



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

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

SEP 057-2023

Radicación N° 47557

Aprobado mediante Acta No. 47

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Agotada la audiencia de juicio oral y luego de anunciar el sentido del fallo de inocencia, procede la Sala a dictar la sentencia absolutoria en favor del ex gobernador del departamento de Guaviare JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA, acusado por la Fiscalía General de la Nación como autor de los delitos de *falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y prevaricato por acción*.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

1.- Con la práctica probatoria del juicio oral se pudo establecer que, como gobernador del Departamento de Guaviare para el período constitucional 2012 - 2015, el 18 de abril de 2012 JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA emitió la resolución administrativa 648, con la que modificó el perfil del cargo de *Asesor del Despacho del Gobernador –Código 105 Grado 02–*, adicionando al mismo las profesiones en áreas de la salud y amplió la experiencia establecida en el Manual de Funciones de la entidad, sin cambiar las funciones establecidas desde la Resolución 544 de 29 de agosto de 2007 que en general, estaban vinculadas a actividades administrativas y de asesoría en obras. Las nuevas condiciones se ajustaban a las acreditadas por la enfermera Bertha Sofía Díaz Quevedo, quien fue nombrada en el referido empleo mediante la Resolución 653 de ese mismo día, para suplir la licencia de maternidad que se otorgó a la titular del cargo Viky Liliana Latorre Rosas. Aquella tomó posesión el 1° de mayo de 2012 y ejerció hasta el 29 de julio de 2012.

Para la Fiscalía, con lo anterior, resultó trasgredido el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 que consagra la prohibición de nombrar o elegir para el desempeño de cargos públicos a personas que no cumplan los requisitos constitucionales o legales.

2.- El 24 de agosto de 2012, la secretaria de salud con funciones delegadas de gobernadora Oveida Parra Novoa, a

instancia de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA expidió el Decreto 0175, con el que nombró nuevamente a Bertha Sofía Díaz Quevedo como *Asesora del Despacho del Gobernador*. Ésta tomó posesión el 3 de septiembre del mismo año.

3.- El 6 de septiembre de 2012, RIVERA MONCADA a través de la resolución 1768 delegó en Bertha Sofía Díaz Quevedo las funciones de atender los actos jurídicos, administrativos, fiscales o en los que interviniera o fuera parte el departamento de Guaviare y la facultó para notificar estos actos a los órganos de control, autoridades militares y demás entidades de carácter público o privado del orden nacional o internacional.

4.- Con las resoluciones 1784 y 1785 del 11 de septiembre de 2012, el procesado autorizó a Bertha Sofía Díaz Quevedo comisión, gastos de viáticos y transporte en cuantía de \$1.150.597.00, para trasladarse a Bogotá del 17 al 21 de septiembre, del 1° al 10 de octubre; y del 15 de octubre al 1° de noviembre de 2012, con el propósito de realizar visitas institucionales, trámites y actuaciones ante las diferentes instancias del Gobierno Nacional, organizaciones no gubernamentales y Organismos de Cooperación Internacional, función que ya había sido delegada en la Resolución 1768 del mismo mes y año; asimismo, se indicó que no devengaría viáticos y pasajes por los meses de octubre y noviembre del 2012 al desplazarse en vehículo particular.

5.- Bertha Sofía Díaz Quevedo solo presentó informe del cumplimiento de la comisión conferida a Bogotá del 17 al 21 de septiembre de 2012, contraviniendo así el artículo 81 del Decreto 1950 de 1973.

6.- A través de la Resolución 2578 de 14 de diciembre de 2012, RIVERA MONCADA legalizó los gastos de viáticos y transporte por valor de \$1.150.597.00, por el traslado de Bertha Sofía Díaz Quevedo a Bogotá los días 17 a 21 de septiembre de 2012 y ordenó el reintegro de \$11.960.00, diferencia que resultó de los soportes que presentó la funcionaria por el valor de \$1.138.637.00.

Así, por salarios el departamento le pagó a la citada servidora: \$2.528.956,00 en septiembre, \$2.709.667,00 en octubre y \$2.709.667,00 en noviembre de 2012, más el ya citado \$1.138.637,00 de viáticos y transporte, para un total de \$9.086.927,00, monto en el que la Fiscalía calculó el detrimento patrimonial ilícito sobre el que se extendió la conducta del procesado.

7.- Sin mediar permiso, durante el período comprendido entre el segundo semestre de 2012 y el segundo de 2013, Bertha Díaz adelantó y aprobó estudios en la facultad de derecho de la Universidad la Gran Colombia de Bogotá.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Se trata de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA, identificado con cédula de ciudadanía número 18.223.430 de

San José del Guaviare (Guaviare), nacido el 3 de julio de 1973 en San José del Guaviare (Guaviare). Su profesión es enfermero y fungió como gobernador departamental entre los años 2012 y 2015.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. Vinculación procesal

El 20 de enero de 2016, 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 General de la Nación le atribuyó JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA la autoría en los delitos de *falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y prevaricato por acción*, cargos que no fueron aceptados por el imputado.

3.2. De la acusación

El 12 de febrero de 2016, se radicó escrito de acusación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cumpliéndose el 19 de abril siguiente la audiencia de formulación de acusación en la cual, luego de reconocer a la Gobernación de Guaviare la condición procesal de víctima, la Fiscalía le atribuyó a RIVERA MONCADA la incursión en las conductas punibles ya citadas.

El primer cargo por el punible de *falsedad ideológica en documento público*, lo soportó en que, las resoluciones 1768 de 6 de septiembre, 1784 de 11 de septiembre, 1785 de 11

de septiembre de 2012 y 2578 de 14 de diciembre de 2012, contenían información que no correspondía a la realidad.

El ilícito de *peculado por apropiación*, porque gracias al comportamiento del acusado, Bertha Sofía Díaz Quevedo se apropió de \$9.086.927.00 del erario.

Y el delito de *prevaricato por acción* en que, al modificar los requisitos del cargo de *Asesor del Despacho del Gobernador* para que se ajustaran al perfil de la enfermera Bertha Sofía Díaz Quevedo y de esta manera poder nombrarla en el mismo, contrarió los artículos 4° y 95 de la Constitución Política, 34, numeral 11, 35 numerales 1° y 15 de la Ley 734 de 2002 y el 01 del Decreto 1647 de 1967. Mientras que con las resoluciones 648 y 653 del 18 de abril de 2012, contravino el artículo 209 constitucional y los principios de la función pública contenidos en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011.

3.3. Audiencia preparatoria

Fue instalada el 2 de febrero de 2017 y continuó el 20 de junio de la misma anualidad cuando la Sala de Casación Penal resolvió las solicitudes probatorias.

Ante la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, la actuación fue remitida a esta Sala Especial de Primera Instancia el 14 de agosto de 2018.

3.4. El juicio oral

Se desarrolló en sesiones de 18, 19 y 20 de octubre de 2022.

3.4.1. Teorías del caso

1.- **La Fiscalía** se comprometió a demostrar los hechos materia de acusación y señaló que JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA vulneró la fe y administración públicas.

Ofreció dejar claro que en la Resolución 648 de 2012 no se modificaron las funciones de asesoría en obras ni las administrativas propias del cargo en el que fue nombrada Bertha Sofía Díaz Quevedo y que, al advertir las inconsistencias entre su perfil profesional y las exigencias del mismo, con Resolución 1768 del 6 de septiembre, JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA le delegó funciones jurídicas y administrativas.

Aseguró demostrar que las resoluciones aprobatorias de la asignación de comisiones, viáticos y transporte, reñían con la realidad derivada de la constancia de la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia de Bogotá, al dar cuenta que la citada servidora adelantó estudios bajo modalidad presencial entre el segundo semestre de 2012 y el segundo de 2013, lo cual deduciría también el detrimento al erario, no solo porque no se demandaba la emisión de tales actos administrativos, sino porque el salario que ella devengó, fue injustificado.

Y que acreditaría que al expedir las resoluciones 648 y 653 de 2012, el aforado incurrió en el delito de *prevaricato por acción*, al ser manifiestamente contrarias a la normatividad vigente, buscando solo favorecer a su amiga y compañera, como lo demostraría con los testimonios de los denunciantes y de la ex funcionaria Viky Liliana Latorre Rosas.

Para sustentar que el segundo nombramiento de Bertha Sofía Díaz Quevedo fue determinado por el acusado, ofreció el testimonio de la gobernadora encargada Oveida Parra Novoa, quien firmó tal acto administrativo.

Y también prometió el testimonio de Bertha Sofía Díaz Quevedo para conocer su relación con el exgobernador, las circunstancias en que fue nombrada, sus funciones, sitio de trabajo y vinculación como estudiante de Derecho en la Universidad la Gran Colombia.

Dijo que con el servidor de la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Guaviare, Orlando Enrique Bernal Souza y la exsecretaria administrativa, Diana María López Rentería, dejaría en evidencia la vinculación laboral de Bertha Sofía Díaz, sus comisiones, pagos y presencia en las instalaciones.

2.- La defensa se abstuvo de presentar teoría del caso

3.4.2. Estipulaciones probatorias

Las partes acordaron dar por probado y, por ende, excluir de cualquier debate los siguientes hechos:

1.- La identidad del acusado.

2.- La calidad foral de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA como Gobernador del Guaviare, cargo que ocupó del 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.

3.- La expedición de la Resolución 0648 de 18 de abril de 2012 por medio de la cual se agregó al perfil del cargo de *Asesor de Despacho del Gobernador*, código 105, grado 02, la profesión en áreas de la salud.

4.- La expedición de la Resolución 0653 de 18 de abril de 2012 por medio de la cual el acusado nombró a BERTHA SOFÍA DÍAZ QUEVEDO en el cargo de *Asesora del Despacho del Gobernador*, por licencia de maternidad de la titular del cargo.

5.- Que mediante resoluciones 0262 de 2006, 544 de 2007 y 2232 de 2010, se fijaron los requisitos y funciones del cargo de *Asesor código 105, grado 02*, señalándose en la última, como requisito de estudio: título profesional en derecho, administrador público, administrador de empresas, ciencias económicas, financieras y negocios internacionales.

6.- Que con la Resolución 0173 de 23 de agosto de 2012, expedida por Oveida Parra Novoa, Secretaria de Salud en calidad de Gobernadora encargada, declaró insubsistente a Viky Liliana Latorre Rosas del cargo de Asesora del Gobernador, código 105, grado 02, nivel Asesor.

7.- Que mediante Decreto 0175 de 24 de agosto de 2012, como Gobernadora encargada, Parra Novoa nombró a Bertha Sofia Díaz Quevedo en el cargo de Asesor del Despacho del Gobernador, código 105, grado 02, nivel Asesor, con una asignación básica mensual de \$2.977.677,00.

8.- Que mediante Resolución 335 de 31 de agosto de 2012, expedida por el gerente del Hospital Rafael Uribe Uribe de Bogotá, se le otorgó comisión de servicios a Bertha Sofia Díaz Quevedo.

9.- Que el enjuiciado profirió la Resolución 01768 de 6 de septiembre de 2012, por medio de la cual delegó a Bertha Sofia Díaz Quevedo, *Asesor del Despacho del Gobernador*, la facultad de notificación de los actos en los que interviniera o fuera parte el departamento del Guaviare y que debieran surtirse en Bogotá ante órganos constitucionales de control, autoridades militares y demás entes y entidades de carácter público o privado, del orden nacional o internacional.

10.- Que el 11 de septiembre de 2012, RIVERA MONCADA profirió la resolución 01784 por la que autorizó gastos de viáticos y transporte a Bertha Sofia Díaz Quevedo,

con el fin de realizar visitas institucionales en Bogotá, en cumplimiento de la agenda del despacho del gobernador los días 17 a 21 de septiembre de 2012.

11.- Que el acusado expidió la Resolución 2578 del 14 de diciembre de 2012, por medio de la cual legalizó los gastos de viáticos y transporte a Bertha Sofia Díaz Quevedo para el cumplimiento de la agenda del despacho del gobernador de los días 17 a 21 de septiembre de 2012.

12.- Que Bertha Sofia Díaz Quevedo presentó el informe de la comisión para su desplazamiento a Bogotá de los días 17 a 21 de septiembre de 2012.

13.- Que la gobernación del Guaviare pagó a Bertha Sofia Díaz Quevedo, como producto de la relación laboral, por los meses de septiembre, octubre y noviembre y por la comisión a Bogotá de los días 17 a 21 de septiembre de 2012, la suma de \$9.086.927,00.

14.- Que RIVERA MONCADA suscribió la Resolución 0197 de 1° de febrero de 2013, por la cual autorizó el desplazamiento de la Asesora del Despacho del Gobernador Bertha Sofia Díaz Quevedo, con el fin de realizar asuntos oficiales en Bogotá los días 4 al 8 de febrero de 2013.

15.- Que el enjuiciado emitió la Resolución 370 de 25 de febrero de 2013, aceptando la renuncia de Bertha Sofia Díaz Quevedo, al cargo de Asesor del Despacho del Gobernador, a partir del 25 de febrero de 2013.

16.- Que el profesional universitario de la Secretaría Administrativa de la gobernación del Guaviare, Orlando Enrique Bernal Souza certificó el tiempo de servicio y sueldos pagados a Bertha Sofia Díaz Quevedo, del 1° de mayo al 29 de julio de 2012 y del 3 de septiembre de 2012 al 28 de febrero de 2013.

17.- Que el acusado expidió el Decreto 020 de 1° de febrero de 2014, por el cual nombró a Bertha Sofia Díaz Quevedo en el cargo de Secretario de Gobierno, código 020, grado 02 nivel directivo.

18.- Que, para su posesión, Bertha Sofia Díaz Quevedo presentó documentos, incluidos fotocopia de su cédula de ciudadanía, diploma de grado y tarjeta profesional de enfermera.

19.- Respecto del nombramiento y desempeño del cargo de Bertha Sofia Díaz Quevedo, la Contraloría Departamental del Guaviare formuló los hallazgos: disciplinario N°09 del 12 de mayo de 2014 y fiscal N° 5 por \$7.496.690.71 del 4 de abril de 2014.

20.- Producto del hallazgo fiscal N° 5 por \$7.496.690.71 del 4 de abril de 2014, en auto del 4 de diciembre de 2014, la Contraloría Departamental del Guaviare imputó cargos de responsabilidad fiscal N° 006-14 en contra de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA y Bertha Sofia Díaz.

21.- Mediante auto N° 002-15 de 26 de mayo de 2015, proferido por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, confirmado mediante Resolución N° 058 del 2 de junio de 2015, suscrita por el Contralor Departamental del Guaviare, se dispuso el archivo por pago en favor de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA y Bertha Sofía Díaz Quevedo.

22.- Que la Universidad la Gran Colombia-Sede Bogotá, certificó que Bertha Sofía Díaz Quevedo fue estudiante activa de pregrado en la modalidad presencial de la Facultad de Derecho desde el período académico 2012-2 y se encontraba activa como estudiante en los períodos 2014-1 y 2015-4. En el período 2012-2 cursó y aprobó 20 créditos académicos en horario de lunes a viernes desde las 18:00 hasta las 22:00 horas y los sábados desde las 09:00 hasta las 13:00 horas.

23.- Que en las dependencias de la gobernación del Guaviare no existían registros de control de horarios según informó la Secretaría Administrativa el 13 de noviembre de 2015.

24.- Que en sesión de la Asamblea Departamental del Guaviare del 30 de abril de 2013, se cuestionó el nombramiento de Bertha Sofía Díaz Quevedo.

25.- Que en cumplimiento de sus funciones, Bertha Sofía Díaz Quevedo asistió a reuniones en: Sistema Nacional de Juventud “Colombia Joven” el 19 de septiembre de 2012,

según Oficio OF115-00088537/JMCS 110600 del 6 de noviembre de 2015; con asesores de la Vicepresidencia de la República, el 20 de septiembre de 2012 según oficio OF115-00088606/JMSCS 100100 del 6 de noviembre de 2015 suscrito por Santiago Morales, Asesor de la Presidencia de la República; y con la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer el 21 de septiembre de 2012 según oficio OF115-00088741/JMCS 110400 del 9 de noviembre de 2015 suscrito por Martha Esperanza Ordóñez Vera.

26.- Que la Oficina de Transporte Aéreo de la Aeronáutica Civil, con Oficio N° 1062.193.1-2015044943 del 27 de octubre de 2015, informa que la aerolínea que cubre la ruta Bogotá-San José del Guaviare es SATENA y sus frecuencias son un vuelo los días lunes, miércoles y sábado.

27.- Que la Aerolínea SATENA, que cubre la ruta Bogotá-San José del Guaviare, al relacionar los vuelos tomados por Bertha Sofía Díaz Quevedo entre el segundo semestre de 2012 y el primero de 2013, reporta el vuelo 8736 en la ruta Bogotá-San José del Guaviare el 16 de febrero de 2013, San José del Guaviare-Bogotá el 18 de febrero de 2013 y San José del Guaviare-Bogotá el 10 de julio de 2013, relacionando las frecuencias enero-diciembre de 2012 y enero-julio de 2013.

28.- A Bertha Sofía Díaz Quevedo no se le realizó pago alguno por concepto de viáticos durante los períodos 1 al 10 de octubre y del 15 de octubre al 1 de noviembre de 2012,

conforme certificó el tesorero General de la Gobernación del Guaviare con oficio sin número del 29 de agosto de 2014.

29.- Con auto de fecha 22 de septiembre de 2014, el Procurador Regional del Guaviare ordenó seguir la investigación disciplinaria N°1798-IUS-2013-314691 contra Bertha Sofía Díaz Quevedo por el procedimiento verbal y la citó para audiencia pública.

30.- Que la gobernación del Guaviare obtuvo el reintegro de los dineros embargados por la Contraloría a Bertha Sofía Díaz Quevedo en cuantía de \$7.496.691.00.

3.4.3. Alegaciones Finales

1.- La Fiscalía pidió sentencia condenatoria en contra del enjuiciado conforme a los cargos contenidos en la acusación.

Afirmó haber demostrado su teoría del caso al establecer que, para favorecer a su amiga y compañera universitaria Bertha Sofía Díaz Quevedo, JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA incurrió en un típico caso de corrupción, nombrándola en un cargo para el que no estaba calificada, asintiendo el pago de sus salarios y otorgándole comisiones de servicios para desplazamientos inexistentes.

1.1. Respecto del delito de *falsedad ideológica en documento público* indicó que, a partir del nombramiento de Bertha Sofía Díaz Quevedo como *Asesora del Despacho* de la

Gobernación, firmado por la gobernadora encargada Oveida Parra Novoa, —quien declaró haberlo signado acatando instrucciones del acusado—, derivaron las siguientes irregularidades:

i) La Resolución 1768 delegó en Bertha Díaz la facultad de notificación de actos en los que interviniera o fuera parte el departamento del Guaviare ante órganos constitucionales de control, autoridades militares y demás entidades de carácter público o privado, del orden nacional o internacional que debieran surtirse en Bogotá, no obstante, mediante Resolución 1784 se autorizó comisión y gastos de viáticos y transporte para su desplazamiento a la ciudad capital entre el 17 y el 21 de septiembre de 2012, con el fin de realizar visitas institucionales en cumplimiento de la agenda del despacho del gobernador en esos días, facultad que resultaba redundante.

ii) A pesar de que en la resolución se dispuso que el desplazamiento de la comisionada lo realizaría “*Via Aérea y Terrestre, los días 17 al 21 de septiembre de 2012*”, solamente se tiene conocimiento de tres vuelos efectuados por aquella en la ruta entre Bogotá a San José del Guaviare en el año 2013, lo cual descarta el acato a lo allí dispuesto.

iii) La Resolución 1785 autorizando el desplazamiento de la *Asesora* a Bogotá entre el 1° y 10 de octubre y del 15 de octubre al 1° de noviembre de 2012, para adelantar trámites y actuaciones ante las diferentes instancias del Gobierno Nacional, organizaciones no gubernamentales y Organismos de Cooperación Internacional coincide con lo autorizado

mediante resolución 1768. A pesar de esta alusión, descartó la falsedad atribuida en dicho acto administrativo, comoquiera que aquella no fue materia de incorporación.

iv) La Resolución 2578 legalizó los gastos de viáticos y transporte a Bertha Sofía Díaz Quevedo por su traslado a Bogotá del 17 al 21 de septiembre de 2012.

v) La citada servidora, debiendo presentar informes del cumplimiento a todas sus comisiones, solo lo hizo respecto de una.

vi) Al establecerse que la *Asesora del Despacho* sin contar con permiso para ello estudiaba derecho en Bogotá, carecían de sustento los actos administrativos de comisión, viáticos y transporte para desplazarse a esta ciudad.

Para la Fiscalía, como la autorización de las comisiones y viáticos era atribución de RIVERA MONCADA, residió en él la responsabilidad sobre los efectos de dichos actos administrativos.

Ante la carencia de registro de acceso y salida de los funcionarios a las dependencias de la Gobernación del Guaviare, señaló que solamente el jefe directo de Bertha Sofía Díaz Quevedo podía conocer los pormenores de sus movimientos y contrario al cumplimiento de tales deberes, permitió que ella mantuviera su residencia en Bogotá, cohonestando comisiones, viáticos y gastos de transporte a esta ciudad cuando se encontraba en la capital. Así, indicó que el gobernador conocía que los actos administrativos que

suscribió contenían y aprobaban situaciones contrarias a la realidad.

Y que la conducta del gobernador se explica en la intención de favorecer económicamente a su amiga, pues a pesar de ser consciente de la ilicitud, trató de justificar su presencia en Bogotá concediéndole comisiones para cumplir actividades en esta ciudad, aprobándole viáticos y transporte.

1.2. Respecto al delito de *prevaricato por acción*, señaló que el aforado profirió la Resolución 648 de 18 de abril de 2012, manifiestamente contraria a la ley al agregar, para el cargo de *Asesor del Despacho*, código 105, grado 02, como requisitos de estudio la profesión en áreas de la salud, con la única finalidad de nombrar a Bertha Sofía Díaz Quevedo, quien poseía título de enfermera, desconociendo así los principios descritos en los artículos 209 de la Constitución Política de Colombia y 3° de la Ley 1437 de 2011.

Que, incluso, Orlando Enrique Bernal Souza, profesional administrativo del área de Talento Humano de la Gobernación, afirmó que para modificar el perfil profesional del cargo no se agotó algún procedimiento ni estudio técnico, sino que se trató de una orden directa e inconsulta del Gobernador RIVERA MONCADA.

Y de la declaración de Diana María López Rentería, Secretaria Administrativa de la Gobernación para el año

2012, destacó que, si bien ella aseveró que la modificación del Manual de Funciones era una facultad discrecional del gobernador, tal laxitud no es absoluta cuando se deben respetar las premisas normativas ya citadas.

1.3. Tocante al delito de *peculado por apropiación*, expresó que la Gobernación del Guaviare pagó a Bertha Sofía Díaz Quevedo \$9.086.927 por salarios, viáticos y gastos de transporte autorizados por RIVERA MONCADA, sin que el reintegro que ella hiciera al departamento por \$7.496.691, desvanezca el punible, pues solo lo atenúa, conforme al artículo 401 del Código Penal.

Puntualizó que el acusado incurrió en la prohibición contenida en el numeral 15 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, consistente en “*Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos*” y actuó en contravía del artículo 01 del Decreto 1647 de 1967, que establece “*Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal*”, consintiendo la omisión de Bertha Díaz en dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas.

2.- Representante de víctimas

Coadyuvó la petición de la Fiscalía por estimar que en

el juicio se demostró que el Exgobernador incurrió en actuaciones constitutivas de los delitos enrostrados en la acusación.

Planteó que fue deliberada y arbitraria la modificación al perfil del cargo de *Asesor del Despacho*, pues las profesiones relacionadas con la salud no son afines con el mismo, obedeciendo únicamente al propósito de beneficiar a Bertha Sofía Díaz, quien luego de su posesión logró afectar al erario al aducir que ejercía sus labores, cuando realmente residía y estudiaba en Bogotá, máxime que el cargo reclamaba su presencia en San José del Guaviare y por más flexibilidad que tuviera la Universidad la Gran Colombia, era menester que estuviera permanentemente en Bogotá, lo que en efecto sucedió y dio lugar a que aprobara sus estudios.

Y que no se acreditó que la *Asesora* hubiera tenido frecuentes desplazamientos aéreos o terrestres entre San José del Guaviare y Bogotá, lo que aunado al estado de gravidez que presentó en aquella temporada, descartaba su permanente movilización entre ambas ciudades.

3.- Ministerio Público

También solicitó condenar al enjuiciado, porque al modificar el perfil del cargo que finalmente ocupó Bertha Sofía Díaz, contravino lo dispuesto en el numeral 18 de la Ley 734 de 2002 que prohíbe el nombramiento de alguien que no cumpla requisitos, así como el Decreto 1217 de 2005, al consagrar que una modificación a las condiciones debe

motivarse y fundarse en las necesidades del servicio, modernización o estudios técnicos.

Tras hacer similares consideraciones de la Fiscalía en cuanto a la demostración del nombramiento, funciones asignadas, comisiones y gastos autorizados a Bertha Sofía Díaz Quevedo, así como la presentación de un único informe de su parte sobre las comisiones concedidas, señaló que ello resulta incompatible con la constancia de la Secretaría de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, que da cuenta que cursó estudios desde el segundo período académico de 2012 y todo el 2013, pues es claro que no contaba con permiso para cumplir ese plan académico en Bogotá.

Que además se estableció que el ente territorial le pagó a la citada servidora la suma de \$9.086.927 correspondiente a los salarios de septiembre, octubre y noviembre de 2012 más los viáticos y transportes por desplazamientos a Bogotá, siendo que ella estudiaba en una universidad de esta ciudad en forma presencial, imposibilitándose el cumplimiento de sus funciones fuera de la que era su sede.

Afirmó que la responsabilidad en estas irregularidades le es atribuible al acusado, porque teniendo capacidad de comprensión y conciencia de antijuridicidad, actuó dolosamente contraviniendo el ordenamiento en procura de satisfacer un interés personal, mereciendo así un juicio de reproche.

4.- Acusado

Tras hacer un recuento personal y profesional, resaltó haber llegado a Gobernador acompañado de Dagoberto Hernández, siendo objeto de persecución durante los cuatro años de su gestión, lo cual incidió negativamente en los propósitos trazados para el ente territorial, al punto que enfrentó una revocatoria de mandato, demanda de su credencial y otras actuaciones disciplinarias, administrativas y penales.

Rememoró que en el año 2009 hubo una modificación al Manual de la Gobernación plasmando, como única exigencia para ser *Asesor del Despacho*, el ser profesional, por eso, en ese tiempo ocupó el cargo una enfermera y un año después, él mismo (el enjuiciado es enfermero de profesión), de ahí que consideró que Bertha Díaz era idónea para que lo acompañara en esa función, aclarando que ella no fue compañera de estudio, no tuvieron contacto durante sus años universitarios ni eran amigos, pues solo se conocieron cuando ella cumplía con su año rural.

Adujo que la modificación al Manual de Funciones era constante y que, en aras de incluir las profesiones de la salud para la asesoría del Despacho, luego de consultar sobre la legalidad de dicho cambio, lo ordenó con el respectivo trámite de los actos administrativos, ya que mediaba un visado por quien los proyectaba y los encargados de revisar su legalidad, sin que tal modificación hubiera obedecido a su imposición, sino a una constatación colectiva.

Explicó que las funciones del cargo consistían en servir de enlace y relacionarse con todas las dependencias, particularmente, con las Secretarías. Además, como él ya lo había desempeñado y conocía de las capacidades de Bertha Sofía Díaz Quevedo, le delegó algunas funciones en asuntos administrativos relacionados con la prestación de salud, cargo que es de tiempo completo, pero no exige la presencia permanente en la sede, sino en sitios ajenos a esta como los municipios del departamento y la ciudad de Bogotá.

Respecto a las comisiones, dijo que se trató de delegaciones para cumplir responsabilidades concretas, no para atender asuntos jurídicos, sino para notificarse de las decisiones con miras a mantener una clara información sobre los asuntos del departamento.

Resaltó que tanto en la Procuraduría como en la Contraloría fueron archivadas las actuaciones por estos hechos siendo Bertha Sofía Díaz Quevedo la destinataria final de esos procedimientos.

Destacó finalmente que sus actos se han ajustado a las normas y que siempre ha actuado con rectitud en procura de cumplir sus deberes y responder a los ciudadanos.

5.- Defensor

Solicitó absolver a su asistido ya que la Fiscalía no demostró los hechos y cargos contenidos en la acusación, por

demás, persisten dudas probatorias de la naturaleza ilícita de las conductas enrostradas.

Señaló que el Manual de Funciones y Competencias de la Gobernación del Guaviare fue adoptado el 15 de marzo de 2006, estableciendo unos requisitos de estudio y experiencia para el cargo de *Asesor del Despacho* consistentes en tener título profesional en arquitectura, ingeniería civil o afines, contar con registro profesional y un año de experiencia profesional, pero que la Fiscalía y el Ministerio Público confundieron los contenidos de los actos administrativos cuestionados y las funciones especiales de la Resolución 261 de 2006 con las de la Resolución 544 de 2007, porque en este caso se modificaron las condiciones para el cargo que ocupó Bertha Sofía Díaz Quevedo.

Que el Manual base es la Resolución 261 en la cual se fijó como propósito principal del citado cargo, el de asistir, aconsejar y asesorar al despacho del gobernador, introduciéndose las de prestar asesoría en mecanismos, soportes para la administración ciudadana y a la población en general para la toma de decisiones, así como asistir al gobernador en asuntos de su competencia, representarlo en reuniones, juntas o a las de carácter general convocadas por él, apoyarlo en los programas del Despacho, entre otras.

De la resolución calificada como prevaricadora, expresó que allí se agregó una profesión al perfil del cargo, al tiempo que se aumentó la experiencia para ser *Asesor del Despacho*,

lo que se acompasó con el Decreto 786 de 2005, sin contravenir alguna disposición normativa.

Explicó que el artículo 95 del Decreto 1227 de 2005, a pesar de no haber sido mencionado en la acusación, ordena un estudio a las reformas de las plantas de empleo, no así al Manual de Funciones de la entidad, situación que desdice de la necesidad de acatar las previsiones planteadas por el delegado de la Procuraduría General de la Nación, por eso, estimó que RIVERA MONCADA no incurrió en violación alguna a las disposiciones legales que regulan la fijación de requisitos para ocupar un cargo.

Que cuando el acusado nombró a Bertha Sofía Díaz Quevedo como *Asesora del Despacho* ya se había fijado la modificación, circunstancia que habilitaba el nombramiento, sin que sea dable reprocharle el punible de *prevaricato por acción*.

A su turno, dijo que la delegación también es una forma legítima de ejercer la administración, por ello, Bertha Díaz fue cobijada para cumplir determinadas actividades en Bogotá, siendo necesario autorizar su desplazamiento fuera de la sede en el departamento de Guaviare, y que al haber acreditado el cumplimiento a la comisión y presentar el informe con los soportes de sus gastos, se autorizó el pago de los viáticos y transporte respectivos, lo que de ninguna manera resiste los cuestionamientos efectuados por la Fiscalía, máxime cuando la ausencia de evidencia relacionada con los traslados aéreos no corrobora la tesis

acusatoria, pues contrariamente, arroja duda probatoria, la cual deberá ser resuelta a favor de su patrocinado.

Que incluso, autorizar comisiones, viáticos, gastos de transportes y ordenar su desembolso se ajusta a la normativa, por lo que no resulta admisible atribuirle el delito contra la fe pública.

En relación con la constancia de la Universidad la Gran Colombia acerca de la vinculación académica de Bertha Sofía Díaz Quevedo en la facultad de derecho para el segundo semestre de 2012, señaló que al momento de iniciar sus estudios, ella trabajaba en un ente Distrital en el cual se le concedió la comisión para ejercer otro cargo, por eso, el 3 de septiembre se posesionó como *Asesora* del gobernador del Guaviare, de ahí que no sea cierto que laborara en ese departamento cuando inició sus estudios universitarios, por demás, se debe tener en cuenta lo explicado por ella en su declaración, que se trataba de un programa especial *–no el convencional de los estudiantes de pregrado–*, dirigido a profesionales, flexible y por ciclos académicos, tal como consta en la estipulación donde se certifica que se cumplía en periodos trimestrales.

A su turno, puso en cuestión que se hubiera certificado que Bertha Sofía Díaz Quevedo no faltó a ninguna clase, pues son múltiples los motivos por los que habitualmente los estudiantes no pueden cumplir con algunas cargas académicas y así, tal aserto escapa a la realidad, además, como ella lo relató en su declaración, contó con la

colaboración de sus compañeros para la presentación de los exámenes parciales, trabajos individuales y en grupo, pudiendo hacerlo desde su lugar de trabajo, sin sacrificar alguna de las actividades.

Afianzó la postulación de su asistido que fueron vendettas políticas las que originaron la denuncia penal en su contra y que, tal como los declarantes del juicio oral lo indicaron, Bertha Sofía Díaz Quevedo fue una funcionaria competente, cumplió sus tareas, y el gobernador no era autoritario, sino que sus decisiones consultaron el escrutinio de los empleados de la dependencia a su cargo.

Para el defensor, lo indicado por el diputado Luis Carlos Granados en su intervención ante la Asamblea Departamental cuando se ventilaron estos hechos, tampoco tiene la entidad suficiente para asignar responsabilidad penal de su asistido.

Ni puede ser censurable que Bertha Sofía Díaz Quevedo hubiera decidido terminar con su proceso de responsabilidad fiscal restituyendo los dineros, máxime cuando dicha actuación no se desplegó en contra del acusado, quien fue cobijado con una orden de archivo fundada en que él no originó el daño ni lo propició por una omisión dolosa o gravemente culposa.

3.4.4. Sentido del fallo

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 446 del

Código de Procedimiento Penal, evacuado el contradictorio, esta Sala Especial declaró a JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA inocente de los cargos que como autor de los delitos de *falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y prevaricato por acción* le atribuyó la Fiscalía en la acusación.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer sobre el presente asunto, en la medida que el numeral 5° de la última norma citada, asigna a esta Corporación la investigación y juzgamiento de los gobernadores.

La acusación que se surtió en este proceso provino de la Fiscalía delegada ante esta Corporación, órgano competente para investigar y acusar a los gobernadores Departamentales.

Conforme a las estipulaciones probatorias acordadas por la Fiscalía y la defensa, surge diáfano que JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA fue elegido gobernador del Departamento

de Guaviare para el período constitucional 2012-2015, lapso en el que ejerció dicha dignidad¹.

En tal medida, al constatarse que el cargo contenido en la acusación presentada en su contra fue por tres conductas punibles cuya comisión se atribuye respecto del período en que ostentó la condición de gobernador del Departamento de Guaviare, se verifica la condición foral por la que esta Sala Especial es competente para emitir sentencia.

4.2. Asunto liminar – de la nulidad

Previo a abordar el estudio de fondo, es menester que esta Sala Especial se ocupe de la solicitud de nulidad enarbolada por la defensa al inicio del juicio oral, cuya resolución se difirió para este momento procesal. Lo anterior en la medida que, de prosperar tal reclamo, carecería de propósito cualquier pronunciamiento adicional que adoptara esta Corporación.

4.2.1. De la solicitud

Reclamó la defensa la declaratoria de nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, inclusive, comoquiera que, quien le antecedió en la representación de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA hizo nugatorias las

¹ Credencial expedida por el Consejo Nacional Electoral, acta de posesión del 27 de diciembre de 2011 y constancia laboral.

posibilidades de contrarrestar las postulaciones y actividades probatorias de la acusación.

Rememoró el trámite de la audiencia preparatoria y adujo que el magistrado que la presidió debió agotar ingentes esfuerzos para que el profesional del derecho cumpliera con las tareas de descubrimiento, enunciación y solicitud probatorias, marco en el que la Corte, haciendo gala de una postura extremadamente garantista, aprobó para la defensa la práctica de cuatro testimonios comunes con la Fiscalía.

Señaló que su antecesor obvió múltiples actividades probatorias tendientes a: *i)* establecer cómo era el comportamiento de Bertha Sofía Díaz Quevedo en su ejercicio laboral, si cumplía o no con sus horarios y actividades; *ii)* contrarrestar el espectro de la constancia expedida por la Universidad la Gran Colombia que, contrario a ser estipulada, debía ser atacada; y *iii)* determinar las calidades profesionales de Bertha Sofía Díaz Quevedo, quien superaba en experiencia las exigencias administrativas del cargo que desempeñó.

Sostuvo que tal pasividad fue gravosa para los intereses de RIVERA MONCADA, quien resultó huérfano de asistencia profesional, en la medida que los documentos y testimonios con que se podía controvertir la postulación de la acusación se encontraban disponibles al momento de la audiencia preparatoria y no fueron reclamados para su presentación en

el juicio oral, lo que a esta altura impide ejercer correctamente el rol profesional que ahora regenta.

Culminó señalando que, contrario a una convalidación, la ausencia de una debida defensa técnica comporta la anulación del trámite.

4.2.2. Oposición de la Fiscalía

Partió de indicar que la idoneidad de quien ejerce la abogacía se presume y por lo mismo, el haber estado asistido de un profesional del derecho que participó en la audiencia preparatoria, da cuenta del resguardo a las garantías fundamentales del acusado.

Sostuvo que la relación de pruebas que adujo la defensa como aquellas que podrían contrarrestar la acusación fue genérica, absteniéndose de plantear cuál es su conducencia o pertinencia, mucho menos del efecto trascendental que su práctica habría podido mutar en el curso del juicio oral.

Precisó que la argumentación de la defensa no satisfizo los presupuestos que orientan las nulidades y de contera, debe ser negada.

Agregó que la ausencia de solicitudes probatorias distintas a las de la Fiscalía no constituye una afrenta al derecho de defensa, dado que en muchas oportunidades ésta se centra en atacar la prueba de cargo, y que, las estipulaciones sobre hechos referidos a decisiones de la

administración y las circunstancias contenidas en una certificación no trasgreden la presunción de inocencia, sino que dan cuenta del cumplimiento al principio de economía procesal.

En consecuencia, solicitó negar el pedido de nulidad.

4.2.3. Apoderada de Víctimas

Coadyuvó el planteamiento de la Fiscalía y agregó que el recaudo probatorio se ajustó al ordenamiento jurídico, a más de lo cual, la nulidad planteada no esbozó la trascendencia del supuesto yerro, basándose en peticiones probatorias abstractas.

4.2.4. Acusado

Solicitó tener en cuenta lo manifestado por su apoderada, quien advirtió las falencias que propician la anulación de lo actuado.

4.2.5. Consideraciones

La nulidad ha sido entendida como un remedio procesal extremo, al cual acude el juzgador para subsanar irregularidades o vicios de trascendencia que afecten la estructura del proceso o las garantías fundamentales de las partes, que no pueden corregirse a través de un mecanismo menos drástico.

En relación con las causales de nulidad descritas en los artículos 455 a 458 de la Ley 906 de 2004, el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Penal es que si bien no hay un artículo en ese estatuto adjetivo que consagre los principios que informan la solicitud y declaratoria de las mismas, tales baremos son de inexcusable observancia, por ende, se debe determinar si el dislate procesal denunciado existió (*acreditación*), si es sustancial y afecta las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales del debido proceso (*trascendencia*), si el acto irregular cumplió con su finalidad (*instrumentalidad*), si fue de alguna manera coadyuvado (*protección*) o consentido expresa o tácitamente por quien lo alega (*convalidación*) y si el mismo solo es saneable a través del remedio extremo de la nulidad (*residualidad*).

Comprende esta Sala Especial que, tal como lo indicaron al unísono el delegado de la Fiscalía y la representante de las víctimas, la solicitud de nulidad enarbolada por la defensa carece del sustento que este remedio procesal reclama, en punto al fundamento específico de la presunta violación al derecho de defensa y la trascendencia que las supuestas omisiones probatorias de quien le antecedió en este ejercicio revestían para los intereses de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA.

En efecto, el planteamiento de la abogada del acusado apunta a que, con el testimonio del personal de vigilancia, aseo y secretaría de la gobernación del Guaviare se podría sustentar

la presencia de Bertha Sofía Díaz Quevedo en sus dependencias durante el tiempo en que ejerció como *Asesora del Despacho* y que, con su hoja de vida se podría establecer que contaba con la trayectoria laboral que daba cuenta de su aptitud para ejercer el cargo.

Sin embargo, tales asertos adolecen de vaguedad, toda vez que apuntan al establecimiento de una situación eventual que, además, se puede demostrar desde las pruebas ordenadas para el juicio oral *–como en efecto sucedió–*, situación que desdice de la trascendencia que impera para el decreto de la nulidad.

Además, afirmar que la estipulación sobre el contenido de la certificación expedida por la Universidad la Gran Colombia respecto a la vinculación académica y cumplimiento al pénsum de Bertha Sofía Díaz Quevedo no consulta el derecho de defensa, es una postura que contrario a lo expuesto, muestra la orientación de una alternativa defensiva más no desdice del resguardo a las garantías fundamentales del acusado. Lo anterior, en la medida que el acuerdo sobre dicho contenido no presupone responsabilidad penal ni impide sustentar el ejercicio del cargo para el que fue nombrada Bertha Sofía Díaz Quevedo.

Se observa entonces que, distinto a un inadecuado ejercicio a la defensa técnica, se trata de la diferencia táctica o estratégica de quien ahora ejerce la representación del enjuiciado respecto del profesional que le antecedió,

circunstancia que enerva la nulidad invocada. En tal medida, la petición no está llamada a prosperar.

4.3. Requisitos para condenar

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004, que rige el presente asunto, para proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba practicada en el juicio oral conduzca a un grado de conocimiento que supere la duda razonable acerca de la existencia del delito contenido en la acusación y la responsabilidad del procesado, sin que se pueda fundamentar de manera exclusiva en pruebas de referencia.

En armonía con lo anterior, se requiere dar pleno cumplimiento a las previsiones de los artículos 379 y 380 del mismo ordenamiento adjetivo, según los cuales, para resolver el asunto se debe hacer una valoración conjunta y concatenada de las pruebas tanto de cargo como de descargo practicadas ante el fallador, confrontándolas y comparándolas entre sí, para dar cumplimiento a los principios que integran la sana crítica –principios lógicos, leyes de la ciencia y reglas de la experiencia–, sin desconocer que en el sistema procesal regido por la citada ley opera el principio de la libertad probatoria, consagrado en el artículo 373 *ídem*.

Para ese fin se debe considerar la presunción de inocencia consagrada como garantía fundamental en el

artículo 29 de la Constitución Política, por demás reconocido en Instrumentos Internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2), de ahí que en correlato corresponda al Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación, a través de las pruebas, llevar a las autoridades judiciales en materia penal, al nivel de conocimiento con el que se puedan entender cumplidos los requisitos para emitir sentencia de condena, esto es, que existió un delito y que la persona acusada es responsable del mismo, que produjo el daño o participó en la comisión del mismo, situándose la carga probatoria para tal fin de manera exclusiva en el ente persecutor para demostrar por encima del umbral de la duda razonable la ocurrencia del delito y su compromiso penal en la comisión, pues no de otra manera puede considerarse derruida la presunción de inocencia que en todo momento acompaña al procesado.

4.4. Del caso en estudio

Como se indicó al momento de anunciar el sentido del fallo, las pruebas practicadas en el juicio oral no llevan a esta Sala Especial al grado de conocimiento suficiente para la emisión de sentencia de condena, *contrario sensu*, las dudas que refulgen sobre la existencia de los comportamientos delictivos en sus aristas objetiva y subjetiva impone la aplicación del principio de resolución de duda en favor de

JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA y, por ende, su absolución.

La Fiscalía General de la Nación lo acusó como autor de los delitos de *falsedad ideológica en documento público*, *peculado por apropiación* y *prevaricato por acción*, para lo cual señaló que, con el ánimo de vincular laboralmente a Bertha Sofia Díaz Quevedo, ejerciendo como Gobernador de Guaviare, expidió la Resolución 648 con la que modificó el perfil del cargo de *Asesor del Despacho del Gobernador – Código 105 Grado 02–*, ajustándolo a las condiciones que acreditaba la citada, luego de lo cual, la nombró en el mismo.

Para la acusación, siendo un cargo de eminente connotación administrativa, con la actividad del acusado no se modificaron las funciones del *Asesor del Despacho del Gobernador –Código 105 Grado 02–*, por lo que el título en profesiones relacionadas con la salud no se ajustaba a las exigencias del mismo y se mostró como el mecanismo para defraudar el erario, especialmente porque durante su tiempo de labores, Bertha Sofia Díaz cumplió actividades académicas presenciales en la facultad de derecho de la Universidad la Gran Colombia en Bogotá.

Se dijo además que, en procura de mostrar legalidad en la designación y justificar la presencia de Bertha Díaz en Bogotá, JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA la delegó para desempeñar distintas tareas en este Distrito Capital, a más de lo cual, aprobó viáticos y gastos de transporte con los que se defraudó la administración pública.

En primer lugar, lo referido a la vinculación de Bertha Sofía Díaz Quevedo como *Secretaria de Gobierno*, al margen de haber sido materia de estipulación probatoria, no se circunscribe al marco temporal de la acusación, por lo que no será materia de valoración, como tampoco lo serán los hallazgos y trámites surtidos con ocasión a estos hechos por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, comoquiera que el ámbito penal tiene diferencias ontológicas y teleológicas con el fiscal y disciplinario.

Asimismo, se advierte que las afirmaciones contenidas en los alegatos de clausura del acusado no constituyen una apreciación de la práctica probatoria del juicio, sino su versión sobre los hechos, para lo cual se encuentra concebida la declaración del acusado en el juicio oral, guiada por la mediación y la opción de contradicción, oportunidad que feneció en silencio y por la cual, la Sala se abstendrá de efectuar pronunciamiento respecto de los eventos que allí se expusieron.

Se estipuló que el procesado “*ocupó el cargo de gobernador del departamento del Guaviare, del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015*”, lo que redundaba en su calidad foral, a lo que se aúna el tiempo en que se desempeñó como mandatario del ente territorial.

También se acreditó que antes de asumir como gobernador, las resoluciones 0262 de 2006, 544 de 2007 y 2232 de 2010 regulaban las funciones y requisitos del cargo de

Asesor Código 105, grado 02, señalándose en el último acto administrativo los siguientes requisitos:

Estudio: *“Título Profesional en Derecho con tarjeta profesional, Administrador Público, Administrador de Empresas, ciencias económicas, financieras, negocios internacionales”.*

Experiencia: *“Seis (6) meses de experiencia profesional”².*

Para el 18 de abril de 2012, mediante la Resolución 648, RIVERA MONCADA modificó el Manual de Funciones de la Gobernación del Guaviare al disponer en el ordinal primero:

Estudio: *“Agregar en los requisitos de estudio para el cargo de Asesor del Despacho del gobernador, código 105, grado 02, del nivel Asesor, la profesión en áreas de la Salud.”*

Experiencia: *“y aumentar la experiencia profesional a un (1) año”³.*

El Profesional Administrativo Orlando Enrique Bernal Sousa, adscrito al área de talento humano de la Gobernación afirmó en su declaración que, previo al nombramiento de Bertha Sofía Díaz Quevedo como *Asesora del Despacho*, el gobernador RIVERA MONCADA emitió una resolución modificando el perfil profesional de ese cargo, situación que habilitó la posesión al reunir los requisitos que demandaba esta nueva disposición administrativa.

Si bien, el citado servidor indicó que este tipo de modificaciones al perfil profesional del cargo se fundaban en las facultades contenidas en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004,

² Estipulación probatoria 5.

³ Estipulación probatoria 3.

al revisar la resolución 0648 de 2012, la motivación señala que: “*en virtud al numeral 13.2.1, artículo 13 del Decreto 785 de 2005, el Gobierno Nacional estableció los requisitos mínimos y máximos, para los diferentes niveles jerárquicos y faculta a las autoridades del orden territorial fijar en los respectivos manuales específicos las competencias laborales y los requisitos*”.

Fue el mismo testigo quien explicó que tales modificaciones se produjeron por iniciativa del gobernador y respondieron al marco de su discrecionalidad, así como lo fue la designación de Bertha Sofía Díaz Quevedo como la asesora de su despacho.

Tal como lo sostiene la acusación, con la modificación del perfil profesional para el cargo, las funciones no sufrieron mutación y aquellas tenían una clara connotación administrativa, tal como se extracta de la resolución 00261 de 2006, donde se señalan las referidas al seguimiento de convenios, supervisión de obras, preparación de documentos, gestión de proyectos, asesoría, y las que surgieran a instancia u orden del gobernador⁴.

En su declaración, Diana María López Rentería, Secretaría Administrativa departamental para el año 2012, contó que al momento de producirse la vinculación de Bertha Sofía Díaz Quevedo como *Asesora del Despacho* se modificó el perfil de ese cargo, siendo tal variación potestad discrecional del gobernador.

⁴ Estipulación probatoria 5.

Una vez variado el perfil del cargo, RIVERA MONCADA suscribió la Resolución Administrativa 0653, mediante la cual nombró a Bertha Sofía Díaz Quevedo como *Asesora del Despacho*⁵, en reemplazo de la titular del cargo, Viky Liliana Latorre Rosas, por su licencia de maternidad, entre el 23 de abril y el 29 de julio de 2012⁶. La citada, tomó posesión el 1° de mayo de 2012.

Oveida Parra Novoa, Secretaria Departamental de Salud, designada como gobernadora encargada, el 23 de agosto de 2012 emitió el Decreto 0173 declarando insubsistente a Viky Liliana Latorre Rosas del cargo de *Asesora del Despacho del Gobernador*⁷, y al día siguiente mediante el Decreto 0175 nombró en esa vacante a Bertha Sofía Díaz, quien se posesionó el 3 de septiembre siguiente⁸.

En su declaración en juicio Oveida Parra Novoa indicó que en el año 2012, ante cesaciones temporales en el ejercicio del cargo por parte de RIVERA MONCADA, cuando ella fungió como gobernadora encargada, hizo distintos nombramientos de la planta de personal, los cuales no fueron resultado de su arbitrio, sino en cumplimiento de las instrucciones del titular del cargo, como sucedió con el nombramiento de Bertha Sofía Díaz Quevedo, añadiendo que ella revisó los actos administrativos correspondientes e indagó con distintos funcionarios de la secretaría administrativa y talento humano de la Gobernación, quienes dieron su aval, por lo que procedió

⁵ Estipulación probatoria 4.

⁶ Resolución 0653 de 2012.

⁷ Estipulación probatoria 6.

⁸ Estipulación probatoria 7.

a nombrarla con total tranquilidad, ya que cumplía con los requisitos.

Con la estipulación probatoria 8 se estableció que, para el momento de su segundo nombramiento, Bertha Sofía Díaz Quevedo laboraba al servicio del Hospital Rafael Uribe Uribe de esta Capital y, conforme a ese acto administrativo, solicitó y le fue concedida licencia para tomar posesión de ese empleo⁹.

También se estipuló que el 6 de septiembre de 2012, RIVERA MONCADA expidió la Resolución 01768 delegando a Bertha Sofía Díaz Quevedo la facultad de *“notificación de los distintos actos en los que intervenga o sea parte el departamento del Guaviare y que deban surtirse en la ciudad de Bogotá D.C., ante órganos constitucionales de control, autoridades militares, y demás entes y entidades de carácter público o privado, del orden nacional o internacional”*¹⁰.

Con la Resolución 1784 de 11 de septiembre de 2012, el acusado le autorizó el reconocimiento y pago de viáticos y transporte en cuantía de \$1.150.597 a la citada servidora para *“trasladarse a la ciudad de Bogotá, con el fin de realizar visitas Institucionales en cumplimiento de Agenda Despacho del Señor gobernador”*, misión que cumpliría entre el 17 y el 21 de septiembre de 2012¹¹; dichos gastos se legalizaron mediante Resolución 2578 de 14 de diciembre de esa anualidad, estableciendo que los soportes por ella presentados dieron cuenta de gastos por \$1.138.637, generando una devolución

⁹ Resolución 335 del 31 de agosto de 2012.

¹⁰ Estipulación 9.

¹¹ Estipulación 10.

al ente territorial en cuantía de \$11.960¹². Respecto de dicha comisión, Bertha Sofía Díaz Quevedo rindió el respectivo informe¹³.

Y el 1° de febrero de 2013 el acusado suscribió la Resolución 0197, con la que autorizó el traslado de Bertha Sofía Díaz Quevedo a Bogotá, para que entre el 4 y el 8 de febrero hiciera presencia y acudiera a trámites propios de la Gobernación ante el Ministerio del Interior y la Federación Nacional de departamentos¹⁴.

Así entonces, se tiene que Bertha Sofía Díaz Quevedo laboró en el cargo de *Asesora del despacho del gobernador*, código 105, grado 02, del 1° de mayo al 29 de julio de 2012, recibiendo como salario \$2.977.667, y del 3 de septiembre de 2012 al 29 de julio de 2013, percibiendo la misma remuneración en el 2012, y \$3.357.113 en 2013¹⁵, siendo designada por el gobernador para distintas tareas que debió cumplir en Bogotá, autorizándole comisión de servicios, viáticos y transportes.

Para la Fiscalía, estas erogaciones constituyeron el detrimento patrimonial público que erigió el delito de *peculado por apropiación* por el que formuló acusación.

¹² Estipulación 11.

¹³ Estipulación 11.

¹⁴ Estipulación 14.

¹⁵ Certificación expedida por la Secretaría Administrativa de la Gobernación, de 10 de agosto de 2015.

De otro lado, la Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia certificó que, para el segundo semestre de 2012 y todo el 2013, Bertha Sofía Díaz Quevedo cumplió con la carga académica del programa Derecho Transferencia de Profesionales, dando cuenta que *“la modalidad de dicho programa según el Reglamento Estudiantil artículo 57 reza ‘Presencialidad. La metodología presencial exige la asistencia obligatoria del estudiante al espacio académico establecido. Un curso se pierde cuando la inasistencia fuese superior al veinte por ciento (20%) del tiempo programado”*¹⁶. En misiva posterior, indicó que *“La estudiante en mención ingresó al programa de derecho Transferencia Profesionales en el mes de agosto de 2012. Estudió hasta el mes de septiembre de 2013. En octubre y noviembre de 2013, no estudió, y, solicitó reincorporarse al programa en el período febrero – marzo 2014, pero no escribió (sic) materias.”*¹⁷

Lo anterior muestra que, habiéndose inscrito en el programa de *“Derecho Transferencia de Profesionales”* bajo la modalidad presencial, Bertha Sofía Díaz Quevedo cumplió con los requerimientos académicos y administrativos, por lo que aprobó las asignaturas del pensum¹⁸.

Pero aquí, coincide la Sala con lo expuesto por la defensa técnica en sus alegatos cuando señaló que, de las anteriores certificaciones no se puede deducir indefectiblemente que Díaz Quevedo hubiere estado todos los días de clase en los horarios allí fijados porque, de un lado no se cuenta con el reporte diario de dicha verificación –*tarea*

¹⁶ Certificación de 15 de mayo de 2014. Estipulación 22.

¹⁷ Certificación de 13 de marzo de 2014. Estipulación 22.

¹⁸ Estipulación 22.

atribuible al personal docente– y el hecho de que no haya perdido las asignaturas por inasistencia, no se acredita necesariamente su permanencia en Bogotá.

La citada situación administrativa generó resquemor en servidores públicos de la región, particularmente, en el diputado Luis Carlos Granados, quien se la dio a conocer al entonces Representante a la Cámara por el departamento Constantino Rodríguez Calvo, servidor que en su testimonio ante esta Sala Especial declaró haber conocido por esta vía que Bertha Sofía Díaz Quevedo no ejercía sus labores en el Guaviare, por lo que en procura de la moralidad pública denunció los hechos ante la Procuraduría General de la Nación.

En efecto, el citado testigo no precisó haber presenciado, revisado documentalmente, ni ejercer actividad alguna con la que pudiera constatar que ello ocurrió, sencillamente dio cuenta de haberla conocido por un tercero y ponerla en conocimiento de la autoridad que estimó, era la competente.

Su testimonio, a más de no efectuar señalamiento alguno digno de reproche penal en cabeza de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA, fue de referencia y por lo mismo no sustenta la atribución de responsabilidad que elevó la Fiscalía General de la Nación.

En la sesión del 30 de abril de 2015, la Asamblea Departamental ventiló esta misma situación y allí se

denunció la presunta irregularidad cometida con la designación de la funcionaria Bertha Sofía Díaz Quevedo¹⁹, tal discusión y denuncia pública fue presentada por la Fiscalía General de la Nación, pero, al no haber sido expuesta directamente por su proponente, quedó en abstracto.

Fue la propia Bertha Sofía Díaz Quevedo quien compareció ante esta Sala y en juicio oral explicó que sus funciones como *Asesora* eran de carácter administrativo y de acompañamiento al gobernador en fortalecer la participación ciudadana, precisando que para el año 2012 contaba con más de diez años de experiencia, especialización en gerencia pública y conocimientos en gestión de recursos nacional e internacional, a más del reconocimiento político y social en la región.

Contó también que conoció al acusado y trabajó a su lado en el gabinete de la Gobernación del Guaviare en el año 2010 cuando ella fungió como secretaria de gobierno y él como *Asesor del despacho del gobernador*, destacando que la modificación del perfil profesional del cargo que ella ocupó fue realizado con antelación a su nombramiento, presentó su hoja de vida y fue designada, cumpliendo las funciones que esa dignidad le comportaba.

Asintió haber estudiado derecho en la Universidad la Gran Colombia iniciando sus estudios en el año 2012, antes de vincularse con la Gobernación del Guaviare, en un

¹⁹ Estipulación 24.

programa especial para profesionales, flexible y que se ajustaba a sus condiciones laborales, pudiendo así articular su gestión durante las comisiones que cumplió en esta capital los fines de semana y mediante el cumplimiento de tareas desde la distancia. Expresó que no tramitó permiso para acudir a clase, pues era un asunto personal, que no afectó sus labores.

La credibilidad de esta testigo no fue cuestionada por las partes y ello encuentra explicación en que su relato es verosímil, el cual se perfecciona al contrastarlo con las manifestaciones de otros servidores de la Gobernación del Guaviare que comparecieron al juicio, donde se establece que la carga laboral del año 2012 fue demandante y que Bertha Sofía Díaz fue vista en distintas actividades dentro del departamento, sin que se haya tenido conocimiento de reclamo alguno por su inasistencia a las jornadas laborales, a más de cumplir con distintas tareas fuera de la sede, tanto en Guaviare como en Bogotá.

La citada atestante, al ser interrogada en directo por la defensa, contó que debía acompañar a RIVERA MONCADA en la gestión local, como líder, política en la región, en el nivel ejecutivo central en Bogotá, habiendo sido delegada por él para acudir a distintas reuniones y mesas de trabajo en la capital, rememorando su gestión en temas de desarrollo vial, apalancamiento de proyectos y obtención de recursos para cumplir con el plan de desarrollo y actividades en el Ministerio del Interior, en programas de sustitución de cultivos.

Aseguró que la queja surgió como una vendetta política por haber ganado la contienda electoral, arremetida que le costó la pérdida de un embarazo por aquél entonces y que la motivó a demostrar con gestión el reconocimiento que obtuvo, al punto que pudo evidenciar ante la Contraloría General de la República que asistió a múltiples tareas y acató los deberes que el cargo le imponía y que, si bien, restituyó el dinero que recibió por salarios y la comisión de servicios, lo hizo para librarse del proceso que se siguió en su contra, no así como un acto de reconocimiento de responsabilidad alguna.

No deja de ser llamativo para la judicatura que haya sido la Fiscalía quien presentó a Bertha Sofía Díaz Quevedo como su testigo planteando desde la audiencia preparatoria que por su conocimiento directo de los hechos se conocería cómo ejerció sus funciones, pero ahora tras la evacuación de su declaración procure desacreditar su dicho y asuma como falaces algunos de sus apartes.

El principio de lealtad sobre el que se edifica el sistema acusatorio impone a las partes la responsabilidad de presentar aquellos testigos que sustentan su teoría del caso, acreditarlos y proveerlos de la preparación suficiente para que ilustren a la audiencia sobre la verdad. Cuando ello se satisface, la coherencia entre las promesas probatorias inherentes a la teoría del caso y su constatación en la práctica, redundan –para la Fiscalía– en la acreditación de los hechos materia de acusación, discrepando de tal norte la refutación de la credibilidad del testigo presentado como

propio, máxime cuando ello se plantea tácitamente, como sucede en este caso.

Al dilucidar el asunto basilar de si la variación al perfil profesional del cargo requería un estudio como el que trata el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 o podía ser mutado discrecionalmente por el gobernador, para luego establecer si en el acusado reside algún tipo de responsabilidad por los emolumentos que aquella percibió como contraprestación de sus labores, viáticos y gastos de transporte se establece la fragilidad del soporte probatorio de la acusación que impide emitir juicio de responsabilidad penal.

La Fiscalía censura la inobservancia a los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad en la administración al haberse modificado el perfil de un cargo para designar en el mismo a Bertha Sofía Díaz Quevedo, pero resulta impertinente la cita normativa que hace como sustento al señalar que el acusado trasgredió el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 que consagra la prohibición de nombrar o elegir para el desempeño de cargos públicos a personas que no cumplan los requisitos constitucionales o legales.

Incorre en esa impropiedad el ente acusador porque los conceptos *planta de personal*, *manuals específicos* y *perfiles profesionales* para acceder a un cargo son disímiles.

En efecto, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 establece:

“Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-. (...)”

Ahora, según el capítulo 6° del Decreto Ley 785 de 2005 al regular lo relacionado con las *“Plantas de personal y manuales específicos de funciones y de requisitos”*, el concepto de planta de personal se relaciona con la designación, delimitación y fijación del número de cargos de una entidad, no así con los perfiles de quienes ocupan los mismos, al punto que el capítulo 3° establece en el artículo 13 las *“Competencias laborales y requisitos para el ejercicio de los empleos”* que, responde al nivel de los oficios y la categoría de la entidad territorial:

Efectivamente el artículo 13 del Decreto Ley 785 de 2005 establece:

Competencias laborales y requisitos para el ejercicio de los empleos. *De acuerdo con la categorización establecida para los Departamentos, Distritos y Municipios y de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, las autoridades territoriales deberán fijar en los respectivos manuales específicos las competencias laborales y los requisitos:*

“13.2. Los requisitos de estudios y de experiencia se fijarán con sujeción a los siguientes mínimos y máximos:

13.2.1 Nivel Directivo

13.2.1.1. Para los departamentos, Distritos y Municipios de categorías: Especial, primera, segunda y tercera:

Mínimo: Título profesional y experiencia.

Máximo: Título profesional y título de postgrado y experiencia.”

Consecuentemente, como lo afirma la defensa y lo describieron los testigos que comparecieron al juicio oral, era del resorte del gobernador JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA fijar los requisitos de educación y experiencia que requería el cargo de *Asesor* de su despacho, mientras se ajustaran a la normativa en cita.

Las actuaciones del enjuiciado para modificar el perfil del cargo y designar a Bertha Sofía Díaz Quevedo no se definen como una actividad arbitraria e inconsulta, sino como la expresión de la voluntad administrativa, derivada de la asesoría del equipo de trabajo de la gobernación que, además, se valió de precedentes administrativos semejantes con los que se ilustró al acusado y a quien lo reemplazó temporalmente.

Llega entonces esta Sala Especial al entendimiento que, a pesar de que el exgobernador modificó el perfil del cargo de *Asesor del Despacho* y lo ajustó al que acreditó Bertha Sofía Díaz Quevedo, quien finalmente resultó nombrada, no lo hizo guiado por una decisión pueril o intransigente de su parte, sino por el fundado convencimiento que tuvo acerca de que ello se adaptaba al marco de su competencia y discrecionalidad.

Y es que la mentada discrecionalidad inherente a la formulación de los perfiles de los cargos de libre nombramiento y remoción, así como el acto mismo de designación, responde a escenarios que, en la dirección propia de una tarea política y administrativa, como la que ejercen los gobernadores, demanda protección y no resiste un cuestionamiento etéreo como el expuesto por la Fiscalía en la acusación.

No encuentra la Corte motivo de reproche en la delegación que RIVERA MONCADA efectuó en Díaz Quevedo para atender determinadas actividades administrativas en Bogotá, pues, tal como lo advierte la defensa, esta es una forma de ejercicio que, además, es recurrente, amén de desconcentrar algunas de las tareas inherentes al gobernador en su equipo de trabajo más cercano y de confianza, como lo fue la asesora de su despacho.

Asumir que con esta facultad se cristalizó un acto ilícito y se arropó con manto de legalidad la ya consolidada actividad prevaricadora derivada de la designación de Bertha Díaz, no pasa de ser una elucubración carente de respaldo probatorio. Era menester que la Fiscalía demostrara una clara contrariedad entre los actos administrativos y las normas que guiaban el ejercicio de la gobernación, a la par de la intención de burlar estas premisas normativas en detrimento de la administración, lo que en este asunto brilla por su ausencia.

Además, en el tipo subjetivo se desvanece el dolo, porque en el actuar de RIVERA MONCADA se evidencian dos

parámetros que lo alejan de los mínimos exigidos para tal efecto:

El primero, la ausencia de evidencia sobre el propósito delictual que hubiere militado para variar los requisitos del cargo de *Asesor del Despacho del Gobernador –Código 105 Grado 02* y designar en el mismo a Bertha Sofía Díaz Quevedo, y el segundo, que siendo un profesional en enfermería, fue la delegación y la confianza en el equipo jurídico de la gobernación, lo que determinó que obrara en la forma descrita anteriormente.

El delito de *prevaricato por acción* consiste en la expedición por parte de un servidor público de una resolución, dictamen o concepto que sea abiertamente contrario a la ley, su configuración exige que quien emite la decisión sea un funcionario al servicio de la administración, que la expida en ejercicio de su función pública y la disonancia entre su contenido y la norma sea palmaria y conocida de antemano.

Pero cuando se examinan las evidencias probatorias presentadas por la misma Fiscalía, se establece que Bertha Sofía Díaz tenía experiencia laboral y conocimientos académicos que se ajustaban a las condiciones del cargo de *Asesora del Despacho* que ocupó y si bien, se trata de una profesional en enfermería, fue precisamente el nivel académico (profesional), el que permitió a RIVERA MONCADA ajustar el manual en el componente de requisitos para acceder a ese cargo, sin que ahora le sea reprochable

hacerlo, máxime cuando dichas modificaciones siempre habían sido efectuadas al arbitrio de los gobernadores, contó con el soporte de su equipo administrativo y él mismo como enfermero lo había desempeñado tiempo atrás, teniendo idénticas credenciales que Díaz Quevedo.

Conforme la revisión normativa antes enunciada, llega la Sala a la conclusión que, no existía una norma concreta que limitara o describiera el procedimiento para modificar el Manual de Funciones de la entidad y por ello, la alusión que se hizo en la acusación respecto a que con dicha disposición administrativa se contravino la normativa, carece de sustento.

También la Fiscalía aduce que la modificación del perfil profesional del cargo de *Asesor del Despacho* para que se ajustara al de Bertha Sofía Díaz Quevedo contraría lo dispuesto en los artículos 4° y 95 de la Constitución Política, bajo el entendido que se deben respetar las disposiciones legales, particularmente, porque cohonestó que una funcionaria se abstuviera de dedicar su tiempo al cumplimiento de las labores encomendadas, incumpliera sus deberes y obtuviera remuneración por servicios no prestados.

El fundamento probatorio con el cual el ente acusador soporta esta afirmación se reduce a la certificación expedida por la Universidad la Gran Colombia en donde se expresa que Bertha Sofía Díaz Quevedo cumplió con las actividades académicas del programa de derecho que debía atender presencialmente en la ciudad de Bogotá, para asumir que

sólo estando en esta ciudad capital pudo obtener los resultados satisfactorios de los que da cuenta dicha casa de estudios, lo que reñiría con el ejercicio del cargo del que tomó posesión y por el que obtuvo devengos en los años 2012 y 2013.

No obstante, son dos los parámetros probatorios que desdican de esa conclusión:

El primero, que Bertha Sofía Díaz Quevedo informó a esta Sala que, para superar la carga académica sin sacrificar el cumplimiento a sus responsabilidades como *Asesora del Despacho del Gobernador*, asumió tres tareas: viajar a Bogotá todos los fines de semana para estar presente en la universidad, efectuar trabajos para ser entregados desde la distancia, presentando los exámenes y parciales que se requerían y asistir en las noches de las fechas en que, por el ejercicio de sus funciones debió estar en esta ciudad. Tales afirmaciones no fueron desvirtuadas por la Fiscalía y como se dijo, la certificación emitida por la Universidad la Gran Colombia tampoco discrepa con tales aseveraciones.

El segundo, que los tres servidores de la Gobernación que acudieron al juicio (Oveida Parra Novoa, Diana María López Rentería y Orlando Enrique Bernal Sousa), a las preguntas relacionadas con el cumplimiento a los deberes de Bertha Sofía Díaz Quevedo como *Asesora del Despacho del Gobernador*, señalaron haberla conocido como una servidora de ese ente territorial y que si bien, no dieron ningún seguimiento a ello, sí supieron de su ejercicio.

No presentó la Fiscalía evidencia que revelara la omisión de Bertha Sofia Díaz Quevedo al cumplimiento de las funciones contenidas en el Manual de la Gobernación, solamente sostuvo tal conclusión desde la hipótesis de que todo el tiempo de su vinculación laboral vivió en Bogotá y que sus viajes entre esta ciudad y San José del Guaviare apenas se pudieron documentar en tres trayectos de avión²⁰.

Pero para poder sustentar la conducta de *prevaricato por acción* se demanda la comprobación de que el servidor público haya proferido una resolución manifiestamente contraria a la ley y en tal medida, no se verifica la trasgresión reglamentaria que atribuye la Fiscalía.

Es que no resulta acertado citar como infringido el numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que señala en el ámbito disciplinario el deber del servidor público el “*Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales*”, porque tal infracción sería atribuible a la funcionaria más no al gobernador.

Y si se trata de la prohibición contemplada en el numeral 1° del artículo 35 de la citada ley: “*Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales*”

²⁰ Bogotá - San José del Guaviare el 16 de febrero de 2013 y en la ruta San José del Guaviare - Bogotá el 18 de febrero y el 10 de julio de 2013. Estipulación probatoria 27.

de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo”, constituye un enunciado general que impide acotar la conducta prevaricadora. Misma generalidad se advierte cuando cita los artículos 209 de la Constitución Política y 3° de la Ley 1437 de 2011, —Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo—, que consagran al unísono los principios que rigen la función pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, etc).

Y en cuanto a la otra cita del numeral 15 del citado artículo 35 de la normativa en comentario “*Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos*”, deviene claro que era menester que el ente investigador dejara en evidencia la incuria de Bertha Sofía Díaz Quevedo y el beneplácito de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA en ello, pero estas situaciones quedaron propuestas en abstracto y se sostuvieron como meras hipótesis que no superan el estándar probatorio que demanda el artículo 381 procesal penal.

Tocante al punible de *falsedad ideológica en documento público*, la Fiscalía lo sentó en que JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA delegó en Bertha Sofía Díaz Quevedo algunas facultades, autorizando comisión, gastos de viáticos y transporte desde San José del Guaviare a Bogotá con las resoluciones 1768 de 6 de septiembre, 1784 de 11 de septiembre, 1785 de 11 de septiembre y 2578 de 14 de

diciembre de 2012, porque esas facultades y traslado a Bogotá eran redundantes y no era viable autorizar su desplazamiento a esta ciudad cuando la servidora ya pernoctaba en la capital de la República.

Adoleció esta conclusión del mismo defecto probatorio que se planteó en precedencia, comoquiera que, de un lado, no se documentó que para la fecha de las comisiones Bertha Sofía Díaz Quevedo estuviera previa y permanentemente en Bogotá y la redundancia en el otorgamiento de facultades conferidas de representación del gobernador de ninguna manera se ajusta al presupuesto objetivo que trata el artículo 286 del Código Penal, al señalar que se incurre en *falsedad ideológica* cuando se consignan hechos ajenos a la verdad pues, no se trata de una disonancia entre los hechos y lo registrado en el documento, sino de la réplica de aspectos que venían decididos en precedencia y que, en ninguna forma contrariaron los eventos que se pudieron constatar en el juicio oral.

Finalmente, sobre el tipo penal *de peculado por apropiación*, la acusación propuso que gracias al comportamiento del acusado se logró que Bertha Sofía Díaz Quevedo obtuviera ilícitamente \$9.086.927, provenientes de los salarios, viáticos y gastos de transporte que percibió mientras ejerció como *Asesora del Despacho del Gobernador*.

Pero al igual que lo ya expuesto, es cuestionable que la Fiscalía arribe a esa conclusión partiendo de construcciones hipotéticas al asumir que Bertha Sofía Díaz Quevedo no

gestionó alguna tarea para hacerse a tales emolumentos, ya que no ofreció algún elemento de convicción que denotara el aducido incumplimiento a las responsabilidades inherentes al cargo de la citada *Asesora*, al punto que señalando que, comoquiera que reintegró tales dineros dentro del proceso fiscal que se siguió en su contra, se trató de un reconocimiento tácito del apoderamiento de los dineros públicos.

Nada más alejado de la exigencia probatoria que impone la Ley 906 de 2004, en la medida que las circunstancias procesales en que se surten los trámites ante otras instancias judiciales o administrativas no puede erigir una conclusión de responsabilidad penal y, ante todo, proponer un allanamiento a la acusación por el pago desdice de la interpretación a la presunción de inocencia que ampara a todos los ciudadanos.

Finalmente, no puede pasar por alto la Sala Especial el hecho que, aún en gracia de discusión, si se hubiere demostrado que Bertha Sofía Díaz Quevedo se apropió indebidamente de los dineros percibidos como salario, viáticos y gastos de transporte, para lograr la demostración de la teoría del caso en contra de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA era menester establecer que aquél tuvo conocimiento, participó y quiso que ello sucediera así, situaciones que nuevamente quedaron huérfanas en el juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

En ese mismo espectro queda el reproche de la acusación consistente en que al haber ordenado que el traslado aéreo de Bertha Sofia Díaz Quevedo entre San José del Guaviare y Bogotá fuera en medio aéreo, cuando se certificó que para esa época aquella no tomó ningún vuelo, es un análisis *ex post* que, en todo caso, se evidencia como desacato a una orden y no como falsedad.

En suma, tanto las erogaciones obtenidas por Bertha Sofia Díaz Quevedo, su probable incumplimiento a las disposiciones administrativas, así como la ausencia de informes sobre el cumplimiento a las comisiones, son actos que, para ser atribuidos a JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA reclamaban una articulación probatoria en punto al acuerdo que debía mediar entre ambos, circunstancia que la Fiscalía se limitó a deducir de su propia atribución de hechos.

Así, al no encontrar acreditada la existencia de las conductas delictivas enrostradas en sus espectros objetivo y subjetivo, ni la participación de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA en las mismas, deriva en la declaratoria de inocencia a su favor por los cargos atribuidos y así se procederá.

Por tanto, se absolverá JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA de la acusación como autor de los delitos de *falsedad ideológica en documento público*, *peculado por apropiación* y *prevaricato por acción* endilgados por la Fiscalía.

5. OTRAS DETERMINACIONES

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría se librarán las comunicaciones correspondientes para efectos de publicidad de la sentencia y se solicitará la cancelación de todas las anotaciones o registros que haya originado este diligenciamiento respecto del enjuiciado.

Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. NEGAR la solicitud de nulidad invocada por la defensa de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA.

Segundo. ABSOLVER a JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA de la acusación que como como autor de los delitos de *falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y prevaricato por acción* le atribuyó la Fiscalía General de la Nación.

Tercero. Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría se librarán las comunicaciones correspondientes para efectos de publicidad de la sentencia y se solicitará la cancelación de

todas las anotaciones o registros que haya originado este diligenciamiento respecto de JOSÉ OCTAVIANO RIVERA MONCADA.

Cuarto. Contra esta sentencia procede el recurso de apelación para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Quinto. En firme la presente decisión, se archivarán definitivamente las diligencias.

Notifíquese y Cúmplase

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2023