



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado Ponente

SP565-2022

Radicación 60602

Aprobado según Acta No. 43

Bogotá, D.C, dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

1. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (E), contra la sentencia de 14 de octubre de 2021, por medio de la cual la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, absolvió a JOACO HERNANDO BERRÍO VILLARREAL, ex Gobernador del Departamento

de Bolívar, del delito de *prevaricato por omisión*, por el que fue acusado.

ANTECEDES FÁCTICOS

2. De lo relacionado por el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en audiencias de formulación de imputación y acusación, los hechos jurídicamente relevantes se describen de la siguiente manera:

2.1 A consecuencia de la ola invernal que se presentó a finales del primer semestre del año 2007 en el Departamento de Bolívar, el Gobierno Nacional declaró la existencia de una *situación de desastre* en dicho ente territorial¹.

Por la misma razón, la Dirección de Prevención y Atención de Desastres del Ministerio del Interior expidió las Resoluciones 33 y 36 del 05 y 12 de diciembre de 2007, declarando la *calamidad pública* y reconociendo la afectación en varios municipios del Departamento de Bolívar.

2.2 Para atender tal situación, el entonces Gobernador de Bolívar, Libardo Simancas Torres, declaró

¹ Decreto 2457 del 27 de junio de 2007.

la *urgencia manifiesta*² en todo el Departamento; y en diciembre de 2007, suscribió los contratos 381, 382, 384, 385 y 386 con la Cooperativa Multiactiva de Gestores de Cartagena GESTOCOOP y la Fundación Trabajar por Colombia, con el propósito de adquirir kits de aseo, medicamentos y alimentos, así como el servicio de transporte para la entrega de las ayudas para más de 20.000 familias afectadas por la ola inverna; contratos en cuantía total de \$3.362.278.757.

2.3 La administración Departamental sostuvo haber recibido los productos adquiridos para atender el estado de urgencia manifiesta los días 27, 28, 29 y 30 de diciembre de 2007; esto es, mercados, kits de aseo y medicamentos.

Cabe anotar que el periodo constitucional del Gobernador de Bolívar, Libardo Simancas Torres, culminó el 31 de diciembre de 2007, sin que los mencionados contratos culminaran de ejecutarse.

2.4 JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL (*implicado*) fue elegido Gobernador del Departamento del Bolívar para el periodo 2008-2011; y asumió el cargo el 1° de enero de 2008.

Mientras estaba en ejercicio de sus funciones y con relación a los contratos antes anotados, se le requirió por

² Decreto 690 del 13 de diciembre de 2007.

parte de varias autoridades administrativas y judiciales a fin de que adelantara las gestiones a que hubiera lugar, para garantizar la entrega de las ayudas a los damnificados y evitar su vencimiento y deterioro, los que se relacionan así:

-. El representante legal de GESTOCOOP, mediante escrito del 3 de enero de 2008, informó a la Gobernación que los kits de aseo, mercado y medicamentos, que estaban bajo custodia de esa empresa, debían ser evacuados en el plazo “*más inmediato posible.*”

-. El 25 de marzo de 2008, el representante legal de GESTOCOOP, José Ángel Patiño Ramos, envió nuevamente comunicación al Gobernador de Bolívar, donde solicitó el retiro de tales elementos, que continuaban bajo su custodia.

-. En auditoría externa adelantada por los contratistas y que fuera puesta en conocimiento de la Gobernación el 25 de abril de 2008, se advirtió que los productos almacenados tenían fechas de vencimientos para diciembre de 2008 y marzo de 2009.

-. La Contraloría Departamental, el 28 de mayo de 2008, emitió un control de advertencia al Gobernador, para recordarle que la fecha no se habían entregado esos bienes, por lo que debía adoptar las medidas pertinentes para evitar su pérdida.

-. El 5 de noviembre de 2008, a solicitud de la Gobernación del Bolívar, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, emitió concepto jurídico sobre la contratación, donde recomendó el consumo de los alimentos para evitar un detrimento patrimonial.

-. Mediante auto del 20 de noviembre de 2008, el Juez 10° Administrativo de Cartagena, ordenó al Gobernador JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL (*implicado*), que en el plazo improrrogable de 10 días realizara la entrega a la población afectada por la ola invernal, de la totalidad de los bienes adquiridos mediante los contratos 380 a 386 de 2007.

-. En Resolución 1204 del 27 de noviembre de 2008, el Fiscal General de la Nación requirió a JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, a fin de que *“en estricto cumplimiento de sus funciones, (...) se dé pronta respuesta a las necesidades de la comunidad afectada y se evite un mayor menoscabo o desmedro de los bienes del Estado, toda vez que se tiene conocimiento del deterioro y posible pérdida de los medicamentos y alimentos (mercados) que han sido recibidos por la administración departamental, lo anterior de conformidad con lo señalado en la constitución”*.

-. El 29 de enero de 2009, en diligencia de inspección, el INVIMA solicitó a la Gobernación: *“que los alimentos y medicamentos inventariados que cumplen con la legislación*

y se encuentran almacenados en las bodegas de zona industrial el bosque y en el almacén de la secretaría de Salud, sean entregados a los beneficiarios, antes que excedan la fecha de vencimiento del producto, es de tener en cuenta que hay medicamentos y alimentos que vencen próximamente, en febrero y marzo del presente año”.

2.5 Pese a los requerimientos, los remanentes de los kits de aseo, medicamentos y mercados no fueron entregados a sus destinatarios; y, finalmente, el 20 y 22 de diciembre de 2011, debieron ser destruidos, en atención a lo dispuesto por el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, en acatamiento del concepto emitido por el INVIMA.

2.6 El Gobernador JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, no culminó su periodo constitucional, que se extendía hasta el 31 de diciembre de 2011; puesto que dimitió de ese cargo; y su renuncia le fue aceptada a partir del 26 de agosto de 2009.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

3. El 30 de marzo de 2017, ante un Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, en Función de Control de Garantías, el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia imputó a JOACO HERNANDO

BERRÍO VILLAREAL el delito de *prevaricato por omisión*, en los términos del artículo 414 de la Ley 599 de 2000, por:

3.1 Omitir adoptar las medidas que definieran la disposición de los kits de aseo, alimentos y medicamentos.

3.2 Omitir brindar atención a las personas que en su momento constituían la población damnificada.

Conducta atribuida con las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en los numerales 1° y 9° por: *ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad y la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio; del artículo 58 del Código Penal y la de menor punibilidad de que trata el artículo 55 numeral 1° del mismo cuerpo normativo, no contar con antecedentes penales.*

Omisiones que se le indicó haber cometido, entre el 1° de enero de 2008 y el 26 de agosto de 2009, cuando se hizo efectiva la aceptación de su renuncia como Gobernador.

El implicado no aceptó los cargos que le imputó la Fiscalía delegada³.

4. El 27 de abril de 2017, la Fiscalía radicó el escrito de acusación⁴ ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, dada la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, el expediente fue remitido a la Sala Especial de Primera Instancia, el 14 de agosto de 2018 para lo de su cargo.

5. La audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 11 de septiembre de 2019⁵, ante la Sala Especial de Primera Instancia, sin modificaciones en relación con la calificación jurídica de la conducta.

6. Celebrada la audiencia preparatoria⁶ y el debate oral y público⁷, en audiencia del 4 de agosto de 2021⁸ la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia emitió sentido del fallo absolutorio⁹, en favor de JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL (*implicado*).

7. La lectura de la sentencia absolutoria se llevó a cabo el 21 de octubre de 2021¹⁰. Contra esta decisión, la

³ C. 1, CD. 1.

⁴ C. 1, fl 1 al 20.

⁵ C. 1 fl 109 a 111.

⁶ C. 1, fs 132; C.2 fs. 140, 156, 166, 173 y 225.

⁷ C. 2, fs. 278, 285, 292, 298, 357, 364, 371 y 380.

⁸ C. 3 fl 479.

⁹ C. 3 fs. 404 a 474.

¹⁰ C. 3 fl 577.

Fiscal Tercera Delegada ante esta Corporación interpuso recurso de apelación¹¹.

El defensor y el Procurador Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia intervinieron en calidad de no recurrentes.

LA SENTENCIA APELADA

8. La Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia concluyó, que, si bien se está ante un hecho que se adecúa de forma objetiva al tipo penal de *prevaricato por omisión*, persiste incertidumbre respecto a la conducta desplegada por JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, pues no se logró arribar a la convicción, más allá de la duda razonable, de que haya obrado dolosamente.

Tal determinación tuvo los siguientes fundamentos:

8.1 Mediante estipulación probatoria se logró establecer que JOACO HERNANDO BERRÍO VILLARREAL fue elegido popularmente como Gobernador del Departamento de Bolívar para el periodo constitucional 2008-2011; cargo que ejerció desde el 1° de enero de 2008, hasta el 26 de agosto de 2009, cuando se hizo efectiva la

¹¹ C. 3 fl 582.

aceptación de su renuncia, mediante Decreto 1714 de 2010¹².

En atención a lo antes anotado, la Fiscalía delimitó la ocurrencia de los presuntos hechos omisivos entre el 1° de enero de 2008 y la fecha de su retiro; pues fue en dicho interregno, donde no se entregaron las ayudas a los damnificados por la ola invernal del año 2007.

Con ello se demostró su calidad aforado; es decir, el implicado ostentaba la condición de servidor público, tal como lo exige el tipo penal de *prevaricato por omisión*.

8.2. El problema jurídico se circunscribía a establecer si la omisión en la entrega de las mercancías que fueron depositadas por los contratistas en las bodegas ubicadas en el sector del Bosque – Manzanillo en la Ciudad de Cartagena, fue un acto atribuible en forma directa a BERRÍO VILLAREAL; y, de ser así, si ello obedeció a una decisión deliberada.

8.3 De lo comprobado en juicio, se concluyó que con ocasión a la ola invernal que afectó al Departamento de Bolívar en el año 2007, el Gobernador del momento, Libardo Simancas Torres, celebró los contratos 384, 385 y 386, para adquirir medicamentos, mercados y kits de aseo; bienes que, de acuerdo con lo consignado en los contratos,

¹² Estipulación probatoria, No. 8.

debían ser entregados por los contratistas en el Almacén General de la Secretaría de Salud Departamental.

En principio, se indicó que los elementos contratados fueron recibidos por la Gobernación, desde el mes de diciembre de 2007; pues así lo hicieron constar la interventora Betty del Carmen Mercado Barrios y la almacenista Lunela Palis Viana. Sin embargo, se pudo establecer, que tal afirmación no correspondía a la realidad, dado que, solamente, hasta finales de febrero de 2008, los contratistas tomaron en arriendo las bodegas localizada en el Bosque – Manzanillo (*Cartagena*), donde supuestamente fueron depositados.

8.4 Por dichas inconsistencias, la interventora Betty del Carmen Mercado Barrios y la almacenista Lunela Palis Viana, fueron investigadas y declaradas penalmente responsables, por el punible de *falsedad ideológica en documento público*. Inclusive, en la sentencia de casación¹³ relativa a ellas, se concluyó que las procesadas pretendieron mostrar que los contratos celebrados en diciembre de 2007 por el Gobernador saliente, habían sido ya ejecutados a cabalidad por los contratistas (*lo cual no era cierto*), a fin de lograr la liquidación de los mismos con la nueva administración.

8.5 De las irregularidades en el proceso de ejecución de los contratos se percató el Gobernador entrante,

¹³ Sala de Casación Penal, 10 de mayo de 2017 (Rad. 45147).

JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL (*implicado*), lo que lo llevó a emprender actuaciones judiciales y administrativas para evitar la afectación del erario.

8.6 Si bien, en criterio de la Fiscalía, el acusado BERRÍO VILLARREAL, en su condición de Gobernador, debió solucionar las inconsistencias contractuales y entregar los bienes para solventar las necesidades de los afectados, en el proceso de argumentación dejó de lado el hecho de que, en estricto sentido, los insumos nunca entraron de manera formal al Almacén General de la Secretaría de Salud Departamental ni estuvieron a disposición de la Gobernación, hecho que además de lo antes anotado, también imposibilitaba la entrega.

8.7 Aunque se demostró que varias autoridades requirieron a BERRÍO VILLARREAL a fin de que procediera con la entrega de los bienes a los afectados, ello por sí solo no constituía un mandato para el Gobernador implicado, como parece entenderlo la Fiscalía, pues el incumplimiento en los tiempos de entrega provino de los contratistas y no le correspondía al ente territorial, ubicar a los proveedores y velar por que cumplieran lo pactado.

Aunado a lo anterior, dadas las inconsistencias observadas en la ejecución de los contratos, con su obrar, el Gobernador procesado buscó salvaguardar el erario al evitar la liquidación de los contratos que no fueron cumplidos por el contratista.

8.8 La acusación efectuada por la Fiscalía General de la Nación, no consultó la información que debía emanar de los contratistas, en orden a establecer las acciones que ellos adelantaron para lograr el pago de los contratos supuestamente ejecutados. El cuándo, cómo y dónde se habría hecho la entrega efectiva de los bienes y cuáles fueron las gestiones que ellos realizaron luego de constatar las falsedades en que incurrieron las funcionarias de la Gobernación, que falsamente certificaron haber recibido las mercancías.

8.9 Aunque se demostró en el debate probatorio que JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL (*implicado*) sabía, en su condición de Gobernador, que habían unos bienes supuestamente adquiridos mediante los contratos 380, 381, 382, 384, 385 y 386, para atender a los damnificados por el invierno en su Departamento; y que aun así, se abstuvo de adelantar acciones positivas en aras de evitar perecieran, su actuar debe examinarse dentro del contexto global de la situación, de donde no puede colegirse que hubiese obrado con dolo.

8.10 Concretamente: *“si bien se está ante un hecho que se adecúa de forma objetiva al tipo penal en comento bajo el verbo rector omitir, (...) no sucede lo mismo respecto a 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 con conocimiento y total desprendimiento de sus deberes legales.”

8.11 La Fiscalía no llevó a juicio ninguna evidencia que demostrara que el implicado obvió el cumplimiento de sus deberes; en específico, el de atender a las víctimas de la ola invernal del año 2007, de manera deliberada o caprichosa. Por el contrario, con lo narrado por los testigos que acudieron al juicio, se pudo determinar que BERRÍO VILLAREAL adelantó múltiples acciones para revisar el acatamiento de los contratos, se preocupó ante la posible defraudación que se estaba gestando y procuró sanear las inconsistencias de la negociación.

8.12 El implicado tuvo fundamentos reales que lo llevaron a actuar de la forma en que lo hizo, pues a su juicio, resultaba ilícito entregar unos bienes que nunca fueron traspasados a la Gobernación ni recibidos oficialmente, ya que las actas que daban cuenta de la entrega resultaron ser espurias.

Además, disponer de aquellos bienes, habría dado paso a la obligación por parte de la Gobernación, de liquidar los contratos, con lo cual, el delito se hubiera convertido fuente de derechos a favor de los contratistas.

8.13. El tipo penal de *prevaricato por omisión* solo admite la modalidad dolosa. Por tanto, si se admitiera que

JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL podría haber actuado bajo un error vencible, por acatar las advertencias y sugerencias dadas por sus asesores, quienes le recomendaron no entregar las mercancías, tal hipótesis llevaría a un análisis que, de igual manera, permitiría arribar a la conclusión de la necesidad de absolverlo por atipicidad subjetiva.

8.14 En esos términos concluyó, no se logró derrumbar la presunción de inocencia que cobija al implicado en el aspecto subjetivo del tipo y en consecuencia *“surge indefectible la absolución por atipicidad”*.

EL RECURSO DE APELACIÓN

9. La sentencia absolutoria de primera instancia fue apelada por la Fiscal Tercera Encargada Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, quien solicitó se revoque y, en su lugar, se condene a JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, por el delito de *prevaricato por omisión*, con base en los siguientes fundamentos:

9.1 Desde el planteamiento del problema jurídico, la Sala Especial de Primera Instancia, parte de unos supuestos fácticos que se entienden probados; entre ellos: i) se hizo una entrega de mercancía, ii) lo anterior se

adelantó por fuera de las instalaciones de la Gobernación en bodegas de particulares; y iii) se omitió la entrega de dichos bienes a la población afectada con la ola invernal. Solo que el Juez Colegiado de primer grado concluyó que ese hecho, no es atribuible al implicado.

No obstante, al motivar su fallo, incurrió en un contrasentido, al dar por sentado que los bienes nunca fueron entregados a la Gobernación, ya que las actas de su recibo resultaron falsas; sin embargo, luego manifestó que, conforme a lo probado, las mercancías solo ingresaron a las bodegas de los particulares en abril de 2008 y no en diciembre de 2007, como se certificó en los documentos adulterados. Es decir, que finalmente sí se recibieron y quedaron a disposición del ente territorial.

9.2 En la sentencia de casación donde se declaró responsables del delito de *falsedad ideológica en documento público* a Betty Mercado y Lunela Palis Viana, admitida y decretada como prueba número 1 de la defensa, se da como hecho cierto, que las mercancías no estaban a disposición de la Gobernación en diciembre de 2007, como lo certificaron las allí implicadas; empero, también se dejó en claro que para febrero de 2008, las mismas ya estaban a disposición de dicho ente territorial en las bodegas privadas que para el efecto arrendaron los contratistas, previa autorización del anterior Gobernador.

Por tanto, desde febrero de 2008, cuando ya era gobernador BERRÍO VILLAREAL, para él surgió el deber de protección de la población afectada.

9.3 La omisión prevaricadora no se atribuyó al implicado por el hecho de no haber atendido los requerimientos de varias autoridades, donde se le pedía que liquidara los contratos y procediera con la entrega de los mercados, medicamentos y kits de aseo, como parece entenderlo la primera instancia.

Por tanto, la sentencia incurre en una falacia al pregonar que no se podía exigir al implicado que buscara a los contratistas para liquidar los contratos y proceder a entregar las ayudas a la población damnificada.

Tampoco se demostró a través de alguna de las pruebas practicadas, que la omisión que se atribuye al implicado haya tenido como fundamento la protección del erario público, pues nada indica que si los bienes objeto del contrato eran entregados a sus destinatarios se causaría un daño o detrimento al patrimonio del Departamento de Bolívar.

9.4 En la decisión absolutoria se da a entender que la falta de tipicidad subjetiva está amparada en un error, ya que la omisión tuvo su origen en el acatamiento de las instrucciones dadas al Gobernador por su equipo de asesores, con el fin de evitar que cohonestara las

irregularidades evidenciadas en la contratación efectuada por su homólogo antecesor.

En esos términos, para la Sala de Juzgamiento, JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL omitió sus deberes a sabiendas de que lo estaba haciendo, pero creyendo que ese no hacer, estaba amparado en la ley, argumento del que se derivaría un error de tipo y no la ausencia de dolo en su obrar.

9.5 Contrario a lo indicado por la primera instancia, de las pruebas aportadas se colige que el procesado conocía que estaba omitiendo un acto propio de sus funciones; y que, aun así, quiso continuar con la omisión. Lo anterior, por estos motivos:

-. Fue informado acerca de la existencia de los mercados, kits de aseo y medicina.

-. Fue requerido por la Contraloría Departamental del Bolívar a fin de que ejecutara los contratos y entregara las mercancías a los damnificados.

-. El Secretario Jurídico de la Presidencia de la República le recomendó verificar el estado de los bienes y estudiar la posibilidad de entregarlos.

-. El Juzgado 10° Administrativo de Cartagena, le ordenó entregar los mercados y medicamentos en el

término de 10 días, a la población damnificada, para dar cumplimiento a sus funciones constitucionales.

9.6 Así, de las pruebas aportadas se desprende que JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, conocía de la existencia de las mercancías objeto de los contratos 380, 381, 382, 385 y 386 de 2007; y pese a las múltiples comunicaciones que recibió de varias autoridades, se abstuvo de manera “*caprichosa*” de entregarlos a la población afectada con la ola invernal del mismo año; modo de obrar con el que omitió un deber propio de sus funciones como Gobernador del Departamento de Bolívar.

Por lo que estimó “*inaceptable*” acoger la conclusión de la Sala Especial de Primera Instancia, en el sentido que no se probó la “*deliberada intención de obviar el cumplimiento de sus obligaciones, ni la desatención caprichosa de las órdenes que al respecto había recibido, pues no dejan de ser explicaciones especulativas (...)*”.

Con tal convicción, la Fiscal Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia solicita se revoque la sentencia de primera instancia para, en su lugar, emitir una de carácter condenatorio en contra del procesado.

LA INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

10. La defensa

El defensor principal de JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL solicita se confirme la sentencia absolutoria de primera instancia atendiendo a que:

-. Se demostró que la administración presidida por BERRÍO VILLAREAL, nunca tuvo bajo su custodia y disposición la mercancía objeto de los contratos, ya que las actas de entrega de las mismas a la Gobernación, resultaron ser falsas.

-. Se equivoca la Fiscalía al considerar que el procesado omitió entregar los mercados, kits de aseo y medicamentos a la población damnificada con la ola invernal del 2007; pues, de cara a lo probado, el cumplimiento de dicho deber le resultaba imposible al no estar esos bienes a su disposición.

-. No es cierto que BERRÍO VILLAREAL haya hecho caso omiso a los múltiples requerimientos de autoridades administrativas y judiciales, a fin de que procediera a la entrega de los elementos adquiridos para atender a los damnificados; por el contrario, cada uno de ellos fue atendido y, tanto él como sus asesores, intentaron dar solución y responder a los llamados.

-. El procesado no actuó de manera dolosa, pues actuó como lo hizo, luego de atender las sugerencias y

recomendaciones de sus asesores, quienes vieron imposible adelantar la entrega de los bienes.

11. El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado para la Investigación y el Juzgamiento Penal solicita confirmar la sentencia absolutoria, con base en estos planteamientos:

-. El deber de evitar el deterioro y pérdida de los mercados, kits de aseo y medicamentos, no puede sustraerse a lo sucedido con la ejecución de los contratos. Por el contrario, el obrar del implicado debe analizarse teniendo en cuenta que, si los entregaba, sin tratar de esclarecer lo sucedido con el proceso de contratación o sin verificar el cumplimiento de los compromisos de los contratistas, habría llevado a que se incurriera en conductas penales y disciplinarias, así como al despilfarro de recursos públicos adicionales a los ya comprometidos.

-. De la prueba estipulada y aducida en juicio, no es posible advertir una conducta dolosa de omisión, tendiente a incumplir las obligaciones propias que la ley impone al cargo de Gobernador; por el contrario, se advierte que BERRÍO VILLAREAL (*implicado*), una vez advirtió irregularidades en los contratos y su ejecución, informó a los entes de control, impulsó acciones tendientes a evitar la pérdida de recursos públicos.

-. Se debe tener en cuenta, que JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL sí procedió a la entrega de los medicamentos que sí estaban a su disposición y que habían ingresado al Almacén de la Secretaría de Salud.

-. Aun cuando la entrega de los mercados no impedía que la Gobernación emprendiera las acciones legales para defenderse, ello si habría dado lugar a que se configurara el cumplimiento tardío del objeto de contratación, así como a las acciones de los contratistas para lograr obtener el pago de los dineros restantes.

-. Contrario a lo afirmado en la acusación, el Gobernador procesado sí dejó constancia acerca de las razones que lo llevaron a no entregar las mercancías depositadas en las bodegas privadas, tomadas en arriendo por los contratistas; pues obra en el plenario, acta de reunión del 28 de mayo de 2008, a la que asistieron varios funcionarios del Departamento, donde consta que la oficina jurídica del ente territorial, tenía dudas sobre la legalidad de los mismos y su ejecución.

-. En la documentación estipulada, reposan varias comunicaciones remitidas a la Fiscalía, a la presidencia de la República y a los entes de control, durante el año 2008, a fin de que se iniciaran las investigaciones correspondientes o se emitieran conceptos que pudieran

ayudar a definir qué hacer ante la existencia de los vicios encontrados en los contratos.

En esos términos, estima debe confirmarse la absolución.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

1.1 Atendiendo lo establecido en el artículo 186 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2018, es competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer del recurso de apelación que se interponga contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia.

1.2 De otro lado, es de indicar que el conocimiento del juez de segunda instancia se encuentra limitado por los aspectos objeto de inconformidad planteados por el recurrente y sobre los que resulten inescindiblemente vinculados a aquéllos y en esos términos se procederá.

1.3 Para responder las alegaciones de la Fiscalía, la Sala inicialmente resolverá lo que parece plantear la apelante como un problema de congruencia, respecto de

las circunstancias constitutivas de omisión por las que se acusó al implicado; luego de lo cual, estudiará si se cumplen los elementos del tipo objetivo penal de *prevaricato por omisión*; y, por último, de hallarse probada la materialidad del mencionado tipo penal, determinar si el actuar de JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, fue típico desde el ámbito subjetivo.

2. De la presunta incongruencia

2.1 En el escrito de impugnación, la Fiscal Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (E), sugiere que la sentencia de primera instancia incurrió en una incongruencia sobre la determinación de las conductas omisivas atribuidas al inculpado.

En específico consideró se equivocó la Sala Especial de Primera Instancia, al concluir que no le era exigible al procesado buscar a los contratistas para liquidar los contratos y proceder a la entrega de los mercados, kits de aseo y medicamentos; cuando lo cierto es que *“en ningún momento la fiscalía consideró que la omisión se debía por no pagar, o por no liquidar los contratos (...)”*.

2.2 Verificadas las audiencias de formulación de imputación¹⁴, así como la de acusación¹⁵, la Sala pudo

¹⁴ Record 22:03 a 22:39 de la audiencia de formulación de imputación adelantada en el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de marzo de 2017.

¹⁵ Récord 27:56 a 31:40 de la audiencia de acusación adelantada el 11 de septiembre de 2019 ante la Sala Especial del Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

constatar que efectivamente la Fiscalía inició la investigación por la que finalmente acusó a BERRÍO VILLAREAL, al considerar, incurrió en el delito de *prevaricato por omisión*, por haber:

- . *“En su condición de gobernador omitido tomar medidas que definieran la disposición de los kits de aseo, alimentos y medicamentos”.*

- . *“Omitió brindar atención real a las personas que en su departamento constituían la población damnificada.”*

Por lo que, aparentemente le asistiría razón a la Delegada Fiscal en cuanto indica que el no pago o la falta de liquidación de los contratos no fue lo que dio lugar a la imputación de la conducta omisiva; como, según entiende la apelante, se habría dicho en la sentencia cuestionada.

2.3 No obstante, en la revisión del fallo absolutorio apelado, de ningún modo se colige que el mismo haya partido de un error en la determinación de las conductas omisivas imputadas y por las que se acusó al procesado.

Por el contrario, en la decisión se observa con claridad que el tema por analizar se centró en, si con su actuar, JOACO BERRÍO VILLAREAL omitió adelantar las acciones necesarias para disponer de los insumos adquiridos y, concretamente, entregarlos a los

damnificados; pese a haber tenido conocimiento de la existencia de tales bienes y ser requerido por autoridades administrativas y judiciales, para evitar que se vencieran antes de llegar a los beneficiarios.

2.4 Distinto es que, en el texto de la sentencia, la Sala de primera instancia cuestionó el hecho de que la Fiscalía no hubiese consultado ni tenido en cuenta como soporte de su teoría, la información con la que contaban los contratistas y que hubiese sido de gran utilidad al caso, pues eran ellos quienes:

“podían dar cuenta de los pasos que adelantaron para lograr el pago de las obligaciones derivadas de la suscripción de los contratos o si quiera para conocer cómo, cuándo y dónde se produjo realmente la entrega de los bienes, o si ante el panorama de las actas espurias (...) se procuró la gestión de una investigación propia de la Fiscalía, se procuró la gestión de algún tipo de adición contractual para lograr dicho efecto”.

Por tanto, ninguna irregularidad con entidad para afectar el principio de congruencia se verifica en el fallo ni dentro de la actuación; en tanto, coinciden los hechos omisivos imputados con aquellos sopesados y por los que se emitió fallo absolutorio.

3. El delito de prevaricato por omisión

Se presentará un breve marco teórico acerca de los elementos estructurales de tal tipo penal, para analizar

luego, si JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL incurrió en aquella conducta punible.

El artículo 414 del Código Penal, Ley 599 de 2000, preceptúa:

“(...) El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses”

La jurisprudencia de esta Sala ha destacado los siguientes elementos y características inherentes al *tipo objetivo* del *prevaricato por omisión*: **(i)** sujeto activo calificado (*el autor debe ser un servidor público en cualquiera de sus diversas modalidades*); **(ii)** conducta alternativa, es decir que se puede ejecutar mediante uno de los verbos rectores en él contenidos (*omita, retarde, rehúse o deniegue*); y, **(iii)** se trata de una omisión propia, porque alguno de los verbos debe recaer sobre un acto propio de las funciones del sujeto activo, es decir, respecto del deber constitucional o legal derivado del cargo que desempeña; **(iv)** tipo penal en blanco, pues el supuesto de hecho que ordena o prohíbe, está consagrado total o parcialmente en una disposición de carácter extrapenal. (CSJ AP7109-2016, rad. 46148; CSJ AP5262-2016. Radicado 42007; CSJ SP2293-2019, Radicado. 54990; CSJ SP5037-2019, Radicado 52107).

De otra parte, atendiendo a su componente *subjetivo*, se clasifica como un tipo penal eminentemente *doloso*, ya que, para su configuración, el servidor público debe estar consciente de que su actuar es típico y saber que la ley le impone el deber de actuar; no obstante, decide voluntariamente no hacer, negarse a hacer o realizar lo correspondiente pero tardíamente. (CSJ SP5037-2019, Radicado 52107; CSJ SP1316-2019. Radicado 54973).

4. El estudio del tipo objetivo

4.1 De conformidad con lo indicado en la acusación, se cuestiona el hecho de que JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, entre el 1° de enero de 2008 y el 26 de septiembre de 2009 (*mientras fue Gobernador*), no haya entregado a la población del Departamento del Bolívar afectada con la ola invernal de 2007, los bienes adquiridos mediante los contratos 380, 381, 382, 384, 385 y 386, para solventar sus necesidades básicas.

Comportamiento omisivo con el que, a decir de la Fiscalía, incurrió en la conducta punible descrita en el canon 414 del Código Penal.

4.2 Con las pruebas debatidas en juicio, se probaron los siguientes aspectos, que no fueron discutidos por la Fiscalía en su recurso de apelación:

i) Para el periodo en que se reputan las omisiones, esto es, entre el 1° de enero de 2008 y el 26 de septiembre de 2009, JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL ostentaba la calidad de Gobernador del Departamento del Bolívar¹⁶.

ii) En ejercicio de sus funciones, el implicado *omitió* dar cumplimiento a los deberes que el cargo le imponía, específicamente los contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 34 numeral 21 del Código único Disciplinario, artículo 26 numeral 1° del Estatuto General de la Contratación, Ley 80 de 1993, Decreto 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, artículo 94; y el manual de funciones Resolución 1561 de 2007 artículo 1°, tal como fueron relacionados por la fiscalía en la formulación de imputación y ratificados en la formulación de acusación, según los cuales le correspondía:

- . Responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas.

- . Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

¹⁶ Estipulación probatoria número 8 celebrada entre las partes, donde se dio por probado que JOACO BERRÍO VILLARREAL, se desempeñó en el cargo de Gobernador del Bolívar hasta que fue suspendido en virtud del Decreto 3227 de 2009, sanción que fue prorrogada por los decretos 4581 de 2009 y 631 de 2010 cada uno por el termino de tres meses y que finalmente mediante Decreto 1714 de 2010, se le aceptó la renuncia al cargo.

-. Buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y protección de los derechos de la entidad y los terceros afectados.

-. Evitar incurrir en daño fiscal, el cual podrá ocasionarse por acción o por omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento del patrimonio público.

-. Cumplir con lo establecido en los decretos y órdenes del gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales, específicamente con la protección de los damnificados de conformidad con lo establecido en el Decreto 690 de 2008.

iii) JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, siendo ya Gobernador, se enteró de la existencia de los mercados, kits de aseo y medicamentos que su antecesor, el Gobernador Libardo Simancas Torres, había adquirido para hacer frente a los estragos dejados por la temporada de lluvias del 2007 en el Departamento del Bolívar.

Lo anterior, máxime que al momento de tomar posesión del cargo fue advertido sobre inconsistencias en los contratos celebrados por su antecesor; y tuvo la

oportunidad de percatarse del mal manejo dado a esa temática por parte de la Secretaría de Salud y la Tesorería, dependencias a las que decidió vigilar con mayor detenimiento, al punto que en este ejercicio efectivamente encontró muchas irregularidades, no sólo en los contratos celebrados para atender la ola invernal del 2007.

Aunado a lo anterior, BERRÍO VILLARREAL aceptó conocer de las actividades que para la entrega de las mercancías adelantaron diferentes entes de control y autoridades judiciales,¹⁷ quienes lo requirieron a fin de que entregara dichos bienes antes de que se vencieran.

Llamados que manifestó haber acatado únicamente con relación a los medicamentos, porque los contratistas sí los habían entregado en el almacén de la Secretaria de Salud; y por ser los únicos bienes efectivamente recibidos y dejados bajo su custodia.

iv) También se comprobó que parte de las mercancías que fueron almacenadas en las bodegas privadas tomadas en arriendo por los contratistas y que estaban ubicadas en la zona industrial El Bosque – sector Manzanillo, no fueron entregadas a los damnificados; y, finalmente debieron ser destruidas, los días 20 y 22 de diciembre de 2011, luego de que el INVIMA estableciera que se trataba de material ya contaminado o descompuesto, no apto para

¹⁷ Requerimientos efectuados por el Juzgado 10° Administrativo de Cartagena, con ocasión de una acción popular instaurada en contra de la Gobernación del Bolívar; el Fiscal General de la Nación; la Contraloría Departamental y el INVIMA.

su uso; y así lo ordenara el Juzgado 10° Administrativo de Cartagena¹⁸.

4.3 En esos términos, es correcta la conclusión a que arribó la Sala Especial de Primera instancia, consistente en que la conducta de BERRÍO VILLAREAL, se podría adecuarse en forma objetiva al tipo penal de *prevaricato por omisión*; bajo en entendido que él sabía sobre la existencia de los kits aseo, alimentos y medicamentos adquiridos, conocía su inminente vencimiento y se enteró de las advertencias que al respecto le hicieron autoridades judiciales y administrativas; y, aún así, se abstuvo de entregarlos a las familias afectadas con la ola invernal del año 2007.

No obstante, como se verá, no ocurre lo mismo con los aspectos subjetivos del *prevaricato por omisión*, cuya única manera en que puede cometerse, según las previsiones del legislador, es a través de un comportamiento doloso.

5. El estudio del tipo subjetivo

5.1 La Sala Especial de Primera Instancia estimó que la negativa del enjuiciado a realizar la entrega de los alimentos, medicamentos y kits de aseo, no se fincó en una antojadiza y premeditada intención de hacerlo.

¹⁸ Estipulaciones probatorias 13, 14 y 15.

5.2 Para Fiscal Tercera Delegada Ante la Corte Suprema de Justicia (E), en cambio, se demostró que BERRÍO VILLAREAL actuó de manera deliberada y caprichosa, al dejar de adoptar las medidas necesarias para disponer de los kits de aseo, mercados y medicamentos; y del mismo modo abstuvo de brindar atención real a la población damnificada con la ola invernal que afectó su Departamento en el año 2007, pues preferió que se perdieran dichos bienes, por vencimiento o deterioro, en lugar de entregarlos a los necesitados.

5.3 De conformidad con lo indicado sobre la estructura subjetiva del tipo penal de *prevaricado por omisión*, en cuanto a que solo admite la modalidad dolosa (CSJ SP333-2020, Radicado 50058), Sala de Casación Penal abordará las pruebas debatidas en el juicio oral, con el fin de establecer si tal omisión se realizó con conocimiento y voluntad arbitraria y caprichosa por parte del Gobernador implicado, como insiste la Fiscalía.

5.4 La prueba documental practicada en el juicio oral, da cuenta que, para el año 2007, en el Departamento del Bolívar, se presentó una emergencia ocasionada por el invierno, que conllevó a la declaratoria de *calamidad pública* en dicho territorio, por los gobiernos Nacional y Departamental.

Por la premura de solventar las necesidades básicas de la población afectada, la Gobernación de Bolívar de ese

entonces gestionó la compra de alimentos, medicamentos, kits de aseo y otros insumos, destinados a la población afectada en los diferentes municipios que lo integran; y, para ello, suscribió los contratos 380, 381, 382, 384, 385 y 386 en diciembre de 2007¹⁹.

En las mencionadas negociaciones, se acordó que el lugar para la entrega de las mercancías serían los almacenes de la Secretaría de Salud de la Gobernación de Bolívar²⁰; no obstante, de conformidad con lo contemplado en documentos cuya autenticidad y existencia se estipuló, el Gobernador de entonces, Libardo Simancas Torres, autorizó que los bienes fueran custodiados por los contratistas en bodegas tomadas en arriendo por ellos mismos.

Los documentos que se relacionan a continuación demuestran tal aserto:

- . Mediante oficio del 24 de diciembre de 2007, Lunela Palis Viana, en calidad de almacenista de la Gobernación del Bolívar, informó al entonces Secretario de Salud Departamental (*Walter Jiménez Vanegas*), que la capacidad del almacén de la Secretaría de Salud Departamental era insuficiente para guardar todas las mercancías que

¹⁹ Estipulaciones probatorias número 5 y 6 celebrada entre las partes.

²⁰ Cláusula segunda de cada uno de los contratos, que, según informe ejecutivo realizado por los funcionarios de la Gobernación del Bolívar, establecía “*el departamento cancelará al contratista así: contra entrega de los elementos descritos en la cláusula primera del presente contrato, en el almacén de la Secretaría de Salud departamental, (...) para el pago es requisito indispensable la presentación del Acta de Recibo a satisfacción del total de los elementos objeto del contrato, debidamente suscrita por el Supervisor y Coordinador del presente contrato, junto con la factura demás documentos conducentes para el pago*” Folios 1 al 65 del cuaderno 6 de estipulaciones probatorias, incorporado en audiencia del 12 de julio de 2021.

debían recibirse con ocasión de la contratación por la ola invernal; por lo que se hacía necesario buscar otro lugar para guardar aquellas que no cupieran en dicha dependencia²¹.

- El mismo 24 de diciembre de 2007, el Secretario de Salud del Departamento (*Walter Jiménez Vanegas*), mediante oficio dirigido al entonces Gobernador del Departamento del Bolívar (*Libardo Simancas Torres*), le informó sobre la situación advertida por la almacenista y le solicitó autorizar que los bienes quedaran en poder de los contratistas, en las bodegas donde los guardaban, en aras de solucionar el problema de espacio que se venía presentando en las instalaciones de la Secretaría de Salud²².

- En oficio del mismo 27 de diciembre de 2007, remitido por el Gobernador (*Libardo Simancas Torres*), al Secretario de Salud Departamental (*Walter Jiménez Vanegas*), le ordenó “*coordinar con los proveedores la custodia temporal de los mismos, de conformidad con los términos de su oficio de 24 de diciembre. (...)*”²³.

- En atención a lo manifestado por el Gobernador Simancas Torres, a su Secretario de Salud, este servidor, con oficio de la misma fecha, dirigido a Lunera Palis Viana

²¹ fl 30 del cuaderno 2 de estipulaciones probatorias.

²² fl. 31 ibídem, donde se indica: “(...) le solicito a usted autorizar la custodia de los mismos en estas bodegas, custodia que no ocasionara erogación alguna para la Gobernación; toda vez que los contratistas facilitarán las misma (sic), hasta la entrega de las ayudas”.

²³ Fl. 32 ibídem.

(almacenista), le indicó que el mandatario departamental había autorizado “*que las mercancías que materialmente no quepan en el almacén a su cargo, sean recibidas en bodegas de los proveedores para lo cual la Gobernación ha exigido las correspondientes ordenes de retiro*”.

Fue así como la administración del Gobernador Simancas Torres, autorizó que los bienes adquiridos para atender a los afectados con la ola invernal, se acopiaran y fueran entregados a sus destinatarios en las bodegas de los contratistas. Con esta manera informal de actuar, se vulneró la cláusula segunda de los contratos, según la cual, las mercancías debían ser entregadas a la Gobernación en el “*almacén de la Secretaría de Salud departamental*”.

5.5 También obran en el expediente y fueron objeto de estipulación probatoria, los comprobantes de ingreso 226 y 228, de 31 de diciembre de 2007, suscritos por Lunela Palis Viana *(almacenista)*, dirigidos a los contratistas así: el primero, a la Fundación Trabajar por Colombia; y, el segundo, a GESTOCOOP; ambos, donde les confirmaba haber recibido los medicamentos, mercancías y kits de aseo objeto de los contratos con ellos celebrados.

Así mismo, se estipuló, el contenido de las certificaciones de 27 de diciembre de 2007, suscritas por Betty Mercado Barrios *(supervisora de los contratos)*, dirigidas también a la Fundación Trabajar por Colombia y a

GESTOCOOP; dando cuenta del cumplimiento del objeto contractual.

5.6 JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, asumió el cargo de Gobernador del Departamento del Bolívar el 1° de enero de 2008, momento a partir del cual, conforme él mismo lo rememoró en juicio, se percató de algunas irregularidades en la ejecución de los contratos celebrados para la adquisición de mercados, kits de aseo y medicinas para los damnificados.

Específicamente, se refirió al hecho de que las bodegas donde supuestamente se habían llevado los bienes y realizado las entregas, fueron tomadas en arriendo por los contratistas a partir del 23 de febrero y 25 de marzo de 2008²⁴; es decir, en fechas posteriores a las que las funcionarias de la Gobernación, Betty Mercado Barrios (*supervisora*) y Lunela Palis Viana (*almacenista*), certificaron haber recibido a satisfacción los bienes objeto de contrato.

Situación que el Gobernador BERRÍO VILLAREAL (*implicado*) puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, autoridad que abrió investigación en contra de Betty Mercado Barrios y Lunela Palis Viana; quienes fueron procesadas y finalmente condenadas por la Corte Suprema de Justicia, que al desatar en recurso extraordinario, las declaró responsables por el delito de

²⁴ Contratos obrantes a folios 44 y 51 del cuaderno 2 de estipulaciones probatorias.

falsedad ideológica en documento público; con sentencia de casación de 10 de mayo de 2017 (rad. 45147).

Entre otros aspectos, en el mencionado fallo, la Sala de Casación Penal destacó lo siguiente, con relación al comportamiento de aquellas acusadas:

“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 almacenista 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 demostraran haber cumplido con el objeto contratado y obtener por ello el pago de los contratos, pues en ellos se había estipulado que: “El departamento cancelará al contratista así contra-entrega de los elementos descritos en la cláusula primera del presente contrato, en el Almacén de la Secretaría de Salud Departamental, una vez perfeccionado y legalizado el contrato, previa aprobación de la póliza por parte de la gobernación de Bolívar, para el pago es indispensable la presentación del acta de recibo a satisfacción del total de los elementos objeto de contrato, junto con la factura y demás documentos conducentes para el pago” (subrayas ajenas al texto).

Resulta así inverosímil la afirmación de la procesada BETTY MERCADO BARRIOS que la contabilización y verificación de las

mercancías la hizo con su equipo de trabajo en las Bodegas de Manzanillo los días 24, 25 y 26 de diciembre, porque, se insiste, se acreditó documental y testimonialmente que las aludidas bodegas solo fueron ocupadas el 27 de febrero de 2008, esto es, dos meses después de la expedición de la certificación de la citada interventora dando cuenta del recibo a satisfacción de los elementos adquiridos.”
(...)

*“En suma, con tales oficios no se podía establecer, como lo concluyó el Tribunal, que los elementos adquiridos por la administración efectivamente ingresaron, porque aquí entroncan las declaraciones de **Joaco Berrio Villareal**, Gobernador entrante y su Tesorero Luis Roberto Ángulo Betancur cuando explicaron que la negativa al pagar a los contratistas obedeció a que no estaba acreditada la efectiva entrada de los elementos adquiridos al almacén de la Secretaría de Salud, aspecto que ratifica que los documentos suscritos por las servidoras públicas no se ajustaron a la verdad.”*

Por consiguiente, tal y como lo observó la Sala Especial de Juzgamiento, los bienes que se afirmó no fueron suministrados por BERRÍO VILLAREAL (*implicado*) a los damnificados, en realidad nunca ingresaron al Almacén de la Gobernación de Bolívar ni estuvieron bajo la custodia material ni jurídica del mismo procesado; pues, las actas que daban cuenta de tal situación, resultaron espurias; falsedad en la que incurrieron la empleadas que resultaron condenadas, con el propósito de aparentar ante la nueva administración, de que los contratos ya habían sido cumplidos; lograr así que se liquidaran y pagaran a los contratistas, con evidente intención de favorecerlos, aun cuando no hubiesen cumplido el objeto pactado.

5.7 En este punto, la Fiscal impugnante aduce que en la sentencia absolutoria impugnada se incurrió en un contrasentido; pues, de una parte, el Juez Colegiado concluyó que los bienes nunca se recibieron por la Gobernación, y, de otra, indicó que el nuevo mandatario, JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, entre febrero y abril de 2008, tuvo conocimiento del recibo y la existencia de los bienes contratados para la atención de las comunidades afectadas con la ola invernal de 2007, así como del lugar donde se hallaban.

Tal apreciación de la apelante carece de fundamento real y admisible; dado que, las únicas “*testigos*” que dieron cuenta de la supuesta recepción y entrega de las mercancías, fueron precisamente Betty Mercado (*interventora*) y Lunela Palis (*almacenista*), en cuanto señalaron que el Gobernador JOACO BERRÍO no solo tenía conocimiento de la existencia de los bienes sino de la entrega de los mismos para el mes de diciembre de 2007. No obstante, la fuerza de convicción de sus versiones fue descartada por la Sala Especial de Primera instancia; y les restó credibilidad teniendo en cuenta lo demostrado con las pruebas y, en especial, porque fueron condenadas por el delito de falsedad.

En ese orden, como bien se consignó en la sentencia cuestionada, no es que se haya concluido que los bienes fueron efectivamente recibidos por la Gobernación, sino que, en el estudio de los aspectos objetivos de la conducta

de *prevaricato por omisión*, la Sala Especial de Primera Instancia encontró probado que BERRÍO VILLAREAL sabía de la existencia de los contratos en mención, de las irregularidades suscitadas dentro de los mismos y también de la proximidad del vencimiento de los bienes percederos que fueron el objeto contractual.

Es tan así, que en la sentencia que absolvió en primera instancia a JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, al analizar el fallo de casación de 10 de mayo de 2017 (*rad. 45147*) antes citada, concluyó que lo demostrado por la defensa de las implicadas Betty Mercado (*interventora*) y Lunela Palis (*almacenista*), a través de la incorporación de dicha decisión, no era una simple inconsistencia documental en las actas de recibo, “*sino de la construcción total de los documentos que daban cuenta del ingreso a la custodia de la Gobernación de la integridad de los insumos adquiridos desde diciembre de 2007*”.

Luego de ello, el *A-quo* arribó a la conclusión de que el Gobernador BERRÍO VILLAREAL (*implicado*) no podía ser penalmente responsable, por el hecho de que no entregó unos bienes, cuando no contaba con ellos y no podía disponer de los mismos, con seguridad jurídica; y sin el riesgo de que la esperada entrega se utilizara como medio para legalizar o formalizar presuntas irregularidades en los contratos y su ejecución.

Por tanto, el supuesto contrasentido en que la

apelante dice adolecer la sentencia absolutoria, no se verifica.

5.7 En tal contexto, no es posible desligar del objeto del proceso, las circunstancias que incidieron en el fuero interno del acusado para abstenerse de entregar las mercancías, pues como se ha venido insistiendo, fueron varias las anomalías entorno de los contratos, que llevaron al Gobernador entrante a abstenerse de realizar dicha acción.

Determinación que no le surgió de manera caprichosa o arbitraria, sino luego de adelantar múltiples gestiones tendientes a dilucidar lo ocurrido; como las consistentes en haber solicitado consultorías, instaurado denuncias, presentado reclamos y solicitado interventorías; actos de cuyo análisis derivó la necesidad de actuar como lo hizo; es decir, absteniéndose de entregar los mercados, kits de aseo y medicamentos que fueron adquiridos por su antecesor, a través de unos contratos muy cuestionados.

Tales gestiones del Gobernador procesado fueron debidamente documentadas en el proceso penal, con pruebas debidamente incorporadas; las que, de manera somera y con el objetivo de brindar mayor claridad, se enuncian así:

i) El 2 de mayo de 2009, JOACO BERRÍO VILLAREAL, remitió oficio a la Directora Seccional de la Fiscalía para solicitarle *“intervención para que se dé la celeridad que requiere el trámite del proceso mencionado en la referencia, teniendo en cuenta su trascendencia económica y connotación social en contra de los intereses económicos del Departamento de Bolívar y de la comunidad”*.²⁵

ii) Concepto Jurídico de 8 de septiembre de 2008, emitido por el Director del Departamento Administrativo Jurídico, previa solicitud del procesado JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, donde se alude a múltiples reuniones sostenidas con distintos abogados vinculados a la Gobernación, en aras de solucionar los problemas y las dudas que lo aquejan, respecto a las irregularidades observadas en los contratos.

Documento en el que concluyen²⁶:

- “en concepto de los profesionales mencionados eventualmente se habría podido configurar una posible nulidad absoluta de los Contratos suscritos de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (...)”

- “(...) se observa que la obligación principal del contratista no se cumplió por parte de éste, debido a que los bienes adquiridos no se entregaron en el Almacén de la Secretaría de Salud

²⁵ Lo anterior con referencia al proceso penal que se estaba adelantando en contra de Betty Mercado y Lunela Palacio en la Fiscalía general de la Nación, verificable a folios 23 al 25 del cuaderno 2 de estipulaciones probatorias.

²⁶ Fls 96 a 98 de la carpeta 2 de estipulaciones probatorias.

departamental, tal y como fue pactado expresamente en los Contratos”.

Y con respecto al pago, lo instruyeron acerca de que, si llegaban a cancelarse las sumas debidas a los contratistas, y alguna de las autoridades encargadas de investigar las irregularidades denunciadas declaraba la nulidad o ilegalidad de los contratos, él (*Gobernador implicado*) se podría ver inmerso en una acción de repetición, y en problemas penales, disciplinarios y fiscales.

iii) El 26 de agosto de 2008, mediante oficio 5078, remitido por el procesado al entonces Fiscal General de la Nación, advirtió sobre la situación que se estaba presentando con los contratos celebrados a raíz de la ola invernal, manifestando que tal situación:

“preocupa a esta administración, porque tememos tomar decisiones que no coincidan con los resultados de las investigaciones y decisiones que adopten las autoridades de control y vigilancia del Estado, y porque los bienes por ser de consumo pueden perecer, así como los medicamentos que tienen fecha de expiración, lo cual puede dar lugar a un detrimento patrimonial²⁷”.

iv) También alertó al Señor Presidente de la República, a través de un oficio de 13 de agosto de 2008, a quien solicitó:

²⁷ Fl. 99 ibidem.

“a través del programa de Lucha Contra la Corrupción, se nos apoye a fin de lograr un oportuno pronunciamiento o adopción de medida de los organismos de control del Estado que vienen conociendo de estos contratos, y así verdaderamente tener la certeza de que obramos salvaguardando los intereses patrimoniales del Departamento de Bolívar”²⁸.

v) El 22 de julio de 2008, el Director Jurídico de la Gobernación del Bolívar, en acatamiento de instrucciones suministradas por el Gobernador BERRÍO VILLAREAL y luego de haberse percatado de las irregularidades suscitadas en los contratos 380, 381, 382, 384, 385, 386 y 387 de 2007, remitió oficio al Procurador General de la Nación, dando a conocer a dicho ente de control la situación; y le planteó el siguiente problema en torno de los contratos cuestionados:

“si pagamos, estaríamos incurriendo en las mismas faltas que han podido incurrir nuestros antecesores. Si no pagamos, no podemos utilizar los mercados. Si estos se dañan en poder de la administración, y por alguna circunstancia la decisión de las autoridades judiciales es a favor de los contratistas, se produciría un detrimento patrimonial de grandes proporciones”, y en esos términos, solicitó el acompañamiento y asesoramiento de dicho órgano²⁹.

En la misma fecha remitió oficios con el mismo propósito al Fiscal General de la Nación³⁰ y al Contralor Departamental³¹.

²⁸ Fls 100 a 103 ibidem.

²⁹ Fls 104 a 106 ibidem.

³⁰ Fl 107 ibidem

³¹ Fl. 108 ibidem

vi) El 18 de julio de 2008, JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, remitió al Contralor Departamental, informe sobre las actividades por él adelantadas hasta el momento, con ocasión de la ejecución de los contratos 380,381, 382, 384, 385 y 386 de 2007, documento en el que reseñó³²:

-. Ordenó el no pago de las obligaciones reclamadas por los contratistas, hasta tanto se realizará un estudio en cada caso y se pusiera en conocimiento de las autoridades el contenido de los mismos.

-. Solicitó a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría Departamental, adelantar inspección en el almacén de la Secretaría de Salud Departamental. De cuya visita, entre otras conclusiones, aseguró haber establecido la inexistencia de los elementos (*kits de aseo, medicamentos y alimentos*) presuntamente entregados.

-. Se revisaron los contratos y soportes contractuales, con hallazgo de múltiples irregularidades.

-. Otorgó poder a un abogado penalista, para iniciar acciones y establecer la legalidad de los actos que declaran el recibo de los bienes presuntamente entregados.

³² FI 186 a 188 del cuaderno 2 de estipulaciones probatorias.

-. Solicitó conceptos jurídicos externos a fin de determinar las *“acciones contractuales que resulten pertinentes”*.

vii) El 6 de octubre de 2008, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, atendiendo la solicitud del procesado, emitió concepto jurídico sobre la situación contractual.³³

viii) El 23 de junio de 2008, la Directora del Departamento Administrativo de Control Interno de la Gobernación de Bolívar, remitió a BERRÍO VILLAREAL oficio dando respuesta a su solicitud acerca del estado de los contratos, donde puso de presente que *“algunos de los procesos fueron llevados de manera equivocada por parte de los responsables de los mismos, por no existir claridad en su normal ejecución (...)”*.³⁴

ix) Dentro del trámite de la acción popular que conoció el Juzgado 10° Administrativo de Cartagena, contra la Gobernación del Bolívar, se impuso el 20 de noviembre de 2008, medida cautelar en la que se ordenaba a dicho ente territorial que *“de manera inmediata disponga lo necesario para que en el término improrrogable de 10 días sea entregada a la población afectada por la ola invernal, la totalidad de los bienes (insumos, mercancías, alimentos y medicamentos) adquiridos a través de los contratos (...)”*.

³³ Fls 192 a 199 ibídem.

³⁴ Fls 374 y 375 ibídem.

El 11 de marzo de 2009, el Director del Departamento Jurídico de la Gobernación del Bolívar rindió informe sobre la manera en que había dado cumplimiento a dicha medida cautelar; y en dicho documento manifestó haber entregado los medicamentos que se encontraban en el Almacén de la Secretaría de Salud, mas no *“de lo existente en la propiedad del contratista por no poder acceder a ello físicamente”* ya que, *“jamás has estado bajo la custodia y cuidado de la entidad territorial ya que permanecen en las instalaciones de propiedad de los contratistas (...)”*³⁵

En tal panorama, tampoco asiste razón a la Fiscal apelante cuando extraña que el procesado no haya dejado constancia de las acciones adelantadas para resolver la encrucijada contractual que enfrentó en el año 2008, cuando asumió el cargo como Gobernador de Bolívar; por el contrario, conforme a lo antes relacionado, no solo consultó, sino que pidió el acompañamiento de autoridades y entes de control, adoptó medidas para evitar un daño mayor e intentó dar respuesta y cumplir los requerimientos de las autoridades judiciales y administrativas.

5.8 Tampoco resulta cierto que la Corporación primera instancia hubiese atendido únicamente lo manifestado por el acusado, para dar por hecho que con

³⁵ Fls 384 a 388 del cuaderno 3 de estipulaciones probatorias.

su actuar pretendió evitar un mal mayor. En vez de ello, lo que consolidó el criterio del Juez *A-quo* fue el soporte documental probatorio que la defensa Gobernador implicado incorporó en el debate oral.

En efecto, todas y cada una de las pruebas practicadas, así como los documento que fueron objeto de estipulación, dan cuenta de la manera en que JOACO BERRÍO VILLAREAL actuó, de su interés en aclarar las inconsistencias vislumbradas en los contratos y los temores fundados que sentía ante la avalancha de sugerencias y requerimientos que se le hacían acerca de las posibilidades con que contaba y las consecuencias de uno u otro actuar.

Si bien, conforme lo pone de presente la Fiscal apelante, el resultado de la condena en contra de las funcionarias de la Gobernación, solo se conoció cuando ya había radicado el escrito de acusación contra bERRÍO VILLAREAL, de los documentos y el modo en que obró el procesado resulta claro que, para él, dichas actas eran falsas, pues acreditaban circunstancias imposibles de haberse realizado en los tiempos y de la forma que ellas indicaban; y fue bajo tal convicción que se inclinó por no entregar los bienes.

Fue esa, entonces, la razón fundante de las acciones que adelantó y de su negativa a cumplir con el pago de los negocios jurídicos.

Por tanto, las excusas que presentó el procesado en su defensa, no constituyen hechos nuevos o traídos a última hora por la defensa, en procura de una absolución, como dice la recurrente. Se trata, en cambio, de circunstancias que se presentaron durante el periodo en que aquel fungió como Gobernador, como quedó claramente explicado con el debido soporte documental.

5.9 Lo antes indicado, también respalda lo dicho por BERRÍO VILLARREAL, en su testimonio, previa renuncia su derecho de guardar silencio. En el juicio oral explicó que, además, no podía entregar los bienes, dada la imposibilidad material de hacerlo, atendiendo a que los mismos no estaban bajo su custodia jurídica; es decir, nunca fueron entregados legalmente a la Gobernación de Bolívar.

Tan es así, que algunas mercancías que sí fueron entregadas por los contratistas en el Almacén de la Secretaría Departamental de Salud, de conformidad con la cláusula segunda de los contratos, se repartieron oportunamente a los damnificados, tal como se consignó en el oficio con el que se dio respuesta sobre el cumplimiento de la medida cautelar impuesta a la Gobernación, dentro de la acción popular que cursaba en el Juzgado 10° Administrativo de Cartagena.

5.10 Por último, para la Fiscalía, la Sala Especial de Primera Instancia cimentó la absolución en el hecho de que, si bien el implicado conocía que estaba omitiendo el cumplimiento de un deber funcional propio, creyó que estaba actuando bajo el amparo de la ley, como se lo sugirieron sus asesores; es decir en la configuración de un “*error de tipo*”.

Analizado detenidamente ese tópico, lo que se infiere es que no fueron los conceptos emitidos por los asesores o el convencimiento de que su actuar estaba siendo amparado por la ley, lo que, prevalentemente, motivó al Gobernador a actuar como lo hizo; sino, aunado a ello, la convicción de que estaba en incapacidad para entregar los bienes a los destinatarios, por no tener disponibilidad de ellos, ni acceso concreto a los mercados, kits de aseo y medicamentos, ya que estaban almacenados bodegas privadas tomadas en arriendo por los contratistas.

Si ello es así, no se vislumbra la necesidad de ahondar en la posible configuración de un error de tipo, como, a partir de su propio entendimiento se plantea en la apelación, pues para ello, tendría que aceptarse como punto de partida una temática no debatida en primera instancia y un supuesto contrario al que motivó el fallo absolutorio que se impugna.

Basta transcribir lo que al respecto se expresó en la sentencia absolutoria, para comprender que la Sala

Especial de Primera Instancia no afirmó que el implicado incurrió en un error de tipo; sino que, por vía de explicación, aseguró un planteamiento de la defensa sería compatible con un yerro de esa naturaleza:

“De aceptar, que el comportamiento omisivo de (...) obedeció al acatar las instrucciones de sus asesores para no proceder a la entrega (...) podría configurar un error de tipo (...) que de ser vencible, siempre que se proceda por la modalidad culposa, forma conductual que no esté (sic) prevista para el delito de prevaricato por omisión. Que permite arribar también a una atipicidad subjetiva”.

Es decir, la Fiscal apelante se adentra en una discusión que no ha lugar, dado que no fue la incursión un supuesto error de tipo, el sustento basilar de la decisión adoptada en primera instancia.

5.12 En suma, no puede predicarse que el implicado actuó dolosamente, deliberada ni caprichosamente; cuando, por el contrario, se advierte que tuvo razones serias que le generaron gran inquietud y lo llevaron a entender que no podía adelantar la entrega de unos elementos que formal y legalmente no le habían sido puestos a disposición; pues ello le podría acarrear responsabilidades penales, disciplinarias y fiscales, porque implicaría encubrir o subsanar las irregularidades de que adolecían los contratos.

Por todo lo anterior, es razonable confirmar la

sentencia absolutoria proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Confirmar la sentencia de catorce (14) de octubre de dos mil veintiunos (2021), proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual absolvió a JOACO HERNANDO BERRÍO VILLAREAL, identificado con cédula de ciudadanía número 9.094.681 expedida en Cartagena – Bolívar-, de los cargos por *prevaricato por omisión*; conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

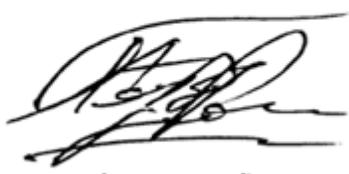
Notifíquese y cúmplase.


FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

IMPEDIDA
MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

IMPEDIDO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

Sala Casación Penal @ 2022

IMPEDIDA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria