sobre

ello, resaltando que no había argumentos para cumplir con el pago.

Dijo que la preocupación de BERRÍO VILLAREAL por el apego a la ley era constante, teniendo la intención de cumplir los compromisos siempre que se acatara tal premisa, destacando que, frente a los contratos de la emergencia de 2007 se presentaron inconsistencias, porque se aducía el recibo de la mercancía sin que se hubiera constatado que en efecto así hubiera ocurrido.

Finalmente, se escuchó el testimonio del acusado JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, quien expresó haber llegado al cargo de Gobernador de Bolívar por el impulso de los empresarios de la región, tomando posesión en compañía de los secretarios de despacho desde el 1° de enero de 2008. Sostuvo que su equipo de trabajo lo constituyó por mérito tras recibir ternas de distintas universidades para designar los secretarios de educación, hacienda, salud y la dirección del departamento jurídico. Asimismo, procuró la vinculación de personas ajenas a la política de la región, seleccionando aquellos que tuvieran carreras brillantes.

Indicó que para recibir el cargo lo usual es que se destinen comités de las administraciones entrante y saliente para fijar los términos y temas de empalme, no obstante, para el presente asunto, habiendo sesionado en conjunto no se diligenció un acta de entrega que diera cuenta del recibo de la Gobernación, tesorería, ni de las secretarías.

Llamó la atención en el hecho que en diciembre de 2007 ejercieron como tesoreros del departamento tres distintas personas, entendiendo que ello obedeció a las dificultades que se presentaron en dicho mes, al punto que por ese entonces la Asamblea Departamental hizo debates públicos al Gobernador por los gastos en que estaba incurriendo al comprometer altas sumas de dinero en sus últimos días de gestión; que era tan complicada la situación contractual y financiera de la Gobernación que terminando diciembre, el tesorero designado para asumir a partir de enero de 2008 recibió una llamada de la funcionaria del Ministerio de Hacienda Cláudia Villa, quien le dijo que a su llegada era menester evitar el pago de los contratos que estuvieran pendientes de la anterior administración. Indicó que fue la misma funcionaria quien se comunicó directamente con el Banco Popular para que no se pagaran unos cheques, girados en cuantías cercanas a los 8000 millones de pesos.

Refirió que, a su llegada procuró conocer el personal de la dependencia a su cargo, quienes en gran medida eran de carrera administrativa, contando apenas con la facultad de designar los secretarios de despacho y otros cargos de libre nombramiento y remoción, celebrando permanentes reuniones con los líderes de los distintos procesos para impulsar su gestión.

Indicó que la Tesorería dependía de la Secretaría de Hacienda, siendo ambos cargos de suprema relevancia para la Gobernación, motivo por el que tenían comunicación y relación

directa con él. Para el primero de los citados oficios designó a Luis Angulo, con quien iniciaron la gestión encaminada a darle un tinte privado al manejo administrativo de la entidad, que por la incapacidad económica de asumir las obligaciones pendientes estaba en el trámite de la Ley 550, por lo que además, existía un comité al que se rendía cuenta de cada actividad.

Calificó a la Secretaría de Salud como una rueda suelta en la administración al momento de su ingreso, situación que lo motivó a imprimirle mayor cuidado y que también extendió a la Tesorería, particularmente en la gestión de los contratos que tenía a su cargo, donde se hallaron entre dos y tres cajas de cuentas pendientes de pago, algunas de ellas sin los respectivos soportes para autorizar los desembolsos, particularmente, unas en las que no existían actas de entrega, situación que resultaba alarmante en la medida que estaban listas para efectuar el pago, el cual no se podía realizar ante la ausencia de tales fundamentos, siendo unas de ellas las relacionadas con la adquisición de productos para mitigar el impacto de la ola invernal de 2007.

Sobre los contratos que propiciaron los eventos por los que ahora se le juzga, indicó que entre ellos había uno de transporte para la entrega de los insumos en los municipios afectados por la ola invernal, el cual desapareció de las dependencias de la administración y tras un tiempo cercano a cuatro meses, apareció en la Contraloría Departamental,

agregando que jamás se intentó efectuar cobro alguno porque en realidad no se había efectuado ningún transporte.

Resaltó que en las adquisiciones se indicó que el sitio de entrega era las dependencias de la Gobernación, sin que ello hubiera sido materia de algún tipo de modificación, razón por la que siempre tuvo vigencia tal cláusula.

En su concepto, se pretendía defraudar a la Gobernación, aprovechando su ingreso como Gobernador para efectuar el cobro y obtener el pago de algo que no había sido entregado.

Llamó la atención en que se hubiera destinado un rubro tan elevado para atender a los afectados con la ola invernal, cuando para el año 2008 se asignaron apenas cien millones de pesos para este tipo de eventualidades, pero especialmente, porque fue testigo directo de las actividades desplegadas desde distintos órganos del nivel central que apoyaron y atendieron a las poblaciones de la región, logrando la satisfacción de sus necesidades en el curso de la situación de emergencia, al punto que la misma fue superada con prontitud.

Indicó que Fabio Castellanos, quien bajo su administración se desempeñó como Secretario del Interior, a la postre yerno de Libardo Simancas, tuvo una discusión con el tesorero entrante, increpándolo vehementemente para que efectuara el pago de las facturas, a lo que este le respondió que ello era imposible por la inexistencia de las actas de entrega, mismas que fueron obtenidas al poco tiempo, presumiendo

que ello fue gracias a su intervención. A este respecto, agregó que tales documentos venían firmados por la interventora y la almacenista, última que era sobrina política del Gobernador saliente, actas que al ser examinadas por el tesorero, le llamó la atención que las fechas de su elaboración no coincidían con las que debería tener y se encontraban en un formato que evidenciaba su manufactura en marzo de 2008, cuando aparecía registrado el ingreso en diciembre de 2007.

Sostuvo que esos hechos fueron denunciados a la Contraloría, Procuraduría, Fiscalía y Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, de donde se le sugirió liquidar los contratos de mutuo acuerdo, para lo cual citó a los contratistas, quienes no se presentaron a su despacho, situación que impidió adelantar tal trámite.

En repetidas oportunidades contó que los mercados por los que se le acusa jamás fueron entregados a la Gobernación y no tuvo conocimiento de su ubicación hasta el momento en que circuló una nota periodística en la que se denunciaba su existencia en unas bodegas del sector Manzanillo, a las que jamás tuvo acceso, comoquiera que se trataba de propiedad privada, con la que no se tenía ningún tipo de relación y que fue sólo a través de una orden judicial y con intervención del Cuerpo Técnico de Investigación que en agosto de 2008 se pudo saber que, en efecto, allí se encontraban unos mercados que al parecer eran aquellos por los que estaba siendo requerido.

Precisó que, bajo la dirección del abogado penalista contratado por la Gobernación, se denunció ante la Fiscalía General de la Nación a la interventora de los contratos y a la almacenista de la Secretaría de Salud, pero que dicho profesional abandonó su gestión porque estaba siendo amenazado, al parecer por las actividades que estaba desarrollando a su servicio. Aclaró que ante la Fiscalía se constituyó como víctima y allí se enteró que los mercados fueron comprados en Makro a finales de febrero de 2008.

Refirió que por la falsedad en las actas de entrega, en primera instancia se condenó a la interventora y a la almacenista de la Gobernación, decisión que fue revocada por el Tribunal Superior de esa ciudad y casada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al ratificar la condena inicialmente impuesta. A esa decisión sumó el hecho que las bodegas de Manzanillo no fueron alquiladas sino hasta febrero de 2008, pero nunca se permitió el acceso a dicho inmueble, solamente hasta el momento en que un funcionario del CTI con orden judicial y acompañado de personal de la oficina jurídica de la Gobernación practicó un allanamiento en agosto o septiembre de 2008.

Afirmó que la asesoría que recibió de los abogados de la Gobernación, de la Procuraduría y de la Presidencia, era que no se podía proceder con el pago de los contratos, en primer lugar, porque esa es una actividad propia del tesorero, y en segundo término, porque de hacerlo se estaría pagando algo

que no existió y que por esa misma circunstancia, le era imposible entregar.

Indicó que la presión que tuvo para la época fue muy fuerte al punto que fue amenazado, circularon notas en medios de comunicación y se procuró a ultranza lograr el pago de los contratos, pero él no tenía la posibilidad material ni jurídica de cumplir este requerimiento, no los tenía bajo su custodia, máxime que las poblaciones afectadas ya habían sido atendidas por los órganos nacionales.

En el contrainterrogatorio reiteró las afirmaciones antes expuestas y frente a las actividades de los entes de control y judiciales indicó que sí conoció del aval de legalidad otorgado por la Contraloría a la declaratoria de emergencia, refiriendo que si se dijo algo con relación a las mercancías, era porque algunas sí se recibieron en el almacén de la Secretaría de Salud, mismas que él dispuso entregar.

Desconoció el requerimiento que suscribió el entonces Fiscal General de la Nación Mario Iguarán, y aceptó haber revisado la respuesta del asesor jurídico de la Presidencia de la República Edmundo del Castillo, quien sugirió buscar la forma de dar por terminados los contratos en mutuo acuerdo, lo que intentó, pero no logró por la imposibilidad de ubicar a los contratistas.

Mantuvo su postura relacionada con la imposibilidad de acceder a las bodegas privadas del sector Manzanillo,

agregando que, de entrar sin autorización del propietario, constituiría una violación a las garantías de su titular, acto que está vedado a las autoridades administrativas.

De cara al trámite cumplido ante el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, indicó que tuvo conocimiento de su existencia, para lo cual designó al grupo jurídico de la Gobernación, que allí se debatía el cumplimiento a los contratos de la emergencia del año 2007, pero que fueron los profesionales del Derecho contratados por la Gobernación quienes asumieron dicho proceso. Desconoció los documentos emanados del referido despacho judicial y reiteró que para tal efecto fue que se designaron los abogados que asumieron el trámite, quienes entre otras actuaciones recusaron a la funcionaria a cargo, quien había sido directora jurídica de la misma Gobernación en el mandato de Libardo Simancas, pero que desconoce la suerte de tal procedimiento.

Frente a las órdenes de entrega que le fueron impartidas, indicó que era una tarea de la Gobernación, por lo que se libró un comunicado para proceder con la entrega de los medicamentos que se encontraban en el almacén de la Secretaría de Salud, como en efecto ocurrió.

La precedente reseña probatoria le permite a la Sala constatar que se pretendió mostrar el cumplimiento de los contratos suscritos por la Gobernación de Bolívar en diciembre de 2007, diligenciando actas de recibo de los elementos que resultaron falsas.

En efecto, se parte de la premisa que mediante fallo de casación de 10 de mayo de 2017, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (radicación 45147), casó el fallo absolutorio emitido por el Tribunal Superior de Cartagena en favor de BETTY DEL CARMEN MERCADO BARRIOS y LUNELA PALIS VIANA, para en su lugar, recobrar vigencia la sentencia de condena proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad que las halló responsables del delito de falsedad ideológica en documento público, al imponerles las penas de cincuenta (50) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

La Corte Suprema de Justicia al conocer de las demandas casacionales promovidas por los representantes de la Fiscalía y la Procuraduría, así como por la apoderada de la Gobernación de Bolívar como parte civil, contra la sentencia de segundo grado de 21 de mayo de 2014, una vez que rechazó el libelo elevado por el delegado del ente investigador, al conocer de las restantes demandas y escuchado el concepto del Ministerio Público, destacó la inconsistencia relativa a que firmados los contratos el 24 de diciembre de 2007, aparecía el 27 del mismo mes BETTY MERCADO BARRIOS, Coordinadora del Programa de Urgencia, Emergencia y Desastres del Departamento de Bolívar, e interventora de los mismos, certificando haber recibió a satisfacción y en su totalidad los insumos para atender a los damnificados, en tanto que LUNELA PALIS VIANA, como Jefe de Bodegas de la Secretaría de Salud Departamental, certificó que el 30 y 31 del citado mes habían

ingresado las mercancías objeto de los contratos al Almacén de la Gobernación en el edificio de Asistencia Social.

Para la Sala de Casación Penal, ese trastocamiento del orden de las cosas al aparecer en primer momento la interventora recibiendo las mercancías, para luego hacerlo la jefe del almacén, comparando el contexto de los hechos, denotaba que se quiso adulterar la verdad, ya que las bodegas del sector de *Manzanillo*, según los contratos de arrendamiento y los recibos de pago de los respectivos cánones, así como la declaración de la propietaria del inmueble denotaban que fueron tomadas en febrero de 2008 solo por uno de los contratistas (*Gestocoop*), desvirtuándose así que para diciembre de 2007 la mercancía adquirida por la gobernación hubiera efectivamente ingresado.

Por eso concluyó que las procesadas alteraron la verdad en las constancias expedidas, pues *“La premura con que se obró denota que en vez de tratar de atender a los damnificados, ya que solo obran cuatro constancias de entrega de ayudas a los municipios de San Cristóbal, Calamar, Soplaviento, se buscó proteger y amparar los intereses de los contratistas para que apareciera como si toda la mercancía adquirida mediante los contratos de 24 y 27 de diciembre de 2007 fue efectivamente entregada el 27 de diciembre, según la interventora BETTY DEL CARMEN MERCADO BARRIOS o los días 30 y 31 según la almacénista LUNELA PALIS VIANA.*

Y ello se dio ante el cambio de administración el 1º de enero de 2008, constancias que como documentos públicos servían de prueba y tenían efectos jurídicos para que los contratistas (sic) demostraran haber cumplido con el objeto contratado y obtener por ello el pago de los contratos”

Lo anterior permite denotar que no se trató simplemente de una inconsistencia documental en las actas de recibo, sino de la construcción total de un documento que daba cuenta del ingreso a la custodia de la Gobernación de la integridad de los insumos adquiridos desde diciembre de 2007, situación que se pretendió remediar mucho tiempo después con la disposición de un elevado número de mercados en las bodegas alquiladas por los contratistas.

Y si bien para la Fiscalía tal situación debió ser solventada por el acusado en su condición de Gobernador a través de la entrega de dichas mercancías, no resulta dable tal exigencia toda vez que no se puede dar por sentada la entrega de los bienes a la Gobernación, cuando a este respecto no obra evidencia alguna que dé cuenta de ello, distinta al testimonio de las señoras Betty del Carmen Mercado Barrios y Lunela Palis Viana a quienes no se les puede brindar el crédito que pretende la Fiscalía, por la potísima razón que las demás pruebas desmienten su dicho.

Como lo advirtió la defensa, no solo con la decisión condenatoria de la Sala de Casación Penal en contra de las citadas funcionarias de la Gobernación se sustenta la

mendacidad relacionada con el ingreso de estos bienes en diciembre de 2007, sino con las pruebas aquí practicadas e incorporadas, de donde se estableció que las bodegas en donde se depositaron los mercados que se desperdiciaron, fueron tomadas en arrendamiento tan solo en febrero de 2008, y que a partir de ese momento comenzaron a ingresar los víveres, medicamentos e implementos de aseo a tales inmuebles.

No resulta válido para efectos de atribuir responsabilidad al enjuiciado que la Fiscalía con apoyo en los documentos provenientes de la Contraloría Departamental y del Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, indique que le era exigible a BERRÍO VILLAREAL el buscar a los contratistas para surtir la liquidación de los contratos y que procediera con la entrega de los mercados a las poblaciones afectadas, pues el incumplimiento en los tiempos de entrega provenía de los mismos contratistas, y no correspondía al ente territorial velar por la ubicación de sus proveedores, sino que eran éstos quienes debían informar los pormenores de lo sucedido y ejecutar los actos propios de lo convenido.

En ese entendido, para la Sala encuentra asidero el reparo defensivo relacionado con que se pretendió salvaguardar el erario evitando que se tramitara un pago a la luz de unos contratos que no se habían ejecutado.

Y si bien probatoriamente se acreditó que sí existieron alertas y órdenes que imponían al acusado una acción positiva frente a los bienes tantas veces referidos, ya que la Contraloría

Departamental practicó una visita de inspección a las bodegas en donde se almacenaron los insumos y alertó sobre la proximidad en el vencimiento de algunos comestibles y medicamentos allí depositados, así como también el Juzgado Décimo Administrativo le ordenó hacer entrega de tales bienes, y el otrora Fiscal General de la Nación Mario Iguarán, cuando requirió a dicho servidor para que evitara la pérdida de estos víveres y enseres, ello debe examinarse en el contexto total de la situación, escenario en el que coincide esta Sala con el planteamiento del delegado del Ministerio Público, en el entendido que no se vislumbra la configuración del tipo subjetivo del delito de *prevaricato por omisión*.

Aunque se está frente a un hecho que se adecua de forma objetiva al tipo penal en comentario bajo el verbo rector omitir, dado que JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL dejó pasar el tiempo sin acatar las directrices, advertencias y órdenes que provenían de los entes judiciales y de control y en tal medida razón le asistiría a la Fiscalía en el planteamiento de cierre que apunta a la determinación de tipicidad a partir de la verificación de la existencia y ubicación de los mercados a disposición de la Gobernación de Bolívar, no sucede lo mismo respecto de la tipicidad subjetiva, porque el prevaricato omisivo es una conducta penal esencialmente dolosa en la cual se exige que el sujeto activo conozca y quiera su realización, es decir, se demanda que el funcionario haya decidido agotar los elementos del tipo a sabiendas de su ilicitud y con total desprendimiento de sus deberes legales.

Es aquí donde falló la actividad probatoria de la Fiscalía General de la Nación, porque a este respecto no trajo ninguna evidencia que diera cuenta que esta conducta respondió a la deliberada intención de obviar el cumplimiento al deber del gobernador de atender las víctimas de la ola invernal o de desatender caprichosamente el cumplimiento de los contratos por la rivalidad política que pudiera tener con su antecesor u otros líderes de la comunidad.

Contrario a ello, los testigos que acudieron al juicio fueron enfáticos en señalar que existió una revisión permanente del cumplimiento al objeto contractual, que hubo preocupación de JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL por la posible defraudación que se estaba gestando, y que ante todo procuró sanear estas inconsistencias, lo que no fue posible por la actitud de los contratistas y los medios empleados para hacerse al pago.

No desconoce la Corte que era jurídicamente viable provocar la entrega de los mercados por parte de los contratistas y proseguir con la disposición a sus destinatarios, contando con la posibilidad de conciliar más adelante los inventarios y cobros derivados de tal suministro, sin embargo, tampoco se llega a la definición del dolo indispensable para condenar, no solo porque en principio ello se podría mostrar como una aprobación de la aparente ilicitud precedente, sino porque el curso regular del contrato así no se lo exigía.

Ni siquiera como una ligereza administrativa concibe esta Corporación el comportamiento del acusado BERRÍO VILLAREAL, más bien como una respuesta porfiada a lo que se estaba poniendo ante sí, amparado por una parte en lo que entendió como una respuesta admisible a una posible ilegalidad y el concepto que recibió de quienes le brindaron asesoría jurídica.

En tal sentido la postura del acusado se ajusta a aquella según la cual el delito no puede ser fuente de derechos, por eso, partiendo de falsedad de las actas de recibo de las mercancías, no se podían derivar válidamente derechos de los contratistas, pues proceder a la entrega de los elementos que formalmente no ingresaron a la administración, sería avalar o cohonestar las irregularidades que mediaron en tal entrega de los insumos.

Por eso, esta Sala Especial concluye que, a pesar de que el ex Gobernador de Bolívar JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL en forma directa obvió adelantar las gestiones para lograr la entrega de los mercados de cuya existencia conoció, no lo hizo guiado por una decisión pueril o intransigente de su parte, sino por el fundado convencimiento que tuvo acerca de la inviabilidad de hacerlo ante la ausencia de entrega de los bienes y la que comprendió, fue una imposible tarea de procurar su recibo, lo cual desdibuja el dolo que le fue enrostrado por la Fiscalía en la acusación.

Así, al no encontrar acreditado el ingrediente subjetivo del tipo, deriva en la declaratoria de inocencia a favor de JOACO

HERNANDO BERRÍO VILLAREAL por el cargo que le fue atribuido y así se procederá.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia emite sentido de fallo de carácter absolutorio en favor de JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL en relación con el delito de *prevaricato por omisión* que le atribuyó en la acusación la Fiscalía General de la Nación.



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Presidente



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario