



República de Colombia
Poder Judicial
Sala Especial de Primera Instancia

JORGE EMILIO CALDAS VERA
RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrados Ponentes

SEP 00111-2019
Radicación N°. 51711
Acta N°. 76

Bogotá D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Una vez celebrado el juicio oral y desarrollada la audiencia para los fines contemplados en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, corresponde a esta Sala dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso adelantado en contra del ex gobernador del departamento de La Guajira JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, acusado por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo y sucesivo con los punibles de peculado por apropiación en favor de terceros y concusión.

IDENTIDAD DEL ACUSADO

JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.627.927, natural de Riohacha (La Guajira), nació el 4 de junio de 1977, hijo de Jorge Eliécer Ballesteros Bernier y Ligia Valdivieso Castro, de 42 años de edad y profesión abogado con especialización en Hacienda Pública.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

El doctor JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO fue acusado por la Fiscalía General de la Nación como presunto coautor responsable de los punibles de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y concusión, definidos y sancionados, en su orden, en los artículos 410, 397 y 404 de la Ley 599 de 2000, conductas que estimó cometidas en concurso heterogéneo y sucesivo, bajo las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el artículo 58 numerales 1°, 9° y 10° del mismo ordenamiento, esto es, ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; la posición distinguida que el acusado ocupe en la sociedad por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio y obrar en coparticipación criminal.

Los hechos jurídicamente relevantes en los cuales la Fiscalía edificó la acusación presentada en contra del doctor BALLESTEROS VALDIVIESO se remiten a que el procesado, en

Q

su condición de gobernador del departamento de La Guajira, **celebró**, el 20 de octubre de 2014, el Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica nro. 019, con el fin de *"Aunar esfuerzos y recursos para la ejecución del proyecto de ciencia y tecnología 'Investigación sobre determinantes de la carga del dengue e intervenciones para su reducción en La Guajira, Caribe"*, con el señor Fredi Alexander Díaz Quijano, representante legal de la Organización Latinoamericana para el Fomento de la Investigación en Salud (en adelante OLFIS), por valor de \$17.584.127.997,03, de los cuales \$17.467.582.497,03 fueron aportados por el departamento de La Guajira y \$116.545.500, en especie, por el cooperante OLFIS, cuyo plazo de ejecución fue pactado en 32 meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio.

En la acusación se atribuyeron al exmandatario departamental siete irregularidades sustanciales en la celebración de este convenio que justifican la imputación del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, así: (i) no garantizó la participación de otros proponentes que podían ofertar mejores métodos, más económicos, eficaces y efectivos; (ii) omitió verificar la experiencia de OLFIS para ejecutar el objeto del convenio exigida en los estudios previos; (iii) tampoco comprobó su idoneidad y capacidad técnica, administrativa y financiera; (iv) no constató si la OLFIS era una entidad sin ánimo de lucro, dado que esa condición se exigió en los estudios previos; (v) tampoco la inclusión de comunidades indígenas en el proyecto, igualmente impuesta en los estudios previos; (vi) no verificó antes de suscribir el proyecto a desarrollar con el convenio, que se hubiera



involucrado a la red de salud pública del departamento de La Guajira y (vii) no publicó en el sistema electrónico de contratación pública SECOP, el proceso del convenio, contrariando lo previsto en los estudios previos y en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013.

La imputación del delito de peculado por apropiación se fundamenta, por otro lado, en que BALLESTEROS VALDIVIESO permitió la apropiación en provecho de terceros, esto es, de la OLFIS, su representante legal y otros, de recursos públicos del departamento de La Guajira en cuantía de \$471.082.907, sobre el pago del primer desembolso del Convenio por valor de \$1.746.758.249.70, equivalente al 10% de los aportes del mismo.

Para ello, señaló el ente acusador, se utilizaron las siguientes modalidades:

(i) Se infló el valor de algunos elementos de trabajo, como fue el caso de 1.640 baldes para realizar las actividades de investigación de campo relacionadas con las ovitrampas para insectos, con un sobrecosto de \$6.936.240;

(ii) Se cancelaron sumas por nómina a Oswaldo Castro (\$ 39.117.863), Magda Constanza Castro Delgado (\$ 17.179.497) y Eduardo Andrés Acosta Hernández (\$ 9.520.220), que no se compadecen con las funciones teóricamente contratadas y/o realizadas;

(iii) Se reconoció laboralmente un auxilio de movilidad a 8 personas sin que tuvieran derecho al mismo, por valor de \$ 11.341.036, y se alquilaron vehículos que no fueron utilizados, por valor de \$ 39.000.000;

(iv) Se duplicaron las actividades realizadas por las subcontratistas de OLFIS, es decir, las firmas Baraka, por valor de \$ 96.377.139, y Humanus, por cuantía de \$ 152.800.000, no obstante que para realizar las labores subcontratadas OLFIS ya contaba con personal;

v) Se suscribieron "contratos corbata", en favor de Ronald Giovanny Díaz Quijano, hermano del representante legal de la OLFIS, quien ejercía formalmente como gerente financiero de la entidad recibiendo por ese concepto la suma de \$66.370.216; Jorge Alvarado Socarrás, quien nominalmente figuró como investigador-médico pediatra de la OLFIS, por \$19.459.654; Nancy Adriana Angarita Navarro, por valor de \$ 13.821.858 y María Elvinia Romero, por la suma de \$ 10.500.220, sin haber desempeñado las labores contratadas.

Finalmente, frente al delito de concusión imputado al doctor BALLESTEROS VALDIVIESO se indicó que, entre el 20 de junio y el 19 de octubre de 2014, es decir 15 días después de su posesión como gobernador de La Guajira y un día antes de la celebración del convenio nro. 019 de 2014, a través de su padre, Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, solicitó dinero a los señores Boris Alberto Corrales Higuera y Eduardo José Sierra Gutiérrez, para materializar la adjudicación del convenio.

Q

Sin embargo, y como los mencionados Corrales Higuera y Sierra Gutiérrez no accedieron a la exigencia económica, BALLESTEROS VALDIVIESO solicitó a Fredi Alexander Díaz Quijano, representante legal de la OLFIS, la entrega de doscientos millones de pesos (\$200.000.000), a cambio de la suscripción del convenio, cifra que éste se comprometió a pagarle una vez recibiera el primer desembolso, a través de Carlos Daniel Galvis Fajardo, asesor en competitividad de la Gobernación de La Guajira.

TRÁMITE PROCESAL

En audiencia preliminar llevada a cabo el 11 de septiembre de 2017, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con función de control de garantías, la Fiscalía atribuyó a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso heterogéneo y sucesivo, con los punibles de peculado por apropiación en favor de terceros y concusión, cargos que no fueron aceptados por el hoy enjuiciado.

Por los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

El 21 de noviembre de 2017, la Fiscalía presentó ante la Sala de Casación Penal de esta Corporación, escrito de

acusación por los mismos delitos enrostrados en la audiencia de formulación de imputación, cuya formulación oral se llevó a cabo el 5 de marzo de 2018.

La audiencia preparatoria se realizó en sesiones de 12, 14, 19 y 26 de junio, 10 de septiembre y 4 de octubre de 2018, mientras que el juicio oral se adelantó durante las sesiones de 2, 14 y 26 de noviembre de esa anualidad, y 29 de enero, 14 de marzo, 9 y 10, de abril, 23 y 30 de mayo, 12, 17, 18 y 21 de junio, 2, 3, 5, 15, 16, 17 y 19 de julio y 15 y 27 de agosto de 2019, fechas en la que partes e intervinientes presentaron sus alegatos de conclusión.

Alegaciones Finales.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, se le otorgó el uso de la palabra a la Fiscalía, al Ministerio Público, al representante de víctimas y a la defensa para que expusieran sus respectivos argumentos de conclusión, así:

1. La Fiscalía.

Solicitó emitir sentencia condenatoria por considerar que la prueba recaudada demuestra más allá de la duda razonable, la ocurrencia de los punibles atribuidos al acusado y su responsabilidad penal.

Predicó la plena demostración de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por

Q

apropiación en favor de terceros y concusión, tipificados en los artículos 410, 397 y 404 del Código Penal, cometidos en concurso heterogéneo sucesivo, en las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del mismo estatuto, al igual que la calidad de coautor atribuida al procesado.

Sobre cada uno de los punibles imputados, señaló:

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

Afirmó, que dentro del debate probatorio se demuestra cómo el procesado celebró sin el cumplimiento de requisitos legales, el convenio especial de cooperación científica y tecnológica nro. 019 de 2014, eludiendo los principios esenciales que rigen la contratación pública, de obligatoria observancia en esta clase de convenios especiales, por la potísima razón de que una de las partes es el Estado y la fuente de financiación corresponde a recursos públicos, en este caso, al Sistema General de Regalías (SGR).

Indicó que la entidad ejecutora del proyecto (Departamento de La Guajira, con el procesado a la cabeza), es quien tenía por ley la responsabilidad de presentarlo previa verificación de la experiencia e idoneidad del cooperante, por ser la responsable "...de la dirección y manejo de la actividad contractual, así como del correcto uso y ejecución de los recursos asignados" como lo establece la Ley 1530 de 2012;

además, porque el oficio del 17 de abril de 2013 remitido por Colciencias, comunica la viabilidad del proyecto. Precisó, en el último inciso de la página 1, que: “En ningún caso la verificación realizada hace referencia a la calidad de los estudios y diseños, presupuestos, análisis financieros, así como a la veracidad de los documentos presentados, los cuales son de responsabilidad de la entidad territorial que presenta el proyecto...”

De manera que no puede ampararse el procesado en que la aprobación de Colciencias lo relevaba de cualquier estudio, verificación o evaluación para contratar en este caso o que no sabía ello, pues de una parte la ley así lo señala y de otra así le fue indicado con precisión a la Gobernación de La Guajira, lo que debió verificar el procesado antes de celebrar el convenio, como lo tiene dicho la jurisprudencia.

Resaltó el ente acusador, que como parte de la celebración del convenio anteriormente mencionado, se debía constatar el “cumplimiento de los presupuestos propios de la contratación y la verificación del cumplimiento de los inherentes a la fase precontractual”, lo cual en juicio quedó demostrado que no ocurrió.

De esta forma, reprochó que el acusado haya dispuesto a través de su Secretario de Salud (Gonzalo Araujo Daza), invitar a OLFIS para que presentara su propuesta (estipulación Nro. 22) y de esta forma iniciar el proceso contractual, a sabiendas

que, al momento de posesionarse como Gobernador, existía una solicitud de cambio de ejecutor del proyecto en favor de la Universidad de La Guajira, la cual no atendió pese al requerimiento hecho por Colciencias, y que se justificaba en la medida que la Secretaría de Salud del Departamento no contaba con espacio para instalar el laboratorio requerido, hecho que se soporta en las fotografías aportadas de la Secretaría de Salud de La Guajira (prueba 64) para el 2016, y con la declaración del testigo Néstor Rodríguez Palacio (prueba 65), quienes afirman que no existía personal, ni equipos, ni locaciones destinadas a ese fin, en contravía de lo dispuesto en la cláusula 27 del convenio.

Así mismo, aseveró el representante de la fiscalía, que el acusado suscribió el convenio sin verificar la experiencia e idoneidad del contratista-cooperante de forma deliberada o pretermitiendo sus deberes ineludibles de vigilancia, control y supervisión, sin que le sea dable ampararse en el principio de confianza, conforme a los postulados previstos por la sentencia C 193 de 2008, o en la falta de tiempo para el cumplimiento de sus deberes, por cuanto se posesionó el 4 de junio de 2014, y el convenio fue suscrito en octubre de ese mismo año.

Lo anterior, sumado al hecho de que fue advertido de sus irregularidades por los co-estructuradores del proyecto: Boris Corrales (prueba 60) y Eduardo Sierra, quienes le manifestaron la falta de idoneidad de OLFIS para desarrollar el objeto del proyecto; así mismo, por lo expuesto por estas dos personas al padre del acusado, respecto de los resultados de los paneles

realizados con relación al proyecto y por lo manifestado por Jorge Juan Orozco, ex Secretario de Salud Departamental (prueba 472) y Jairo Suárez, persona reconocida como cercana a la familia, lo que a juicio de la fiscalía evidencia cómo el procesado no solo deja de lado las advertencias, sino que, además, de manera desafiante y orientado por el interés personal, siguió adelante con la contratación.

Como ejemplo de los antecedentes que debió advertir el procesado en el proyecto del “dengue”, hizo alusión en primer lugar a la estipulación nro. 9 referida al Acta de Evaluación – Panel Salud- del 26 de septiembre de 2012 realizada en Colciencias, donde se formularon observaciones al proyecto que, a juicio del ente acusador, finalmente dieron al traste con el convenio, como lo demuestra el contenido de los treinta informes de interventoría; y en segundo lugar, al formato de evaluación (prueba 44) suscrito por Juan Carlos Dib, evaluador y médico experto en enfermedades tropicales e infecciosas, donde se cuestionó la carencia de un método propio para la calidad científica de los referentes en el tema; la no inclusión de la población indígena y el hecho de no haberse tenido en cuenta expertos internacionales y nacionales para su desarrollo, lo cual fue corroborado a través de su testimonio (prueba 45).

Por último, el Delegado de la Fiscalía concretó la manera como el procesado desconoció la verificación de idoneidad y experiencia del cooperante, manifestando, en primer lugar, que no se tuvo en cuenta a otros potenciales proponentes idóneos,

realmente capacitados para abordar el tema de forma más económica y eficiente que la propuesta de OLFIS, hecho que considera demostrado, de un lado, por la existencia de veinticuatro grupos de investigación en Colombia, reconocidos y aprobados por Colciencias, como lo evidencian las pruebas 2 y 3, y que fueron ignorados por el procesado, vulnerando el principio de transparencia y selección objetiva; y de otro, por el testimonio del médico investigador de la Universidad de Antioquia Iván Darío Vélez Bernal (prueba 59), autoridad científica en la materia, quien indicó las ventajas de otros métodos como el llamado "súper-mosquito", más económico, fácil, sostenible en el tiempo y amigable con el medio ambiente.

En segundo lugar, se refirió la fiscalía en sus alegaciones a la omisión de verificación de la experiencia de OLFIS, como lo demanda el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y los estudios previos del convenio (prueba 5); asercando que OLFIS pretendió acreditar su experiencia con un contrato de prestación de servicios de fecha 1° de octubre de 2013 con la asociación de Sanatorio Sirio de Sao Pablo Brasil (estipulación 18) por valor de 13 millones de pesos, cifra que a su entender no se compadece con la magnitud, alcance y cuantía del proyecto del dengue y cuya ejecución no fue probada, como lo evidencia la certificación del 22 de febrero de 2017 suscrita por el Asesor del Despacho del Gobernador, José Ramón Cúvelo Uriana (Prueba 8).

Esa falta de verificación acerca de la experiencia de OLFIS, consideró la Fiscalía que se acredita con las constancias

emitidas por el Área de Contratación y del Director Jurídico de la Gobernación de La Guajira (prueba 9); con el oficio Nro. S-2016 /DIJIN-GRIAN 25.10, Ref. 440016008788201500095, (prueba 63); con los testimonios del policía judicial Néstor Rodríguez (prueba 65) y del señor Ancizar Barrios Lozada (prueba 68).

Con relación a este punto, se hizo además alusión a la intención de OLFIS de recurrir a la participación de entidades académicas para suplir las deficiencias en materia de experiencia e idoneidad, sin embargo, quedó demostrado que estas finalmente no participaron como lo evidencian las pruebas 6 y 7, referidas a los oficios de 30 de agosto de 2016 respecto de la Universidad Popular y la UDES; el testimonio del Director Jurídico de la UDES, William Granados Ferreira (prueba 69); el testimonio del Rector de la misma institución, Jaime Restrepo Cuartas (prueba 70); las pruebas 81, 84 y 85 de la Fiscalía; el testimonio de Jorge Eduardo Caminos Pinzón (prueba 89); así como con la prueba 47 referida a la Universidad del Bosque, en concordancia con el testimonio de William Granados Ferreira (prueba 69).

En esa misma vía, se adicionó que la OLFIS incluyó como experiencia unos oficios en los que presuntamente el Instituto de Salud Pública de México y la Universidad de Sao Paulo mencionaron su disposición de asesorar el proyecto, lo cual no fue confirmado por el procesado, ni fue posible corroborar a través de cartas rogatorias, pues lo único que se logró establecer es que lo indicado en su momento por el instituto mexicano fue a título personal y no institucional, lo que resulta

1

predicable igualmente de las cartas de intención correspondientes a las pruebas 23,24 y 25.

Como último aspecto asociado a la falta de experiencia de OLFIS, el ente acusador relacionó algunas pruebas que dan fe de esta situación, como el testimonio de Mauricio Javier Vera Soto, experto convocado por Colciencias (prueba 71); la estipulación Nro. 11 y 32; lo dicho por el testigo Stevenson Marulanda (prueba 62) y especialmente lo referido por el co-estructurador del proyecto Boris Corrales, (prueba 60) corroborado en su dicho por Eduardo Sierra (prueba 57).

En tercer lugar la Fiscalía reprochó la omisión en la verificación de la capacidad técnica, administrativa y financiera de OLFIS, institución respecto de la cual afirma que carecía de una sede como lo demuestra el testimonio del policía judicial Oscar Javier Gutiérrez Bernal (prueba 78); no tenía capacidad técnica y administrativa, pues se demostró que subcontrató siete meses después de suscrito el convenio, a las empresas Baraka y Humanus (estipulaciones 27, 28, 37 y 38) para la ejecución de procesos de contaduría y contabilidad, así como para la ejecución de procesos y actividades de coordinación logística de traslado de muestras y personal, entre otros, lo que revela según el ente acusador, la ausencia de infraestructura para la ejecución del proyecto, aspectos que se comprueban con el testimonio del señor Juan Pablo Pinzón Vega (prueba 77), vinculado a estas dos empresas.

Añadió que se utilizaron esas empresas de forma improvisada, pues las actividades contratadas no hacían parte

de su objeto social (prueba 37 y 38), ni estaban inscritas en el Registro de la Junta Central de Contadores (prueba 11); y otros aspectos cuestionados por la interventoría (pruebas 77, 81, 83, 89), como las irregularidades cometidas con relación al alquiler de vehículos particulares (pruebas 90 a 145), de funcionarios de OLFIS (pruebas 146 y 346) y el testimonio de Olga Lucía Montañez, miembro de la interventoría.

Por último, señaló que OLFIS no contaba con capacidad financiera, lo que se acreditó con el testimonio de la experta contable María Elena Osorio Gutiérrez (prueba 392) y los formularios RUES, declaraciones de renta y anexos (pruebas 347 a 352).

Como cuarta irregularidad, se afirmó que el acusado no verificó que la naturaleza de OLFIS fuera la de una entidad sin ánimo de lucro, tal y como lo exige el artículo 355 Superior, para lo cual, a su juicio, basta con observar el acta de constitución Nro. 001 de 2 de abril de 2008 de la OLFIS (prueba 29,) para colegir que se trataba de una empresa familiar, cuyos vínculos entre los fundadores considera demostrados con las estipulaciones 333 a 336, la prueba 41 y el testimonio de la investigadora María Paula Castrillón (prueba 42); quienes junto con otros allegados a ellos, suscribieron contratos de trabajo con la organización, con salarios más auxilio económico por movilidad, como el caso de Ronald Díaz, Juan Pablo Pinzón y Oswaldo Castro (pruebas 48 a 52), hecho que se reafirma con la prueba 72 o con el mismo Fredi Díaz Quijano, representante legal de la OLFIS quien también suscribió contrato por sí y para

Q

sí, con múltiples otrosi que renovaban y aumentaban dichos emolumentos (pruebas 47 a 166).

En quinto lugar, se alegó la no verificación de inclusión de la comunidad indígena al proyecto, obligación contemplada desde la ficha MGA (prueba 30), cuya necesidad de inclusión estaba prevista desde octubre del año 2012, por parte de los evaluadores de Colciencias (estipulación 10). Al respecto se aseveró que esta inclusión solo fue realizada con posterioridad a la suscripción del convenio, como se probó mediante oficio de 29 de marzo de 2016 (prueba 53) y la solicitud realizada hasta el 2 de mayo del mismo año (prueba 460), aspecto del que dan cuenta también el testimonio del Director del componente jurídico de la interventoría, Humberto Enrique Arias Henao (prueba 462) y la testigo Yurani Curtidor Mendoza (prueba 461).

Como sexta irregularidad se recriminó, en primer término, que el acusado no involucró en el proyecto a la red de salud pública del Departamento de La Guajira, aspecto importante según determinación de Colciencias, cuya inclusión era necesaria en este tipo de proyectos según lo afirmó en su testimonio la Gestora de Salud en Colciencias, María Vianey Motavita (prueba 394), destacando que solo en junio de 2015 se realizaron acercamientos en ese sentido, no siendo posible conseguir una sola carta de autorización por parte de alguna IPS, como lo manifestó el coordinador logístico de OLFIS, Yalil Tomas Bracho (prueba 393).

Se cuestionó por parte del ente acusador, la falta de planeación en la compra y utilización de costosos equipos para

el desarrollo del proyecto como se demuestra con el documento denominado "Listado maestro de equipos adquiridos, pendientes por recibir, memorando de salida de equipos" (prueba 396) y lo dicho por la testigo Tatiana Beatriz Martínez Gómez (prueba 80).

Como última irregularidad, afirma el fiscal que no se publicó de manera oportuna y adecuada el proceso contractual referido al convenio nro. 019 de 2014 en el Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP-, en contravía de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1712 de 2014 y el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, desconociendo de esta forma los principios de publicidad y transparencia, de ello da cuenta la prueba 14, que además refleja que la publicación se hizo de manera tardía, el 20 de junio de 2016, y sin incluir la documentación relacionada con el trámite contractual (estipulación.9).

Concluye la fiscalía respecto a este delito, que la conducta típica desarrollada por JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, abogado de profesión y experto en Hacienda Pública, fue realizada con conocimiento y voluntad, pues tenía el deber funcional de contratar con el cumplimiento de los requisitos esenciales de conformidad con los estudios previos y la ley, sin embargo decidió voluntariamente celebrar el convenio, desconociendo lo que se puso de presente desde la imputación y quedó demostrado en juicio. Dolo que según la Fiscalía, se fortalece con la ausencia de actos de control, seguimiento, supervisión, vigilancia y el desconocimiento de las advertencias que recibió en forma constante, nutrida y

documentada y la posición que asumió frente a estas, como la contenida en el oficio de 27 de octubre de 2015 (estipulación 28), con la cual solicitó el cambio de Director de la Interventoría.

Peculado por apropiación en favor de terceros

En cuanto tiene que ver con este punible, la Fiscalía, de igual manera, solicitó se proferiera sentencia condenatoria por cuanto estimó demostrado que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO permitió la apropiación en provecho de terceros, esto es de la OLFIS, su representante legal y otros, de recursos públicos del departamento de La Guajira en cuantía de \$471'082.907, al autorizar irregularmente el pago del primer desembolso del Convenio nro. 19 de 20 de octubre de 2014, por valor de \$1.746'758.249.70, equivalente al 10% de los aportes del mismo, pues no garantizó la correcta ejecución de los recursos asignados al proyecto de inversión en ciencia y tecnología provenientes del sistema general de regalías, ni cumplió la obligación de asegurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Estimó que cada una de las modalidades que se establecieron en la acusación como parte del modus operandi desarrollado para materializar la apropiación fue probada en juicio. De suerte que con los testimonios de los peritos expertos Gonzalo Lizcano, Maria Elena Osorio Gutiérrez, y los miembros de la interventoría Jorge Eduardo Caminos Pinzón y Olga Lucía Montañez Castañeda, se dio cuenta de la manera como los

recursos públicos destinados para la financiación del proyecto de ciencia y tecnología fueron a parar a manos de terceros, en detrimento de los recursos públicos, monto que fue dejado de invertir en el mismo, y discriminado por el ente acusador de la siguiente manera:

(i) Sobrecostos en la compra de elementos de trabajo \$6.936.240

(ii) Beneficios económicos a la Familia Castro \$65.817.580

(iii) Alquiler de vehículos sin utilizarlos \$39.000.000

(iv) Duplicidad de funciones ejercida por las empresas Baraka \$152.800.000; y Humanus \$96.377.139

(v) Contratos Corbata \$110.151.948.

Para el ente acusador, el convenio nro. 019 de 2014 fue el medio a través del cual el acusado BALLESTEROS VALDIVIESO, en su condición de Gobernador de La Guajira y ordenador del gasto, permitió que terceros se apropiaran del erario del departamento en las cuantías aquí señaladas; comportamiento delictivo que realizó con conocimiento y voluntad, no solo porque desde antes de celebrar el convenio en las condiciones anotadas al tratar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conocía que todo conduciría a la apropiación de los recursos públicos en favor de terceros, es decir, de la OLFIS y su representante legal, entre otros, sino además porque la interventoría en cabeza de la Universidad Nacional, desde el momento en que asumió sus funciones, reportó a la supervisión del convenio y al cooperante

los hallazgos y observaciones sobre las irregularidades que se estaban presentando; no obstante, el gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO no hizo nada para impedir que se continuaran despilfarrando los recursos públicos, y a cambio decidió ordenar los dos primeros desembolsos en julio y diciembre de 2015 (pruebas 444 y 445).

El procesado no solo tenía la capacidad sino también la facultad y el deber de impedir la apropiación de los recursos públicos por parte de terceros, dada su formación profesional como abogado especialista en hacienda pública y su experiencia como servidor público, a más de que fue indiferente frente a las irregularidades que le puso de presente la interventoría desde el mes de julio hasta diciembre de 2015, en los seis (6) primeros informes.

El dolo queda evidenciado en el conocimiento que tenía conforme a lo indicado, y la voluntad dirigida a la apropiación de parte de los terceros de esos dineros por las vías indicadas frente a las que nada hizo para evitarlo, aun conociéndolas en detalle.

Conclusión

Señaló que en este juicio también se probó la comisión del delito de concusión en concurso, en tanto fueron dos veces que a través de interpuesta persona se hizo la solicitud de dinero, como se especifica a continuación.

(i) En primer lugar porque la solicitud de dinero que realizó el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO a los señores Boris Alberto Corrales Higuera, coestructurador del proyecto del dengue, y Eduardo José Sierra Gutiérrez, quien también participó en el mismo entre el 20 de junio y el 19 de octubre de 2014, fue realizada a través de su señor padre, doctor Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, a cambio de la suscripción del convenio, pues al igual que Fredi Díaz, representante legal de OLFIS, los mencionados tenían interés en que el citado convenio se celebrara porque participarían de la parte logística del proyecto.

Como antecedente del contexto fáctico en el que se llevó a cabo la solicitud de dinero, sostuvo que el testigo Boris Corrales manifestó que luego de posesionado el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO se reunió con él en su despacho, estando presente además el señor Eduardo Sierra, y le puso en conocimiento la solicitud del cambio de ejecutor elevada por la Gobernación para que fuera la Universidad de La Guajira, advirtiéndole que OLFIS no cumplía con los requisitos técnicos, administrativos, ni financieros para desarrollar el programa aprobado, mientras que la universidad contaba con mejores capacidades para la ejecución del proyecto.

Resaltó que, frente a esta situación Boris Corrales sostuvo que el gobernador manifestó que hablara con el encargado de la oficina jurídica, lo cual realizó, que también habló con el doctor Abel Carrillo, asesor del despacho del Gobernador, y después, aseguró que no los volvieron a atender, además que para esa época, Fredi Díaz los excluyó del proyecto.

En relación con el hecho concreto de la solicitud de dinero, indicó que Boris Corrales adujo haber sido excluido del proyecto porque no se prestó para entregar las dádivas que solicitó el exSenador Ballesteros Bernier en la reunión que tuvo lugar en la casa de gobierno, pues según indicó el testigo, allí el exSenador le manifestó que cuánto dinero había para el gobernador, a lo cual Corrales contestó que no era un tema que podía tratar con él, habida cuenta que el proyecto estaba siendo cedido a la Universidad de La Guajira. Y afirmó que en la reunión estuvieron presentes además de Ballesteros Bernier los señores Eduardo Sierra y Jairo Suárez, persona que concertó la cita porque es amigo de Sierra, destacando que estaba previsto que el gobernador Ballesteros asistiera, lo que nunca pasó.

Antes de comenzar la reunión, afirmó el testigo que el exSenador Jorge Ballesteros Bernier exigió quitar las pilas a los teléfonos celulares para evitar inconvenientes; agregó, que después de que hizo la presentación del proyecto, aquél les dijo que había consultado sobre la OLFIS y sostuvo que se trataba de una empresa de papel, a renglón seguido preguntó "cómo vamos", "para el Gobernador qué", a lo cual le respondió que no había de dónde sacar dinero y con el ánimo de ver cómo reaccionaba Ballesteros Bernier, le expresó que solo podría darle \$600.000.000,00. Frente a esto, dice el testigo, el exsenador sonrió y solicitó que se le dieran \$2.000.000.000, de la nómina.

Finalmente, el doctor Jorge Ballesteros dijo que hablaría con el Gobernador, o sea, con su hijo, no sin antes advertirles que era él quien manejaba el tema de salud en el departamento.

Para la Fiscalía, sometido al tamiz del contrainterrogatorio, el testigo Corrales Higuera se mantuvo con claridad y decisión en su dicho, claro y contundente, digno de crédito por ser además coherente, consistente y concordante con los restantes elementos de juicio.

Destacó que estas manifestaciones fueron corroboradas por el testigo Eduardo José Sierra, quien afirma que a través de Jairo Suárez, cuñado de la hija del exsenador Ballesteros y amigo suyo, obtuvieron una cita con el padre del Gobernador, como en efecto ocurrió, porque se sabía que era quien asesoraba a su hijo en los temas de salud, lo cual resultó confirmado por las demás pruebas, en tanto el padre asistió a varias reuniones sin saberse cuál era su calidad, pero siempre alrededor de temas relacionados con la salud.

Después, dijo Sierra, Boris Corrales les explicó el proyecto del dengue y contestó las preguntas que formulaba tanto el exsenador como Jairo Suárez, quienes ya lo conocían, inclusive, preguntaron puntualmente cómo iba a ser la contratación del personal y luego dijo ¿cómo vamos entonces?, ¿cuál es la ganancia?, interrogantes ante los cuales Boris Corrales contestó que habían 600 millones de pesos y sonrió, lo cual demuestra que efectivamente este último hizo esa manifestación solo con la intención de saber qué contestaba Jorge Ballesteros, quien en efecto dijo que él hablaría con José

María, su hijo, y cuadraba el asunto. Finalmente, aduce que no volvieron a tener contacto con Jorge Ballesteros Bernier.

Sostuvo que el último en mención reconoció la reunión, pero discrepa de su contenido en cuanto a la solicitud y también sobre la exigencia de que retiraran las pilas de los celulares, como es de suponer y esperar, pues lo contrario sería auto incriminarse. En su testimonio aceptó también que fue él quien autorizó que la reunión se llevara a cabo en la casa de gobierno, lo cual permite deducir que asumía atribuciones y disponía sobre asuntos en la Gobernación, pese a que no estaba vinculado a ella ni como funcionario, ni como contratista; esto, sin duda, revela que las manifestaciones de los señores Boris Corrales y Eduardo Sierra son confiables, porque se advierte que el padre del Gobernador, si era quien manejaba los temas de salud.

La credibilidad de estos testigos deviene además de lo dicho, del hecho de ser contestes en sus afirmaciones, narran lo sucedido con precisión y cuentan detalles de las circunstancias modales en las que se desarrollaron los hechos, explicando los detalles, que, si bien podrían discrepar en minucias, lo esencial, que es la solicitud del dinero con las circunstancias de tiempo modo y lugar y de parte de quien provinieron, están claras. Si hubiesen querido inventar habrían podido colocar en boca del Gobernador esa solicitud pues se reunieron con él, pero se limitan a contar la verdad.

(ii) Resultó que, continuó la Fiscalía, como el Gobernador no obtuvo lo solicitado de parte de los señores Corrales y Sierra,

el exGobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, con el fin de alcanzar el fin propuesto, de nuevo atentando contra el bien jurídico de la administración pública, solicitó a Fredi Alexander Díaz Quijano, representante legal de la OLFIS, la entrega de \$200.000.000,00, hecho demostrado en juicio con el testimonio de Juan Pablo Pinzón Vega, quien en forma categórica relató que entre los meses de junio y julio de 2015, Fredi Díaz le manifestó en la oficina que tenía que hacer un pago de \$200.000.000,00 al gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, y debía entregárselos al señor Carlos Galvis, asesor del gobernador; circunstancia que para el ente fiscal corrobora que la solicitud provino del exmandatario, pues de otra manera no se explica que hubiese designado a una persona de su confianza para realizar los trámites necesarios a fin de que se diera cumplimiento al compromiso adquirido por Fredi Díaz, como contraprestación por la contratación de OLFIS.

Para la Fiscalía, Carlos Daniel Galvis es pieza importante del entramado delictivo, pues durante varios años fungió como asesor de competitividad en el departamento de La Guajira y en diferentes administraciones, lo cual permite asegurar el conocimiento que tenía de los proyectos de ciencia y tecnología y su injerencia en los mismos, según lo demuestran las estipulaciones 6 y 19 y los testimonios de Eduardo Sierra, Jorge Juan Orozco, Tatiana Beatriz Martínez y Víctor Manuel Pinedo.

Esto significa que la delegación que hiciera BALLESTEROS VALDIVIESO a Carlos Galvis para que este se

Q

encargara de gestionar lo necesario y cumplir el irregular cometido no es coincidencia, pues a través de Galvis estaba enterado de todo lo relacionado con el tema, dado que fue el encargado de hacer *lobby* para la aprobación del proyecto, lo cual se demostró a través de las pruebas 74, 75 y 76, que corresponden a mensajes de correos electrónicos cuyo contenido permite deducir los viajes realizados por Galvis a Bogotá con ocasión del trámite del proyecto ante el OCAD y su relación con los formuladores del mismo, es decir, con Fredi Díaz y Boris Corrales.

También asevera Pinzón Vega que Carlos Daniel Galvis le llamó telefónicamente y le dijo que el motivo de la llamada era para hablar del tema que Fredi Díaz le había comentado, esto es, el pago de los \$200.000.000,00. También aseguró que la forma en que se apropiaría esa suma sería, como se lo comentó Díaz Quijano, a través de la celebración de un contrato de prestación de servicios entre Baraka y Galvis, lo cual no se concretó por las exigencias de este último.

De igual manera añadió el declarante que otra forma en la cual se obtendrían los dineros solicitados por el gobernador sería a través del alquiler ficticio de camionetas, la vinculación de varias personas a la OLFIS mediante contratos de trabajo, sin que hubiesen desempeñado función alguna y la entrega de sumas de dinero en efectivo que Juan Pablo Pinzón Vega hacía al señor Fredi Alexander Díaz Quijano; que oscilaban entre los \$8.0000.000,00 y \$10.000.000,00.

Para la Fiscalía estas manifestaciones son coherentes y detalladas y merecen credibilidad no solo porque el testigo a través de los servicios que prestó a OLFIS con su empresa Baraka, entró en confianza con Fredi Díaz y, además, conoció el manejo contable de OLFIS, lo cual le permitió darse cuenta y conocer con precisión la manera como finalmente se "legalizó" el dinero que debía entregarse al Gobernador.

Las manifestaciones de Pinzón Vega son corroboradas por la contadora Mayerli Molina en su testimonio, en cuanto asegura que los contratos de alquiler de camionetas fueron ficticios y que la forma como se legalizó ese tema fue a través de la firma de comprobantes de pago, tal como quedó establecido al tratar una de las modalidades de apropiación en el delito de Peculado.

En este orden, sostiene la Fiscalía, BALLESTEROS VALDIVIESO actuó con conocimiento de la ilicitud del hecho y voluntariamente lo realizó, pues su formación profesional como abogado, con experiencia en el sector público le permitía saber y entender que solicitar dinero abusando de su cargo no era un comportamiento adecuado o acorde con su condición de servidor público. La intención de obtener el dinero es constitutiva del dolo.

Para el ente acusador los comportamientos probados desde el punto de vista objetivo y subjetivo respecto del doctor José María Ballesteros, son además antijurídicos porque con su actuación lesionó sin justa causa los bienes jurídicos de la administración pública, desconociendo los deberes que le

Q

asistían de obrar con imparcialidad, pulcritud, transparencia y moralidad en su gestión, con mayor razón si se considera que el proceso contractual tenía directa relación con la salud de la comunidad, derecho fundamental que era su deber proteger conforme se lo impone la Constitución Política.

La conducta del doctor BALLESTEROS VALDIVIESO también es culpable, toda vez que es posible hacer en su contra juicio de reproche, porque tenía la capacidad de comprender la ilicitud de sus conductas y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues pudiendo actuar de otra manera, es decir, conforme al ordenamiento jurídico, decidió no hacerlo.

2. La Representante del Ministerio Público.

La representación del Ministerio Público sostuvo que con la celebración del convenio nro. 019 de 2014, entre la gobernación de La Guajira y OLFIS, se advierten unas irregularidades que le son atribuibles a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, constitutivas de los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, peculado por apropiación en favor de terceros y concusión, punibles por los que solicitó se emitiera sentencia condenatoria.

Indicó que, en el curso del juicio oral, la Fiscalía logró demostrar más allá de toda duda su teoría del caso. Frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, refirió que, con la conducta desplegada por el procesado, no se garantizó la participación de otros proponentes, tampoco se

verificó la experiencia, idoneidad y capacidad técnica y financiera de OLFIS, así como que esta fuera en verdad una entidad sin ánimo de lucro.

Frente a si se incluyeron o no las comunidades indígenas para el desarrollo del convenio, advirtió que este sería un hecho objeto de estudio pero para la ejecución del convenio, pues es planteado como un objetivo dentro de la etapa de ejecución que escapa al reproche penal previsto en el artículo 410 del Código Sustantivo.

Consideró que las pruebas demostraron cómo JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO es responsable de este punible y aunque se excuse en que delegó sus funciones, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 1150 de 2007 en su artículo 21, seguía siendo el responsable de lo que sus funcionarios hicieran respecto a la tramitación del convenio.

Igualmente sostuvo que el exGobernador actuó con dolo, pues no ejerció actos de control, supervisión y vigilancia, sino que actuó de manera consciente y caprichosa, tanto así que en la etapa precontractual no designó ningún comité evaluador que verificara la etapa de tramitación. De igual manera, indicó que al transgredirse los principios de la contratación estatal, se logra afectar el bien jurídicamente tutelado, enmarcando así la antijuridicidad requerida para este punible. Y, frente a la culpabilidad, añadió que el procesado no hizo nada para evitar las irregularidades presentadas en la etapa precontractual, por el contrario, decidió guardar silencio.

En cuanto tiene que ver con el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, indicó que todas las pruebas resultan inequívocas al demostrar que con conocimiento pleno de la ilicitud de su conducta, permitió que terceros se apropiaran de bienes del Estado, por cuanto las múltiples falencias que se avizoraron respecto a OLFIS y su probable incumplimiento en el desarrollo del convenio, conducen a inferir que estaba de acuerdo con la desviación de los recursos del departamento.

Para el Ministerio Público, la conducta del mandatario departamental propició la apropiación de recursos públicos por parte de terceros en cuantía aproximada de 471 millones de pesos, pese a que se sabía que no se cumpliría con el contrato, pues no había ninguna garantía para esto, y aun así autorizó el pago del primer desembolso del convenio.

Respecto del delito de concusión, sostuvo que la prueba practicada reflejó que BALLESTEROS VALDIVIESO, haciendo uso de sus funciones, indujo a los socios de OLFIS para que se le entregara 200 millones de pesos a cambio de que le fuera adjudicado el convenio. Así mismo, que fue posible acreditar que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO abusando de su cargo, mediando acuerdo común y teniendo el conocimiento funcional del hecho, realizó aporte esencial para la comisión de esta conducta pues también solicitó a través de su padre el señor Jorge Ballesteros Bernier dinero a Boris Corrales y Eduardo Sierra.

3. El representante de víctima - Contraloría General de la República.

Señaló que debe accederse favorablemente a la pretensión punitiva que solicita la Fiscalía General de la Nación, básicamente porque se encuentran acreditadas las acciones encaminadas a configurar aspectos fundamentales y trascendentales de los tipos penales por los cuales fue acusado el doctor JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO.

En primer lugar, porque efectivamente con el proceder del gobernador se concretó una violación al principio de selección objetiva por la comprobada falta de idoneidad del cooperante.

Adujo, también, que pese a que los informes de interventoría no avalaban el cumplimiento de las actividades, el mandatario departamental autorizó los pagos del primer y segundo desembolso, con lo que se configuró el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Solicitó, además, que se tenga en cuenta el informe de auditoría que fue incorporado como prueba dentro del proceso, teniendo en cuenta *mutatis mutandis* la previsión del artículo 271 de la Constitución Política, en lo que se refiere a la valoración de los informes emitidos por entidad en los procesos penales.

4. La defensa

El apoderado del exGobernador afirmó que la Fiscalía no logró probar su teoría del caso, quedando en "saldo rojo a nivel probatorio con la Sala", en vista que no acreditó la responsabilidad de BALLESTEROS VALDIVIESO frente a los punibles de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, peculado por apropiación en favor de terceros y concusión.

Previamente a exponer sus alegatos, expresó que la Fiscalía introdujo un hecho nuevo que no fue objeto de imputación, como fue la autorización del segundo desembolso, del cual se dijo realizó JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO el último día de su administración, por lo que solicitó a la Sala no tener en cuenta este supuesto fáctico al momento de emitir sentencia.

De manera puntual se pronunció frente a las conductas endilgadas al ex gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO en la siguiente forma:

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La defensa llamó la atención acerca del hecho jurídicamente relevante que le imputó la fiscalía a su representado, según el cual este adecuó su comportamiento al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, resaltando de él la expresión "al suscribir el citado convenio no

11

obstante ser advertido de la necesidad de que la Universidad de la Guajira fuera la ejecutora, porque estaba en mejor posición para desarrollarlo, obviamente, previa autorización del Órgano Colegiado de Administración y Decisión de Colciencias, en adelante OCAD, por las mismas razones expresadas a su antecesora Sugeila Oñate Rosado, con base en conceptos técnicos", con la que se delimita la etapa contractual a la que se pretende darle trascendencia, esto es la de celebración sin verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales en la etapa precontractual.

Indicó que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO no tramitó la etapa precontractual del convenio, pues está estuvo en cabeza del señor Gonzalo Araujo Daza (Secretario de Salud), desde la elaboración de los estudios previos.

Sostuvo que no es posible escindir las etapas de viabilización ante las instancias de Colciencias bajo las nuevas normas del sistema general de regalías y la etapa precontractual propiamente dicha.

Respecto a la necesidad de que fuera la Universidad de La Guajira la que ejecutara el convenio, destacó que ni Colciencias, ni nadie, le advirtió tal eventualidad a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, pero que además la Universidad de La Guajira no contaba con la capacidad para desarrollar el convenio. Sobre este punto en particular destacó que la Universidad de La Guajira nunca pretendió ser el ejecutor del convenio, como que ni siquiera contaba con la

facultad de medicina, hecho que dio por probado con los testimonios del rector de la Universidad de La Guajira, Carlos Julio Robles y el de los señores Gonzalo Araujo y Cesar Arismendi, quienes sostuvieron que la Universidad de La Guajira nunca manifestó interés para ser ejecutora del convenio, porque, además, no tenía la capacidad para ello, como también lo sostuvieron los testigos de la fiscalía, señores Juan Carlos Díb y Victor Manuel Pinedo.

Destacó que frente a la atribución de las conductas punibles bajo la calidad de coautor, entiende que se trata de una coautoría impropia, en la que era necesario demostrar un acuerdo común entre JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, los funcionarios de la administración no aforados y el representante legal de OLFIS, junto con un aporte esencial de cada parte, pero considera que esto no fue posible pues BALLESTEROS VALDIVIESO, como lo manifestó en su declaración vertida en juicio, nunca conoció a Fredi Díaz, hecho que se acompaña y puede verificarse con otras pruebas incorporadas al juicio a instancia del ente acusador como lo fueron el análisis link, donde no se estableció vínculo alguno entre ellos dos, además del análisis extendido de la familia de Fredi Díaz que no evidenció ninguna relación entre el exmandatario departamental y el representante legal de OLFIS.

Quiso destacar que en el contrainterrogatorio practicado por la fiscalía a su cliente, el ente acusador pretendió derivar un conocimiento previo entre BALLESTEROS VALDIVIESO y Díaz Quijano, de la interceptación a una comunicación

Q

telefónica sostenida entre el acusado y su señora madre, en la que se referían a un hombre al que denominaban como el "hombre de las hormigas culonas" queriendo dar a entender que se trataba de Fredi Díaz Quijano por ser este santandereano y las hormigas culonas un producto típico de esa región. Sin embargo, resaltó no solo la explicación dada al procesado ante tal hecho, sino también, que, si la Fiscalía contase con la certeza de que el "hombre de las hormigas culonas" era realmente Díaz Quijano, habría introducido la grabación como prueba directa para reforzar la tesis del acuerdo previo.

Sostuvo también que además de ser un tipo penal de sujeto activo cualificado, el contrato sin cumplimiento de requisitos legales es un tipo en blanco, que debe ser completado con el régimen legal propio del tipo contractual seleccionado que remite a una serie de normas a cumplir para el desarrollo del convenio de ciencia y tecnología y así determinar cuáles son los requisitos esenciales que ha tener en cuenta a la hora de celebrarlo. Dicha normatividad está constituida por los Decretos 393 de 1991 (Artículos 6, 7 y 8); 591 de 1991 (Artículos 17 y 18); 777 de 1992 y 1403 de 1992 que refieren la celebración de los contratos de que trata el segundo inciso del artículo 355 Constitución Política, específicamente las disposiciones contenidas en sus artículos 1º, la circular externa 6, de 27 de septiembre de 2013 expedida por Colombia Compra Eficiente, la Ley 489 de 1998; y por último el artículo 209 de la Constitución Política.

En particular, resaltó lo dispuesto por el Decreto 1403 de 1992, que define la idoneidad como la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato, calidad que debe ser evaluada por la entidad contratante por escrito debidamente motivado, para sostener que en esta clase de convenios lo que ha de verificarse es la capacidad técnica y administrativa, más no la financiera y que las dos primeras fueron evaluadas por la gobernación de La Guajira en los estudios previos.

Respecto de las siete irregularidades en las que la fiscalía fundamenta el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la defensa considera, en primer lugar, que la idoneidad de OLFIS fue valorada en los estudios previos durante la etapa precontractual, etapa que, insistió, no fue realizada por JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO.

Señaló, además, que la idoneidad de OLFIS se acreditó con las pruebas 481 a 491, relativas a los currículos de los investigadores que harían parte del proyecto de investigación, que dan cuenta de su experticia y formación académica de alta calidad, así como con los actos administrativos mediante los cuales Colciencias reconoció a OLFIS como grupo investigador desde 2011, cuyo líder es Fredi Díaz Quijano, persona respecto de la cual también dijo se demostró que es un científico de gran nivel, al punto que sus estudios sobre el dengue han sido incluidos en planes de salud del gobierno nacional.

De acuerdo con las normas que rigen la celebración de este tipo de convenios, sostuvo que no era necesario tener en cuenta otros proponentes, por cuanto conforme a ellas cabe la posibilidad que se celebre el negocio jurídico acudiendo a la modalidad de la contratación directa. Frente a la aplicación de la Ley 80 de 1993 para este convenio, la defensa sostuvo que no es que a este tipo de convenios no se les aplique sus normas, sino los principios que establece la Constitución Política en el artículo 209, los cuales, sí fueron tenidos en cuenta, pese a que la etapa precontractual fue adelantada por Gonzalo Araujo y Marcos Pedraza, mas no por JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO.

Destacó que la Fiscalía en juicio nunca sustentó desde qué concepto de idoneidad los veinticuatro grupos de investigación con experiencia en dengue, que dijo existían en el país, estaban en mejores condiciones para celebrar el convenio. Así, por ejemplo, frente a la prueba practicada por la fiscalía para ilustrar a la Sala de la existencia de otros métodos supuestamente más eficaces para la intervención de la problemática del dengue, en el que se afirmó, por ejemplo, que el proyecto del súper mosquito era más idóneo, la defensa quiso poner de presente que las pruebas del súper mosquito iniciaron solo hasta 2015, esto es, con posterioridad a la suscripción del convenio (octubre de 2014), razón por la cual este método no habría podido ser tenido en cuenta por el procesado para la ejecución del convenio.

9

Sostuvo que las falencias que fueron advertidas por Colciencias en la etapa de viabilización del proyecto no fueron sobre el formulador, sino sobre el proyecto en sí, observaciones que fueron subsanadas al punto que el proyecto fue aprobado mediante resolución nro. 005 de 2013.

En cuanto tiene que ver con la vinculación de diferentes universidades al proyecto, alegó que efectivamente algunas presentaron cartas de intención para vincularse al proyecto, por lo que consideró que en la etapa precontractual no se le podía exigir a BALLESTEROS VALDIVIESO saber concretamente cuáles se iban a vincular al convenio, lo que efectivamente sucedió con la Universidad de la Guajira, institución educativa que suscribió el convenio 006 de 2016 con OLFIS.

Frente a la idoneidad técnica y administrativa quedó demostrado que el cooperante podía adelantar alianzas estratégicas para complementarla. Así, era factible la subcontratación de Baraka y Humanus, tal y como se corrobora con el testimonio del señor Jorge Eduardo Caminos Pinzón, interventor del convenio. En todo caso, no puede endilgarse a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO la subcontratación de Baraka y Humanus, porque este era un asunto del resorte del cooperante, además de ser un aspecto propio de la ejecución del convenio, hecho que resulta atípico frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Insistió, de igual modo, en que la ficha MGA hacía parte integral del convenio, tal y como lo dice la cláusula decimocuarta, por lo que no era necesario que se plasmara su contenido en los estudios previos nuevamente en el convenio.

La defensa también señala que los informes de la interventoría solo iban dirigidos al supervisor del convenio, es decir, al señor Araujo Daza, pero que en ningún momento llegaron a manos del exGobernador.

Para concluir con el tema de la idoneidad, acudió a la prueba 493 relativa a la ficha de soporte y seguimiento a proyectos de inversión del Departamento Nacional de Planeación, la cual, aunque carece de fecha se infiere que se trata de un informe levantado en la primera visita realizada por esa entidad en el 2015, para vigilar la correcta ejecución del convenio. En ella destacó que el DNP verificó el cumplimiento de requisitos de la etapa precontractual, específicamente que los estudios previos correspondieran con el objeto del proyecto, y especialmente que la entidad ejecutora hubiese contratado con una entidad sin ánimo de lucro con mínimo seis meses de creación.

Acto seguido la defensa resaltó el hecho de que OLFIS sí es una sociedad que está constituida como organización sin ánimo de lucro, según puede ser verificado con la certificación emitida por la Cámara de Comercio, documento al que tuvo acceso la gobernación durante la etapa precontractual y la cual

sirvió de guía para desarrollar los trámites del convenio. Dicho certificado, a solicitud de la defensa, debe ser examinado con base en los principios de buena fe y confianza.

Otro aspecto relevante para la defensa es la necesidad de diferenciar el uso de las utilidades que le daría OLFIS a sus recursos, pues los mismos iban a ser reinvertidos en la organización. El hecho de ser una sociedad sin ánimo de lucro, aclaró, no impide que esta pueda realizar un pago a sus trabajadores por el servicio que prestan.

En cuanto a la inclusión de comunidades indígenas, la defensa refirió que escapa de la tipicidad del punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, porque este es un asunto propio de la ejecución del proyecto, además que las comunidades indígenas estaban previstas en la ficha MGA, la cual hacía parte íntegra del convenio tal y como lo establecen sus cláusulas. Sostiene que si bien la ficha MGA no habla de la necesidad de consulta previa a estas comunidades, lo cierto es que si se hicieron actividades de socialización.

En relación con la inscripción del proyecto en la red de salud pública, encontró que ello ocurrió durante la etapa precontractual al estar contemplada, tal y como sucedió en el punto anterior en la ficha MGA, por lo que resulta ajena a la configuración del punible.

Referente a que los documentos de la etapa precontractual y el contenido del convenio fuesen publicados en el SECOP, argumentó que este hecho no es imputable a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, a menos que se aborde el presente caso con base a la teoría de micro gerencia exigiéndose al acusado estar al tanto de hasta el más mínimo detalle, pero ese es un modelo que no aplica en este caso porque no fue así como el exGobernador condujo su administración.

Sostuvo, por otro lado, que de cara a las siete irregularidades puestas de presente por la Fiscalía, el segundo informe de la interventoría ataca lo aseverado por el ente acusador, pues realizó una evaluación jurídica en la que avaló el cumplimiento de la etapa precontractual.

Frente a la tipicidad subjetiva adujo el defensor que la Fiscalía pretende estructurar el dolo a partir de los supuestos actos de presión indebida ejercidos por la supervisión del convenio sobre la interventoría, pero que ellos no deben ser entendidos como de presión, sino como una expresión de las labores inherentes a la supervisión.

Peculado por apropiación en favor de terceros

La defensa resaltó el hecho de que la Fiscalía dentro del escrito de acusación haya manifestado que el punible de peculado se originó por un desembolso que fue autorizado de

manera irregular, hecho que no concuerda con lo demostrado en la etapa probatoria.

Para la defensa ello no ocurrió así en vista a que el mismo solo procede con posterioridad a un informe de parte de la interventoría, que tras corroborar el cumplimiento por parte de OLFIS de los tres entregables convenidos para tal efecto, da el aval para su autorización.

Sobre el mismo punto llamó la atención acerca del hecho que de tenerse por correcta la afirmación de la Fiscalía respecto de la irregularidad del desembolso, entonces la cuantía del peculado debió fijarse por la totalidad de éste, es decir, por \$1.746.758.249.70 y no por la cuantía tasada por el ente acusador en \$471.082.907,00.

Recordó que para para fortalecer la tesis de la irregularidad del desembolso, la Fiscalía afirmó que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO procedió a autorizar el primer desembolso a *"sabiendas de las graves irregularidades puestas de presente por la interventoría en el denominado documento de 108 preguntas"*, que la interventoría dirigió a OLFIS en mayo de 2015, con el propósito de solicitar aclaraciones para estructurar de manera coherente los cuadros de control. Al respecto señaló que ese documento no alude a ninguna clase de irregularidad que se haya dado a conocer a BALLESTEROS VALDIVIESO de manera previa a la autorización del primer desembolso.

También sostuvo que frente a la modalidad de participación atribuida a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros en calidad de coautor, no se probó la existencia de un acuerdo común entre el gobernador departamental y aquellos terceros que presuntamente se apropiaron de los recursos públicos, lo cual exige un conocimiento previo entre ellos que se desvirtuó en juicio, pues personas como Juan Pablo Pinzón Vega y Oswaldo Castro manifestaron que solo vinieron a conocer a BALLESTEROS VALDIVIESO en el curso del juicio que se adelantó en su contra.

Respecto de las modalidades referidas por la Fiscalía para indicar la manera en que terceros se apropiaron de los recursos del convenio, destacó que algunos de los contratos con los cuales se pretende soportar este hecho fueron suscritos con posterioridad a que BALLESTEROS VALDIVIESO dejara el cargo de gobernador del departamento de La Guajira en diciembre de 2015.

En cuanto a los contratos ficticios con propietarios de vehículos vinculados por nómina a OLFIS y que según el testigo Juan Pablo Pinzón Vega eran requeridos por el señor Díaz Quijano para cumplir con un compromiso que decía tenía con el gobernador, adujo es cuestionable pues los \$39.000.000,00 que se dijo fueron apropiados bajo esta modalidad o hacen parte del delito de peculado o es una modalidad de concusión, pero bajo ninguna circunstancia de los dos al mismo tiempo.

Atinente a la duplicidad de contratos, la defensa fue enfática en manifestar que no existió, pues Baraka y Humanus cumplieron a cabalidad los contratos suscritos con base en su razón social y, además, la Fiscalía no explicó en detalle cuáles funciones eran las que guardaban identidad.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, la defensa considera que ni siquiera se debe abordar este aspecto en orden a que no se configura la tipicidad objetiva, pues el desembolso se autorizó de forma legal en razón del aval emitido por la interventoría.

Conclusión

Para la defensa se habla de dos situaciones jurídicamente relevantes bajo las cuales se configuró el delito de concusión. La primera tiene que ver con la reunión que se llevó a cabo en la casa de gobierno, donde hacen presencia los señores Jorge Eliecer Ballesteros Bernier, padre del gobernador, Boris Corrales y Eduardo Sierra a instancias del señor Jairo Suárez. El segundo evento concierne a la supuesta solicitud de dinero por parte de JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO a Fredi Díaz Quijano, como contraprestación por la adjudicación a OLFIS del convenio por valor de \$200.000.000,00. La cual debía ser concretada a través de Carlos Daniel Galvis

Frente al primer evento, la defensa puso de presente el interés que asistió a los señores Boris Corrales y Eduardo

Sierra para buscar una reunión con el padre del exGobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, pues los mismos no pertenecían a OLFIS ni hablaban a nombre de dicha entidad, lo cual raya con la lógica, pues carece de sentido enviar a alguien a realizar una exigencia de dinero a dos personas que no son interlocutores válidos y que no estaban en capacidad de comprometer a OLFIS.

Tampoco es viable admitir esta misma hipótesis, pero bajo la arista de que el convenio sería ejecutado por la Universidad de la Guajira, pues Corrales Higuera y Sierra Gutiérrez tampoco representaban a esta, además de que se estaría ante un caso *sui generis* en el país, en el que un gobernador le exige dinero a una universidad de su propio departamento para la suscripción de un convenio.

Frente a lo realmente sucedió en dicho encuentro, la defensa consideró que el testigo Boris Corrales incurrió en contradicciones al sostener que ofreció \$600.000.000,00 mientras que en la denuncia con la que se impugnó su credibilidad señaló que el padre de BALLESTEROS VALDIVIESO le pidió el 10%, y al tratar de salir de esa situación, manifestó que lo que en realidad sucedió fue que presentó varias denuncias y que los resúmenes que hacía eran distintos. Lo anterior crea incertidumbre, pues ante una situación de tal entidad, como lo es la supuesta exigencia de dinero, el núcleo esencial de su denuncia ha debido ser coherente y guardar similitud con lo declarado en el juicio, cosa que no sucedió.

Sobre el argumento de la Fiscalía consistente en que como no se logró el primer objetivo entonces el exGobernador solicitó a Fredi Díaz Quijano la suma de \$200.000.000,00 como contraprestación por la suscripción del convenio, para la defensa no hay prueba que corrobore que esto en efecto sucedió.

En relación con ese aspecto, adujo, el testigo Juan Pablo Pinzón Vega incurrió en contradicciones acerca de la exigencia de esa suma, dado que en declaración anterior a la vertida en juicio manifestó que Carlos Daniel Galvis lo llamó y se identificó como asesor del gobernador JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, por lo que él asumió que estaba hablando a nombre del gobernador, lo cual revela que se estaría ante una simple suposición. En cuanto a que escuchó a Fredi Díaz y a otras personas de OLFIS hablando de que había que cumplirle al Gobernador con el pago de \$200.000.000,00, advirtió que en este punto, la declaración de Juan Pablo Pinzón Vega debe ser considerada como un testigo de oídas o referencia el cual no puede ser sustento de una sentencia condenatoria.

También hizo referencia a las supuestas conversaciones telefónicas que Juan Pablo Pinzón Vega dijo haber sostenido con Carlos Daniel Galvis, desde dos abonados telefónicos que utilizaba para tratar los temas relacionados con OLFIS, las cuales, según declaraciones anteriores del testigo, ocurrieron entre cinco y diez oportunidades. Sin embargo, con la prueba practicada a instancia de la Fiscalía, mediante la cual se incorporó al juicio un análisis link de esos abonados, fue

posible establecer que entre los meses de enero y agosto de 2015, solo hubo un repique de 29 segundos de duración.

Respecto de la existencia de unos correos electrónicos encontrados en el computador de Juan Pablo Pinzón Vega, la defensa puntualizó que esos correos son de octubre del año 2013, esto es, con anterioridad a que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO asumiera la gobernación del departamento de La Guajira o a que el convenio fuese suscrito, por lo que no pueden tomarse como soporte de una exigencia de dinero que presuntamente tuvo lugar entre junio y agosto de 2015.

En lo que concierne al tipo subjetivo, no se adentró en su estudio al no verse determinada la tipicidad objetiva en los términos expuestos.

Sentido del fallo

Clausurado el debate probatorio y presentados los alegatos de clausura por las partes e intervinientes, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, el 11 de septiembre de 2019, y con fundamento en la valoración conjunta de las pruebas practicadas a instancias de la fiscalía y de la defensa, la Sala anunció por unanimidad el sentido condenatorio del fallo en relación con los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, y por mayoría

dispuso también la condena por el delito de concusión, los tres cometidos en concurso heterogéneo sucesivo

Audiencia de individualización de la pena:

Luego de haberse anunciado el sentido de fallo y con la finalidad de agotar el rito previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, las partes e intervinientes se refirieron a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del procesado, así como a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado. Su intervención se sintetiza así:

1. La Fiscalía

JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO es un abogado especializado en hacienda pública, candidato a obtener maestría, cuya experiencia en el sector público ha sido de amplia trayectoria, pero que, por el proceso en cuestión, se encuentra privado de la libertad.

Actualmente acredita unión libre, fruto de ella se concibió su hijo. Su padre es Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, quien fue gobernador de La Guajira en dos oportunidades y Senador de la Republica en igual número de veces, persona esta que se vio involucrada en este proceso en el delito de concusión.

Además de esta actuación, actualmente cuenta con otras dos investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación por la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por presuntos actos de corrupción.

En cuanto a la determinación de la pena y cumpliendo con lo establecido en los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, la Fiscalía sugiere de forma respetuosa a la Sala que con base en los artículos 31, 60 y 61 del Código Penal se ubique en el tercer cuarto del ámbito de movilidad por concurrir las tres circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58 que le fueron imputadas y en atención al daño causado al departamento de La Guajira y al sector salud.

Al habérsele hallado responsable de la comisión de delitos en los cuales se vieron inmersos dineros del erario público, solicitó, para terminar, no tener en cuenta beneficios o subrogados penales.

2. La representación de víctimas.

Solicitó a la Sala acoger la petición de la Fiscalía General de la Nación.

3. La defensa

En relación con los presupuestos de que trata el artículo 447 del C.P.P precisó que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO es el segundo de cuatro hijos, abogado especializado en hacienda pública, con una unión libre, de la cual hay un hijo de un año de edad.

En cuanto a su trayectoria política destacó que se ha desempeñado como secretario de gobierno del departamento de La Guajira, así como gobernador del mismo por el periodo comprendido entre junio de 2014 y diciembre de 2015, cargo al que accedió en la celebración de elecciones atípicas.

Enfatizó en el hecho de que mediante comunicado del centro de reclusión donde se encuentra actualmente, se acreditó el buen comportamiento del exGobernador, y las labores que ha efectuado para redimir su pena, consistentes en crianza de especies menores.

Respecto a la determinación de la pena que se debe imponer, la defensa hizo hincapié en que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO es una persona sin antecedentes judiciales, por ende, como lo señala el artículo 55 del Código Penal, numeral primero, se le debe reconocer esta circunstancia de menor punibilidad

Q

Frente a las circunstancias de mayor punibilidad imputadas por la Fiscalía, deprecó de la Sala no tenga en cuenta el numeral primero del artículo 58 del Código Penal, pues vulnera el principio de *non bis in idem*, como quiera que dentro de la tipicidad objetiva de los punibles por los que se emitió sentencia en contra de BALLESTEROS VALDIVIESO ya fue tomada en cuenta, es decir, no puede tomarse como un elemento del tipo penal básico y circunstancia de mayor punibilidad a la vez.

Respecto al numeral noveno de la misma norma, la defensa sostuvo que la posición distinguida del sentenciado no es una causal objetiva sino una percepción de la sociedad frente al condenado, por lo que resulta improcedente cuando se trata del gobernador de un departamento como La Guajira, que tiene la mayoría de sus mandatarios privados de la libertad o bajo investigación.

Con fundamento a lo anterior solicitó a la Sala disponga, a efecto de determinar la pena, la movilidad dentro del segundo cuarto de dosificación punitiva, por cuanto concurren circunstancias de mayor y menor punibilidad

Por último, atendiendo a la retribución justa y reinserción social como finalidades de la pena, solicita a la Sala que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO continúe con la ejecución de la pena dentro del establecimiento carcelario donde actualmente se encuentra recluso.

CONSIDERACIONES:

1. Competencia.

A la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia concierne la facultad de proferir sentencia dentro del proceso adelantado en relación con JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, de conformidad con el artículo 235-5 de la Carta Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 001 de 2018, que radica en ella la competencia para juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, entre otros funcionarios, a los gobernadores departamentales como el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO.

2. Análisis fáctico y probatorio.

En el análisis que debe emprender la Sala ha de tener en cuenta que conforme al artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para dictar sentencia condenatoria es necesario que de las pruebas legal y oportunamente obtenidas, se llegue al «*conocimiento más allá de toda duda*» acerca de la ejecución de la conducta punible objeto de reproche, y de la responsabilidad del acusado, conclusión que debe surgir de la valoración integral de los medios de convicción, acorde con las reglas de la sana crítica, según lo previsto en el artículo 380 *idem*.

Bajo este marco jurídico, tomando como punto de referencia la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación en contra de JOSÉ MARÍA BALLESTEROS

4

VALDIVIESO, y las alegaciones presentadas por partes e intervinientes al final del juicio oral, se abordará el examen separado de cada una de las conductas punibles que se le reprocha, en el mismo orden establecido en la acusación.

Corresponde señalar aquí que la Sala no enunciará la numerosa prueba documental y testimonial acopiada, pero se referirá en las consideraciones a todas aquellas que determinan la decisión anunciada.

Adicionalmente, y previo a pronunciarse frente a las conductas objeto de acusación, para una mejor comprensión del aspecto fáctico en el cual se enmarca el presente asunto, la Sala se permitirá, a manera de cuestión previa, realizar un recuento ilustrativo de la génesis del Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica nro. 019, celebrado entre la Gobernación del departamento de La Guajira y la Organización Latinoamericana para el Fomento de la Investigación en Salud (OLFIS), con el fin de *"Aunar esfuerzos y recursos para la ejecución del proyecto de ciencia y tecnología 'Investigación sobre determinantes de la carga del dengue e intervenciones para su reducción en La Guajira, Caribe'"*.

Según lo indicó el ente acusador, en el año 2012, siendo gobernador del departamento de La Guajira el señor Juan Francisco Gómez Cerchar, los señores Boris Alberto Corrales Higuera, Eduardo José Sierra y Fredi Alexander Díaz Quijano, este último representante legal de OLFIS, presentaron ante la Secretaría de Salud de la Gobernación de La Guajira, cuyo titular era el señor Jorge Juan Orozco, un proyecto de ciencia y

Q

tecnología para hacer frente a la problemática del dengue que aquejaba al departamento.

El 1° de agosto de 2012, como da cuenta de ello la estipulación n°6, el Consejo Departamental de Ciencia y Tecnología -CODECTI-, suscribió el acta de reunión nro. 06, dando aprobación a 42 proyectos para ser presentados ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión -OCAD- del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalias, entre ellos, el denominado *"Identificación de los determinantes de la carga del dengue e intervenciones para su reducción en La Guajira"*.

El 24 de agosto de 2012, a través de oficio suscrito por Fredi Alexander Díaz Quijano, OLFIS formalizó su propuesta de investigación ante la Secretaría Departamental de Planeación de la Gobernación de La Guajira.¹

El 30 de agosto de 2012, la Gobernación de La Guajira presentó ante el Departamento de Planeación de Colciencias, el programa de investigación sobre determinantes de la carga del dengue e intervenciones para su reducción, solicitando para su ejecución recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación (FCTel) del Sistema General de Regalias y del fondo de compensación regional².

¹ Estipulación n° 7.

² Estipulación n°7

El 26 de septiembre de 2012, se celebró ante Colciencias³ "panel de salud del proyecto", en tal reunión, como se desprende del acta de evaluación allí levantada, - documento que hace parte integral de la estipulación n° 9 -, se concluyó por parte de los expertos evaluadores, que la propuesta no era viable *"teniendo en cuenta los requisitos y necesidades del Sistema General de Regalías, ya que no contribuye al fortalecimiento científico ni tecnológico regional"*; lo anterior sin perjuicio de que el proyecto pudiera ser replanteado, para ser nuevamente presentado y financiado con los fondos del Sistema General de Regalías.

El 19 de octubre de 2012, Juan Francisco Gómez Cerchar, entonces gobernador del departamento de La Guajira, remitió respuesta al panel experto evaluador del programa, con el propósito de subsanar las observaciones realizadas al proyecto en la reunión de 26 de septiembre de esa anualidad⁴.

El 23 de octubre de 2012, la Secretaría Técnica del Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD) del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías, comunicó a Juan Francisco Gómez Cerchar el balance de los proyectos presentados, entre ellos, el relativo a la *"Investigación sobre determinantes de la carga del dengue e intervenciones para su reducción, La Guajira, Caribe"*, del cual se dijo, cumplía con el requisito de *"estar enmarcado dentro de actividades de ciencia y tecnología"*. No obstante, puso de

³ Colciencias como órgano del Sistema General de Regalías tiene unas funciones específicas dentro de las convocatorias públicas, abiertas y competitivas del FCTel, en la verificación de requisitos de proyectos de inversión y como entidad parte del vértice de Gobierno Nacional del Órgano Colegiado de Administración y Decisión del FCTel. Igualmente, actúa como Secretaría Técnica del OCAD del FCTel.

⁴ Estipulación n°10

presente que *"no resultaba clara la manera en que el proyecto lograría impactar en la comunidad y en la región, así mismo, que se debía evaluar la trayectoria de las instituciones y asegurar el logro de los objetivos"*.

El 26 de noviembre de 2012, el panel de evaluadores del Sistema General de Regalías, suscribió acta de evaluación del programa de investigación, en la que resaltó la importancia que el proyecto fuese ajustado en aspectos tales como: la articulación con los procesos de vigilancia y control que se venían ejecutando por el Estado, igualmente, que deberían solicitarse los permisos requeridos para el trabajo con población indígena, entre otros, actividades que se concluyó, resultaban vitales para cumplir con el objetivo de ese panel.⁵

El 20 de febrero de 2013, Carlos Hildebrando Fonseca Zárate, Director de Colciencias, informó a Juan Francisco Gómez Cerchar, Gobernador de La Guajira, que si era de su interés podía presentar nuevamente el proyecto con los respectivos ajustes, teniendo en cuenta que no pasó el filtro de verificación de requisitos y/o evaluación de pares. Mediante oficio de 18 de marzo de 2013, suscrito por Alicia Rios Hurtado, Directora de Redes del Conocimiento de Colciencias, se realizó la devolución del proyecto a la gobernación de La Guajira toda vez que *"realizada la verificación de requisitos se encontró que no cumple con lo señalado en el acuerdo 009⁶, razón por la cual*

⁵ Estipulación n°12.

⁶ Acuerdo 009 de 1 de agosto de 2012, por el cual el Departamento Nacional de Planeación, establece los lineamientos para la formulación, presentación, verificación, viabilización, priorización y aprobación de los Programas y Proyectos de Inversión de Ciencia, Tecnología e Innovación a ser financiados con recursos del SGR.

*se devuelve el proyecto junto con el resultado de dicha verificación para que esa Entidad realice los ajustes correspondientes.”*⁷

El 17 de abril de 2013, la Secretaría del Fondo de Ciencia Tecnología e Innovación comunicó a Juan Francisco Gómez Cerchar, Gobernador de La Guajira, el cumplimiento de los requisitos del proyecto de acuerdo con lo exigido por el Acuerdo 009 de 2012.⁸

El 5 de junio de 2013, el panel de estudios, investigaciones y diagnóstico en salud del Sistema General de Regalías, suscribió acta de evaluación del proyecto, en la que concluyó que era financiable condicionado a ajustes y al acatamiento de las recomendaciones hechas por el panel de expertos.⁹

El 19 de julio de 2013, mediante Acuerdo n°005, el Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD) del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación (FCTel) del Sistema General de Regalías, señaló que Colciencias en su condición de Secretaría Técnica de ese órgano, verificó que los proyectos sometidos a su consideración, entre los que se encontraba el proyecto *“Investigación sobre determinantes de la carga del dengue e intervenciones para su reducción en La Guajira, Caribe”*, cumplía con los requisitos contemplados en el Acuerdo 009 de 2012, así como su calidad científica y técnica a través de concepto emitido

⁷ Estipulación n°13

⁸ Estipulación n°14

⁹ Estipulación n° 15



por paneles expertos, por lo que fue viabilizado, ordenado su registro y aprobada su financiación con cargo a los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalias, por cuantía de \$18.898.892.271, designándose, además, al departamento de La Guajira como ejecutor del proyecto.

Mediante oficio de 28 de abril de 2014, radicado ante Colciencias, -Secretaría Técnica del OCAD-, el 4 de junio de 2014, la gobernadora encargada del departamento de La Guajira, doctora Sugeila Oñate Rosado, solicitó la prórroga y cambio de ejecutor del proyecto, postulando para ello a la Universidad de La Guajira, entidad de la que dijo no solo contaba con *“la infraestructura requerida para la instalación de los equipos destinados al almacenamiento, procesamiento de muestras séricas y diagnóstico del dengue, sino que además cuenta con un grupo de investigación conformado por funcionarios de la Secretaría de Salud Departamental, por miembros de la Universidad de La Guajira y otros del sector privado, avalado por la Universidad que está legalmente conformado, siendo este uno de los objetivos del proyecto.”*¹⁰

El 18 de junio de 2014, mediante oficio 2014190006617, Alicia Ríos Hurtado, Directora de Redes de Conocimiento de Colciencias, solicitó a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO ratificar la petición elevada por su antecesora en

¹⁰ Estipulación n° 20.

punto del cambio de ejecutor para poder continuar con el trámite, lo cual no hizo.

Finalmente, el 20 de octubre de 2014, siendo gobernador del departamento de La Guajira, el doctor JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, suscribió el Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica nro. 19 con el señor Fredi Alexander Díaz Quijano, representante legal de OLFIS.

Una vez establecida la forma en que el proyecto de investigación culminó en la suscripción del convenio cuya celebración se reprocha al exmandatario departamental, se ocupará la Sala de abordar el estudio de las conductas por las que fue acusado, se reitera, en el mismo orden en que fueron presentadas por el ente acusador.

2.1. Del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El artículo 410 del Código Penal sanciona el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales con penas de prisión, multa e inhabilitación para ejercer cargos públicos, al servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de estos. Así fue dispuesto por el legislador:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o

Q

liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Dicho delito, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, estructuralmente, es de sujeto activo determinado y conducta compuesta alternativa, la cual integra dos modalidades de ejecución: la primera, consiste en incumplir los presupuestos previstos por la ley para el trámite del negocio contractual, lo que involucra todos los pasos que ha de seguir la administración hasta su celebración y, la segunda, celebrar el contrato omitiendo la verificación del cumplimiento de los condicionamientos legales para su perfeccionamiento, inclusive aquellos relativos a la fase precontractual, y los relacionados con la liquidación.

En atención a la forma desconcentrada en que se cumple la función pública al interior de una entidad estatal, la ley ha distinguido la conducta que ejecutan los servidores públicos en quienes recae la competencia de tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación, quien deberá comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial.

En el presente caso, no existe discusión sobre la calidad de servidor público de JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, pues las partes, mediante estipulación N° 6, acordaron dar por probado, que dicho ciudadano fue elegido

11

gobernador del departamento de La Guajira, para el período 2014-2015 e inició su ejercicio como tal desde el 4 de junio de 2014, fecha en la que tomó posesión del cargo, con lo cual se cumple la primera exigencia de la conducta punible objeto de análisis, cuya estructuración demanda que la conducta recaiga sobre un sujeto calificado:

El mandato en cuestión tiene también por característica el de ser un tipo penal en blanco, que precisa de la remisión a otros regimenes o disposiciones para completar su ámbito de prohibición, en este caso, el contenido y alcance de los ingredientes normativos. La jurisprudencia administrativa ha clasificado en dos categorías diferenciadas dichas normas extrapenales, en consideración al régimen jurídico aplicable, por la distinción que ha hecho entre los contratos estatales propiamente dichos, reglamentados integralmente por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias (artículos 1° y 32 Ib.) y los contratos especiales regulados por preceptos diferentes al mencionado estatuto, sujetos a un régimen legal propio.

Para quien ejerce la función administrativa, la observancia de los principios constitucionales y legales de la contratación y la función administrativa resulta obligatoria y a su tutela se orienta el artículo 410 del estatuto punitivo, al cual se encuentran materialmente incorporados en tanto determinan las exigencias esenciales del trámite, la celebración y la liquidación de los contratos estatales, ello sin perjuicio, se insiste, del régimen contractual bajo el cual se celebre el negocio jurídico por parte de la entidad estatal.



Con la expedición de la Constitución Política de 1991, de acuerdo a lo establecido en sus artículos 27, 67, 69, 70, 71 y 355, el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación adquirió el cariz de un cometido estatal por el cual el Estado y las entidades que lo integran son las encargadas de promover la investigación, la ciencia y el desarrollo, actividades que podrá cumplir en asocio con particulares a través de la implementación de formas de asociación contractuales y convencionales sometidas a un régimen jurídico especial un tanto más flexible que el régimen de contratación general.

Precisamente, una de las tipologías contractuales pertenecientes al régimen de contratos especiales es, el convenio de interés público de que trata el artículo 355 inc. 2° de la Constitución, en los siguientes términos: *"el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia"*.

Este régimen se estructura conforme la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional mediante los Decretos 777 de 1992, 1403 de ese mismo año y 2459 de 1993. Sobre la naturaleza de los convenios de interés público, mediante el concepto N° 1.911 del 25 de septiembre de 2008, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo:

"En efecto, dichos contratos, según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte de alianza de fuerzas, públicas y privadas, para lograr un mismo propósito,

1

donde en veces el sector público podrá aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones o viceversa, según sea el caso.

Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar".

El Decreto 777 de 1992, definió el ámbito de regulación de los convenios especiales de interés público, estableciendo que éstos se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.¹¹ De ahí se desprenden, entonces, los siguientes criterios de aplicación normativa, los cuales condicionan la integración del tipo penal en blanco, previsto en el art. 410 del Código Penal.

Como regla general, la norma transcrita afirma la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes en la tramitación y configuración de los convenios de interés público, por lo que éstos han de sujetarse a los requisitos y formalidades legales previstas para la contratación entre particulares contenidos en el derecho privado.

Pese a la existencia de esta regla general ha de resaltarse, que la aplicación del derecho privado se halla limitada por las normas de interés público, las cuales no podrán ser definidas libremente por el aplicador jurídico, como así se deriva de la cláusula según la cual rigen las normas de contratación entre particulares, "*salvo lo previsto en el presente Decreto*".

¹¹ Antigua estatuto contenitivo de normas sobre contratos de la Nación y de sus entidades descentralizadas, derogado por el art. 81 de la Ley 80 de 1993.



Sobre este aspecto la Sala de Casación Penal ha puntualizado que la existencia de normas que rigen de manera puntual la celebración de convenios de ciencia y tecnología, como lo son los decretos 393 y 591 de 1991 *“no exime de aplicar, en lo pertinente, la Ley 80 de 1993, más aún si se tiene en cuenta que el primero, en su artículo 9º, supedita la celebración de convenios de cooperación entre la administración pública y entidades de este mismo carácter, a que guarden ... **conformidad con las normas generales**”, vale decir con el restante ordenamiento jurídico y de manera especial con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo aquello que no esté regulado en forma expresa por los Decretos Ley mencionados.*

*Agréguese que el objeto principal de la Ley 80 de 1993, norma expedida con posterioridad a los citados decretos, es “...disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”, definidos en su artículo 32, ya se dijo, como ...**todos los actos jurídicos generares de obligaciones** que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado, o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (Negrilla ajena al texto).*

*También que, como señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-316 de 2005 donde se pronunció sobre la exequibilidad del Decreto Ley 393 de 1991, éste “...**no constituye propiamente un estatuto de contratación**. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de los convenios de cooperación...”. Razón por la cual su correcta interpretación y aplicación debe hacerse consultando las normas mencionadas. (Negrilla ajena al texto).” (CSJ SP9525, 16 jul. 2014, rad. 37462).*

De igual forma, conviene destacar que ni el decreto 777 de 1992, o sus decretos complementarios contemplan una cláusula general de remisión al Estatuto General de la

Contratación de la Administración Pública, situación que se explica a partir de la preponderancia que tiene en estos convenios especiales la autonomía de la voluntad de las partes como pilar fundamental del régimen obligacional y contractual privado, de ahí que la aplicabilidad de la Ley 80 de 1993 en términos de *reglas* concernientes a *requisitos y formalidades* sin perjuicio de la vigencia de los *principios* rectores de la contratación estatal, sea excepcional y taxativa.

Lo hasta aquí expuesto permite concluir como lo ha sostenido la Sala de Casación Penal, que en tratándose de los convenios de interés público previstos en el art. 355 de la Constitución, para los efectos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la aplicación de las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 está limitada a dos eventos específicos: i) en lo concerniente a los principios rectores de la contratación pública, los cuales, siendo manifestación concreta de los principios de la función administrativa (art. 209 de la Constitución), son transversales a toda la contratación estatal y ii) la integración del régimen especial de convenios de interés público con las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública sólo procede por cláusulas de expresa remisión normativa, como por ejemplo, las concernientes a las cláusulas exorbitantes o *excepcionales al derecho común*. (CSJ SP712, 25 ene. 2017, rad. 48250).

Así, si bien en los regímenes contractuales especiales regulados por disposiciones normativas diferentes al Estatuto General de la Contratación Administrativa sus particulares normas son, en principio, las llamadas a definir los elementos del tipo, esto no significa, como lo pretende la defensa, que cuando se celebra un negocio jurídico con fundamento en ellas,

9

puedan desconocerse los pilares fundamentales que informan toda la contratación estatal, pues como acertadamente lo ha indicado la jurisprudencia, *“el carácter especial de algunos regímenes contractuales o de determinadas modalidades de selección del contratista tiene que ver en estricto sentido, con las reglas que determinan su funcionamiento particular, no con los criterios básicos que han de orientar la actividad contractual del estado”*. (CSJ SP513, 28 feb. 2018, rad. 50530).

De este modo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha querido destacar que los principios rectores de la contratación estatal en tanto concreción de los principios constitucionales de la función administrativa:

“irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, si es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, desentrañar cuáles son esos requisitos legales esenciales con apoyo en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.

[...] Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública¹².

¹² CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 25.495, reiterada en SP, 22 jun. 2016, rad. 42.930.

La comprensión global de los principios de la contratación estatal fue acogida en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 - aplicable a toda la contratación con recursos públicos (art. 1º *idem*)-, norma que al referirse a regímenes contractuales diversos al de la Ley 80 de 1993, ha establecido que: *“las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”*.

En cuanto a los principios esenciales que gobiernan la contratación estatal, la jurisprudencia ha sostenido que estos se encuentran plasmados en la Constitución Política desde su Preámbulo, así como en varios de sus artículos, entre otros, el 2º que señala los fines esenciales del Estado; 6º donde se determina la responsabilidad de los funcionarios públicos; 95 - 2 en el cual se impone la obligación de cumplir la Constitución y las leyes y, especialmente, el artículo 209, según el cual:

“la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

publicidad... (CSJ SP, 19 Dic 2000, Rad. 17088 y 14 Dic 2011, Rad. 36613, entre otras).

Estos axiomas y normas superiores encuentran desarrollo también en el artículo 23 del Estatuto General de la Contratación Administrativa¹³, que en relación con los principios que orientan la actividad contractual dispone:

“De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales: Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Los artículos 24, 25, 26 y 29 del mismo estatuto desarrollan estos principios, cuyo contenido y alcance han sido definidos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, en la forma que se sintetiza a continuación: (CSJ, SP 20 May 2003, Rad. 18754; 10 Ag 2005, Rad. 21546; 15 May 2008, Rad. 29206; 16 Mar 2009, Rad. 29089 y 09 Sep 2009, Rad. 21200, CSJ, AP2682, 27 jun 2018, Rad. 48509, entre otras).

El principio de economía tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la administración en la actividad contractual, lo

¹³ Ley 80 de 1993

Q

que significa lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y cantidad de recursos que redunden en costos no onerosos para el presupuesto estatal, por lo que resulta obligatoria la elaboración de estudios, diseños, proyectos, así como el análisis de conveniencia del objeto a contratar.

Intrinsecamente ligado al principio de economía se encuentra el **principio de planeación**, que debe estar presente en todas las etapas contractuales, en la selección de contratistas, definición de partidas presupuestales, pliegos de condiciones, estudios de mercadeo, ejecución y liquidación, lo anterior para que la decisión de contratar no sea fruto de la imprevisión, improvisación o discrecionalidad de las autoridades, sino que responda a las verdaderas necesidades de la comunidad, con la única finalidad de cumplir con los cometidos estatales. Este principio impone a los servidores públicos:

"...actuar con alto grado de eficacia y eficiencia para que se protejan los recursos públicos, fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas que generan situaciones contrarias a la Ley". (C. de E, S 19 Jun 1998, Rad. 10439 y 03 Dic 2007, Rad. 24715).

Conforme al **principio de transparencia**, constituye obligación del servidor público actuar de manera clara, imparcial y pública, sin anteponer sus intereses personales a los intereses de la entidad estatal, evitando omitir los

9
1

procedimientos previstos para la selección objetiva y los demás requisitos de orden legal y absteniéndose de incurrir en abusos que conlleven a desviación de poder. (CSJ SP 08 jul. 2015, Rad. 38464)

En cuanto tiene que ver con el principio de **selección objetiva**, cabe resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que este principio se define a partir de criterios tales como el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., factores que considerados integralmente (ponderación) permiten determinar la propuesta más favorable para la entidad, a propósito de este principio la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que:

"La selección objetiva, en concordancia con el art. 29 de la ley 80 de 1993, se define a partir de criterios que son fácilmente identificables y que la ley enumera: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente -la llamada ponderación- permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato. En otras palabras, la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5°), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 num. 3), y iii) la transparencia (art. 24). La comparación de los ofrecimientos es una de las garantías de la selección objetiva, la cual se efectúa de acuerdo con los parámetros previamente determinados en el pliego de condiciones." (C. de E, SIII Exp, 15235 de 24 de junio de 2004).

6

Por su parte, la Sala de Casación Penal ha dicho que la selección de los contratistas debe ser objetiva, cualquiera que sea la modalidad de contratación, teniendo como tal el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (CSJ SP2160, 13 jun. 2018, rad. 45228).

“Este principio se concreta legalmente en varios aspectos, tal como surge del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, así: (i) la escogencia del contratista se debe efectuar siempre a través de procesos de selección públicos, salvo los casos expresamente previstos en el numeral 1º. de esta norma, cuyas reglas sean precisas, objetivas, justas, claras y completas, que permitan a los proponentes entregar ofertas idóneas; (ii) se garantiza la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten en el proceso de contratación; (iii) se puede, así mismo, obtener copia, con las limitaciones legales, de las actuaciones y propuestas recibidas; (iv) las entidades estatales deben realizar audiencias públicas en donde los proponentes puedan expresar sus objeciones, formular preguntas y presentar aclaraciones; (v) se señalan las reglas del trámite precontractual y la adjudicación del contrato; (vi) se actúa sin desviación o abuso de poder, sin elusión de los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en el estatuto, garantizando que la contratación responda a criterios de igualdad y objetividad.

Se trata, sin duda, de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, y que en líneas generales desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicables a la función administrativa –artículo 209 de la Constitución Política.”

El principio de **responsabilidad** exige al funcionario buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de terceros que puedan resultar afectados con su ejecución. La razón de ser de este principio radica en que los servidores públicos responden por el comportamiento "*antijurídico*" asumido en el ejercicio de sus funciones, al punto de indemnizar los daños que de él se deriven.

Adicionalmente a las normas que han sido puestas de presente, ha de indicarse que las actividades de ciencia y tecnología cuentan también con un régimen jurídico especial que en atención al propósito de permitir su efectivo desarrollo, son, como ya se indicó, un tanto más flexibles que las normas que rigen otros aspectos de la contratación estatal.

Desde 1990, con la expedición de la Ley 29, el legislador estableció varias disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y otorgó al gobierno facultades extraordinarias para:

2. *Dictar las normas a las que deban sujetarse la Nación y sus entidades descentralizadas **para asociarse con particulares** en actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías* (Negrilla fuera de texto).

(...)

4. *Regular las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas.*

En desarrollo de tales facultades, el 8 de febrero de 1991 se expidió el Decreto Ley 393, cuyo primer artículo dispuso que para adelantar las actividades mencionadas, la Nación y sus entidades descentralizadas *podrán asociarse con los particulares*, bajo dos concretas formas, una de ellas la celebración de convenios especiales de cooperación, cuyos propósitos, reglas y requisitos fijó en los artículos 2°, 6°, 7° y 8°, de los cuales conviene resaltar lo señalado líneas atrás, en cuanto a que esta clase de convenios se regirán por las normas de derecho privado.

Voluntad que fue reiterada en el artículo 2° del Decreto Ley 591 de 1991, que se encargó de definir las actividades que deben entenderse como de ciencia o tecnología.

Así, por ejemplo, el Decreto Ley 393 de 1991 dispone sobre el particular:

Artículo 2. PROPÓSITOS DE LA ASOCIACIÓN. *Dajo cualquiera de las modalidades previstas en el artículo anterior, la asociación podrá tener entre otros, los siguientes propósitos:*

a) Adelantar proyectos de investigación científica.

Por su parte, el Decreto Ley 591 de 1991, sobre el mismo tema dispuso:

Q

Artículo 2°: *Para efectos del presente Decreto, entiéndase por actividades científicas y tecnológicas las siguientes:*

1. *Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.*
2. *Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.*
3. *Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y evaluación tecnológica.*
4. *Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.*
5. *Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.*
6. *Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional.*

Posteriormente, con la expedición de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo del principio de transparencia consagrado en su artículo 24°, se estableció que por regla general la escogencia del contratista se efectuaría siempre a través de licitación o concurso público, no obstante la posibilidad excepcional de

2

contratar directamente cuando se tratara, por ejemplo, del desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

De acuerdo con artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, *«La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que señalan los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo»*, que se refieren en su orden, a la selección abreviada, al concurso de méritos y a la contratación directa, modalidad cuya implementación solo es posible cuando se concreta alguno de los eventos en que la ley permite acceder a ella para la selección del contratista, como lo es el caso de los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, previsto en el literal e) de la norma en mención.

Las consideraciones hasta el momento expresadas, constituyen referencia obligada para examinar si en la celebración del convenio nro. 019 de 20 de octubre de 2014, se desconocieron los principios enunciados, tal como lo sostuvo la Fiscalía, en tanto la ausencia de cualquiera de ellos puede objetivamente configurar el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, lo cual no basta para que pueda este tenerse por estructurado, toda vez que se demanda, además, que el servidor público haya actuado con pleno conocimiento y voluntad de la infidelidad en el ejercicio de sus funciones, esto es, con la conciencia de obrar dolosamente.

Q

De acuerdo a lo expresado por la Fiscalía en el curso del juicio seguido en contra del exGobernador de La Guajira JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, al momento de celebrar el convenio nro. 019 de 20 de octubre de 2014, incurrió en varias irregularidades con las que desconoció los principios de planeación, economía y selección objetiva, pues no verificó la existencia de otros potenciales proponentes con la idoneidad suficiente para desarrollar el convenio, así como tampoco constató que OLFIS, organización con la que a la postre se suscribió, contara con la capacidad técnica, financiera y administrativa para ejecutar su objeto.

Si bien jurídicamente OLFIS está constituida como una sociedad sin ánimo de lucro, condición respecto de la cual resultaría justificada la suscripción del convenio con fundamento en lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, lo cierto es que, con las pruebas practicadas en el curso del juicio oral, se logró acreditar que ésta carecía de la reconocida idoneidad que exige la mencionada norma como requisito para proceder a la firma.

Para la celebración del convenio nro. 019 de 20 de octubre de 2014, la Gobernación de La Guajira en cabeza del acusado y a través de Gonzalo Díaz Araujo, Secretario de Salud, el 12 de septiembre de 2014, extendió una única invitación dirigida a OLFIS, para que presentara oferta para la ejecución de un convenio de asociación de ciencia y tecnología, que tenía por objeto *"Aunar esfuerzos y recursos para la ejecución del proyecto de Investigación sobre determinantes de la carga del dengue e*

9

intervenciones para su reducción en La Guajira, Caribe", en la que solicitó a esa organización, que de aceptarla, debería allegar en el curso de cinco días hábiles *"la propuesta técnica y económica y la documentación soporte que se le requiere en los términos de referencia adjuntos, tales como **acreditación de su capacidad técnica y operativa** , equipo de trabajo, copia de cédula de ciudadanía del representante legal, copia del certificado judicial, certificados de procuraduría y contraloría vigentes y demás términos de referencia elaborados para el proceso, documento en el cual se detallan las condiciones y requerimientos de la contratación propuesta"*.¹⁴ (negrillas fuera de texto).

Sea lo primero indicar que al caudal probatorio no fueron incorporados por las partes los términos de referencia a que alude la invitación dirigida a OLFIS, pero sí los estudios previos en que se amparó el proceso de suscripción del convenio nro. 019, los cuales, en sentir de esta Sala, de manera muy genérica establecieron la necesidad y justificación de la celebración del convenio de asociación, la modalidad contractual bajo la cual se celebraría el convenio, así como las condiciones a ser acreditadas por el oferente, de quien se dijo, debía ser una **"persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro que asociándose con el Departamento pueda adelantar en debida forma el proyecto propuesto, por lo que debe poseer la idoneidad y experiencia necesaria en el área , y ofrecer un grupo integral de personas que cuenten con la experiencia necesaria en este tipo de programas"**, a renglón seguido señaló,

¹⁴ Estipulación n°22

*“se requiere en consecuencia que **el proponente acredite experiencia en investigaciones de DENGUE** y que el equipo profesional propuesto igualmente cuente con idoneidad y experiencia en investigaciones de DENGUE”.* ¹⁵ (subrayas fuera de texto)

Como ya se indicó, de acuerdo con las normas que rigen la celebración de convenios de ciencia y tecnología como el que concita el interés de la Sala, es posible que estos puedan celebrarse acudiendo a la modalidad de la contratación directa, afirmación que no se discute pero a la cual no se le puede dar el alcance pretendido por la defensa, en cuanto a que por estar permitida y no requerir pluralidad de oferentes, eximiera entonces al doctor BALLESTEROS VALDIVIESO de llevar a cabo una debida planeación en aras de determinar si en el ámbito académico o científico del país, existía otra sociedad u organización que reuniese las condiciones de idoneidad exigidas para ejecutar el proyecto aprobado, y de esta manera cumplir con las finalidades que orientan la función administrativa.

No cabe duda que para la celebración del convenio nro. 019 de 2014, por tratarse de una actividad de ciencia y tecnología, el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO, podía, como efectivamente lo hizo, acudir a la contratación directa, sin embargo, tal actuación debía estar orientada a salvaguardar los intereses generales siguiendo estrictamente los principios de legalidad, transparencia, objetividad, igualdad, moralidad, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad,

¹⁵ Prueba n° 5

Q

responsabilidad y publicidad (Art. 23 de la Ley 80 de 1993), que como se ha sostenido, son manifestación concreta de los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución, y son transversales a toda la contratación estatal, independiente del régimen especial por el que se rija o de la modalidad que se emplee para la escogencia del contratista.

Al respecto, la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en las sentencias de 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, 3 de diciembre de 2007, expediente 24.715 y 4 de junio de 2008, expediente 17.783 sostuvo que *“en comparación con la licitación y el concurso público, la contratación directa, en tanto modalidad de selección del contratista, se caracteriza por requerir menos formalismos y etapas regladas de tramitación, a fin de realizar la escogencia del contratista con mayor celeridad. De ahí que, en tal supuesto, la administración cuente con un más amplio margen de apreciación para efectuar la selección. Sin embargo, tal ámbito de discrecionalidad se halla en todo caso limitado por la estricta observancia y acatamiento de los principios rectores de la contratación estatal, para que no desemboque en un ejercicio arbitrario de la función administrativa”*. En este mismo sentido, esta Corporación ha indicado que de ninguna manera puede asumirse que la contratación directa sea sinónimo de discrecionalidad absoluta o de arbitrariedad (CSJ SP 08 jul 2015, rad. 38464)

9

Dicho lo anterior, la Sala debe concluir que, si bien la aplicación de la contratación directa permite la supresión de algunos requisitos, como lo es en el presente asunto la obtención de diversas ofertas, existen otras formalidades que deben ser acatadas por el servidor público sin que pueda disponer a su arbitrio de ellas, so pena de tramitar el convenio con inobservancia de requisitos legales esenciales, tal es el caso de la imprescindible revisión de la existencia en la comunidad científica y académica del país de una entidad u organización que bajo criterios de idoneidad, como lo exige el artículo 355 de la Constitución, norma en la que se amparó la suscripción del convenio, pudiese cumplir con el objeto contractual a desarrollar.

Al efecto, el Decreto 1403 de 1992, norma que también integra la reglamentación de los convenios especiales de que trata el artículo 355 de la Constitución Política, definió la reconocida idoneidad como *"la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado"*.

Bajo las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta que la Fiscalía mediante pruebas 2 y 3, acreditó en juicio la existencia de veinticuatro grupos reconocidos y aprobados por Colciencias en investigaciones relacionadas con "dengue" y otras enfermedades tropicales, como consta en el archivo



formato Excel que acompañó el oficio de 20 de octubre de 2016, suscrito por la Secretaria General de Colciencias, doctora Liliana Maria Zapata Bustamante, para la Sala resulta evidente que pese a que el gobernador de La Guajira no estaba obligado a extender invitación para efectuar la propuesta para el desarrollo del proyecto del dengue a otras tantas organizaciones, o en su defecto, a realizar una convocatoria pública, si le correspondía adelantar labores tendientes a establecer si en el ámbito científico y académico del país existían otras entidades u organizaciones que contaran con la idoneidad requerida para su ejecución.

Si bien sobre este específico punto la Fiscalía demostró, de acuerdo con el testimonio vertido en juicio por IVÁN DARÍO VÉLEZ, médico investigador de la Universidad de Antioquia, especialista en enfermedades tropicales, que existen métodos más efectivos y económicos que el propuesto por OLFIS en la formulación del proyecto para la prevención y reducción del dengue, como el método del denominado “supermosquito”, lo cual puede ser incuestionable, la Sala considera que no debe perderse de vista que este aspecto escapa al reproche formulado en contra del doctor BALLESTEROS VALDIVIESO.

En efecto, y sin ánimo de desconocer las bondades científicas de un método para la erradicación del dengue en el departamento de La Guajira como lo es el del “supermosquito”, objetivo principal del convenio, es intrascendente que fuera más eficaz o menos costoso que el presentado por OLFIS, a partir del uso de las proteínas del bacilo *thuringiensis* (moteinas), pues lo

cierto es que, tras afrontar varios paneles de evaluación, Colciencias, como Secretaría Técnica del OCAD, definió que el proyecto presentado por esta organización satisfacía los requisitos exigidos en el Acuerdo 009 de 2012 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías, así como su calidad científica y técnica a través de concepto emitido por paneles expertos.

Además, de acogerse el argumento de la fiscalía para que se empleara un método como el "supermosquito" y no el propuesto por OLFIS, significa un cambio de objeto respecto del proyecto aprobado que en términos de lo reglado por el parágrafo segundo del artículo 8° del Acuerdo 014 de 2013 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías, implicaba la necesidad de formular nuevamente el proyecto ante el OCAD.

Sobre este punto no debe perderse de vista que el fomento y desarrollo de las actividades científicas y tecnológicas son un cometido estatal y que por tanto, cualquier actividad que contribuya a tal propósito está en condiciones de ser evaluada por Colciencias y financiada con recursos públicos de aprobar los requisitos fijados por la ley para tal efecto como ocurrió con el proyecto formulado por OLFIS, de suerte que no puede pretenderse como lo invoca la fiscalía, que el exgobernador BALLESTEROS VALDIVIESO haya debido tener en cuenta la existencia de otros métodos como el que se viene señalando, pues, desde aristas distintas, uno y otro significan aportes al desarrollo científico.

Lo anterior, no es suficiente para tener por acertados los argumentos defensivos esbozados por el abogado de JOSÉ MARÍA BALLETEROS VALDIVIESO, y dar por sentado que el convenio para la ejecución del proyecto debía celebrarse con OLFIS, sin tener en cuenta la existencia de otras posibles organizaciones que pudieran llevarlo a cabo, circunstancia que apoyó en dos argumentos a saber: primero, por haber sido esta organización la formuladora del proyecto, hecho respecto del cual pretendió derivar la existencia de unos derechos de propiedad intelectual que solo podrían ser transferidos por esa organización al final de la ejecución del convenio en tanto titular de los mismos, y en segundo lugar, porque las normas bajo las cuales se contempló la celebración del convenio de cooperación científica y tecnológica, permitían al exmandatario departamental contratar de manera directa con OLFIS.

Respecto del primer argumento planteado por la defensa, la Sala debe indicar que éste será desestimado por cuanto, si bien es cierto que en el desarrollo de un proyecto o programa de ciencia, tecnología e innovación es posible que se involucren creaciones intelectuales protegidas, o que incluso, los resultados obtenidos en su ejecución puedan generar derechos de propiedad intelectual, en el presente asunto debe considerarse que la propuesta presentada por OLFIS para la formulación del proyecto¹⁶¹⁷, no adujo la existencia de derechos

¹⁶ Esquipo probatoria n°7

¹⁷ La Sala no desconoce que sobre la formulación del proyecto de investigación OLFIS es titular de unos derechos morales de autor que como lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-035 de 2015 "nacen con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extrapatrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido"

de propiedad intelectual sobre alguno de sus componentes, por lo que necesariamente la ejecución del proyecto debiese ser contratado con ella y que, respecto de los que llegasen a producirse una vez desarrollado su objeto, la Resolución 00034 de 2012 de Colciencias, vigente para la época de los hechos, establecía que las partes definirían la titularidad de los derechos de propiedad intelectual derivados de la **ejecución** del contrato, circunstancia que se concretó en la cláusula vigésima octava del convenio, en la que se estipuló que *“los derechos derivados de los resultados que se obtengan de las actividades científicas y tecnológicas desarrolladas en el marco del proyecto serán del COOPERANTE y del DEPARTAMENTO; por lo anterior, EL DEPARTAMENTO tendrá derecho a usarlos para efectos académicos y de implementación de políticas en materia de salud pública.”¹⁸*

La cláusula en comento desdice entonces la afirmación planteada por la defensa, pues de ella emerge con suficiente claridad que los eventuales derechos de propiedad intelectual que pudieran surgir respecto de las actividades a desarrollar en el marco del proyecto pertenecerían a ambas partes y no solamente a OLFIS, como lo pretende hacer ver, para justificar, se reitera, el hecho de que no se tuviera en cuenta la existencia de otros potenciales proponentes para la celebración del convenio.

Una vez aprobado el proyecto por el OCAD correspondía al ejecutor, esto es, a la gobernación de La Guajira adelantar en

¹⁸ Estipulación probatoria n° 24

aplicación del principio de planeación la etapa precontractual como fase anterior a la celebración del convenio, y, en consecuencia, adelantar los estudios previos que permitieran definir los parámetros bajo los cuales debería escogerse al cooperante.

Como ya se anotó, pese a que la Sala considera que los estudios previos en que se sustenta la celebración del convenio nro. 019, a falta de unos términos de referencia son muy generales, por no decir que incompletos, lo consignado en el aparte relativo a las condiciones a ser acreditadas por el oferente, resulta suficiente para señalar que al exGobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, para la celebración del convenio en los términos que allí fueron consignados, le asistía el deber de:

- "1. Convocar a todas las personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, que pudieran adelantar en debida forma el proyecto propuesto.*
- 2. Verificar que esa persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro contara con la idoneidad y experiencia necesaria en el área, lo cual le permitiera desarrollar en forma eficiente y altamente calificada las actividades previstas.*
- 3. Que de igual manera contara con un grupo integral de personas con experiencia en ese tipo de programas.*
- 4. Y, por último, que el proponente acreditara experiencia en investigaciones de DENGUE, aspecto que también debía ser predicable del equipo de profesionales que lo conformara."¹⁹*

¹⁹ Prueba 5: estudios previos.



En cuanto tiene que ver con el primer aspecto, ya se ha dejado claro que la gobernación de La Guajira en cabeza del doctor BALLESTEROS VALDIVIESO, únicamente invitó a OLFIS a presentar propuesta para el desarrollo del convenio de ciencia y tecnología, sin asegurarse previamente que ésta realmente representaba la organización más idónea, esto es, con experiencia y resultados satisfactorios que acreditaran su capacidad técnica y administrativa para fungir como cooperante del convenio, y no simplemente limitarse a contratar con ella por razón de su condición de formuladora del proyecto, prevalido de la aprobación dada a éste por el OCAD y en tal propósito estaba obligado el gobernador encartado a verificar tales condiciones antes de suscribir el convenio.

Nótese que en este fundamental aspecto tal como se indicó en comunicación de 17 de abril de 2013 de la Secretaría Técnica del FCTel, en la que se informó al entonces gobernador de La Guajira, doctor Juan Francisco Gómez Cerchar, que el proyecto cumplía con los requisitos del Acuerdo 009 de 2012, Colciencias expresó claramente que la verificación de la calidad de los estudios y diseños, presupuestos financieros, así como la veracidad de los documentos presentados, son responsabilidad de la entidad que presentó el proyecto de inversión²⁰, situación de la que se colige, sin mayor dificultad, que el aval otorgado por Colciencias al proyecto formulado por OLFIS, lo fue en tanto era un proyecto de interés para el fomento de actividades de carácter científico en el departamento de La Guajira, y no

²⁰ Estipulación n° 14

respecto de las condiciones de la entidad formuladora del proyecto.

Desde la anterior premisa, no puede aceptarse como válido el argumento planteado por la defensa, consistente en la imposibilidad de escindir la etapa precontractual de la de viabilización y aprobación del proyecto para justificar el proceder del procesado, pues la evaluación realizada por Colciencias, como Secretaría Técnica del OCAD, se dio, se insiste, respecto del proyecto, en los precisos términos y requisitos exigidos en el Acuerdo 009 de 2012 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías, que no versan sobre la comprobación de las calidades de los proponentes, ni imponen a Colciencias y tampoco al OCAD la obligación de definir la persona natural o jurídica que ha de fungir como cooperante.

Así las cosas, y en consonancia con el numeral 2 de los estudios previos, era obligación de la entidad territorial verificar *"que esa persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro contara con la idoneidad y experiencia necesaria en el área, lo cual le permitiera desarrollar en forma eficiente y altamente calificada las actividades previstas"*, para lo cual le correspondía establecer unos parámetros que la habilitaran para dar cuenta de *"la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato"* y evaluar tal calidad en escrito debidamente motivado.



Sobre este particular, la Sala quiere destacar que la entidad contratante está siempre obligada a determinar las condiciones en las que ha de implementarse un proyecto que pretende llevar a cabo para que, conforme a ello, pueda fijar criterios que conlleven a establecer que la experiencia que exigirá acreditar a los futuros proponentes sea proporcional al mismo en alcance, valor y complejidad.

Como se desprende del documento de estudios previos, estos parámetros fueron establecidos de manera casi que ligera, pues simplemente se exigió al proponente "**poseer la idoneidad y experiencia necesaria en el área**", y ofrecer un grupo integral de personas que cuenten con la experiencia necesaria en este tipo de programas", y "que **el proponente acredite experiencia en investigaciones de DENGUE** y que el equipo profesional propuesto igualmente cuente con idoneidad y experiencia en investigaciones de DENGUE", sin que se especificara la manera como estos aspectos de idoneidad y experiencia debían ser acreditados por el proponente, esto es, unas condiciones al menos mínimas sobre las cuales pudiera verificarse la trayectoria del grupo de investigación, su respaldo académico y científico expresado, por ejemplo, en el número de publicaciones o proyectos ejecutados no solo en requerimientos similares en punto del saber, sino en también en cuanto a manejo de recursos públicos se refiere.

De acuerdo con la prueba practicada en juicio, se demostró que OLFIS como organización, como persona jurídica, no contaba con experiencia en proyectos de investigación en

4

"dengue", pues a la fecha de suscripción del convenio solo aportó un contrato de prestación de servicios suscrito con la Asociación de Sanatorio Sirio de Sao Paulo (Brasil) el 1 de abril de 2013, que tenía por objeto *"la prestación de servicios de coordinación de estudio "ART" en Colombia"*, actividad que no guarda relación con la experiencia requerida, por valor de \$13.000.000, cifra que resulta irrisoria frente a la que por virtud de la celebración del convenio, le correspondería ejecutar.

De igual manera quedó acreditado que OLFIS no contaba por sí sola con las capacidades para desarrollar en forma eficiente y altamente calificada las actividades previstas, de ahí que tuviese que intentar suscribir alianzas con distintas universidades para fortalecer su frágil experiencia en la ejecución de proyectos de investigación en dengue, alianzas que, dicho sea de paso, no llegaron a consolidarse y dieron al traste con el cumplimiento de algunos de los principales objetivos del convenio nro. 019 de 2014.

En efecto, si bien OLFIS acompañó su propuesta de varias cartas a través de las cuales las Universidades El Bosque, Universidad de Santander -UDES- y Popular del César, manifestaron su intención de participar en la ejecución del proyecto como se acreditó con las pruebas 505 y 507 (cartas de intención de Universidad Popular del César y Universidad El Bosque, respectivamente) y la prueba 2, mediante la cual la Secretaria General de Colciencias, doctora Liliana María Zapata Bustamante, certificó ese hecho, lo cierto es que tal intención nunca se materializó, como dan cuenta de ello las pruebas N°

6, 7 y 47, con las cuales se acreditó que de manera unánime directivos de las universidades El Bosque, Universidad de Santander -UDES- y Popular del César, sostuvieron que esas instituciones académicas nunca hicieron parte del proyecto, ni en calidad de formuladoras, ni como cooperantes o beneficiarias.

En cuanto tiene que ver con la participación de la Universidad de Santander -UDES-, debe indicarse que desde la formulación del proyecto, se consignó en la ficha MGA²¹ (Metodología General Ajustada) -prueba N° 30-, que esta institución de educación superior era formuladora del proyecto y que fungiría como cooperante dentro del desarrollo del convenio. Igualmente, en la propuesta presentada por OLFIS ante la Oficina de Contratación de la Gobernación de La Guajira en septiembre de 2014 -estipulación N°30-, se dijo que la UDES lideró junto con OLFIS la formulación del proyecto y que, además, su Comité de Ética en Investigación fue el que evaluó y aprobó el programa.

Sin embargo, escuchados los testimonios de los doctores William Granados Ferreira, Director Jurídico de la UDES, -prueba N° 69-, y Jaime Restrepo Cuartas, Rector de esa institución, -prueba N° 70-, se demostró que la Universidad de Santander manifestó su intención de hacer parte del proyecto de investigación únicamente sobre un componente específico, el del uso de las proteínas del bacilo *thuringiensis* (munteinas) como

²¹ Metodología para la formulación y evaluación previa de proyectos de inversión susceptibles de ser financiados con recursos del Presupuesto General de la Nación y de los Presupuestos Territoriales. Resolución 1450 de 2013 Departamento Nacional de Planeación.

herramienta para lograr disminuir la carga del dengue, actividad científica que ha adelantado esa Universidad a través de CliniUDES, grupo de investigación clínica con el que cuenta su facultad de salud, y no como formuladora del proyecto, esto en atención a que según lo manifestaron los declarantes, rechazaron la propuesta que les hiciera Fredi Díaz Quijano en 2012, en punto de conformar una unión temporal con OLFIS y formular el proyecto de manera conjunta ante la gobernación de La Guajira, por varias razones, entre ellas, los problemas de gobernabilidad que afrontaba esa entidad territorial y la envergadura del proyecto que pensaba adelantar Díaz Quijano del cual sostuvieron, desbordaba las capacidades de esa Universidad.

Pero no solo la situación que se acaba de reseñar daba cuenta de la falta de idoneidad y experiencia de OLFIS, que indefectiblemente debió ser advertida por el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO de manera previa a la celebración del convenio, quien en cumplimiento de los deberes que le impone la ley como representante legal y ordenador del gasto del ente territorial, debió haber realizado una revisión, por ejemplo, de los antecedentes del trámite de formulación, viabilización y aprobación del proyecto, y con ello evidenciar las condiciones que debería reunir la entidad u organización con la que pretendiera celebrar el convenio.

Una revisión de tal naturaleza habría permitido al proccsado actualizar su conocimiento acerca de las verdaderas capacidades de OLFIS para ejecutar el objeto del convenio, pues

Q

en las evaluaciones realizadas por los paneles expertos al proyecto formulado, siempre se advirtió de la falta de experiencia e idoneidad de esta organización como se demuestra con las manifestaciones hechas por los paneles evaluadores.

Por ejemplo, en el panel de expertos celebrado el 26 de septiembre de 2012, el evaluador Jairo Andrés Méndez Rico, consignó que *"No se sabe dónde se realizarán los ensayos técnicos (aislamientos virales, serologías, ensayos moleculares, etc.) De acuerdo a lo descrito, aparentemente se realizarían en la U. de Santander o en laboratorios que no se definen. Es importante tener en cuenta que técnicas como el aislamiento viral y algunas moleculares son de alta complejidad y se requiere cierta infraestructura para su realización."*²²

En el panel de estudios, investigaciones y diagnóstico celebrado el 5 de junio de 2013²³, se sostuvo que el formulador *"no tiene capacidades en todo sentido para cumplir con los objetivos propuestos"*, señaló también que *"carecen de infraestructura y carencia de experiencia para el desarrollo de pruebas moleculares"* y que la propuesta tenía dos puntos de quiebre: *"El laboratorio de Salud Pública y su capacidad en infraestructura y talento humano para el desarrollo del proyecto"*.

Por su parte, Juan Carlos Dib, médico, con Maestría en Salud Pública y Medicina tropical, especialista en enfermedades

²² Estipulación n° 9.

²³ Estipulación n° 15

infecciosas y doctor en Biología con Énfasis en Enfermedades Tropicales, quien se desempeña como Coordinador del doctorado en Medicina Tropical en la Universidad del Magdalena, declaró que como evaluador del proyecto advirtió, y así lo consignó en el formato de evaluación después de ajustes de programas y proyectos presentados al FCTel del Sistema General de Regalías²⁴, *“la propuesta debe contar con el rigor metodológico propio de la calidad científica de los referentes en el tema. Se reconoce la experticia en proyectos análogos por parte del equipo proponente, pero no hacen parte de los grandes referentes en el tema”*.

De esta afirmación se ratificó en su declaración en audiencia²⁵, en la que explicó que al momento de evaluar la propuesta, pese a que atribuyó experticia al equipo proponente en proyectos análogos, específicamente en malaria y otras enfermedades tropicales, no identificó a OLFIS, así como tampoco al doctor Fredi Díaz Quijano, quien encabezaba el equipo científico que la integraba, como referentes²⁶ dentro de la comunidad científica y académica que adelanta investigaciones en dengue, por lo que sugirió buscar alianzas con expertos nacionales e internacionales en esa materia.

Para la Sala, las observaciones hechas durante el proceso de formulación, viabilización y aprobación por los expertos

²⁴ Prueba n° 44

²⁵ Prueba n° 45

²⁶ En su declaración el testigo experto Juan Carlos Dib, explicó que un referente puede ser una persona natural o jurídica que goza de amplio reconocimiento en la comunidad científica y se le considera una autoridad en la materia, en contraposición a un investigador, quien puede tener alguna experiencia en determinado asunto, pero no por ello ser un referente.

evaluadores, constituyen a todas luces señales de alerta que deliberadamente fueron obviadas por el procesado en la etapa contractual del convenio, pues sin que se requiera mayor esfuerzo para comprenderlas, estas evidenciaron desde un principio la incapacidad de OLFIS para hacer frente a un proyecto de la complejidad científica y de la entidad que suponía el manejo de la cuantiosa cifra que fue dispuesta para su financiación.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con la acreditación de un *"grupo integral de personas con experiencia en este tipo de programas"*, ha de indicarse, que, en efecto, como se demostró con las pruebas 481 a 487,³⁷ OLFIS contaba con un grupo de profesionales altamente capacitados, con experiencia en investigación en temas relacionados con el dengue, no obstante, toda su producción académica en la materia, ha sido realizada a título personal o en colaboración con otros profesionales³⁸, mas no como miembros de OLFIS o en desarrollo de actividades investigativas elaboradas por esta organización, pues tal como se demostró en juicio con la prueba 491, el proyecto de investigación para establecer los Determinantes de la Carga del Dengue e intervenciones para su reducción en La Guajira, Caribe, era la primera iniciativa que OLFIS, en tanto organización, pretendía adelantar.

A partir de estas consideraciones, puede válidamente sostenerse, que OLFIS nunca acreditó su experiencia en el

³⁷ Hojas de vida de Ruth Arali Martínez, José Ramos Castañeda, Álvaro Mauricio Flórez, Fredi Alexander Díaz Quijano, Jorge Luis Alvarado Socarrás, Eliseu Alvas Waldman.

³⁸ Estipulación n° 23



desarrollo de proyectos de investigación en dengue, pues no tenía ninguna, y así mismo, tampoco se le exigió, pese a ello fue escogida – en vista que nunca se designó siquiera un comité que evaluara la propuesta presentada por OLFIS- deliberadamente por el Gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO como cooperante para la ejecución del convenio nro. 019 de 2014, proceder con el que impidió que otros contratistas que pudiesen reunir el conocimiento y experiencia para el desarrollo del proyecto avalado por el OCAD, pudieran siquiera manifestar su interés en participar de él, en contravía con el principio de selección objetiva, respecto del cual el gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO tenía el ineludible deber de seleccionar el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto, interés o cualquier clase de motivación subjetiva.

Pero la idoneidad de una organización no solamente está condicionada por la experiencia que ésta pueda tener en el desarrollo de programas afines a la actividad que pretende contratar, sino que también guarda relación con su capacidad técnica y administrativa, esto es, con su capacidad instalada y la estructura organizacional a través de la cual gestiona sus procedimientos, como condiciones a través de las cuales se garantiza su aptitud para cumplir con sus obligaciones en el marco de lo convenido.

Resulta impensable que el gobernador acusado hubiera actuado guiado por el principio de la buena fe o bajo una circunstancia de error porque cualquier persona prudente y diligente se habría percatado al rompe, de la ausencia de la más

minima experiencia y capacidad administrativa de OLFIS para la ejecución de ese tipo de proyectos, con mayor razón si se tiene en cuenta que se trataba de un convenio que sería financiado con recursos públicos por valor de \$17.584.127.997,03.

Con la prueba practicada en juicio, también fue posible determinar que OLFIS no contaba con la capacidad instalada que le permitiera asumir los compromisos que en materia de investigación pretendía adelantar, muestra de ello es que no disponía la infraestructura requerida para la ejecución del objeto del convenio nro. 019 de 2014, -laboratorios, centros para el acopio y procesamiento de muestras-, por lo que debió recurrir, como ya se anotó, a asociarse con universidades para hacer uso de sus locaciones, tal como se demostró con la prueba 80, testimonio de Tatiana Beatriz Martínez Gómez, Jefe de la Oficina de Contratación de la Universidad de La Guajira, quien dio cuenta de la existencia del convenio 006 de 2016, en el que se acordaba el préstamo de un espacio del laboratorio de esa institución a fin de que OLFIS realizara su adecuación para la ejecución del proyecto, adecuación que nunca se dio.

De otro lado, también se demostró que OLFIS para el momento en que suscribió el convenio, carecía de la capacidad administrativa que le permitiera soportar la ejecución de un negocio de la magnitud del celebrado, pues aunque para la Sala no resulta reprochable que se acuda a la contratación de otras empresas para la gestión de actividades como las contables y las de gestión de personal y recurso humano, -laborcs ajenas a la actividad científica a la que se dedica el cooperante-, como se

demostró con los contratos que OLFIS suscribió con las empresas BARAKA y HUMANUS, lo que sí resulta cuestionable es que tal insuficiencia no fuese advertida durante la etapa que culminó con la suscripción del convenio, pues si OLFIS no contaba con el recurso humano para adelantar las labores descritas, debió conjurar esa situación de manera previa y así lo debió verificar la Gobernación de La Guajira, antes de la suscripción del Convenio.

Que al momento de la celebración del convenio no se tuviera certeza de la manera en que OLFIS gestionaría los aspectos contables y de recurso humano de la ejecución del convenio da cuenta de su incapacidad técnica y administrativa y de la forma improvisada en que manejó los recursos puestos a su disposición, máxime si se tiene en cuenta que las actividades contables y de gestión de personal no eran parte del objeto de social de las empresas con las que contrató para tal propósito.

Las situaciones que hasta ahora se han puesto de presente evidencian que OLFIS, dolosamente, nunca fue sometida por la Gobernación de La Guajira a una evaluación rigurosa de sus reales capacidades, razón por la cual la administración departamental a sabiendas, hizo caso omiso de su falta de idoneidad y experiencia para la ejecución del proyecto, condiciones que, se itera, eran esenciales para poder celebrar con esa organización el convenio con el que se pretendía desarrollar el proyecto sobre determinantes de la

carga del dengue e intervenciones para su reducción en La Guajira, Caribe.

Y sobre este punto en particular, no puede considerarse admisible la tesis planteada por la defensa en cuanto a que la evaluación de las calidades de OLFIS se surtió en los estudios previos, pues no puede perderse de vista que en ellos como lo ha sostenido el Consejo de Estado²⁹, lo que se define es la contratación desde los puntos de vista técnico, presupuestal, y de ejecución, con el objeto de tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista, y no la evaluación misma.

Pese a que la norma contenida en el Decreto 1403 de 1992 en punto de la idoneidad, señala que esta hace referencia a la capacidad técnica y administrativa que debe acreditar la sociedad sin ánimo de lucro para poder suscribir los convenios de los que trata el artículo 355 de la Constitución Política, la Sala no quiere dejar de llamar la atención acerca de la importancia que tiene para la ejecución de cualquier proyecto que ha de ser financiado con recursos públicos, que las entidades estatales, de manera previa a comprometer estos recursos, establezcan criterios sólidos que permitan verificar, de cara a la complejidad del negocio jurídico a celebrarse, la capacidad financiera de la persona sin ánimo de lucro con la que se pretende contratar, puesto que ella se dirige a garantizar

²⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección "A". Rad. 207315211001-03-25-000-2011-00165-00 0578. Septiembre 5 de 2012.

que quienes aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, en realidad cuenten de manera efectiva con el suficiente respaldo, experiencia, organización y solidez para emprender y ejecutar convenios de la envergadura y músculo económico como el que es objeto de análisis en este caso.

De igual manera, la Sala debe indicar que, como lo sostuvo el ente acusador y quedó demostrado en juicio, en contravía del principio de publicidad, ninguno de los documentos y actos administrativos del proceso de contratación adelantado entre la gobernación de La Guajira y OLFIS, fue publicado de manera oportuna como lo exigen los artículos 10° de la Ley 1712 de 2014 y 19 del Decreto 1510 de 2013, que sobre el particular disponen la obligación de la entidad estatal a publicar en el SECOP los documentos y actos administrativos del proceso de contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición en los siguientes términos:

“Ley 1712 de 2014 ARTÍCULO 10. PUBLICIDAD DE LA CONTRATACIÓN. En el caso de la información de contratos indicada en el artículo 9o literal e), tratándose de contrataciones sometidas al régimen de contratación estatal, cada entidad publicará en el medio electrónico institucional sus contrataciones en curso y un vínculo al sistema electrónico para la contratación pública o el que haga sus veces, a través del cual podrá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo proceso contractual, en aquellos que se encuentren sometidas a dicho sistema, sin excepción.

PARÁGRAFO. Los sujetos obligados deberán actualizar la información a la que se refiere el artículo 9o, mínimo cada mes”.

"Decreto 1510 de 2013 Artículo 19. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop."

La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 23 del presente decreto."

Pese a que la Fiscalía enrostró al procesado la suscripción del convenio nro. 019 de 2014, atribuyéndole la falta de verificación de la condición de OLFIS como entidad sin ánimo de lucro, por el hecho de ser sus miembros fundadores integrantes de una misma familia, la Sala disiente de tal postura pues debe tenerse en cuenta que las sociedades sin ánimo de lucro son personas jurídicas diferentes de las personas que las conforman. Así, lo que determina que una sociedad tenga tal condición es su objeto social, que normalmente está orientado al mejoramiento social y beneficio común, además del hecho de no repartir utilidades.

En el caso de OLFIS, de acuerdo con el certificado de cámara de comercio con el que acompañó la propuesta

presentada a la gobernación de La Guajira³⁰, esta sociedad tiene como finalidad *"Fomentar el desarrollo de la investigación científica en salud en los países latinoamericanos, acompañando los procesos que se adelantan y promoviendo la generación de nuevos proyectos orientados a la obtención, difusión y aplicación de conocimiento sobre la epidemiología, caracterización clínica, diagnóstico pronóstico, manejo e impacto social, ambiental y económico de los problemas de salud de la región"*, circunstancia que corrobora lo que se ha sostenido en esta providencia, y es que al menos desde el punto de vista legal, OLFIS es una entidad sin ánimo de lucro, cosa distinta es que fuera idónea para la ejecución del proyecto.

Por otro lado, frente a los reparos hechos por el ente acusador por no haberse incluido en el convenio la forma como las comunidades indígenas serían vinculadas al proyecto, se indica, que le asiste la razón a la defensa cuando señala que tal compromiso fue estipulado en la ficha MGA, que como se consignó en la cláusula decimocuarta del convenio nro. 019 de 2014, hace parte integral del mismo por lo que no era necesario consignarlos nuevamente.

Para la Sala, la inclusión de las comunidades indígenas es un asunto de gran trascendencia en atención a su condición de sujetos de especial protección constitucional³¹, pero además

³⁰ Estipulación probatoria nro. 24

³¹ La jurisprudencia constitucional ha señalado, además, que los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, especialmente incisos en sus incisos 2º y 3º, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta. La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión); y la especial afectación

no debe perderse de vista que fue una obligación contraída por el formulador desde la etapa de viabilización y aprobación del proyecto de investigación y por lo tanto esencial, por lo que para el momento en el que debía suscribirse el convenio, ya debía estar definida la forma en que dichas comunidades serían involucradas para proceder con la ejecución, situación que también fue intencionalmente pasada por alto por el ex mandatario departamental.

Sobre este hecho la interventoría alertó a la gobernación departamental desde el informe nro.4 de 17 de septiembre de 2015, al evidenciar que ante requerimiento efectuado al cooperante para determinar la inclusión de las comunidades indígenas al proyecto, OLFIS manifestó que estas no se incluirán en el estudio, y así lo reflejó el diseño polietápico ante el cual el director de la interventoría resaltó las graves consecuencias para el debido cumplimiento del convenio y en general para los fines del proyecto conllevaba esta determinación en los siguientes términos:

"1. Según cifras del DANE, para 2005 la población indígena era de casi el 45% en toda la Guajira. Dicha proporción no es homogénea en todos los municipios; Uribía, por ejemplo, presenta un 96% de población indígena, y municipios como Manaure, Distracción y Maicao, cuentan con una población indígena de 82.2%, 42.9% y 40.1% respectivamente.

2. Excluir la población indígena del proyecto presentado por el cooperante, pese a los compromisos ya contraídos en el MGA y en el

que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes. Corte Constitucional Sentencia T-235/11

Q

documento de especificaciones técnicas, llevaría a una pérdida de validez del estudio dado que al final se obtendría una descripción y análisis de la población no indígena lo cual no evidenciaría la situación completa y real del dengue y sus determinantes en el departamento.

3. Adicionalmente, debe hacerse referencia que, conforme con el MGA hace parte del objeto del estudio el 100% de la población de la guajira, así como una serie de resguardos relacionados en el mismo documento integrados por indígenas, por lo que la exclusión de dicha población del estudio, no sólo desnaturaliza sus fines sino implica una verdadera modificación del proyecto conforme con lo establecido en los numerales 1 y 4 del Artículo 6° del Acuerdo No. 020 de 2014 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías, dejando así sin piso el proyecto técnico el proyecto”.

Pese a esta contundente advertencia, indicativa del riesgo que en tan temprano momento de la ejecución ya corría el proyecto, la administración departamental en cabeza del acusado no hizo nada, y fue solo hasta el 2016, y tras la insistencia de la interventoría para que se adelantara la inclusión de las comunidades indígenas en el proyecto, que OLFIS decidió adelantar la consulta previa que se requiere para tal efecto.

Igual consideración debe hacerse frente a la inclusión de la red de salud pública para el desarrollo del objeto del convenio, pues frente a la propuesta presentada ante el OCAD, este fue un factor determinante para que tras ser sometido a varios ajustes el proyecto de investigación sobre determinantes de la carga del dengue fuera viabilizado y aprobado para su ejecución, de suerte que de manera previa a la suscripción del

Q

convenio, ya debía estar decantada y adelantadas las gestiones que aseguraran que ese específico y esencial componente del proyecto iba a hacer desarrollado, y que tampoco fue objeto de verificación por el procesado.

Así las cosas, no resulta atendible lo alegado por la defensa en punto de sostener que la inclusión de las comunidades indígenas y de la red de salud pública del departamento al proyecto, eran un problema de ejecución que escapa al reproche penal del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues como ella misma alega, estos dos aspectos hacían parte del proyecto desde su formulación en la ficha MGA, de lo que se deduce, que al momento de suscribir el convenio debían ser una situación consolidada.

Satisfechos los ingredientes objetivos de la conducta punible estudiada, corresponde ahora analizar el elemento subjetivo del tipo penal, aspecto en cuyo desarrollo se encuentra probado que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, suscribió directamente el convenio nro. 019 de 2014, no obstante su ineludible obligación de garantizar la legalidad de la actuación, precisamente porque era él quien podía comprometer con su voluntad final los dineros del erario y de manera deliberada e intencional se abstuvo de hacerlo, pues su actuación estuvo siempre determinada, como el propio procesado lo reconoció en su testimonio, por su interés de ejecutar rápidamente los recursos asignados al departamento en virtud de los proyectos financiados por el Sistema General

de Regalías, sin reparar en las cualidades del cooperante con quien fuese a celebrar el convenio, porque, como se señaló, ni siquiera le preocupó, siendo ello lo mínimo que se exige en el ámbito contractual estatal, que se establecieran unos parámetros para la selección del cooperante acordes con la complejidad del proyecto aprobado, así como tampoco lo fue el designar un comité que evaluara las reales capacidades de OLFIS como cooperante para la ejecución del convenio.

Como ordenador del gasto, en desarrollo de la función de control y vigilancia, le acompañaba el necesario deber de verificar al momento de celebrar el convenio, que se acataran los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa dentro de la fase precontractual por parte de las distintas secretarías ejecutoras, pretermitidos, como ya se explicó, de manera burda.

No puede justificarse el proceder del gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, como lo pretende la defensa, en que este hubiera delegado en los funcionarios de las Secretarías de Despacho lo inherente al manejo del proceso precontractual cuestionado, ya que si bien la delegación es una figura jurídica propia del derecho administrativo, por la cual el titular de una función la transfiere a otro u otros funcionarios de igual o inferior categoría con el fin de lograr una mejor adecuación de las actividades a desarrollar, el delegante no queda eximido de la obligación de ejercer la vigilancia y control de lo delegado ni de la responsabilidad por sus acciones u omisiones antijurídicas, según lo prevén los artículos 12 y 26 de la Ley 80

de 1993, concordante con el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, que prescribe que: *"En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal, civil y penal al agente principal."*

Tampoco puede pretenderse que los representantes legales de las entidades estatales en materia contractual, ordenadores del gasto por demás, pretendan desligarse de las obligaciones inherentes a su función, para convertirse en simples tramitadores o avaladores de las actividades desplegadas por el personal subalterno, ni que por consiguiente, se les conciba en esa función, solamente para firmar los contratos de una manera casi mecánica, pues deben verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, por lo que se les exige la realización de esos mínimos controles. Así lo indicó recientemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia proferida dentro del radicado 42930, de 22 de junio de 2016, en la que señaló:

"En la administración pública, el cumplimiento de las funciones contractuales es compleja, requiere la intervención de varios funcionarios para la coordinación y dirección de una persona que dirige la entidad, pero la misión de éste no se agota con el examen formal de la actuación, ni con la firma mecánica de los contratos, sino con su deber ineludible de observar, estudiar, examinar y controlar la verificación de los requisitos legales esenciales que demanda la observancia de los principios de planeación y responsabilidad."

A él le correspondía verificar la corrección de las tareas realizadas por los demás funcionarios que él mismo les asignó, que en todo caso conocía, que entendía obraban en el plano de colaboradores porque la decisión final de firmar era la de él, instante en el que debía constatar que los requisitos

Q

esenciales estuvieran satisfechas. Ese proceder hizo que no adoptara los correctivos oportunamente, dadas sus facultades de dirección, coordinación y control, asumiendo como propio el resultado típico que por su omisión voluntaria y consciente se generó.

Así pues, la prueba acopiada revela que JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, investido de su condición de gobernador de La Guajira como primera autoridad y representante legal de la administración departamental, al celebrar el convenio nro. 019 de 2014, en las condiciones puestas de presente al analizar el tipo objetivo, esto es, pretermitiendo los principios de planeación, transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva y publicidad, propios de la contratación estatal y la función administrativa, y esenciales para la celebración de un contrato por parte de una entidad estatal, actualizó, en calidad de coautor, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Sobre el particular, la defensa predica que no se demostró en el presente asunto la participación de JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO como cóautor porque no conoce a Fredi Díaz Quijano, por lo que en tales condiciones no cabría la posibilidad de que hubieran realizado un acuerdo común. La Sala disiente del anterior argumento, pues de acuerdo con los términos de la acusación, esta conducta fue cometida de consuno con otros funcionarios de la Gobernación que estaban bajo su subordinación en la entidad, tales como los secretarios de Despacho contra quienes actualmente se adelanta investigación penal³².

³² La responsabilidad de BALLESTEROS VALDIVIESO deviene a título de coautor y no de autor, aunque la primera es, en esencia, una forma de autoría, pues si bien los delitos de infracción de deber, como

Si bien no existe prueba directa que acredite la existencia de ese acuerdo común, la manera como nació a la vida jurídica el convenio 019 de 2014, evidencia que fue voluntad de la administración del acusado celebrar el negocio con OLFIS y que a tal fin se dirigió la actividad desarrollada por los colaboradores del exgobernador y la de él mismo.

Por la manera desconcentrada en que se realiza la función contractual al interior de las entidades públicas, se colige que en el presente asunto, los secretarios de salud, jurídico y asesor de competitividad estuvieron a cargo de adelantar la etapa precontractual y que cada quien, desde la órbita de sus funciones, lo hizo sin observar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, en tanto que BALLESTEROS VALDIVIESO lo celebró, se insiste, sin verificar el acatamiento de aquellos consustanciales a la fase mencionada, siendo ese su aporte esencial, pues en su condición de ordenador del gasto y representante de la entidad territorial, la facultad de celebrar, que demanda, como lo ha sostenido la jurisprudencia, una estricta labor de supervisión, inexcusable, en cuanto garante de la legalidad de la actuación, era de su exclusivo resorte.

los que aquí se juzgan, solo puede ser conculcado por el sujeto agente respecto de quien recae el deber o la condición especial exigida por el tipo penal sin que tenga relevancia la importancia de su aporte, lo cierto es que en este caso ello no se predica exclusivamente del ex Gobernador sino, eventualmente y, se itera, de los demás funcionarios aludidos porque respecto de ellos también se cumple, sin duda, la condición especial referida a su calidad de servidores públicos y el deber de verificar que la contratación se ajustara a los requisitos legales esenciales desde su órbita funcional, esto es, no en el plano de la celebración del contrato, del resorte exclusivo del ex Gobernador, sino en su tramitación, por lo que todos los servidores públicos involucrados en este trámite contractual, de acuerdo con la acusación, responden como coautores.

Finalmente, la Sala quiere llamar la atención sobre un aspecto que se desprende de lo señalado por la Fiscalía en su escrito de acusación, en la exposición de su teoría del caso e incluso en sus alegatos de clausura al finalizar el juicio oral, según el cual se atribuyó al doctor JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO la celebración del Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica nro. 019 de 2014, sin observar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, como fruto de un acuerdo común cuyo propósito era el de favorecer a la organización OLFIS, para que fuera ésta y no otra quien desarrollara el objeto del convenio, afirmación de la cual puede desprenderse, al menos preliminarmente, que existe en el presente caso un concurso aparente de conductas punibles, por virtud de que los hechos jurídicamente relevantes sobre los cuales la Fiscalía edificó su acusación respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pueden también adecuarse típicamente al punible de interés indebido en la celebración de contratos al que hace referencia el artículo 409 del Código Penal.

La resolución de un problema jurídico de la naturaleza señalada habilitaría a la Sala, reunidas las condiciones para ello, a variar la calificación y, en consecuencia, absolver o condenar al procesado por el delito de interés indebido en la celebración de contratos y no por el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En numerosas ocasiones la Sala de Casación Penal se ha ocupado de establecer los parámetros bajo los cuales debe ser resuelta la concurrencia de los delitos consagrados en los

artículos 409 y 410 del Código Penal, esto con fundamento en el análisis de la base fáctica en que se sustentan uno y otro.

Así, por ejemplo, ha dicho que en el evento en que la base fáctica de ambos delitos sea semejante, se advierte la presencia de un concurso aparente cuya solución debe decantarse por subsumir el delito de interés indebido en la celebración de contratos en el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en atención a su mayor riqueza descriptiva (CSJ. SP, radicado 26450, 8 de nov, de 2007). Posteriormente, en pronunciamiento efectuado dentro del radicado 34282 (CSJ. SP, radicado 34282, 27 de oct, de 2014), sostuvo que ante una situación de tal entidad, lo procedente era dar aplicación al delito de interés indebido en la celebración de contratos.

En pronunciamiento más reciente, la Sala de Casación Penal, concluyó que “el análisis sobre la existencia de un concurso (real) de conductas punibles tiene como presupuesto ineludible la determinación de la base fáctica de cada una de ellas, en orden a establecer si se trata de hechos distintos o si la controversia se contrae a la posibilidad de que una misma conducta haya dado lugar a la configuración de dos delitos diferentes, según los criterios establecidos en la ley y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.”³³

De acuerdo con el planteamiento anterior, sostuvo que frente al delito de interés indebido en la celebración de contratos, resulta imperioso establecer el sentido en que el funcionario público se “interesó” en el contrato en el que por

³³ (CSJ. SP, radicado 44609, 11 de oct, de 2017)

Q

razón de sus funciones debía intervenir y la manera en que ese interés se "exteriorizó", pues es posible que tales elementos coincidan con los que estructuran el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. A guisa de ejemplo, señaló que eso es exactamente lo que sucede cuando *"se demuestra que el sujeto actuó con la intención de asignarle irregularmente un contrato a una persona en particular, y para ello desconoció uno o varios requisitos esenciales, como cuando omite la realización de la licitación pública"*.

Ante un panorama de tal naturaleza, habida cuenta que ambos tipos penales representan *"formas semejantes de desvío del poder en el ámbito de la contratación oficial, entendida esta como una faceta de la administración pública"*, de acuerdo a lo expuesto en la providencia en comento, cuando la base fáctica de los delitos previstos en los artículos 409 y 410 del Código Penal coincide en sus aspectos esenciales, se configura un concurso aparente de conductas punibles, en cuya resolución, sostuvo la Sala de Casación Penal, deberá preferirse la aplicación del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales porque *"recoge con mayor riqueza la hipótesis fáctica, en la medida en que regula de manera puntual una de las formas de transgresión de los principios que rigen la contratación administrativa: el desconocimiento de los requisitos esenciales, orientados precisamente a materializar dichos principios"*.

Nótese cómo en el presente asunto la Fiscalía enrostra al exGobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, bajo la hipótesis de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la celebración del convenio nro. 019 con OLFIS, sin antes revisar

sus competencias en cuanto a idoneidad, experiencia y capacidad para desarrollar el proyecto, todo ello en contravía de principios tales como los de planeación, selección objetiva, responsabilidad, transparencia y publicidad, *“porque desde el comienzo todo estaba direccionado para que fuese esta organización la escogida”*³⁴, y aun cuando no imputó al procesado el delito de interés indebido en la celebración de contratos, de la relación de hechos jurídicamente relevantes, podría colegirse que los errores en que se incurrió en el proceso conculcando los principios de la contratación administrativa señalados, tenían como finalidad beneficiar a OLFIS.

Visto de esta manera, resulta evidente que la base fáctica del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales sería en esencia la misma del interés indebido en la celebración de contratos de haber sido imputado este, concurrencia que daría lugar a la configuración de un concurso aparente entre esas dos conductas punibles, que debe resolverse, como se dijo, prefiriendo la consagrada en el artículo 410 del Código Penal, por su mayor riqueza descriptiva, y que fue precisamente el que imputó la fiscalía.

Antijuridicidad

Conforme señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, la conducta, además de típica debe ser antijurídica, esto es que de manera real y efectiva lesione o ponga en peligro sin justa causa el bien jurídico tutelado.

³⁴ Escrito de Acusación. Pág. 6

Con esta conducta se lesionó de manera efectiva el interés jurídico de la administración pública, cuya función es entre otras, la de estar al servicio de los intereses generales.

La suscripción del convenio en la manera como quedó evidenciada en esta providencia, significó el deliberado desconocimiento de los principios esenciales que orientan la administración pública consagrados como una forma de garantizar la correcta celebración de contratos por parte de las entidades estatales, respetuosa de los fines que le asigna la Constitución Política.

Culpabilidad

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 599 de 2000, sólo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad.

JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO además de tener la madurez síquica de un ciudadano corriente, cuenta con educación superior como abogado con especialización en hacienda pública y vasta experiencia en el sector público a lo cual se suma su desempeño en múltiples cargos públicos en el área de contratación, hechos que le permitían conocer la ilegalidad que entrañaba el comportamiento cuya comisión se le reprocha.

En consideración a lo anterior, el entonces gobernador podía obrar acatando el ordenamiento jurídico, por lo que le era exigible

un comportamiento distinto, respetuoso del alto cargo que desempeñaba y consecuente con la realidad social y económica de su región.

2.2 Peculado por apropiación a favor de terceros.

La Sala se ocupará a continuación de analizar si conforme se indicó en la acusación, se ha concretado la conducta de peculado por apropiación a favor de terceros, y si tal hecho puede atribuirse al procesado.

De acuerdo con lo expuesto por el ente acusador, el treinta y uno (31) de julio de 2015, JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO realizó en calidad de coautor, dado que mediando acuerdo común con otros intervinientes en el hecho, y teniendo el codominio funcional del mismo, un aporte esencial a la conducta típica, toda vez que siendo responsable de la administración y custodia de los bienes del ente territorial, autorizó irregularmente el pago del primer desembolso del convenio nro. 019 de 2014 por valor de \$1.746.758.249.70, equivalente al 10% de los aportes de este, conducta con la que permitió la apropiación de recursos del Estado en provecho de terceros, cifra que cuantificó en \$471.082.907.

Adicionalmente en la exposición de su teoría del caso, la Fiscalía señaló que, de igual manera, esto es, irregularmente, el entonces gobernador autorizó en diciembre de 2015 el segundo desembolso a OLFIS pese a todas las advertencias que sobre la mala ejecución del objeto del convenio, había realizado la interventoría.

Q

Así, indicó el ente acusador, que BALLESTEROS VALDIVIESO como ordenador del gasto no garantizó la correcta ejecución de los recursos asignados al proyecto de inversión en ciencia y tecnología provenientes del Sistema General de Regalías, ni cumplió con la obligación de asegurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

De igual manera sostuvo que el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO quebrantó el artículo 51 de la Ley 179 de 1994, porque comprometió indebidamente los recursos con la celebración del convenio en circunstancias irregulares, y vulneró el artículo 28 de la Ley 1530 de 2012.

Para los efectos del caso que ocupa el interés de esta Sala, de acuerdo a lo consagrado por el legislador, incurrirá en el delito de peculado por apropiación el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones. La conducta puesta de presente fue sancionada en el artículo 397 del Código Penal en los siguientes términos:

"El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.



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

*Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.**

Tal como ha sido definido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, para la configuración del aludido tipo es necesario que concurren la calidad de servidor público y la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que éste desempeña, relación que puede ser material o jurídica, no necesariamente originada en una asignación de competencia, exigiéndose, además, que el acto de apropiación bien sea a favor propio o de un tercero, sea lesivo del bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

Así pues, como lo dispuesto la jurisprudencia del órgano de cierre.

“El delito de peculado por apropiación custodia la administración pública en su esfera patrimonial y pretende garantizar la efectiva utilización del erario, para así conjurar su pérdida como consecuencia de actuaciones fraudulentas cometidas por sus servidores o propiciadas por éstos en favor de terceros. El verbo rector que define la configuración de la conducta es el de apropiar, el cual si bien es cierto delimita el ámbito de aplicación del injusto, no debe examinarse aisladamente respecto del contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador. Es decir, la tipicidad no puede circunscribirse a la mera verificación de la subsunción gramatical de una acción en el modelo descriptivo incorporado en la disposición legal, como lo auspicia el recurrente, sino que además debe

corroborarse en cada caso concreto si el comportamiento prohibido previsto en el tipo resulta idóneo para afectar el bien jurídico tutelado³⁵.

Consecuente con dicho marco conceptual, en este caso se reúnen los supuestos para la realización del tipo consistente en ostentar la calidad de servidor público y tener en razón de las funciones asignadas la potestad de administración, tenencia o custodia de bienes del Estado, esto por cuanto ya se acreditó en el acápite correspondiente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que el doctor JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO ejerció el cargo de gobernador del departamento de La Guajira en el periodo comprendido entre el 4 de junio de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, y en tal condición, conforme disponen los artículos 303 Superior y 11 numeral 3 literal b de la Ley 80 de 1993, tenía la función de administrar y ordenar el presupuesto asignado al departamento por el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías, el cual podía comprometer mediante la celebración de contratos.

Pero, además, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 1530 de 2012, en los proyectos de inversión que se financien con cargo al Sistema General de Regalías, como lo fue el de investigación de determinantes de la carga del dengue, la entidad designada por el OCAD como ejecutora, deberá garantizar la correcta destinación de los recursos asignados al proyecto de inversión, responsabilidad que recaía en el doctor

³⁵ Cfr. Rad. 29655, sentencia de 21 de octubre de 2009

9

BALLESTEROS VALDIVIESO, en tanto representante de la entidad territorial.

Para la Sala, de la conducta perpetrada por el procesado, consistente en celebrar el convenio nro. 019 de 2014 sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, a sabiendas que el cooperante no reunía las condiciones de idoneidad y experiencia requeridas para ejecutar un proyecto de las condiciones como el aprobado por el OCAD, para la identificación de los determinantes de la carga del dengue y la posterior formulación de propuestas para su intervención y reducción, se desprende que al autorizar la entrega del primer desembolso al cooperante, permitió que éste se apropiara de una parte de ellos, al probarse que esos recursos no fueron invertidos en la ejecución del proyecto de investigación, privando al departamento de su facultad de disposición.

Y es que, el convenio nro. 019 de 2014 visto en su ilegalidad, como se demostró en el acápite relativo al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, significó el medio propicio y protervo para lograr la apropiación de recursos del erario a favor de terceros; en tanto que, al desconocer los principios que gobiernan la contratación pública, resultó el escenario favorable para que particulares, en este caso OLFIS, se apropiaran de una parte de ellos, al probarse que no los invirtió en el desarrollo de las actividades convenidas, privando al departamento de su facultad de disposición.

Bajo tal consideración, la Sala desecha el argumento defensivo del acusado encaminado a sostener que como quiera

que el primer desembolso por valor de \$1.746.758.249.70 fue autorizado por la interventoría, entonces no tiene el carácter irregular que le fue atribuido por el ente acusador.

Sobre el particular debe señalarse que tal como lo sostuvo la defensa, efectivamente la interventoría autorizó el pago del primer desembolso a OLFIS tras verificar el cumplimiento de las actividades pactadas para así proceder (cronograma del programa de investigación, actas de entrenamiento a los profesionales que reclutarán pacientes con síndrome febril agudo y registro de un grupo de investigación en el área de conocimiento 'Ciencias de la Salud', en la Plataforma GrupLAC de Colciencias), sin embargo, este hecho por sí solo no dota de legalidad el desembolso autorizado por el ex gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, porque como se señaló la ilegalidad del desembolso deviene de la irregularidad que rodeó la celebración del convenio nro. 019 de 2014.

Como se indicó al analizar el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en este juicio se demostró que durante su gestión el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO celebró con OLFIS, el multicitado Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica nro. 019, con el fin de *"Aunar esfuerzos y recursos para la ejecución del proyecto de ciencia y tecnología 'Investigación sobre determinantes de la carga del dengue e intervenciones para su reducción en La Guajira, Caribe'."*

El aforado conscientemente celebró el contrato sin verificar que en la etapa precontractual se cumplieran con los requisitos legales esenciales, conducta con la que dispuso jurídicamente de los anticipos junto con los demás funcionarios a él subordinados con los cuales administraba, permitiendo que el cooperante se apropiara de una parte de ellos.

La apropiación de los dineros en favor del cooperante, se acredita con la apreciación de los siguientes medios de prueba:

Según la cláusula quinta del documento, el valor del convenio fue fijado en \$17.584.127.997,03, de los cuales el departamento de La Guajira aportaría \$17.467.582.497,03, y OLFIS la suma de \$116.545.500, representados en *"talento humano, equipos y software, capacitación y participación en eventos"*. Por su parte, la cláusula sexta señaló la forma en que se efectuarían los desembolsos, siete en total, dentro de los cuales interesa resaltar el primero, equivalente al 10% del valor del aporte del departamento, esto es \$1.746.758.249,70, pagaderos al finalizar el primer mes, una vez OLFIS cumpliera con la entrega de los siguientes items: *"Cronograma del programa de investigación, actas del entrenamiento a los profesionales que reclutarán pacientes con síndrome febril agudo; y que se haya realizado el registro de un grupo de investigación en el área de conocimiento "ciencias de la salud", en la plataforma GrupLAC de Colciencias"*

Mediante informe nro. 1 de 7 de julio de 2015, la interventoria ejercida por la Universidad Nacional de Colombia, en cabeza del doctor Jorge Eduardo Caminos Pinzón, determinó

que para el periodo comprendido entre el 20 de mayo de 2015, fecha en la que inició la ejecución del convenio, y el 19 de junio de 2015, el Cooperante cumplió con las obligaciones contraídas como condición para que se efectuara el primer desembolso, por lo que otorgó su visto bueno para que la gobernación de La Guajira así procediera.

En efecto, el 31 de julio de 2015, la Gobernación de La Guajira emitió el comprobante de egreso n° 5235³⁶, suscrito por José Alberto Durán Rodríguez, Tesorero General, cuyo beneficiario fue OLFIS por concepto de pago del primer desembolso, equivalente al 10% de aportes del Departamento al convenio especial de cooperación científica y tecnológica nro. 019 de 2014, por valor de \$1.746.758.249.70.

Tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado “los recursos entregados por COLCIENCIAS en los contratos de ciencia y tecnología están condicionados, de acuerdo con la ley y lo pactado por las partes, a una destinación específica (*modus*)”, por lo que “(...) mantienen, en su aspecto funcional, la naturaleza de recursos públicos, teniendo en cuenta que: i) son recursos de origen público según la naturaleza de la entidad contratante y del ordenamiento jurídico que los regula; ii) su “entrega” por parte de COLCIENCIAS se realiza afecta a un fin o destinación específica, con el cual se da cumplimiento a un objetivo o finalidad pública a cargo de la entidad y, iii) su contratista o cooperante recibe los recursos, exclusivamente, para utilizarlos en la actividad objeto del contrato”³⁷.

³⁶ Estipulación n° 27

³⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-000-2016-00102-00X2298) S de marzo de 2017.

Visto de esta manera, no cabe duda que los recursos desembolsados por el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO a OLFIS, tenían una destinación específica que no es otra que ser invertidos en la ejecución del proyecto de investigación sobre determinantes de la carga del dengue, conforme al presupuesto presentado durante la etapa de formulación, viabilización y aprobación ante Colciencias, no obstante, la Fiscalía en el curso del juicio pudo demostrar que OLFIS no invirtió una parte de esos recursos en la ejecución del proyecto, privando con ello a la entidad territorial de su facultad de disposición.

De los \$1.746.758.249.70 desembolsados por la gobernación de La Guajira a OLFIS, se acreditó por parte de la Fiscalía que \$471.082.907 no fueron invertidos en actividades propias del proyecto y aunque quiso dársele esa apariencia por parte del cooperante, terminaron en manos de particulares, como se acreditó a partir de la apreciación de los medios de prueba incorporados al proceso, que dan cuenta de las diversas modalidades empleadas por OLFIS para hacerse a los recursos públicos.

De las modalidades de apropiación de los recursos estatales se ocupa a continuación la Sala:

41

1) *Sobrecostos en la adquisición de implementos de trabajo.*

Según lo consignado en la ficha MGA y en la propuesta presentada por OLFIS a la gobernación de La Guajira para la ejecución del proyecto de investigación, la medición de la densidad poblacional de mosquitos transmisores del dengue se realizaría a través de la implementación de las denominadas "ovitrapas", recipientes plásticos, negros, de boca ancha y con capacidad de 0.5 litros.

De conformidad con la declaración del testigo experto Gonzalo Lizcano Osorio, quien introdujo al juicio oral los comprobantes de abono CE-150917, de egreso CE-1606022 a favor de Alexander Villegas, así como las facturas de venta 0926, 2189, 2734 y 3443 expedidas por la Ferretería España y la empresa Plastivalle SAS, respectivamente (pruebas 397 a 403), se demostró que en la compra de los recipientes que serían utilizados por OLFIS para las ovitrampas, se presentó un sobrecosto del 727.28%, equivalente a \$6.936.240.00.

Con base en las facturas de compra de recipientes para ovitrampas a la Ferretería España, pudo evidenciarse que de acuerdo a factura 0926 del 29 de agosto de 2015, OLFIS canceló a esa empresa por el suministro de 1120 recipientes la suma de \$8.042.000, a razón de \$4.557.14 por unidad y de \$5.650, por unidad, de acuerdo a la factura 2189 de 2 de junio de 2016, que da cuenta del suministro de 520 recipientes.

Asimismo, de acuerdo a la factura 2734 de 8 de agosto de 2015 de Plastiválle SAS, el valor de 1.120 recipientes fue de \$731.360, a razón de \$653 por unidad y conforme a la factura 3443 de 20 de mayo de 2016, de Plastiválle SAS, 520 recipientes tuvieron un costo de \$374.400, a razón de \$720 por unidad. Es decir, estas ascienden a \$1.105.760.

El valor promedio de cada recipiente comprado al fabricante Plastiválle SAS fue de \$686.5 en tanto que el valor promedio por unidad cancelada por OLFIS a la Ferretería España, fue de \$5.103.57, de ahí que pueda afirmarse que el incremento de precio respecto de la compra al distribuidor y el cancelado por OLFIS fue de 727.28%.

En ese orden, se demostró que el mayor valor cancelado por OLFIS, para la adquisición de recipientes para ovitrampas, fue de (\$6.936.240), recursos que se dejaron de ejecutar en cumplimiento de los objetivos del proyecto y terminaron en manos de particulares, en claro desmedro del erario público.

2) ***Suscripción de contratos corbata***

Aunque en la acusación presentada por la Fiscalía se hace referencia a dos modalidades bajo las cuales OLFIS se apoderó de los recursos destinados para la ejecución del proyecto, a las que denominó "*beneficios indebidos obtenidos por la familia Castro*" y "*Contratos corbata*", para efectos metodológicos, las consideraciones sobre una y otra se harán conjuntamente como

quiera que ambas demuestran la manera como OLFIS suscribió contratos con personas cercanas al entorno de su representante legal, el señor Fredi Díaz Quijano, sin que en verdad prestaran la labor para la que se dijo fueran contratadas y sin que tuvieran la formación que soportara su suscripción o que lo hicieran de manera deficiente.

a) Contrato de Oswaldo Castro Delgado.

Con el señor Oswaldo Castro Delgado, Fredi Díaz Quijano, en representación de OLFIS, suscribió dos contratos de trabajo para que ejerciera el cargo de analista de nómina, el primero de ellos del 1° de junio al 31 de agosto de 2015 y el segundo, del 1° de marzo al 30 de mayo de 2016. Durante estos seis meses, el valor de los gastos asociados al pago de nómina de sueldos de OLFIS por virtud del contrato del señor Castro Delgado, ascendió a la suma de \$ 39.117.863,00, discriminados así:

Por concepto de sueldo \$20.154.470,00, auxilio de movilidad, \$8.514.156,00, pagos a caja de compensación \$806.340,00, cesantías \$1.679.689,00, gastos ARL \$105.228,00, aporte a fondo de pensiones \$2.419.020,00, intereses de cesantías \$201.580,00, prima de servicios \$1.679.869,00, vacaciones \$839.941,00, aportes a EPS \$1.713.470,00, parafiscales ICBF \$604.750,00, parafiscales SENA \$403.170,00.

2

Respecto de la labor contratada con el señor Castro Delgado, los testimonios de Juan Pablo Pinzón Vega y Mayerly Molina, dieron cuenta que éste nunca realizó ninguna de las labores por las que fue vinculado al cargo de analista de nómina de OLFIS, pues éstas eran adelantadas por la Corporación Baraka, organización con la que OLFIS contrató en junio de 2015, la ejecución de procesos y actividades de contaduría y contabilidad, entre los que se incluían las actividades relacionadas con la nómina.

Esta situación fue corroborada con lo manifestado también por estos dos testigos, en punto de la preparación que tuvieron que hacer al señor Oswaldo Castro Delgado en los temas concernientes a su ficto contrato, para poder atender el requerimiento de la Fiscalía cuando iniciaron las indagaciones por los hechos que hoy ocupan la atención de la Sala, pues el señor Castro Delgado no tenía conocimientos en temas de nómina, razón por la que Fredi Díaz Quijano les solicitó que lo instruyeran respecto de las labores que supuestamente adelantaba como analista de nómina para poder responder adecuadamente ante las pesquisas que adelantaba la Fiscalía General de la Nación.

Sobre este hecho la testigo Mayerli Molina puntualmente atestó *"Oswaldo Castro tenía el cargo en la OLFIS como analista de nómina, pero yo hacía la nómina, él no sabía de nómina, me lo presentaron cuando la citación de la Fiscalía para que lo preparara en nómina. (...) Recibí la orden de Fredi que me dijo que le explicara todo lo relacionado a las nóminas..."*.

12

b) Contrato de Magda Castro Delgado.

Respecto de la señora Magda Castro Delgado, se demostró su vinculación a OLFIS mediante contrato de trabajo para el periodo comprendido entre los meses de marzo a agosto de 2016, cuyo objeto era la socialización del proyecto en comunidades, entidades públicas y privadas de la región. El valor de los gastos asociados al pago de nómina de sueldos de OLFIS por virtud del contrato de la señora Magda Castro Delgado, ascendió a la suma de \$ 17.179.497,00, discriminados así:

Por concepto de sueldo \$8.800.001,00, auxilio de movilidad, \$2.541.067,00, pagos a caja de compensación \$344.013,00, cesantías \$927.774,00, gastos ARL \$374.115,00, aporte a fondo de pensiones \$1.322.640,00, intereses de cesantías \$111.333,00, prima de servicios \$927.774,00, vacaciones \$463.893,00, aportes a EPS \$936.870,00, parafiscales ICBF \$258.010,00, parafiscales SENA \$172.007,00.

Respecto de la labor contratada con la señora Magda Castro Delgado, debe indicarse que tal como lo sostuvo en su declaración en juicio, resultó vinculada a OLFIS por recomendación que le hiciera su hermano, el señor Oswaldo Castro Delgado a Fredi Diaz Quijano para que la contratara, asignándosele la labor de socializar el proyecto, como se dijo, ante las comunidades y entidades públicas y privadas de la

región, pero, en verdad, su trabajo consistió en entregar folletos con escasa información, pues poco o nada sabía acerca de éste.

Debe indicarse además que la señora Magda Castro Delgado, según lo reconoció en juicio, no realizó la labor por la que fue contratada en el tiempo previsto para ello, como quiera que enfermó y fue incapacitada por algo más de un mes, situación que no fue impedimento para que siguiera recibiendo por parte de OLFIS su salario y demás prestaciones a las que había lugar.

c) Contrato de Eduardo Andrés Acosta Hernández

Respecto del señor Eduardo Andrés Acosta Hernández, se demostró su vinculación a OLFIS mediante contrato de trabajo para el periodo comprendido entre el 1° de marzo y el 31 de mayo de 2016, como auxiliar de investigación, cargo en el que debería recopilar información y censo para diseño y aplicación del muestreo para el estudio de seroprevalencia y aquellas que le fueran conexas. El valor de los gastos asociados al pago de nómina de sueldos de OLFIS por virtud del contrato del señor Acosta Hernández, ascendió a la suma de \$9.520.220,00 discriminados así:

Por concepto de sueldo \$5.335.220,00,00, auxilio de movilidad, \$442.284,00, auxilio de transporte \$606.800,00 pagos a caja de compensación \$213.408,00, cesantías \$495.164,00, dotaciones \$160.000,00, gastos ARL

Q

\$129.694,00, aporte a fondo de pensiones \$640.228,00, intereses de cesantías \$59.424,00, prima de servicios \$495.164,00, vacaciones \$222.304,00, aportes a EPS \$453.496,00, parafiscales ICBF \$160.060,00, parafiscales SENA \$106.704,00.

En lo que tiene que ver con este contrato, se acreditó, con sustento en lo declarado por el mismo Acosta Hernández³⁸, que no realizó ninguna actividad como auxiliar de investigación, pero dijo haberse ocupado como conductor, hecho este que no puede darse por probado de acuerdo a las circunstancias en las que se dio su manifestación, esto es, su evidente nerviosismo e incoherencia que le restan credibilidad, por lo que puede afirmarse, sin temor a equívocos, que, al carecer de soporte, los \$9.520.220,00 pagados por este contrato, también fueron objeto de indebida apropiación.

d) Contrato de Ronald Díaz Quijano

Frente a Ronald Díaz Quijano, lo primero que ha de ponerse en relieve es su relación de parentesco con Fredi Díaz Quijano, representante legal de OLFIS, de quien es hermano, además de su calidad de socio fundador de esta organización, tal como consta en el acta de constitución de OLFIS como entidad sin ánimo de lucro nro. 001 de 2 de abril de 2008.

Adicional a lo anterior, se acreditó que Ronald Díaz Quijano suscribió varios contratos de trabajo con OLFIS para

³⁸ Prueba 467

9

desempeñarse como gerente financiero a cuyo cargo estaría la dirección financiera, la verificación de ejecución del presupuesto y las operaciones comerciales que realizara OLFIS durante la ejecución del convenio³⁹.

Así, por ejemplo, se demostró con el testimonio de la investigadora experta en contabilidad Diana Vergel Chinchilla, que la vinculación laboral de Ronald Díaz Quijano con OLFIS en virtud del convenio nro. 019 de 2014, inició el 1° de junio de 2015, fecha en la que suscribió contrato por tres (3) meses y por el cual recibiría una remuneración de \$2.000.000,00 y un auxilio para la movilidad equivalente a \$424.680,00, no obstante lo dispuesto en el Decreto 2732 de 2014, que estableció que el auxilio de transporte, denominado en el contrato en comento "auxilio para la movilidad", solo sería reconocido a aquellos trabajadores que devengaran hasta (2) veces el salario mínimo legal mensual vigente, es decir, \$1.288.700,00.⁴⁰

La remuneración por concepto de esta relación laboral fue modificada a través del oficio nro. 1 de 1° de agosto de 2015, por el cual se asignó a Ronald Díaz Quijano, un salario de \$2.601.355,00 y un auxilio de movilidad de \$1.000.000,00.

Mediante contrato de trabajo de 1° de septiembre de 2015, Ronald Díaz Quijano fue vinculado nuevamente a OLFIS en el cargo antes mencionado por un periodo de tres meses, fijándose el valor de su remuneración en \$2.601.355,00 y el auxilio de movilidad en \$1.049.764,00. Este contrato fue modificado a

³⁹ Pruebas 332 a 338

⁴⁰ El Decreto 2731 de 2014 fijó el valor del salario mínimo para el año 2015 en \$634.350,00

Q

través de los otrosíes números 2,3 y 4⁴¹, por los cuales se aumentó su plazo por el término de un mes cada vez, de manera que la relación laboral que pendía de este contrato pervivió hasta el 29 de febrero de 2016.

El 1° de marzo de 2016, OLFIS y Ronald Díaz Quijano suscribieron nuevamente contrato de trabajo por tres (3) meses para el cargo de Gerente Financiero, asignándosele una remuneración de \$2.601.355,00 y un auxilio de movilidad de \$1.049.764,00. Este contrato fue modificado por el otrosí n° de 1° de junio de 2016, que prorrogó la vigencia del contrato por dos (2) meses más, hasta el 30 de julio de 2016.

Conforme lo expuesto, se demostró que Ronald Díaz Quijano percibió en razón de los contratos mencionados, la suma de \$66.370.216,00, discriminados así:

Por concepto de sueldo \$35.216.260,00, auxilio de movilidad, \$13.396.764,00, pagos a caja de compensación \$1.408.648,00, cesantías \$2.934.680,00, gastos ARL \$183.828,00, aporte a fondo de pensiones \$4.225.956,00, intereses de cesantías \$352.168,00, prima de servicios \$2.934.680,00, vacaciones \$1.467.360,00, aportes a EPS \$2.933.380,00, parafiscales ICBF \$1.056.492,00, parafiscales SENA \$200.000,00.

Pero no solo se demostró que Ronald Díaz Quijano recibió las sumas señaladas, sino que lo hizo pese a no ejercer ninguna

⁴¹ Otrosí n°2 de 1/12/2015, Otrosí n°3 de 30/12/2015, Otrosí n° 4 de 1/02/2016

Q

de las labores para las que fue contratado. Tal situación fue corroborada con los dichos de Juan Pablo Pinzón Vega y Mayerly Molina, quienes afirmaron que las funciones que este debía desempeñar en verdad eran realizadas por la Corporación Baraka, limitándose únicamente a aprobar las transferencias de pago de OLFIS.

Téngase en cuenta que OLFIS y la Corporación Baraka suscribieron el contrato de prestación de servicios PS-001 de junio 1° de 2015, el cual tuvo por objeto *"contratar los procesos y actividades de contaduría y contabilidad, incluyendo informes contables, revisoría del gasto, revisión de movimientos financieros y verificación de los pagos para la ejecución del proyecto"*, y el PS-002 de 1° de septiembre de 2015 para *"contratar los procesos y actividades de contaduría y contabilidad, incluyendo informes contables, revisoría del gasto, revisión de movimientos financieros y verificación de los pagos y ejecución de los procesos y actividades de recurso humano realizando procesos de contratación de personal, gerencia de calidad, auditorías, afiliaciones al sistema general de seguridad social en salud, incluyendo procesos relacionados con los incidentes y/o accidentes laborales con la ARP, para la ejecución del proyecto"*.

Para la Sala, una labor circunscrita únicamente a la aprobación de transferencias de pago, carece de la entidad suficiente como para que con fundamento en ella se hubiese realizado una erogación de los dineros públicos por cuantía de \$66.370.216,00, máxime si por virtud del contrato celebrado entre la Corporación Baraka y OLFIS, las actividades que debía



desarrollar Ronald Díaz Quijano estaban comprendidas dentro de aquellas para las cuales se contrató con la mencionada Corporación, por lo que resulta forzoso concluir que los contratos suscritos entre Ronald Díaz Quijano y OLFIS tenían como único propósito el apoderamiento de los recursos destinados para la ejecución del convenio.

e) Contrato de Jorge Luis Alvarado Socarrás

Dentro del equipo científico con el que OLFIS pretendía adelantar las actividades propias del convenio se encontraba el médico pediatra Jorge Luis Alvarado Socarrás, con quien OLFIS el 1º de febrero de 2016 suscribió contrato de trabajo por un mes para que ejerciera el cargo de investigador, en razón del cual debería participar en el diseño y análisis de estudios, elaboración y revisión de productos. Por esta actividad el doctor Alvarado Socarrás percibiría un salario de \$2.000.000,00 y un auxilio de movilidad por valor de \$677.400,00.

El tres (3) de marzo de 2016, el doctor Alvarado Socarrás volvió a contratar con OLFIS para el desempeño de las actividades ya anotadas, pero esta vez por tres (3) meses, para el periodo comprendido entre el 1º de marzo y el 30 de mayo de 2016, recibiendo por ello mensualmente la suma de \$2.000.000,00 y auxilio de movilidad por valor de \$677.400,00. El 1º de junio de 2016, a través de oficio n°1, se modificó este contrato, adicionándose su plazo por dos meses hasta el 30 de julio de 2016.⁴²

⁴² Pruebas 340 a 343 y 345

Q

En virtud de esta relación laboral, de acuerdo a lo declarado por la contadora Diana Vergel Chinchilla, Jorge Luis Alvarado Socarrás recibió de OLFIS la suma de \$19.459.654 que se discriminan así:

Por concepto de sueldo \$10.000.000,00, auxilio de movilidad, \$3.387.000,00, pagos a caja de compensación \$400.000,00, cesantías \$833.330,00, gastos ARL \$435.000,00, aporte a fondo de pensiones \$1.200.000,00, intereses de cesantías \$100.000,00, prima de servicios \$833.330,00, vacaciones \$416.670,00, aportes a EPS \$850.000,00, parafiscales ICBF \$300.000,00, parafiscales SENA \$704.324,00.

Como resultado de su labor, el doctor Alvarado Socarrás presentó informe denominado *Síndrome febril agudo en pediatría, primera parte*, respecto del cual señaló el interventor Jorge Eduardo Caminos Pinzón, no reunía las condiciones de rigor académico y científico que se supone debe tener un estudio adelantado para un proyecto de la entidad y de los recursos que le fueron asignados como lo fue el de investigación sobre determinantes de la carga del dengue, situación de la que podría válidamente afirmarse que si bien la labor fue adelantada esta se hizo de manera deficiente.

Sin embargo, es el informe de interventoría n° 20 de 20 de mayo de 2017⁴³, el que da cuenta que la actividad que debía adelantar el doctor Alvarado Socarrás para la elaboración de un

⁴³ Prueba 82

Q

"Protocolo para el diagnóstico, tratamiento y vigilancia del síndrome febril agudo y otras complicaciones del dengue.", debió iniciar en mayo de 2015 y a la fecha de presentación del informe de interventoría tenía un avance del 0%.

Para la Sala la situación reseñada evidencia, sin lugar a duda, que la labor para la cual fue contratado el médico pediatra Alvarado Socarrás no fue cumplida, por lo que el pago de sus salarios y demás emolumentos por cuenta de los recursos públicos desembolsados a OLFIS para la ejecución del convenio, constituyeron una forma de apropiación, lesiva del patrimonio departamental.

f) Contratos de Nancy Adriana Angarita Navarro y María Elvinia Romero.

Tal como ocurrió con los contratos de Oswaldo Castro, Magda Castro y Eduardo Andrés Acosta, el testimonio del testigo experto Gonzalo Lizcano pudo llevar a la Sala a la convicción que con idéntico propósito, esto es, apoderarse de los recursos destinados a la ejecución del Convenio nro. 019 de 2014, OLFIS suscribió contratos de trabajo con las señoras Nancy Adriana Angarita Navarro y María Elvinia Romero, personas allegadas a Ronald Díaz Quijano, recuérdese, Gerente financiero del proyecto.

En efecto, Nancy Adriana Angarita Navarro fue contratada como enfermera profesional para el desarrollo de *"actividades*

9

relacionadas con la encuesta y evaluación de participantes en estudio de seroprevalencia", por el término de tres meses contados a partir del 1 de marzo de 2016 hasta el 30 de mayo de 2016, por esta labor la señora Angarita Navarro percibiría la suma de \$1.819.000 por concepto de salario y un auxilio de movilidad por valor de \$522.181,00. La duración del término del contrato fue modificada por el oficio n°1 de 1° de mayo de 2016, adicionándose en un mes su vigencia.

Por virtud de la mencionada relación laboral, la señora Angarita Navarro recibió de OLFIS la suma de \$13.821.858,00 que se discriminan así:

Por concepto de sueldo \$8.003.600,00, auxilio de movilidad, \$1.361.124,00, pagos a caja de compensación \$324.144,00, cesantías \$666.964,00, gastos ARL \$348.158,00, aporte a fondo de pensiones \$960.432,00, intereses de cesantías \$80.500,00, prima de servicios \$666.964,00, vacaciones \$333.486,00, aportes a EPS \$680.306,00, parafiscales ICBF \$240.108,00, parafiscales SENA \$160.072,00.

Pese a haber percibido la remuneración señalada, el testigo Juan Pablo Pinzón Vega depuso que la señora Angarita Navarro permanecía en la ciudad de Bucaramanga o en el municipio de Zapatoca, situación de la cual se colige que difícilmente habría podido cumplir con sus actividades relacionadas con la encuesta y evaluación de participantes en estudio de seroprevalencia, las que necesariamente debían ser

Q

ejecutadas en La Guajira, hecho del que se desprende que el valor cancelado a Nancy Adriana Angarita, con recursos del proyecto también fue objeto de apropiación.

En cuanto a María Elvinia Romero, se demostró que suscribió dos contratos de trabajo con OLFIS como auxiliar de enfermería, labor por la cual le correspondía realizar la *“recolección de muestras en estudio de seroprevalencia y muestras de la convalecencia en pacientes de seguimiento prospectivo”*⁴⁴ (sic), el primero de estos contratos fue suscrito el primero (1) de septiembre de 2015 por un término de tres (3) meses, y el segundo, el primero (1) de marzo de 2016, por igual plazo, recibiendo como contraprestación un salario de \$1.300.000,00, un auxilio de transporte de \$77.700,00 y un auxilio de movilidad por valor de \$165.620,00.

Con ocasión de estos contratos se acreditó que María Elvinia Romero recibió la suma de \$10.500.220,00 que se discriminan así:

Por concepto de sueldo \$6.500.000,00, auxilio de transporte \$77.700,00, auxilio de movilidad, \$1.193.788,00, pagos a caja de compensación \$260.000,00, cesantías \$548.140,00, gastos ARL \$158.340,00, intereses de cesantías \$65.777,00, prima de servicios \$548.140,00, vacaciones \$270.835,00, aportes a EPS \$552.500,00, parafiscales ICBF \$195.000,00, parafiscales SENA \$130.000,00.

⁴⁴ Pruebas 449,450 y 456

Q

Pese a estar acreditado el pago realizado por OLFIS a la señora Romero, los testimonios de Juan Pablo Pinzón Vega y Mayerly Molina, dan cuenta que esta persona en realidad trabajaba para Ronald Díaz Quijano como auxiliar de enfermería en una IPS de su propiedad en el municipio de Zapatoca, situación que permite concluir que al igual que en el caso de Nancy Adriana Angarita, no puede tenerse por cierto que la señora Romero realizara las funciones para las que fue contratada por OLFIS en el departamento de La Guajira.

Para la Sala, las contrataciones realizadas por OLFIS demuestran con suficiencia el desmedro del erario en significativa cuantía, pues en virtud de estos fictos contratos, un total de \$175.969.528, fueron dejados de invertir en el cumplimiento de los objetivos del proyecto de investigación, razón de ser de su desembolso.

3) Alquiler de vehículos sin utilizarlos

Con el testimonio de la testigo experta Diana Carolina Vergel Chinchilla y las pruebas introducidas con su declaración, fue posible demostrar que OLFIS se apropió de recursos públicos por valor \$39.000.000,00, al suscribir tres contratos para el alquiler de camionetas y disponer el pago por tal concepto durante los meses de junio y julio de 2015.

En efecto, el 1° de junio de 2015, OLFIS celebró los contratos AV-001, AV-002 y AV-003 con los señores Ronald

Q

Giovanny Díaz Quijano, Juan Pablo Pinzón Vega y Oswaldo Castro Delgado, respectivamente, los cuales tuvieron por objeto el alquiler de vehículos para la ejecución del proyecto de investigación sobre determinantes de la carga del dengue, por valor de "hasta *DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE* (\$19.500.000).

Como se corroboró con las pruebas 191 y 192, que evidencian el resultado del análisis realizado por la investigadora Vergel Chinchilla, en relación con el valor cancelado por el alquiler de vehículos correspondiente a los meses de junio y julio de 2015, por este concepto se realizaron dos pagos por valor de \$18.720.000,00 a razón de \$6.240.000,00 mensuales por cada una de las tres personas que suscribieron los contratos mencionados

No obstante estar relacionados los pagos señalados en la contabilidad llevada por OLFIS, no se tiene registro alguno de planillas del control del servicio prestado por estos vehículos, porque no proporcionaron ninguno, afirmación que se apoya en lo declarado por Juan Pablo Pinzón Vega, uno de los supuestos arrendatarios, quien sostuvo que su vehículo siempre permaneció bajo su poder que lo utilizaba para sus desplazamientos en la ciudad de Bucaramanga y ocasionalmente para desplazarse a La guajira y que pese a que suscribió los comprobantes de egreso, nunca recibió dinero.

"Cuando me trasladaba a la Guajira lo hacía con mi vehículo personal, ese vehículo hacía parte de un contrato de alquiler de camionetas con la OLFIS, por tres meses por \$6.000.000,00 ...Nunca me pagaron ese dinero, firme unos comprobantes de egreso...Aparte de mi camioneta se contrataron dos camionetas más que eran de propiedad de Ronald Díaz y Osvaldo Castro. (...) Las tres camionetas que se alquilaron en junio de 2015 eran para el traslado de nosotros mismos en Bucaramanga mientras que ya empezaban a haber los empleados en La Guajira" (sic)

En igual sentido, se pronunció la testigo Mayerly Molina, quien también sostuvo que los vehículos alquilados a Pinzón Vega y Ronald Díaz Quijano no prestaron ningún servicio a OLFIS, porque siempre estuvieron en la ciudad de Bucaramanga o, a lo sumo, el de Ronald Díaz Quijano se trasladó al municipio de Zapatoca, pero en razón a que allí quedaba la IPS de su propiedad. Adujo que conforme a la labor que desempeñaba en la Corporación Baraka en relación con OLFIS, recibió los comprobantes de egreso para incluirlos en el sistema de contabilidad que adelantaban, pero que no sabe si a estas personas les fue cancelado el valor señalado, pues como también indicó los pagos de los asuntos de OLFIS, normalmente eran efectuados en efectivo por Ronald Giovanni Díaz Quijano.

Esta situación fue advertida también por la Interventoría ejercida al Convenio nro. 019 de 2014, por la Universidad Nacional de Colombia en cabeza del doctor Jorge Eduardo Caminos Pinzón, quien declaró acerca de las irregularidades en

Q

mención, en el informe n°3 de la interventoría de agosto 14 de 2015 que dicho sea de paso fue puesto en conocimiento del supervisor del contrato, el Secretario de Salud, doctor Gonzalo Araujo Daza, en el que se señaló en el numeral 10 de la tabla denominada "Actividades y Verificación", lo siguiente:

"11.1 Se evidencia la contratación por arrendamiento de vehículos a las personas reportadas en el primer informe en los perfiles de talento humano y administrativos

11.1.1 Ronald Giovanny Díaz Quijano. - Vinculado por nómina y contrato de arrendamiento de vehículo.

11.1.2 Juan Pablo Pinzón Vega - Vinculado por nómina y contrato de arrendamiento de vehículo, adicional es representante legal de la Corporación Baraka - vinculada para la parte contable.

11.1.3 Oswaldo Castro Delgado - Vinculado por nómina y contrato de arrendamiento de vehículo.

"- Juan Pablo Pinzón Vega- vinculado por nómina y contrato de arrendamiento de vehículo, adicional es representante legal de la corporación Baraka, vinculada por la parte contable.

(Se solicita aclaración - se recomienda al supervisor no reconocer el gasto)."

Nótese como desde agosto de 2015 la interventoría alertó a la gobernación de La Guajira acerca del manejo irregular de la contratación realizada por OLFIS desde los primeros informes, sin que se adoptaran medidas por parte de la administración para conjurar la malversación de los recursos públicos.

Q

4). Duplicidad de las actividades relacionadas por las subcontratistas de OLFIS, Corporación Baraka y Fundación Humanus.

El 1° de junio de 2015, OLFIS suscribió con Juan Pablo Pinzón Vega, representante legal de la Corporación Baraka el contrato de prestación de servicios PS-001, el cual tuvo por objeto *“contratar los procesos y actividades de contaduría y contabilidad, incluyendo informes contables, revisoría del gasto, revisión de movimientos financieros y verificación de los pagos para la ejecución del proyecto”*. El plazo previsto para la ejecución de este contrato fue de treinta y un (31) meses y su valor fue pactado por la suma de \$286.400.000,00.

Como contraprestación a estos servicios de acuerdo a lo declarado por el testigo Gonzalo Lizcano, OLFIS canceló a la Corporación Baraka \$20.800.000,00, como quiera que el contrato fue liquidado de común acuerdo por las partes el 31 de agosto de 2015.

El 1° de septiembre de 2015 OLFIS suscribió el contrato de prestación de servicios PS-002 para *“contratar los procesos y actividades de contaduría y contabilidad, incluyendo informes contables, revisoría del gasto, revisión de movimientos financieros y verificación de los pagos y ejecución de los procesos y actividades de recurso humano realizando procesos de contratación de personal, gerencia de calidad, auditorías, afiliaciones al sistema general de seguridad social en salud,*

1

incluyendo procesos relacionados con los incidentes y/o accidentes laborales con la ARP, para la ejecución del proyecto". En razón de este contrato OLFIS canceló a la Corporación Baraka la suma de \$145.200.000,00.

Según el testigo experto Gonzalo Lizcano, conforme a los pagos efectuados en virtud de los dos contratos mencionados, el gasto total de recursos en la contratación que OLFIS hizo con la Corporación Baraka, asciende a \$166.000.000,00, sin embargo, como resultado de su análisis explicó que respecto de este rubro, existía una cuenta por pagar por valor de \$13.200.000,00, por manera que lo realmente cancelado por OLFIS a Baraka para el desarrollo de unas actividades para las cuales también había suscrito contratos con los señores Ronald Díaz Quijano y Oswaldo Castro Delgado, fue \$152.800.000,00, cifra de que fue objeto de apropiación.

En cuanto tiene que ver con la Fundación Humanus, se demostró que OLFIS el 1º de octubre de 2015, suscribió contrato de prestación de servicios con esta organización para la *"ejecución de los procesos y actividades de coordinación logística de traslado de muestras, personal, salidas de campo y eventos interinstitucionales, así como, aquellos de salud ocupacional y seguridad industrial, con el fin de elaborar el programa de salud ocupacional que garantice el mejoramiento en salud del personal que labora con OLFIS para la ejecución del proyecto"*. El valor de este contrato fue fijado en \$ 299.840.000,00.

Durante el tiempo de ejecución de este contrato aseveró el experto Gonzalo Lizcano, que OLFIS canceló a la Fundación Humanus \$107.085.710,00 y dejó una cuenta pendiente por pagar por valor de \$10.708.571,00, de lo cual se deduce que el valor realmente pagado a esa fundación por actividades para las cuales OLFIS ya contaba con personal para su implementación (auxiliares de investigación, coordinación logística y bacteriólogos) y que por tanto fue objeto de apropiación ascendió a \$96.377.139,00

Al respecto, la testigo María Elena Osorio sostuvo que para el desarrollo de actividades de planeación y ejecución de la logística contratada con la Fundación Humanus, OLFIS ya había suscrito contrato con la señora Andrea Liliana Vesga quien fungía como Coordinadora Logística de la ejecución del proyecto, de igual manera se contaba con los servicios de la bacterióloga Naira Patricia Molina vinculada a la nómina de OLFIS para realizar las actividades de manejo de muestras contratadas con Humanus.

La contratación adelantada con estas dos empresas, pese a que OLFIS contaba con personal para adelantar estas labores o así lo simuló, evidencia la intención de apoderarse de los recursos públicos desde el inicio de la ejecución del convenio, situación que no obtuvo la atención requerida por la administración departamental, pese a que así lo requirió insistentemente la interventoría

Para la Sala un argumento como el esgrimido por la defensa en punto de llamar la atención respecto algunos de los

4

contratos antes señalados, los cuales fueron suscritos en el 2016, año para el que ya JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO no fungía como gobernador del departamento de La Guajira, y que, en consecuencia, la apropiación de los dineros pagados en razón de ellos no podría ser imputada al procesado, resulta subterfugio pues el tipo penal objeto de estudio no exige para su consumación que los actos a través de los cuales el tercero materializa el propósito de detentarlos como suyos sean realizados en un determinado periodo de tiempo, sino que se consuma cuando el servidor público sustrae el bien de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o que un tercero lo haga.

De los hechos puestos de presente y la valoración de la prueba recaudada, concluye la Sala, entonces, que de los \$1.746.758.249.70 correspondientes al primer desembolso autorizado por el entonces gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO para la ejecución del convenio quedó demostrado que OLFIS, desde el momento en que recibió ese desembolso, se fue apropiando de los recursos al no utilizarlos plenamente en las actividades propias de la ejecución del objeto del convenio, en las formas como se evidenció líneas atrás, privando al departamento de la facultad de disponer de ellos, apropiación que de acuerdo con lo demostrado en juicio, ascendió a \$471.082.907.

En concreto, es necesario recordar que como evidencia de los actos de apropiación enunciados importa señalar que en los

Q

informes nro. 3 a 6⁴⁵ presentados por la interventoría para el periodo comprendido entre los meses de agosto y noviembre de 2015, remitidos tanto al cooperante como al supervisor del convenio doctor Gonzalo Araujo Daza, bajo la administración del gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, ya se advertía que OLFIS venía haciendo mal uso de los dineros del primer desembolso, destacando en todos ellos la renuencia del cooperante a suministrar la información contable que permitiera establecer la forma como los recursos destinados a la ejecución del proyecto eran soportados.

Al efecto la testigo Olga Lucía Montañez Castañeda⁴⁶, quien fue la encargada de revisar el componente financiero dentro de las labores ejercidas por la interventoría, declaró que solo hasta junio de 2016 fue posible obtener los extractos bancarios de la cuenta en la que OLFIS manejaba los dineros del convenio, pues unas veces aducían que por razón de los cuantiosos recursos que se manejaban les producía inseguridad que terceras personas tuvieran acceso a esa información, y otras, que no estaban obligados a suministrar los extractos bancarios pues esos recursos ya eran privados. Sostuvo también que el cooperante siempre se negó a entregar los soportes de su contabilidad aduciendo que era la empresa Baraka la encargada de acopiar esa información.

Pese a la limitada información con la que contaba la interventoría, durante el periodo señalado esta fue insistente

⁴⁵ Contenidos en la prueba 81, que trata de los informes nro. 3 a 18 de la interventoría ejercida por la Universidad Nacional de Colombia al convenio 019 de 2014.

⁴⁶ Prueba 459

Q

en evidenciar las irregularidades cometidas por OLFIS en el manejo de los recursos, así, por ejemplo, en el informe nro. 3 se puso de presente que personas vinculadas por nómina a OLFIS, también habían suscrito contratos de arrendamiento de vehículos con ésta hasta por \$19.000.000.00, tal es el caso de los señores Juan Pablo Pinzón Vega, Oswaldo Castro y Ronald Díaz Quijano, situación ante la cual solicitó al supervisor, esto es al Secretario de Salud que no se reconocieran los pagos.

En el informe nro. 4, además de llamar la atención sobre los incumplimientos de OLFIS frente al componente técnico del convenio, esto es la exclusión de las comunidades indígenas en el diseño del estudio polictápico, se insistió en las irregularidades en la contratación de vehículos con personas naturales vinculadas laboralmente con OLFIS y se resaltó que los pagos efectuados por ese concepto, hasta la fecha de presentación de ese informe (2 pagos), a pesar de la advertencia y en todo caso en contra de la ley, podían configurar, no sólo en un incumplimiento del contrato sino un detrimento patrimonial de recursos públicos.

Por la anterior razón, en ese informe la interventoría solicitó al supervisor del convenio que no se giraran a OLFIS los recursos correspondientes al primer trimestre hasta tanto esta hiciera la devolución de los recursos destinados a actividades y/o contratos no amparados por el convenio y/o por la ley. En caso de que la entidad se negare a dicha devolución, solicitó se tomaran los correctivos del caso, incluido el reporte a las autoridades competentes por la presunta comisión de actos que

Q

podrían derivar en responsabilidades penales, fiscales y/o disciplinarias.

Pero además solicitó a la supervisión del convenio que exigiera al cooperante el cumplimiento de las actividades establecidas en el cronograma previa la declaratoria de caducidad del contrato, la aplicación de la cláusula penal, la indemnización por los daños generados por dicho incumplimiento y el reporte a la compañía de seguros, para lo cual propuso establecer un periodo de máximo un mes calendario con el fin de que se cumpliera con los aspectos pendientes.

En el informe nro. 5. insistió nuevamente en la exigencia que debía hacerse a OLFIS para la devolución de los dineros irregularmente ejecutados.

Finalmente, en el informe nro. 6 se evidenció que la subcontratación realizada por OLFIS con las sociedades Baraka y Humanus también presentaba irregularidades por cuanto las actividades para las que fueron contratadas no hacían parte del objeto social de ninguna de ellas, situación que ponía en riesgo la correcta ejecución de los dineros públicos.

Pese a todas estas advertencias y solicitudes efectuadas por la interventoría, la Gobernación de la Guajira siempre guardó silencio y no ejerció ningún acto de control frente a las actuaciones del cooperante, antes bien, las avaló, permitiendo

Q

con ello que el detrimento del erario público continuara, incluso después de que el gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO dejara su cargo.

Para la Sala resulta ilógico pensar que graves contrariedades como las puestas de presente no hayan sido objeto de conocimiento por parte del gobernador BALLESTEROS VALDIVIESO, pues si bien no puede exigírsele que esté enterado de todos los pormenores de los asuntos de la administración, el reiterado incumplimiento de los objetivos del proyecto de investigación en un asunto tan trascendental como lo es la problemática del dengue en su departamento y la malversación de los recursos en él comprometidos, por demás cuantiosos, requerían de su mayor atención.

Sobre el particular, se cuenta con prueba que acredita que el ex mandatario departamental estaba al tanto no solo de lo informado por la interventoría, sino de las instrucciones que en ejercicio de las labores de supervisión impartía su secretario de salud, así lo demuestra el oficio de 27 de octubre de 2015⁴⁷, remitido a la interventoría cinco días después que esta presentara su informe nro. 5 y que contaba con su visto bueno, en el que se le solicita, entre otros, que:

"i) proceda a ajustar los informes presentados teniendo en cuenta las aclaraciones presentadas a ellos por el cooperante, ii) establezca mecanismos de dialogo con el cooperante, a fin de realizar las aclaraciones que sean pertinentes y las eventuales correcciones a errores que sean

⁴⁷ Estipulación nro. 28

subsanales, permitiendo con ello la oportunidad en la toma de acciones preventivas y correctivas a que haya lugar, de forma previa a la emisión de conceptos desfavorables referentes a los cumplimientos del cooperante, iii) que la interventoría, sin el ánimo de violar la Ley, proceda a reconocer la naturaleza privada del cooperante y del Convenio nro. 019 de 2014, el cual se rige por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, y por ende, está excluido de aplicación de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, aun cuando su celebración se haya realizado con una entidad de las catalogadas como estatales por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública., y, iv) se reconozca que con base en lo expuesto, el cooperante tiene la facultad de contratar el personal, los bienes y servicios que se requieren con ocasión del convenio, atendiendo especialmente a la necesidad de la contratación de los vehículos de transporte, ante lo cual se establece la validez de contratación a personas naturales para el alquiler de automotores, considerando que la postergación de esta contratación puede generar efectos adversos en relación con la entrega de productos y por ende, afecta directamente la ejecución del convenio.”

También se cuenta con el oficio de diciembre 24 de 2015⁴⁸ dirigido por Gonzalo Araujo Daza a la interventoría, en el que de un lado le comunica que no acogerá los informes nro. 3,4,5 y 6, y además admite la posibilidad de que se arrienden vehículos bajo la modalidad de contrato de alquiler con personas naturales, destacando que tras unas labores de indagación pudo evidenciar cómo la misma Universidad Nacional realiza contratos de alquiler con personas naturales, por lo que considera que la interventoría “incurre en una doble moral que no tiene ninguna lógica”, y añadió:

⁴⁸ Prueba nro. 18

"Contrario a lo que usted afirma, no es que el despacho coincida con las pretensiones del cooperante, sino que sencillamente no se convence ni le halla la razón a las sustentaciones jurídicas que el interventor le daba al tema de estos contratos.

*Por esta razón, el Despacho advierte que la última afirmación hecha por el Interventor antes de sus Conclusiones es un tosco intento de imputar confabulación con personas privadas para favorecimiento, y al respecto procedemos a contestar que tal imputación es ofensiva; el Despacho no tolerará semejante atropello, más cuando esta bajeza es leguleya e irreal, atentando contra la moralidad y el buen nombre del suscrito, que de proseguir se realizará un reporte de posibles conductas penales cometidas por la Interventoría con sus difamaciones**

La Sala quiere destacar que solo se tendrá en cuenta como cuantía de la apropiación, el valor demostrado en juicio relativo a lo no ejecutado en el proyecto de ciencia y tecnología por el cooperante, sin embargo, como quiera que aquí se ha sostenido que la fuente de la apropiación de los recursos del primer desembolso deviene de la manifiesta ilegalidad suscitada en la celebración del convenio sin verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales, se echa de menos que la Fiscalía en su ejercicio probatorio no haya realizado esfuerzos para acreditar la suerte de los dineros restantes entregados con el primer desembolso.

En cuanto tiene que ver con el aspecto subjetivo de este delito, la ponderación de los medios de prueba acopiados al proceso, también transmite a la Sala la certeza que el acusado BALLESTEROS VALDIVIESO, cuando cometió el punible sabía

Q

que permitía al contratista la apropiación de los recursos referidos del primer desembolso.

Ciertamente, demostrado como quedó que BALLESTEROS VALDIVIESO celebró el convenio nro. 019 de 2014 sin verificar, que OLFIS fuese la entidad idónea para ejecutar el proyecto de investigación es fácil deducir el conocimiento que tenía al ordenar a sus subordinados la entrega del primer desembolso, permitiendo con ello al cooperante apropiarse de parte de esos recursos. Frente a la conocida y demostrada falta de capacidades técnicas y administrativas de OLFIS era evidente que esta no podría cumplir a cabalidad los objetivos del convenio en el plazo y en las condiciones de calidad requeridas como efectivamente ocurrió.

Es indiscutible, que el procesado, como ordenador del gasto, director y controlador de la ejecución del convenio, como quedó demostrado, tenía conocimiento de los manejos irregulares que OLFIS venía dando a los dineros públicos, si se tiene en cuenta la actitud que asumió frente a los informes rendidos por la interventoría de cara al incumplimiento de aquella a las obligaciones del convenio de no sancionarlo por el mal manejo de los recursos desembolsados, ni hacer efectivas las garantías constituidas o aplicar la cláusula penal pecuniaria mientras estuvo al frente de la gobernación, lo cual ratifica que era consciente que con su proceder permitió el apoderamiento de los dineros.

Sobre las infracciones a los compromisos, el convenio preveía:

"CLAUSULA DECIMA QUINTA: GARANTÍA ÚNICA.- De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 7º de la ley 1150 de 2007, y el Decreto Reglamentario 1510 de 2013, para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que deriven del convenio que se celebre, esta dependencia considera pertinente determinar los riesgos que pueden cubrirse mediante garantía por ello OLFIS constituirá a su costa y a favor del Departamento de la Guajira una garantía única expedida a través de cualquiera de los mecanismos señalados en el artículo 111 del Decreto 1510 de 2013, que comprenda o cubije los siguientes eventos o riesgos: a) Cumplimiento: por un valor equivalente al 10% del valor total del convenio con una vigencia igual al plazo contractual garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación, esto es el plazo contractual y seis (6) meses más. b) Calidad del servicio: por un valor equivalente al 10% del valor total del convenio con una vigencia igual al tiempo de duración del convenio y seis (6) meses más. c) Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales: con el objeto de cubrir al departamento frente al incumplimiento de las obligaciones laborales del conviniendo respecto del personal que contrate para la ejecución del convenio, en cuantía equivalente al 5% del valor del convenio por el plazo de ejecución del mismo y tres (3) años más.

DECIMA SEXTA: PENAL PECUNIARIA. - OLFIS se obliga para con EL DEPARTAMENTO a pagar una suma equivalente al DIEZ (10%) del valor del convenio, a título de indemnización para imputar el valor de los perjuicios que éste llegare a sufrir en caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones que por medio del presente documento adquieren, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula anterior. El valor de la Cláusula Penal Pecuniaria que se haga efectiva se considerará como pago parcial de los perjuicios causados."

De acuerdo con lo pactado, es incuestionable que el procesado debió no solo hacer efectiva la garantía única, sino que pudo también sancionar al contratista con la imposición de la cláusula pecuniaria, debido al evidente incumplimiento del cooperante en sus obligaciones contractuales y los constantes requerimientos hechos por la interventoría sin respuesta oportuna, cosa que no hizo.

1

Así entonces, la Sala considera que se encuentra acreditada la ocurrencia del delito de peculado por apropiación en favor de terceros de conformidad con el inciso segundo del artículo 397 ibídem, ya que el valor de lo apropiado - \$471.082.907 -, supera el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, al menos desde el punto de vista de la tipicidad de la conducta, la cual le es atribuirle al exGobernador BALLESTEROS VALDIVIESO a título de coautor, como quiera que actuó de consuno con funcionarios subordinados de su administración.

Como se plasmó en relación al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, igual consideración puede hacerse frente al delito de peculado por apropiación en favor de terceros, en el que la conducta también se atribuye bajo la modalidad de coautor en el marco de la coautoría impropia, pues las circunstancias en que se dio la celebración del convenio, esto es, pretermitiendo los principios rectores de la contratación administrativa por parte de los servidores públicos del rango medio de la administración en su tramitación y la verificación de su observancia por parte del titular de la función contractual, condujeron a la adecuada escogencia de un tercero que sin las capacidades requeridas para la ejecución del convenio terminó apropiándose de parte de los recursos públicos entregados con el primer desembolso. (CSJ SP 2005, 09 feb 2005, rad 21.547)

Antijuridicidad

La conducta atribuida al doctor BALLESTEROS VALDIVIESO, es antijurídica por cuanto implicó el ejercicio indebido de la función estatal de custodia y administración de bienes que se le confiaron por motivo o con ocasión de sus funciones como gobernador del departamento de La Guajira, y en este caso específico como ejecutor del convenio nro. 019 de 2014.

Con su proceder, el mandatario departamental desatendió los mandatos de la función pública al orientarse a obtener el beneficio de particulares asaltando con ello, por demás, el interés general y la integridad de la administración pública, pues resulta claro que el Estado fue privado de recursos del erario, que en la cuantía determinada no pudieron ser utilizados en suplir necesidades fundamentales de la comunidad.

Culpabilidad

Bajo las mismas consideraciones realizadas en punto de la culpabilidad en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, son útiles para predicar que la culpabilidad respecto del punible de peculado por apropiación en favor de terceros deviene igualmente clara.

Q

La actuación revela que consciente de la antijuridicidad de su conducta, libre y con plena capacidad de auto determinación, atendidas sus condiciones síquicas y la formación profesional del procesado, abogado de empresas especializado en Hacienda Pública y experiencia en el manejo de la cosa pública, le implicaba observar una conducta proba y velar por la buena marcha, imagen de la administración, así como por la integridad de los recursos estatales.

Ante la certeza de la responsabilidad del acusado en la comisión de las conductas imputadas, la Sala lo condenará como coautor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, y como coautor del punible de peculado por apropiación tipificado en el artículo 397-2 del mismo estatuto represor, en concurso heterogéneo sucesivo.

2.3. Del delito de Concusión.

El artículo 404 del Código Penal sanciona con penas de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al servidor público que abusando de su cargo o funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos o los solicite.

La estructuración del tipo penal, conforme se ha reiterado desde el órgano de cierre⁴⁹, precisa de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Sujeto activo calificado; b) abuso del cargo o de las atribuciones; c) la ejecución de cualquiera de los verbos: constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas; y d) relación de causalidad entre el acto del servidor público y la entrega o promesa de dar el dinero o la utilidad indebidos.

a. El sujeto activo debe ser un servidor público que abuse del cargo o de sus funciones. Se da cuando al margen de los mandatos constitucionales y legales concernientes a la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública, constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer una cosa.

La arbitrariedad puede referirse solamente al cargo del que está investido, caso en el cual es usual su manifestación a través de conductas por fuera de la competencia funcional del agente⁵⁰, posición aceptada por la jurisprudencia atendiendo la incontrovertible ofensa sufrida por la administración pública. En suma, es susceptible de realización por los servidores públicos que en razón a su investidura o a la conexión con las ramas del poder público, pueden comprometer la función de alguna forma⁵¹.

Cualquiera que sea la modalidad ejecutada por el autor, es indispensable la concurrencia del elemento subjetivo predicable de la víctima, el "metus publicae potestatis" que lleva a la víctima a rendirse a las pretensiones del agente. Se ve obligada a pagar o prometer el dinero o la utilidad indebidos por el temor del poder público.

Si el medio utilizado no es idóneo por cuanto la víctima no comprende fácilmente que no posee otra alternativa diferente a ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios nacidos de su negativa, el delito no alcanza su configuración⁵².

La condición de servidor público ha de existir al instante del cumplimiento de la conducta. Es imposible atropellar una calidad de la cual se carece, puede estar temporalmente alejado de ella por virtud de licencia, vacaciones, permiso, etc.

⁴⁹ CSJ SP, 27 oct. 2014. Rad. 34282.

⁵⁰ BERNAL PINZÓN Jesús. delitos contra la administración pública p. 61

⁵¹ Radicado No 29769 del 3 de junio de 2009.

⁵² Radicado No 21961 del 22 de septiembre de 2004.

P

b. *Constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas una presión sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas. Puede revelarse a través de palabras, actitudes o posturas, la ley no exige una forma precisa de hacerlo.*

Inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a alguien a que efectúe determinada acción y solicitar es pretender, pedir o procurar obtener alguna cosa.⁵³

Desde esa perspectiva, la Corte viene divulgando que el constreñimiento se configura con el uso de medios coactivos que subyuguen el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas abiertas mediante un acto de poder. En la inducción, el resultado se obtiene por medio de un exceso de autoridad que va oculto, en forma sutil, en el abuso de las funciones o del cargo, el sujeto pasivo se siente intimidado, cohibido porque si no hace u omite lo pedido, puede resultar perjudicado en sus derechos por el agente.

Ello no solo teniendo en consideración el contenido y alcance de los verbos rectores, sino además con arreglo al bien jurídico tutelado, la administración pública, la cual se ve vulnerada con el acto de constreñir, inducir o solicitar, por resultar resquebrajada su estructura y organización, generando en la colectividad sensación de deslealtad, improbidad y deshonestidad.⁵⁴

Para su consumación basta con la exigencia, no requiere que el desembolso se cause, o se entregue el objeto o la dádiva, por tratarse de un punible de conducta o mera actividad. Basta con la manifestación del acto de constreñir, inducir o solicitar dinero u otra utilidad indebida, independiente de que el sujeto pasivo esté en posibilidad de cumplirla, ha reiterado la Corte recientemente.⁵⁵

c. *El elemento material de la concusión está representado por la promesa o la entrega de dinero o cualquier otra utilidad. Como es un delito de conducta alternativa se consuma con la ejecución de cualquiera de estas dos modalidades.*

Por promesa se concibe el ofrecimiento de un beneficio futuro. El dinero o la utilidad deben ser indebidos, esto es, no deberse a ningún título.

⁵³ C. S. J. Sala de Casación Penal, Radicado No. 18.798 del 12-2-02

⁵⁴ C. S. J. Sala de Casación Penal, Radicado No. 15910 del 19 de XI-01

⁵⁵ Radicado No. 27703 del 8 de junio de 2011.

No interesa la forma como se haga y si constituye por sí misma un negocio ilícito, pues este examen solo importaría en el ámbito civil y no en el campo penal.³⁵

Tanto la promesa como la entrega de dinero pueden tener como destinatario al propio funcionario o a un tercero, particular o servidor público.

Del punible en el caso concreto

En primer lugar, se indicará que no existe discusión sobre la calidad de servidor público de José María Ballesteros Valdivieso, quien tras su elección popular como gobernador del departamento de la Guajira, fungió en el cargo en el periodo comprendido entre el 4 de junio de 2014 hasta el 31 de diciembre 2015, conforme con la estipulación probatoria N° 3, con lo cual se cumple la primera exigencia de la conducta punible objeto de análisis, en torno al sujeto activo calificado.

Ahora bien, para analizar la materialidad de la conducta, necesario resulta indicar que los dos escenarios descritos por el fiscal delegado no pueden ser leídos como hechos aislados. En efecto, primero se desarrolla la reunión en la Casa de gobierno mediada por Jairo Suárez Orozco y dirigida por Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, padre del exgobernador José María Ballesteros Valdivieso, donde, conforme a la prueba aducida por la Fiscalía a través de Boris Corrales Higuera y Eduardo José Sierra Gutiérrez, se les realiza una solicitud por parte de Ballesteros Bernier al manifestarles “¿cómo vamos?”, “¿cuánto hay para el gobernador?”, y la respuesta dada por Corrales Higuera al expresar “ahí hay \$600.000.000”, ello al cabo de que este expusiera sobre las bondades del proyecto del dengue y el

* BERNAL PINZÓN JESÚS, Debitos contra la administración pública, p.72.

9

interés en que se suscribiera el convenio entre la gobernación y como ejecutor la Universidad de La Guajira, para que subcontratara con la OLFIS, con el fin último de ser ellos contratados.

El hecho descrito en líneas previas se constituye en un indicador del origen del compromiso en razón del cual, luego de suscrito el Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica N° 019 el 20 de octubre de 2014 entre Fredi Alexander Díaz Quijano, en su condición de representante legal de la Organización Latinoamericana para el Fomento de la Investigación en Salud -OLFIS- y José María Ballesteros Valdivieso como Gobernador de La Guajira, Díaz Quijano entre los meses de junio y julio de 2015 le manifestara a Juan Pablo Pinzón Vega, contratista de la OLFIS y representante legal de la Corporación Baraka y la Fundación Humanus, que debía hacerle un pago al gobernador Ballesteros por valor de \$200.000.000 y que para ello Carlos Daniel Galvis, asesor de la entidad territorial se comunicaría con él.

Descritos, de manera apretada, los fundamentos que para la Sala conectan los escenarios descritos como hechos jurídicamente relevantes, se pasará al análisis de la prueba aducida en juicio en torno a la materialidad de los hechos constitutivos de la conducta de concusión.

Para abordar lo concerniente a la reunión que tuvo lugar en la casa de gobierno de la Guajira para el año 2014, necesario resulta contextualizar la presencia de quienes participaron en ella. Así, estima la Sala que se probó de manera suficiente en

9

el juicio la participación de Boris Corrales Higuera y Eduardo José Sierra Gutiérrez en lo que se conoció como el proyecto del dengue; no solo a través de sus declaraciones sino también por lo aducido a través de Jorge Juan Orozco Sánchez, quien manifestó que en su calidad de secretario de salud para el momento, siguiendo las indicaciones del gobernador Gómez Cerchar, realizó una reunión para escuchar a Boris Corrales Higuera, Eduardo Sierra Gutiérrez, Fredi Díaz y Oswaldo Castro, en torno a la estructuración del proyecto sobre la *"Identificación de los determinantes de la carga de dengue e intervenciones para su reducción en la Guajira"*, quedando claro, a su vez, que aquellos no hacían parte de la OLFIS, como ambos lo afirmaron, sino que participaban en el proyecto con el objetivo de ser contratados por el ejecutor.

Boris Corrales sostuvo en su declaración que luego de conocer a Fredi Díaz Quijano en una reunión, este le indicó que necesitaba de su colaboración para la logística y estructuración de proyectos ante la gobernación de la Guajira, razón por la cual entre los años 2012 a 2014 se dedicó de tiempo completo al proyecto de ciencia y tecnología sobre el dengue, precisando que Fredi había presentado en un primer momento un proyecto solo para la ciudad de Riohacha con un presupuesto de tres mil millones de pesos, pero que luego se había ampliado para nueve municipios del departamento con una inversión que ascendía a los \$17.000.000.000.

Manifestó que fue él quien realizó la estructuración del proyecto partiendo de las necesidades de la Guajira, lo que trasladó a Fredi como investigador principal, fungiendo así

como co-estructuradores, al tiempo que destacó que los únicos que hacían presencia en la Guajira eran Eduardo Sierra y él, y era este quien les abría las puertas en la región, fundamentalmente en la secretaria de salud, pues a los foráneos no los atendían.

En torno a la reunión con Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, si bien Boris no supo precisar la fecha, si hizo manifiesto un lapso de ocurrencia entre septiembre y octubre de 2014. Por su parte, Eduardo José Sierra Gutiérrez, expuso que tuvo lugar un mes antes de ser firmado el convenio con OLFIS, ubicándola entre finales de agosto e inicios de septiembre⁵⁷ y Jorge Ballesteros Bernier, quien confirma la ocurrencia del encuentro y no así sus pormenores, refiere que fue alrededor de dos meses posteriores a la posesión de su hijo, entre julio y agosto.

De lo anterior se concluye que aun ante la imposibilidad de establecer una fecha exacta del suceso, el rango referido por los partícipes que acudieron al juicio es coherente en ubicarlo de manera posterior a la posesión del procesado y previa a la suscripción del convenio No. 19 de octubre 20 de 2014.

Antes de analizar lo ocurrido en la reunión, la Sala estima necesario abordar los hechos que la precedieron en torno a su planeación, como quiera que hacen cognoscibles aspectos que vistos de manera aislada no serían significativos.

⁵⁷ Minuta 41.32, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

Sostuvo Eduardo José Sierra que Jairo Suárez Orozco tiene una tía de nombre Tere Orozco, quien vive al lado de casa de su suegra en Valledupar y que en una ocasión en que coincidieron allí, fue abordado por Jairo quien le preguntó qué tenía que ver con el proyecto del dengue, contestándole que estaba pendiente de ello pero que había sido un poco difícil con el doctor José María y al indagarle qué podían hacer, Jairo le manifestó que "*haría algunas vueltas*" para ver qué podía hacer con él, pero no con José María sino con el doctor Jorge Ballesteros; tras lo cual Eduardo expresó su agradecimiento y manifestó su disposición para una reunión cuando les indicara.

Informó que el hermano de Jairo Suárez Orozco se encontraba casado con la hermana de José María Ballesteros y que si bien no supo cómo aquel se había enterado del proyecto, lo cierto, es que sí tenía conocimiento del mismo. Igualmente, adujo que al transcurrir un tiempo, sin precisarlo, Jairo lo contacta y le manifiesta que ya había organizado la reunión con el doctor Jorge Ballesteros porque José María estaba "*enredado con otra cosa*", destacando que era Jorge Ballesteros quien definía. Esta intermediación que fue ratificada por Ballesteros Bernier, al tiempo que adujo que a Jairo Suárez lo unía una amistad de 30 años y confirmó que el hermano de este estaba casado con su hija.

Por su parte, el propio Jorge Ballesteros señaló que Jairo Suárez le había manifestado sobre la posibilidad de escuchar a Boris y otra persona, quienes venían trabajando en el proyecto de la OCAD de ciencia y tecnología, que al parecer había sido

aprobado un año antes de la posesión de José María pero que querían, por sus conocimientos médicos, que tuviera información sobre el mismo.

Eduardo Sierra expuso que Jairo le informó la fecha de la cita y le pidió que lo recogiera en el hotel Arisuan de San Juan, Cesar, propiedad del segundo, para salir camino a Riohacha y así lo hicieron Jairo Suárez, Boris Corrales y él, pero como al llegar al destino tuvieron un inconveniente con el vehículo, Jairo se adelantó para luego llamarlo y decirle que los esperaba en la Casa de gobierno a las 02:00 pm, porque el doctor iba a estar a esa hora ahí y los atendería, llegaron al lugar alrededor de la 01:30 pm, esperaron y a las 02:00 pm Jairo estaba dentro y les hizo "seña" para que siguieran y a eso de las 02:30 pm llegó el doctor Ballesteros Bernier.

Describió que Jorge Ballesteros llegó en un carro con escoltas, entró primero a una parte y a ellos los hicieron pasar a un salón de sillas largas y una mesa en medio al que luego ingresó Jairo en compañía del doctor Ballesteros, quien tras el saludo y la presentación les requirió que si tenían celular le quitaran "la pila", lo que sí bien le resultó extraño procedió a realizar después de que Boris Corrales lo mira y le dice que lo haga y los cuatro presentes pusieron ahí sobre la mesa los teléfonos, manifestación que resulta congruente con lo expuesto por Boris Corrales.

Aseveró Eduardo Sierra que Jorge Ballesteros se sentó y preguntó de qué se trataba, señalando que sabía del proyecto y de cómo era eso, pero que OLFIS no era más que una empresa

de papel, pues ya lo había consultado a través de internet y por tal razón no tenía lógica que firmaran el proyecto, momento en el que intervino Boris Corrales para exponer que por esa razón ellos pretendían que el proyecto se cediera a la Universidad de la Guajira, para que esta a su vez subcontratara con OLFIS, precisando que Boris se sentó un poco más retirado con Jorge Ballesteros y empezó a explicarle el presupuesto.

Manifiesta que Jorge Ballesteros expresó la imposibilidad de realizar el convenio con la Universidad de la Guajira, como quiera que en el momento no había afinidad política con Carlos Robles y luego indicó que debían *"hacer esto más rápido"* porque saldría para el aeropuerto a despedirse de su hija que viajaba para Australia a las cuatro de la tarde. Que en un momento dijo tú me explicas todo y *¿cómo vamos?*⁵⁸, tras lo cual Boris miró a Eduardo y se rio, y paso seguido Jorge Ballesteros expresó *¿qué hay pal gobernador?*⁵⁹.

En relación con este cuestionamiento que coincide con lo expuesto por Boris en desarrollo del juicio oral, este último indicó que su respuesta fue: *"yo le dije no pero es que yo voy a manejar logística y eso son \$1.700.000.000 y yo le dije ahí hay 600.000.000"*⁶⁰, que en ese instante se quedó mirándolo y le dijo que no, momento en el cual llega su conductor porque debían ir al aeropuerto y le refiere que después volverían a hablar, le dio su número de teléfono terminando la reunión que duró un poco más de una hora, porque antes de las 4:00 salió, precisando Boris Corrales que le había dicho cómo OLFIS no

⁵⁸ Hora 1:11:37, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

⁵⁹ Hora 1:11:44 registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

⁶⁰ Hora 2:10:43 registro 1, audiencia de marzo 14 de 2019

9

tenía las competencias técnicas y le entrega los balances así como el documento referente al cambio de ejecutor.

En relación con el momento mismo de la solicitud hecha por parte del Ballesteros Bernier, Eduardo Sierra destacó que tras la respuesta de Boris, aquel le manifestó *"tú qué crees, que un proyecto de \$18.000.000.000, va a dar \$600.000.000"*⁶¹ y Boris le responde *vca doctor usted sabe de esto, esto es un proyecto que no es hacer un puente, es de ciencia y tecnología, que esto hay que ajustarlo.*

Afirma Sierra que Ballesteros Bernier expresó respecto de los proyectos, que *"si él no se ponía de acuerdo no salían, porque allá se manejaban así los proyectos"*⁶². Sobre el punto en concreto de la incidencia que el padre del gobernador tenía respecto de lo relacionado con la secretaría de salud, resulta especialmente relevante lo manifestado por el mismo Jairo Suárez a Eduardo Sierra para el momento en que hablaron de gestionar la reunión, pues desde un primer momento señaló que lo haría con Ballesteros Bernier, pero de manera más concreta al comunicar éxito de la gestión, precisó que sería con el doctor Jorge Ballesteros y que era él quien definía.

Otro hecho que resulta relevante es la manifestación que hiciera José María Ballesteros Valdivieso en la breve reunión que sostuvo con Boris Corrales y Eduardo Sierra, cuya ocurrencia es ratificada por el exgobernador y que tuvo lugar de manera previa a la de Ballesteros Bernier que como fueron claros los partícipes en anotar, ocurrió días después de la

⁶¹ Hora 1:12:04, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

⁶² Hora 1:13:11, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

4

posesión. Eduardo Sierra afirmó que el entonces mandatario les dio a entender que ya tenía idea del proyecto, que ellos se lo fueron a presentar, precisando que a él no lo deslumbraban con aviones, que no estaba allá para que le ofrecieran dinero ni mucho menos y les dijo que eso tenía que hablarlo con su padre quien era su asesor en salud⁶³.

Ahora bien, es claro que Ballesteros Bernier negó tener injerencia en la toma de decisiones de su hijo José María Ballesteros como gobernador, indicando que si bien en algunas ocasiones le daba opiniones, este podía o no tenerlas en cuenta; en idéntica línea se manifestó José María Ballesteros Valdivieso quien fue enfático al afirmar que sí⁶⁴ escuchó a su padre en asuntos propios de la gobernación, recibió consejos de padre a hijo y como una persona con cuarenta años de experiencia en la vida pública, pero además en el sector salud, a lo que se aunaba que cuando tomó posesión como gobernador su padre aún tenía la calidad de senador de la república y como le preocupaba obtener el documento de red hospitalaria del departamento, lo cual se logró, reiteró que en muchos de esos temas le ayudó con consejos, pero las decisiones las tomaba él⁶⁵.

En relación con el conocimiento que José María Ballesteros tuvo de la reunión entre su padre con Boris Corrales y Eduardo Sierra, el mismo proccsado manifestó que este le había informado del evento que tuvo lugar por solicitud de Jairo Suárez, entonces le refiere que él ya había recibido una

⁶³ Hora 1:02:03, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

⁶⁴ Hora 1:14:11, registro 1, audiencia de julio 19 de 2019

⁶⁵ Hora 1:15:29, registro 1, audiencia de julio 19 de 2019

Q

comunicación por parte del representante legal de la OLFIS donde se informaba que aquellos ya no tenían nada que ver con la entidad y le pidió el favor que no se volviera a reunir con aquellos.

En contrario, Ballesteros Bernier al ser interrogado fue preciso en indicar que su hijo sí tenía conocimiento de la reunión, resaltando sobre el lugar de la misma, esto es, la Casa de la Gobernación, que no mediaba propiamente una autorización para estar allí, sino que se trataba de un espacio donde el gobernador, su familia y allegados tenían la posibilidad de reunir amigos para conversar temas no específicos. Por su parte, José María Ballesteros refirió que ese espacio estaba destinado para ser la vivienda del gobernador, pero él lo destinó para la oficina de la gestora social que era su madre, a quien su padre acompañaba a las reuniones, destacando que ambos tenían autorizado el ingreso.

En este punto de la valoración probatoria, se concluye que Boris Corrales y Eduardo Sierra fueron sinceros al manifestar cómo se dio el enlace para la reunión con Ballesteros Bernier, del lugar en que se desarrolló y las personas presentes, que fueron detallistas en torno a situaciones previas y concomitantes. A su vez, y aunque no se exprese por parte de padre e hijo que el manejo de la cartera de salud recaía en Jorge Eliécer Ballesteros, refulge con claridad que su injerencia superaba la del consejo de un padre que tiene conocimiento en el sector público, al punto de reunirse con personas a quienes asistía claro interés en que se firmara el convenio para el denominado proyecto del dengue y de cuya encuentro afirmó

su hijo tenía previo conocimiento y no solo de manera posterior como aquel lo quiso hacer notar.

Ahora bien, en suma, la discusión se centra en torno al requerimiento de retirar la batería a los celulares para el desarrollo de la reunión y la solicitud de dinero, ambas rotundamente negadas por Ballesteros Bernier; por manera que, es necesario recurrir a hechos conocidos que permitan discernir las versiones antagónicas respecto lo de acaecido en la reunión.

Sobre este punto, Eduardo Sierra manifestó como fue abordado por Jairo Suárez de manera posterior a haber acudido por citación a la Fiscalía de Valledupar y donde dice “*contó todo*”, tras lo cual y al paso de unos días el periódico el Heraldó publicó toda su versión, viéndose de esa manera comprometido no solo el proyecto sino el doctor José María; precisa que Jairo Suárez Llegó a su casa un poco ofuscado y le reclamó por lo que había hecho, cuestionando cómo pudo hablar del doctor Ballesteros que es una persona tan honorable, un exsenador de la república, ante lo cual Eduardo le indica que si le preguntan del proyecto él está diciendo la verdad⁶⁶, pero Jairo lo requiere para ir a hablar con el doctor Ballesteros.

Destaca que de manera posterior se dio una nueva publicación en relación con el proyecto del dengue, pero ya en el Diario del Norte de la Guajira, donde se mencionaba tanto al doctor Ballesteros como a José María y en razón de ello Jairo

⁶⁶ Hora 1:57:28, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

Q

acude nuevamente a su casa y lleva el papel, reclamándole por lo ocurrido, a su vez que le pide que vayan a Riohacha que tiene su camioneta afuera, requerimiento al que se niega.

Señala que Jairo le indica que se iba a meter en un lío, que mirara lo que estaba haciendo, pues eso era como un bumerán y se le iba a devolver porque los Ballesteros eran personas muy poderosas, muy pesadas⁶⁷, que tanto José María como el doctor Ballesteros Bernier saldrían libres y sería él quien se quedaría enredado por estar siguiéndole las “parolas” a Boris, pero en respuesta a tales manifestaciones Eduardo le indica que no tiene por qué “echar mentiras” y está diciendo lo que es⁶⁸, sucesos estos que afirma puso en conocimiento de la fiscal del caso.

Manifestó que Jairo Suárez le había dicho que para no meterse en problemas tenía que ir a la Fiscalía y retractarse de sus señalamientos, porque no podía decir eso sobre el doctor Ballesteros, pero la respuesta de Eduardo Sierra fue qué más podía decir, indicando que allí estaban los cuatro, al paso que lo cuestionó al decirle si es que él no había escuchado lo mismo⁶⁹, y en tal línea si decía lo ocurrido en la reunión cuál era el problema.

Así mismo, precisó Eduardo Sierra que Jairo Suárez le había manifestado que estaba hablando con él porque eran amigos y estaba allí de parte del doctor Ballesteros porque tenía una relación directa con él, que le pidió le hablara porque había

⁶⁷ Hora 1:39:28, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

⁶⁸ Hora 1:39:49, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

⁶⁹ Hora 1:41:06, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

4

sido él quien lo llevó allá y mirara lo que había hecho, tras lo cual afirma Eduardo que le respondió que si bien había acudido a la reunión porque él lo había llevado, lo cierto es que estaba diciendo la verdad⁷⁰.

Respecto del disgusto que generara la publicación aludida entre Jairo Suárez Orozco y Eduardo Sierra Gutiérrez, tuvo conocimiento Jorge Juan Orozco, en razón de lo que ambos le manifestaran, constituyéndose así en testigo de referencia, en tanto no percibió lo acontecido; no obstante, si su aducción en el juicio no fue cuestionada por la defensa, como es su carga en el momento procesal correspondiente, resulta pertinente su valoración para corroborar o negar lo acaecido. Así, Jorge Juan Orozco informó que Eduardo Sierra era su amigo y Jairo Suárez Orozco su pariente lejano, pero con quien tenía cercanía; detalló que Eduardo le había contado que tras la publicación de un artículo en el periódico de la región, donde al parecer mencionaban a Jairo Suárez y a Eduardo Sierra, aquel fue a cuestionarlo por el contenido de la declaración, hecho sobre el cual el mismo Jairo le contó que no le había gustado y que por ello tuvieron un disgusto⁷¹.

Afirmó Eduardo Sierra que no acudió a reunirse con el doctor Ballesteros porque no tenía nada que aclarar, reiterando que los cuatro estuvieron en la reunión; que eso ya estaba en un proceso judicial en la Fiscalía y no podía aclarar nada con un tercero; que no dio la cara, porque le daba miedo⁷², pues la Guajira es un departamento pequeño y allá todo el mundo sabe

⁷⁰ Hora 1:41:54, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

⁷¹ Minuto 40:23, registro de audiencia de julio 3 de 2019

⁷² Hora 1:42:43, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

Q

cómo son las cosas, se sabe quién *“es fuere, pesado, duro”* y por ello no se iba a poner en peleas con el doctor Ballesteros, no tenía ni siquiera como darle la cara.

De la misma manera, expuso otro suceso en que un hombre en una camioneta blanca, llegó al frente de su casa, bajó el vidrio y le preguntó a su hijo mayor por él y como le responde que no se encontraba le pidió que le dijera que un señor de nombre *“Coquito”* lo estaba buscando, que sabía en lo que se estaba metiendo; debido a ello se comunicó con la fiscal y le pidió que lo ayudara porque estaba preocupado⁷³ motivo por el cual le envió unos agentes.

En lo que respecta a Boris Corrales no fue este ajeno a las amenazas relacionadas con el proyecto del dengue, pues así lo manifestó en desarrollo de su declaración, llevándolo incluso a cambiar su lugar de residencia a la capital del país.

Manifestó Corrales que recibió un número plural de llamadas aproximadamente unas 30 en el año 2014; en torno a hechos concretos relató que un día cuando se disponía en compañía de Eduardo Sierra, a participar de una reunión que se llevaba a cabo en la universidad de la Guajira y de la que se enteraron por Stivenson Marulanda, sin que aún se hubiese firmado el convenio con OLFIS, mientras subía las escaleras fue abordado por dos personas que le dijeron *“vaya mejor cuide a su hijo”*⁷⁴, él se quedó mirando y siguió, iba a ingresar donde se desarrollaba la reunión en un salón en el segundo piso cerca de la rectoría donde dijo ver al senador Ballesteros, Galvis,

⁷³ Hora 1:40:32, registro 1, audiencia de enero 29 de 2019

⁷⁴ Hora 2:24:23 registro 1, audiencia de marzo 14 de 2019

Ruth, Fredi, Stiven y unos funcionario de la gobernación, pero decide irse y al ser interpelado por Eduardo le responde que no haría espectáculos allí, me dijeron que mi hijo estaba solo, y le refirió que fueran por él que se encontraba a una hora de ese lugar.

Igualmente, detalló un evento en el cual al recoger una correspondencia se percató del envío de un sufragio que luego entregó a la Fiscalía; manifestó que en la Guajira tanto a su familia como a él la Fiscalía le ordenó medidas de protección; que le decían que no fuera sapo y se quedara callado y solo una vez le manifestaron que dejara quieto lo del dengue.

En el propósito de atacar la credibilidad de este testigo, la defensa le puso de presente el contenido de una denuncia por él formulada, donde expresó que la exigencia económica fue en el orden del 10%, frente a lo cual Boris Corrales fue enfático en señalar que su repuesta ante el interrogante de cuánto hay para el gobernador fue de \$600.000.000, precisando que tras ello Ballesteros Bernier había indicado que el 10%, cantidad que sacaría de la nómina; afirmación a la que siguió la indicación que lo contenido en la denuncia obedecía a un resumen de los sucesos, como quiera que se trataba de demasiada información.

A su vez, ante el cuestionamiento del por qué ofreció esa cantidad de dinero si no era el dueño del proyecto, Boris Corrales arguyó que se trató del algo explosivo⁷⁶, argumento

⁷⁶ Hora 1:05:55 registro 2, audiencia de marzo 14 de 2019

2

que para la Sala mayoritaria no parece descabellado aunque no por eso correcto, como la reacción de alguien que llevaba un tiempo considerable dedicado al proyecto y tiene la expectativa de derivar de él una ganancia económica en razón de ser contratado por parte de quien lo ejecutara, ello a pesar de su manifestación que por su experiencia como contratista tenía claro que no ofrecerían dinero para la consecución de los contratos, pero aquí estaba frente al requerimiento del padre del entonces gobernador José María Ballesteros Valdivieso, única autoridad que definiría con quien se llevaría a cabo el convenio; además, nótese que Ballesteros Bernier señaló que la decisión de ese proyecto dependía de él, a pesar de lo cual la solicitud dineraria se hizo a nombre del gobernador y no a título personal, quien ostentaba dentro de sus funciones la de ordenador del gasto.

Pertinente se muestra retomar líneas previas, en el entendido que si Ballesteros Valdivieso sabía ya del escrito por medio del cual Fredi Díaz había puesto en conocimiento de la gobernación que ninguna relación con la OLFIS tenían ya Boris Corrales Higuera y Eduardo José Sierra Gutiérrez, por qué aceptó el espacio de encuentro; por qué si conforme manifestó su padre en el juicio sabía de la reunión que este tendría con los antes mencionados, no se lo informaría a su padre; por qué si Ballesteros Bernier había consultado sobre la OLFIS para concluir que era una empresa de papel y si Boris Corrales en esa reunión lo puso al tanto que era necesario que se ejecutara el proyecto junto con otra entidad como la Universidad de la Guajira no hicieron consideración alguna sobre ello, cuando incluso el mismo Jorge Juan Orozco adujo en su declaración,

ratificando el contenido de una entrevista previa respecto de la cual se le indagó, que le comentó a Jairo Suárez sobre la situación de la OLFIS, como su capacidad y que al parecer a este no le había gustado, destacando que lo hizo por la preocupación por el doctor Ballesteros, quien fue su superior jerárquico. De ahí la iniciativa de Jairo Suárez para proponerle una reunión a Eduardo Sierra el exsenador Ballesteros Bernier.

Jorge Juan Orozco al ser contrainterrogado por la defensa, indicó no recordar la fecha en que envió las recomendaciones al señor gobernador a través de Jairo Suárez, al pasó que afirmó ya había salido de la administración, aclarando que se trataba de recomendaciones y no de una preocupación, toda vez que el proyecto fue de ellos para el gobernador de turno y en castizo podría decirse que lo habían parido, estando interesado por el impacto que tendría en la salud de la Guajira.

Nótese además, que Ballesteros Valdivieso tuvo conocimiento, como él mismo lo expuso en el juicio, de la respuesta enviada por Colciencias respecto a la solicitud de que se cambiara el ejecutor del proyecto por la Universidad de la Guajira, que fue realizada por su antecesora Sugeila Oñate, giro que había sido tramitado con conocimiento del *alma mater* según lo informara en la vista pública Jorge Juan Orozco ⁷⁶.

Lo expuesto, deja claro que el representante de la entidad territorial, con las obligaciones que de ello se deriva, con la formación jurídica propia de un abogado, ante el interés de

⁷⁶ Minuto 41:58, registro audiencia de marzo 3 de 2019

Q

ejecutar un proyecto del tal impacto social y con una significativa inversión de recursos; quien además manifestó estar apoyado de un hombre con la trayectoria de su padre en la vida pública, no puede sin más referir el desconocimiento de lo que sucedía, cuando por diferentes fuentes llegó a él información; de todo lo cual se colige la existencia de otros intereses para pasar por alto una realidad tal, sin que por lo menos le haya significado un análisis más allá de lo formal, antes de materializar el convenio.

Analizado en detalle el primero de los sucesos, abordará la Sala las manifestaciones de Juan Pablo Pinzón Vega, contratista de la OLFIS como representante legal de la Corporación Baraka y la Fundación Humanus, según el cual Fredi Alexander Díaz Quijano, representante legal de la OLFIS entre los meses de junio y julio de 2015, le indicara que debía hacerle un pago al gobernador Ballesteros por valor de \$200.000.000 y que para ese fin Carlos Daniel Galvis, asesor de la entidad territorial, se comunicaría con él.

Probada a través diversos testigos de cargo la relación contractual por prestación de servicios entre la OLFIS y Corporación Baraka y la Fundación Humanus, la que no fuera objeto de controversia por parte de la defensa, el primer aspecto que se advierte necesario verificar se corresponde con la ubicación temporal del hecho referido por el testigo Pinzón Vega entre los meses de junio a julio de 2015, el cual se dirá desde ya resulta coincidente con la fecha en que se emitió la orden de pago No. 3604 a favor de la OLFIS, esto es, el 10 de junio de 2015, de conformidad con la estipulación probatoria

Q

N° 26, obedeciendo al primer desembolso con equivalencia al 10% de aportes del departamento para el Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica N° 19 de 2014, por valor de \$1.746.758.249,70, cuyo comprobante de egreso fue emitido el 31 de julio siguiente, lo que fue probado por medio de la estipulación N° 27.

En torno a las circunstancias en que Fredi Díaz Quijano le hiciera tal manifestación a Juan Pablo Pinzón Vega, este informó que tuvo lugar en una cafetería cercana a su oficina donde nadie más estaba presente, resaltando como algo habitual cuando aquel quería que hablaran de “plata” siempre quería que estuvieran solos para que nadie se enterara⁷⁷, en este caso para que miraran cómo se podían sacar esos \$200.000.000 para el gobernador de la Guajira, precisando que se refería al doctor Ballesteros⁷⁸. Aquí, importante resulta tener presente, que fue probado en juicio que a través de la Corporación Baraka se le prestaban a la OLFIS los servicios de contaduría, por manera que, se advierte coherente que Fredi Díaz Quijano acudiera a Juan Pablo Pinzón Vega para determinar cómo cumplir con dicho “compromiso”, teniendo en cuenta por demás la cercanía con la fecha del primer desembolso por el convenio con la gobernación.

Informó el testigo que Fredi le precisó que lo llamaría el asesor de la gobernación para que se pusieran de acuerdo para el pago y que su nombre era Carlos Galvis⁷⁹; sostuvo que en efecto este lo llamó y le manifiesta que era el asesor del

⁷⁷ Hora 1:13:33, registro 2 de audiencia mayo 23 de 2019

⁷⁸ Hora 1:14:09, registro 2 de audiencia mayo 23 de 2019

⁷⁹ Hora 1:14:23, registro 2 de audiencia mayo 23 de 2019

gobernador para el tema que ya había hablado con Fredi, al paso que Juan Pablo Pinzón le indicó que al ser una empresa no podía hacerle entrega de los \$200.000.000⁸⁰ sin ningún soporte y que por tal razón era necesario realizar con él un contrato de asesoría jurídica, manifestación esta, que dicho sea de paso, da cuenta del conocimiento precario de Juan Pablo Pinzón frente a Carlos Galvis, quien no tenía la calidad de abogado, pero al indicársele que era el asesor del gobernador arribó a tal conclusión.

Expuso que aquello no se materializó, toda vez que ante las exigencias de Carlos Galvis para trasladarse hasta la ciudad de Bucaramanga, en lo relativo a tiquetes aéreos y alojamiento para él y una amiga, Juan Pablo Pinzón le manifestó que debía abordar el tema con Fredi, quien de manera posterior le refirió que ese pago no lo harían por medio de su empresa sino que mirarían como cuadrarlo⁸¹, ya que el asesor del gobernador había dicho que él ponía mucho problema.

En la misma dirección del análisis relativo al asesor de la gobernación que se menciona como el intermediario para recibir el dinero, esto es, Carlos Daniel Galvis Fajardo, a través de la estipulación N°. 25, se probó que el 28 de mayo de 2015, entre este en calidad de economista y José María Ballesteros, como gobernador, se celebró el contrato de prestación de servicios profesionales N° 360 para asesorar al gobernador. Nótese, igualmente, que José María Ballesteros Valdivieso dio cuenta que al momento de su posesión Galvis Fajardo tenía un contrato de prestación de servicios en ejecución; además, con

⁸⁰ Hora 1:14:45, registro 2 de audiencia mayo 23 de 2019

⁸¹ Hora 1:16:07, registro 2 de audiencia mayo 23 de 2019

Q

las pruebas documentales de la 508 a la 516, se demostró que bajo la misma figura contractual estaba vinculado a la administración desde el año 2012.

En lo atinente a las comunicaciones telefónicas, adujo Juan Pablo Pinzón fueron dos y que era Carlos Daniel quien lo llamaba; que en la primera ocasión trataron lo relativo a lo comentado por Fredi y, en la segunda, le manifestó que iría a Bucaramanga, solicitando que se le gestionara los tiquetes y la estadía.

Como prueba de las comunicaciones a través de líneas celulares, el fiscal delegado trajo a juicio a Richard Javier Rojas Wiesner quien realizó el análisis link, donde expuso, conforme con la información contenida en la tabla de Excel obtenida a través de la búsqueda selectiva en base de datos, que se estableció la realización de una llamada el 3 de agosto de 2015 a las 11:02:39, desde el abonado 3173772295 al 3015951248, perteneciendo el primero a Carlos Daniel Galvis y el segundo a Juan Pablo Pinzón Vega, indicando que la titularidad de la primera línea celular surge de la información aportada en entrevista en el despacho fiscal⁸², e igualmente, dejó claro el testigo que se trató de un repique con una duración de 29 segundos, es decir, no dio cuenta de una comunicación efectiva entre dichos números.

Acorde con las precisiones efectuadas en precedencia, se detendrá la Sala a analizar diversos aspectos que se desprenden de prueba técnica. En primer lugar, no queda duda

⁸² minuto 44:40, registro 2 de audiencia noviembre 14 de 2018

Q

que desde el abonado celular de Carlos Daniel Galvis se trató de contactar a Juan Pablo Pinzón Vega, entre quienes no se probó, ni refirió la existencia de vínculo alternativo que fuese explicativo de la llamada diverso de lo expuesto por el testigo; en segundo lugar, se evidencia que hay un cercanía temporal con la fecha en la que el declarante indicó que Fredi Díaz le informó del compromiso a cumplir de \$200.000.000 con la gobernación de la Guajira, como quiera que se dice lo primero ocurre entre los meses de junio y julio de 2015 y la llamada tuvo lugar el 3 de agosto siguiente.

Respecto del número de llamadas, Juan Pablo Pinzón en desarrollo del juicio dio cuenta de un total de dos, pero al ser confrontado por la defensa con sustento en una declaración previa, en la cual había indicado no recordar, pero al pedírsele un número aproximado expresó entre cinco y diez, ante lo cual manifestó que en ese momento no estaba seguro, tal y como lo expresara, pero *“ya echando memoria si no estoy mal fueron dos”*⁸³.

Fue enfático el testigo en referir que a pesar de contar con otros abonados celulares a los que pudo ser llamado, para los temas de la OLFIS siempre utilizaba su número personal, esto es, el 3015951248 y, en razón de ello, la explicación al por qué aparecía solo una llamada registrada desde el 3173772295, es que existía la posibilidad que lo hubiera hecho desde otro número, reiterando que lo llamó en varias oportunidades pero no podría precisar si lo hizo del mismo número.

⁸³ minuto 22:49, registro 2 de audiencia mayo 30 de 2019

4

Finalmente, Juan Pablo Pinzón Vega manifestó haber escuchado en su oficina a quienes se refirió como los del grupo de OLFIS, Fredi y Ronald, quienes tenían un espacio alquilado dentro de su oficina, cuando comentaban que al no poder realizar la gestión de los \$200.000.000 a través de Baraka, el dinero se obtendría por medio del manejo que se daba a los contratos de alquiler de camionetas, pues así legalizarían el dinero, lo que consistía en retirar el efectivo y suscribir comprobantes de pago; precisando que en el caso concreto suscribió un contrato de alquiler de su camioneta por un valor de \$6.000.000 mensuales, al tiempo que dejó claro que siempre estuvo el auto en su poder, nunca se le pagó por ello pero sí suscribía comprobantes de pago.

En relación con los contrato de las camionetas, Pinzón Vega expuso que también se celebraron con Ronald Díaz, hermano de Fredi, al igual que con Oswaldo Castro, a quienes veía en posesión de los vehículos sin poder precisar si a estos en realidad les pagaban; que del contrato de las primeras camionetas se encargó él, pero que luego fue una función de su empleada Mayerly Molina Martínez, quien al rendir su declaración confirmó lo expuesto⁸⁴.

De la existencia del contrato de los automotores no se ocupará en detalle nuevamente la Sala, como quiera que fue un tema ya desarrollado en acápites precedentes y respecto del cual no queda duda.

⁸⁴ Minuto 18:04 registro 2 de audiencia junio 21 de 2019

La estructuración de los hechos jurídicamente relevantes que atañen al segundo de los eventos se sustenta de manera principal en lo manifestado por Juan Pinzón Vega, cuya aducción como prueba fue cuestionada por la defensa técnica al amparo del epíteto de referencia, lo que se desprende de no haberse percibido de manera directa por Pinzón Vega de dónde y desde qué modalidad se originaba el compromiso que Fredi Díaz dijo debía cumplir ante la gobernación de la Guajira, que consistía en el pago de \$200.000.000; para la Sala tal y como lo anunciara al inicio de este acápite el análisis de estos hechos exige, como en toda decisión judicial, que la prueba se aborde de manera individual y en conjunto, como quiera que dejarlo solo en el primer plano puede conllevar a conclusiones descontextualizadas y por tanto erróneas, desde luego siempre y cuando la valoración conjunta no se convierta en un coartada para darle la calidad de prueba admisible al dato que individualmente no lo merece.

Así las cosas, no desconoce la judicatura que Pinzón Vega no presencié el hecho a través del cual se estructura el compromiso económico con el gobernador de la Guajira, pero no es menos cierto que ello lo escuchó de Fredi Díaz, con quien a través de Baraka y Humanus desarrollaba contratos de prestación de servicios para el cumplimiento del Convenio N° 19 de 2014, que la OLFIS había suscrito con la entidad territorial, es decir, no se trataba de un asunto aislado sin vínculo aparente.

Acorde con las precisiones precedentes, Juan Pablo Pinzón Vega es testigo porque tuvo la oportunidad de percibir

en forma directa y personal “aspectos” que interesan al proceso (artículo 402 Ley 906 de 2004), en este caso la manifestación que le hizo un tercero, Fredi Díaz, pero no los hechos consistentes en la solicitud de dinero hecha a este último por el gobernador directamente o por interpuesta persona.

De modo que en este preciso acontecimiento, la solicitud de dinero por el gobernador procesado, el testigo Juan Pablo Pinzón Vega es el medio por el cual se introduce al proceso la declaración en aquel sentido hecha por Fredi Díaz Quijano frente a él, como prueba de referencia, solo que tal medio de conocimiento en este caso es admisible por la imposibilidad insuperable de traer al proceso a Fredi Díaz como testigo directo, dado que se ha refugiado en el Brasil para eludir lo que se advierte como su probable responsabilidad en el denominado caso del dengue en la Guajira. Ello con base en la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia, conforme con el artículo 438 literal B de la Ley 906 de 2004, a cuyo tenor la prueba de referencia admisible se forja no solo en los casos de secuestro o desaparición forzada del testigo directo, sino también en eventos similares.

Para lo que es de interés en torno al tema enunciado, desde la Sala de Casación de esta Corporación se ha reiterado lo siguiente:

La expresión “eventos similares”, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos

9

en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida”.

La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.³⁵ (SP 2582, 10 jul. 2019 Rad.49283).

³⁵ CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27.477. En el mismo sentido, CSJ SP, 14 dic. 2011, rad. 34.703; CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38.051; CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 34.867; CSJ AP, 22 may. 2013, rad. 41.106. A su vez, la Corte Constitucional en sentencia C-144 de 2010 al declarar la exequibilidad de la mencionada norma, luego de traer a colación la precitada decisión de esta Corporación, relievó la interpretación restrictiva que del literal “b” del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 se hizo en aquella oportunidad, al considerar lo siguiente: «Con todos estos elementos es fácil concluir que el legislador, al emplear la expresión “o evento similar”, no ha introducido una opción que abra en exceso los contornos de la facultad excepcional del juez para decretar este tipo de pruebas. En el marco de su poder de libre configuración legislativa, ha contemplado un elemento adicional que aunque por sus características no permite que su aplicación se reduzca a un

En torno a la legalidad del medio de prueba, al momento de decretarse el testimonio de Juan Pablo Pinzón Vega solicitado por el fiscal delegado, como parte de su pertinencia se indicó: *"que el acusado solicitó a Fredi Díaz la suma de 200 millones de pesos; asimismo el testigo dará cuenta de la forma como inicialmente pretendió hacerse dicho pago a través de Baraka (...)".* A su vez, al realizarse su aducción en el juicio no fue cuestionada por la defensa, como es su carga en el momento procesal correspondiente, expresando solo cuestionamientos en tal sentido en los alegatos de cierre; por manera que, resulta pertinente su valoración para corroborar o negar lo acaecido.

Ahora bien, el sistema procesal acusatorio no proscribe la prueba de referencia en su valoración, solo advierte que ella no podrá ser el fundamento exclusivo de una sentencia condenatoria (artículo 381 Ley 906 de 2004), de modo que si es prueba admisible podrá apreciarse en conjunto con otras pruebas directas y, si de esa manera el juzgador llega al convencimiento más allá de duda razonable, no le queda alternativa distinta a la de condenar. Veamos el ejercicio de valoración conjunta en este caso:

Así las cosas, para la determinación de la veracidad y modo en que surgió el compromiso de realizar el desembolso de los \$200.000.000 que debían hacerse llegar al gobernador a través de uno de sus asesores, son aspectos que, como se dijo,

simple proceso de subsunción, permite sí al juez una adecuada comprensión y aplicación. Esto es, la incorpora de modo tal en el precepto, que hace posible reconocer racionalmente otras circunstancias próximas al secuestro y a la desaparición forzada que justifiquen admitir una declaración de tal naturaleza, 96. Con base en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "o evento similar", contemplada en el art. 438 literal b) del CPP."

Q

no dependen solo de lo expuesto por el testigo, sino de los métodos de análisis probatorios, como los hechos indicadores, que permiten conocer a través del ejercicio de inferencia aspectos desconocidos.

Delimitada la calidad del testigo, se pasará a abordar el análisis de la prueba y, como punto de partida se advierte que en el entendido que a través de Baraka se manejaba la contabilidad de la OLFIS en desarrollo del Convenio N° 19 de 2014, no se halla como algo fuera de lugar que Fredi Díaz le manifestara a Juan Pablo Pinzón Vega que requería la gestión para tramitar los \$200.000.000 que constituían el compromiso económico con el gobernador.

Debe reiterarse, que la fecha para la cual sitúa Juan Pablo Pinzón el requerimiento de Fredi Díaz, coincide de manera cercana con la fecha en que se efectuó el primer desembolso por parte de la gobernación de la Guajira, en atención al Convenio N°19 de 2014.

En efecto, se demostró, sin la existencia de hipótesis alternativa razonable a la expuesta por Juan Pablo Pinzón, que del abonado celular 3173772295 de Carlos Daniel Galvis se trató de entablar comunicación con el teléfono 3015951248, cuyo titular es Juan Pablo Pinzón, para el 3 de agosto de 2015 a las 11:02:39, es decir, en una fecha igualmente cercana a la que aquel señala como el espacio de tiempo en que Fredi le hizo la solicitud. Ahora bien, las inconsistencias destacadas por la defensa en torno al número de llamadas, si bien son significativas, la explicación de que Carlos Daniel Galvis

hubiese llamado desde otro teléfono no se aprecia absurda, más si existe la certeza de estar actuando al margen de la ley, pues su cautela se hizo visible en lo manifestado en la primera llamada, cuando no fue directo sino que le refirió a Juan Pablo Pinzón que lo llamaba para lo que este ya había hablado con Fredi; a lo cual se aúna el hecho que este ya le había manifestado a Pinzón Vega que el asesor lo llamaría, sin indicar que le hubiese precisado el número telefónico de Carlos Daniel Galvis, sino que debía esperar la comunicación.

No quedó duda del vínculo de Carlos Daniel Galvis con la administración departamental, no solo de tiempo atrás sino por un contrato realizado durante el periodo de gobierno de José María Ballesteros Valdivieso.

De otra parte, la existencia de un principio de oportunidad en trámite en favor de Juan Pablo Pinzón Vega, por medio del cual se comprometía a declarar en los procesos que en razón de estos hechos se adelantaran, no deriva de manera inconcusa en una razón para dudar de la veracidad de su declaración, cuando ningún elemento es indicativo de un proceder tal, pues los cuestionamientos de la defensa a la credibilidad del testigo giraron en torno a impresiones que para la Sala no solo carecen de relevancia para menguarla, sino que los argumentos expuestos en dirección a la fiabilidad del testigo se aprecian cuando menos razonables.

En consonancia con el análisis desarrollado es necesario volver sobre el primer hecho, consistente en la reunión realizada en la casa de gobierno con la participación de Jorge

Q

Eliécer Ballesteros Bernier, Boris Corrales, Eduardo Sierra y Jairo Suárez, para el año 2014, es decir, de manera previa a la manifestación hecha por Fredi Díaz a Juan Pablo Pinzón Vega.

A este efecto, al estar probado para la Sala, de manera suficiente, la existencia de la reunión y la solicitud económica que Ballesteros Bernier hizo en nombre de su hijo José María Ballesteros Valdivieso, mediando un claro acuerdo de voluntades, frente a Boris Corrales y Eduardo Sierra, lo que se constituye en un hecho indicador que permite inferir que el compromiso que debía cumplir Fredi Díaz de hacerle llegar al entonces gobernador José María Ballesteros la suma de \$200.000.000, a través de un asesor de la administración, no rompe continuidad en el actuar claro al margen del ordenamiento jurídico, desplegado desde la reunión llevada a cabo en la casa de gobierno de la Guajira, que consistió en la solicitud económica del gobernador a través de su padre para suscribir el convenio para ejecutar el proyecto sobre el dengue, que se materializó a través del Convenio N° 19 de 2014, a pesar de conocer por diversos medios de las condiciones reales de la OLFIS que dificultaban su calidad de ejecutor único.

Concluye así la Sala que se probó más allá de duda razonable que José María Ballesteros, en su calidad de gobernador del departamento de la Guajira, en principio a través de su padre, como voz definitoria de los proyectos de la secretaría de salud de la entidad territorial, abusando de sus funciones como ordenador del gasto, solicitó dinero, partiendo de una insinuación y luego concretando un porcentaje del 10%, primero a Boris Corrales y Eduardo Sierra y luego a Fredi Díaz,

para definir el ejecutor del proyecto del dengue a través de la suscripción de respectivo convenio, que se materializó en el Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica N° 19 el 20 de octubre de 2014, entre Fredi Alexander Díaz Quijano, en su condición de representante legal de la Organización Latinoamericana para el Fomento de la Investigación en Salud -OLFIS- y José María Ballesteros Valdivieso como Gobernador de La Guajira.

Ahora, respecto al cuestionamiento hecho por la defensa, según el cual desbordaría un razonamiento lógico, el que Ballesteros Bernier rechazara el ofrecimiento de \$600.000.000, para luego aceptar solo \$200.000.000, resulta por demás un argumento débil y reduccionista, en la medida que pretende desconocer la manera en que de forma reiterada por su representado se dio cuenta de la forma en que se efectuarían las erogaciones, esto es, en la medida que la obra se fuera ejecutando.

Sobre tal premisa y retomando el análisis según el cual el cumplimiento del “compromiso” coincidiera con el tiempo en que se hizo efectivo el primer desembolso, no se deriva de ello la exclusión de un acuerdo escalonado bajo la misma dinámica; más si se tiene en cuenta que la OLFIS carecía, según el certificado de existencia y representación y de sus estados contables, como lo manifestó Mayerly Molina Martínez de una capacidad económica que le permitiera asumir compromisos de tal índole sin recurrir a los ingresos derivados del convenio, conclusión que a su vez se soporta en lo expuesto sobre el primer desembolso.

Desde esta perspectiva, para la Corte es evidente que lo recogido como prueba de cargo se ofrece suficiente para lograr el grado de conocimiento exigido más allá de toda duda razonable, en la demostración de la materialidad del hecho constitutivo del tipo penal contenido en la disposición normativa del artículo 404 del Código Penal, e igualmente la calidad de coautor de José María Ballesteros Valdivieso.

En lo que respecta a la forma de participación del acusado, el fiscal delegado lo acusó en calidad coautor, pero sin precisar la modalidad, es decir, si era propia o impropia, pero si describió la existencia de un acuerdo común, el codominio funcional del hecho y la realización de un aporte esencial para la comisión de la conducta típica.

Así las cosas, es preciso partir del hecho que José María Ballesteros en su calidad de gobernador ostentaba la función de ordenador del gasto y sin cuya voluntad no podía materializarse el convenio para ejecutar el proyecto del dengue, por manera que, aunque la intervención de su padre fuera la voz definitoria para la elección del ejecutor, nada se materializaría sin la participación del primero.

De otra parte, nótese como Ballesteros Bernier hizo el requerimiento en principio de manera plural al decir "*¿cómo vamos?*", pero después lo circunscribe a la expresión "*qué hay para el gobernador?*".

No puede desconocerse a su vez, que el entonces gobernador tuvo el conocimiento desde diversas fuentes al

igual que su padre de las condiciones de la OLFIS y su inconveniencia como ejecutor único, lo cual no fue óbice para sus propósitos al margen del ordenamiento jurídico suscribiendo el convenio, solicitando para hacerlo el pago de una suma de dinero.

En torno a esta forma de participación ha decantado la jurisprudencia de esta Corporación:

la coautoría comporta el desarrollo de un plan previamente definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado⁸⁶.

*Respecto del concurso de personas en la comisión delictiva se ha precisado que **existen diferencias entre la coautoría material propia y la impropia. La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”**; se puede deducir, ha dicho la Sala⁸⁷, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito.*

⁸⁶ Cfr. CSJ SP, 27 may. 2004. Rad. 19697 y CSJ SP, 30 may. 2002. Rad. 12384.

⁸⁷ Cfr. CSJ, SP. 22 de enero de 2014. Rad. 38725.

La Corte ha precisado que en dicha modalidad de intervención criminal rige el principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delitos. (SP 2981, 25 jul. 2018 Rad.50394, negrillas propias).

Acorde con la providencia en cita, se está ante una coautoría impropia, con la correspondiente sujeción al plan criminal y la división de trabajo para materializarlo, manteniéndose por parte de José María Ballesteros el dominio del hecho como ordenador del gasto y de quien finalmente dependía que se suscribiera el convenio, para cuyo fin se pedía a quienes actuaban en nombre de la OLFIS la entrega de dinero.

Actuar que desplegó el acusado con conocimiento, por demás cualificado por su formación jurídica; de manera voluntaria, lesionando el bien jurídico de la administración pública, teniendo la capacidad de comprender la ilicitud, y, siéndole exigible actuar conforme al ordenamiento jurídico.

⁸⁸ Cfr. CSJ SP, 2 jul. 2008, Rad. 23438.

3.PENAS A IMPONER

La determinación de la sanción penal a aplicar en el presente caso obedecerá a las leyes 599 del 2000 y 1474 de 2011. Por lo tanto, esta corporación, en atención a lo estipulado en los artículos 60 y 61 del Código Penal, La Sala procede a determinar la pena a imponer para cada delito, como se ordena en la preceptiva del ordenamiento penal en el caso de concurso de delitos.

En el presente asunto, tenemos que las conductas por las que se emite el presente fallo de condena en contra de JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO corresponden a contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación en favor de terceros y concusión en concurso heterogéneo, consagrados en los artículos 410, 397-2 y 404 del Código Penal.

Atendiendo el tenor del art. 31 del estatuto penal, deberán ser tasadas individualmente las sanciones correspondientes a cada figura punible, a efectos de tomar la de mayor gravedad como base de tasación del concurso heterogéneo, para ser aumentada hasta otro tanto, sin exceder la suma aritmética.

Establecidos los cuartos, se verificará la existencia de circunstancias de menor y mayor punibilidad, conforme lo reclama la Fiscalía frente a todas las figuras punibles por las que radicó en sede de juicio al exGobernador, aludiendo a los

numerales 1° del artículo 55 del Código Penal, y 1°, 9° y 10° del canon 58 de la misma codificación sancionatoria, que fueron objeto de acusación.

Al respecto vale señalar que en desarrollo del traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, la defensa aportó documento expedido por la Policía Nacional, en el que se certifica que el procesado no registra antecedentes penales, quedando acreditada la circunstancia de menor punibilidad que el legislador consagra en el numeral 1° del artículo 55 del Código Penal.

Seguidamente, debe analizarse si las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 1°, 9° y 10° del artículo 58 del estatuto penal, esto es, que la conducta se ejecute sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio y; obrar en coparticipación criminal, se encuentran acreditadas.

En relación con la causal primera de mayor punibilidad, vale advertir que el legislador no pretende censurar doblemente el hecho de que los delitos recaigan sobre recursos del Estado de manera general, sino específicamente sobre los de tal naturaleza que tengan una destinación específica, ameritando un mayor ámbito de protección, como lo son los destinados a

ψ

actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad, censurando con mayor severidad la afectación de los mismos.

Es decir que cuando se trate de la afectación de esta clase de recursos, no se está ante el mero hecho de afectación de bienes del Estado en su categoría genérica, sino frente a unos destinados a cumplir cometidos más caros y por tal razón, el legislador ha dispuesto una circunstancia de mayor punibilidad que dé cuenta de un mayor significativo reproche punitivo, preservando así la garantía de non bis in ídem.

Sin lugar a discusión, ante esta categoría de recursos nos encontramos cuando, como en el caso que nos ocupa, han sido destinados para actividades de ciencia y tecnología, que pretendan el adelantamiento de programas de investigación que buscan la reducción del dengue, entendido este como un problema de salud pública del departamento de La Guajira, con el que se pretende la satisfacción de la necesidad básica de la salud de la población y a la reducción de los índices de mortalidad de la misma.

En lo referente a la circunstancia alusiva a la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, la Sala de Casación Penal ha definido que la mera calidad de servidor público no conduce obligatoriamente a su existencia.

No obstante, en el presente asunto no genera discusión la comprobada calidad de Gobernador del departamento de La Guajira, la cual otorga al sentenciado una posición distinguida en la sociedad, sumándose a ello el poder que el ejercicio de tal cargo le confiere, al punto que dirigió el proceso que dio lugar a la suscripción del Convenio de cooperación 019 de 2014, por el que está siendo condenado, adjudicándolo a la organización OLFIS y el desmedro de importantes recursos públicos.

En nada incide que algunos de los que han ostentado dicha dignidad, se encuentren bajo investigación de las autoridades judiciales e incluso condenados por delitos cometidos en el ejercicio del mismo, pues ello no disminuye las funciones y deberes que se asumen quienes deciden voluntariamente ocupar el cargo de primera autoridad departamental, ni el poder político que el cargo conlleva, ni el control presupuestal que debe asumir y, por el contrario, genera mayores expectativas de la comunidad, esperanzada en que este nuevo mandatario, conocedor de las situaciones generadas por sus antecesores, asuma el compromiso de comportarse acorde con sus deberes, como lo jura al momento de asumir ese destacado cargo.

Debe resaltarse igualmente, la ilustración que proviene de su calidad de abogado especializado en hacienda pública, circunstancias todas estas acreditadas en el proceso, incluso por vía de estipulación probatoria.

4

Finalmente, en lo atinente a la causal de mayor punibilidad consagrada en el numeral 10 del artículo 58, está demostrada en el proceso que para la comisión de los punibles que son objeto de acusación, el doctor BALLESTEROS VALDIVIESO contó con la participación de otras personas, entre los que se cuentan algunos de sus secretarios de despacho, que contribuyeron en la celebración del convenio, como otros coautores que se beneficiaron de los dineros públicos erogados a través del gobernador, algunos de ellos investigados por estos mismos hechos.

Atendiendo la concurrencia de circunstancias de menor y mayor punibilidad que fueron reconocidas en la sentencia condenatoria, habremos de concluir, a la luz del inciso segundo del artículo 61 ejusdem, que la pena deberá ser tasada en los cuartos medios.

Una vez establecido que la pena habrá de ubicarse en los cuartos medios, se impondrá la pena en concreto, ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, a voces del inciso 3° del artículo 63 sustantivo penal.

Sobre este particular, en lo referente a la gravedad de la conducta, se alude a un plus comportamental que entrañe un

reproche de mayor entidad en cuanto la afectación generada al bien jurídico, desbordando la gravedad misma que el legislador consagra en la norma sancionatoria. Dicho agregado conductual debe avanzar más allá de las circunstancias genéricas o específicas tenidas en cuenta en el caso en concreto, aumentando así la intensidad del injusto.

Respecto al daño real generado con los delitos alude a la extensión del perjuicio generado, pudiendo abarcar un grupo significativo de personas.

En lo referente a las circunstancias que agravan la punibilidad, estas emergen del hecho que los delitos sancionados recayeron sobre recursos destinados específicamente a la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad. En cuanto a la posición distinguida del procesado en la sociedad y la coparticipación criminal, encuentra su fundamento en que los comportamientos censurados fueron realizados valiéndose de su condición de gobernador, contando con la contribución de varios servidores públicos que facilitaron la celebración del convenio y de algunos particulares que se beneficiaron de los recursos estatales.

En cuanto a la intensidad del dolo, se refiere a un nivel de imputación que rebase el estudiado al momento del juicio de adecuación de la conducta, del cual se concluya que el grado de culpabilidad acreditado excede del exigido para la realización de los reatos objeto de sanción.

Del análisis del caso en concreto, no se advierten situaciones que conduzcan a concluir que las conductas punibles hayan sido realizadas desbordando los parámetros de gravedad, daño creado, ni dolo, propios del juicio que efectuó el legislador al momento de la consagración normativa que recogen dichos comportamientos.

Para el presente caso, se partirá del mínimo de sanción imponible dentro de los cuartos medios, tornándose innecesario su incremento, pues las circunstancias de mayor punibilidad aplicadas en la condena que se imparte, y que dan lugar a ubicar la pena en este ámbito, recogen los presupuestos que el legislador ha dispuesto en el inciso acabado de citar.

Sobre el particular, la Sala pone de relieve que estas mismas circunstancias constituyen los presupuestos fácticos que dieron lugar a la concurrencia de las causales de mayor punibilidad tenidas en cuenta en el presente fallo⁸⁹, por lo que el incremento del límite inferior del cuarto seleccionado de la pena mínima conlleva una doble o múltiple valoración.

Respecto del principio de *non bis in idem*, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que comprende varias hipótesis:

⁸⁹ CSJ SP 9225-2014, Rad 37462, 16 de julio de 2014.

Q

Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in idem material.*

Finamente, es preciso señalar que con los montos punitivos demarcados en el mínimo de los cuartos medios ya reseñados, además de acatar el principio de legalidad, se satisfacen los fines de la pena de prevención general, retribución justa y reinserción social.

- Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros

El artículo 397 del código penal describe esta figura punible en los siguientes términos:

"El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado. (Negrilla fuera de texto original)

Atendiendo el monto del peculado que ha sido objeto de decisión condenatoria, superior a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, se ubica el comportamiento del ex Gobernador en el inciso segundo, por lo que, partiendo del tipo básico, la pena será de prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, aumentada hasta en la mitad.



Por virtud del inciso 2° del artículo 60 de la misma codificación, cuando la pena se aumenta hasta en una proporción determinada, esta se aplicará al máximo de la infracción básica, por lo que la pena será de prisión de noventa y seis (96) a cuatrocientos cinco meses (405) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a cuatrocientos cinco meses (405) meses.

La diferencia entre los extremos punitivos demarca el ámbito de movilidad correspondiendo a 309 meses de prisión y de inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas, en tanto que la multa no sufre alteración, por cuanto la regla fijada por el legislador para este delito la ata al monto de lo apropiado, sin superar el límite máximo de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme con la prohibición consagrada en el numeral 1° del artículo 39 sustantivo penal.

Al dividir esta cifra en cuatro, podemos determinar el ámbito de movilidad, el cual corresponderá a 77,25 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Penas	1° Cuarto	2° Cuarto	3° Cuarto	Cuarto Máximo
Prisión	96 a 173,25 meses	173,26 a 250,5 meses	250,6 a 327,75 meses	327,76 a 405 meses
Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas	96 a 173,25 meses	173,26 a 250,5 meses	250,6 a 327,75 meses	327,76 a 405 meses

En este orden, la pena en concreto se ubicará en los cuartos medios, es decir entre 173,26 meses y 250,6 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, atendiendo la concurrencia de circunstancias de atenuación y agravación punitiva, pues la multa asciende al monto de lo apropiado, esto es a cuatrocientos setenta y un millones ochenta y dos mil novecientos siete pesos (\$ 471'082.907).

Así las cosas, la pena que se impondrá para el delito de peculado por apropiación corresponderá a 173 meses 8 días de prisión, multa de cuatrocientos setenta y un millones ochenta y dos mil novecientos siete pesos (\$ 471'082.907), suma a la que asciende el valor de lo apropiado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 173 meses 8 días.

Q

- Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La sanción penal básica contemplada para este delito por el artículo 410 del código penal corresponde a prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

La diferencia entre los extremos punitivos nos permite determinar que el ámbito de movilidad corresponde a 152 meses de prisión, 233.34 salarios mínimos vigentes de multa y 136 meses de inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas.

Divididos estos guarismos en cuatro, podemos establecer el ámbito de movilidad, el cual corresponderá a 38 meses de prisión, 58.335 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, y 34 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Penas	1° cuarto	2° cuarto	3° cuarto	Cuarto máximo
Prisión	64 a 102 meses.	102 meses y 1 día a 140 meses.	140 meses y 1 día a 178 meses.	178 meses y 1 día a 216 meses.

Multa	66,6 a 124,995 s.m.l.m.v.	124,996 a 183,33 s.m.l.m.v.	183,331 a 241,665 s.m.l.m.v.	241,666 a 300 s.m.l.m.v.
Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas	80 a 114 meses.	114 meses a 1 día a 148 meses.	148 meses y 1 día a 182 meses.	182 meses y 1 día a 216 meses.

Así las cosas, la pena en concreto se ubicará en los cuartos medios, es decir entre 102 meses 1 día y 178 meses de prisión, multa de 124,996 y 241,665 s.m.l.m.v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 114 y 182, en razón de la concurrencia de circunstancias de atenuación y agravación punitiva.

Una vez establecido que la pena habrá de ubicarse en los cuartos medios, se impondrá la pena en concreto, ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, a voces del inciso 3° del artículo 63 sustantivo penal.

Teniendo en cuenta las mismas argumentaciones expresadas en el análisis de punibilidad del delito de peculado por apropiación, se impondrán las penas mínimas del primer cuarto medio, es decir, 102 meses 1 día de prisión, multa de

4

124,996 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 114 meses 1 día.

Del delito de concusión

La conducta prevista en el artículo 404 del Código Penal contempla las penas principales de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses de prisión, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

La diferencia entre los extremos punitivos nos permite determinar que el ámbito de movilidad corresponde a 84 meses de prisión, 83.34 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 64 meses de inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas.

Divididos estos guarismos en cuatro, podemos establecer el ámbito de movilidad, el cual corresponderá a 21 meses de prisión, 20.835 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, y 16 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4

Penas	1° cuarto	2° cuarto	3° cuarto	Cuarto máximo
Prisión	96 a 117 meses.	117 meses y 1 día a 138 meses.	138 meses y 1 día a 159 meses.	159 meses y 1 día a 180 meses.
Multa	66,6 a 87,495 s.m.l.m.v.	87,496 a 108,33 s.m.l.m.v.	108,34 a 129,665 s.m.l.m.v.	129,166 a 150 s.m.l.m.v.
Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas	80 a 96 meses.	96 meses 1 día a 112 meses.	112 meses 1 día a 128 meses.	128 meses y 1 día a 144 meses.

Así las cosas, la pena en concreto se ubicará en los cuartos medios, es decir entre 117 meses 1 día y 159 meses de prisión, multa de 87,496 y 129,665 s.m.l.m.v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 96 y 128 meses, en razón de la concurrencia de circunstancias de atenuación y agravación punitiva.

Una vez establecido que la pena habrá de ubicarse en los cuartos medios, se impondrá en concreto, ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, a voces del inciso 3° del artículo 63 sustantivo penal.

Q

Teniendo en cuenta las mismas argumentaciones expresadas en el análisis de punibilidad de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se impondrán las penas mínimas del primer cuarto medio, es decir, 117 meses 1 día de prisión, multa de 87,496 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 96 meses 1 día.

Concurso de conductas punibles

Atendiendo el tenor del art. 31 del estatuto penal, deberán ser tasadas individualmente las sanciones correspondientes a cada figura punible, a efectos de tomar la de mayor gravedad como base de tasación del concurso heterogéneo, para ser aumentada hasta otro tanto, sin exceder la suma aritmética.

De la tasación concreta que se ha efectuado en precedencia, queda claramente establecido que la pena de mayor entidad corresponde a la del peculado por apropiación, fijada en 173 meses 8 días de prisión, multa de cuatrocientos setenta y un millones ochenta y dos mil novecientos siete pesos (\$ 471'082.907), suma a la que asciende el valor de lo apropiado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 173 meses 8 días.

Habida cuenta de que se emitió condena por los delitos de, peculado por apropiación en favor de terceros, contrato sin

4

cumplimiento de requisitos legales y concusión, cometidos en concurso heterogéneo, se sumarán por cada uno de estos dos últimos, cuatro (4) meses de prisión, por lo que el monto de la sanción a imponer será de 181,26 meses de prisión, es decir, 181 meses 8 días de prisión.

Para el computo de la sanción a imponer respecto de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplicará la misma proporción.

Para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los cuatro (4) meses de prisión equivalen a 3,92 % de la pena mínima señalada para el primer cuarto medio seleccionado, es decir de 114,003, por lo que el monto que aporta al concurso es de 4,46 meses.

Para los mismos efectos, pero respecto del delito de concusión, se aplicará una proporción de 4,16% de la pena de mínima señalada para el primer cuarto medio seleccionado para este punible, es decir 96.03, por lo que el monto que aporta al concurso es de 3,99 meses, que sumados junto con 4,46 meses del contrato sin cumplimiento de requisitos legales a los 173,26 meses irrogados por el delito de peculado por apropiación ascienden a 181.71 meses, esto es, 181 meses 21 días.

En cuanto a la pena de multa, de acuerdo con el artículo 39 numeral 4° del código penal, en caso de concurso, las

multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, por lo que, partiendo de la suma de cuatrocientos setenta y un millones ochenta y dos mil novecientos siete pesos (\$ 471.082.907) correspondiente al peculado, se adicionarán 124,996 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el contrato sin cumplimiento de requisitos legales y 87,496 por el delito de concusión, como quiera que para la época de los hechos el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a seiscientos dieciséis mil pesos \$ 616.000 pesos, corresponderá entonces aumentar la pena de multa en por tanto a \$ 130.895.072,00, que sumados a la multa del peculado determinan una pena de multa total de seiscientos un millones novecientos setenta y siete mil novecientos setenta y nueve pesos (\$ 601.977.979).

A lo anterior se agrega la imposición de la sanción intemporal establecida en el artículo 122 de la Constitución Política, que señala:

"Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior".

Q

Se irrogará esta sanción, en razón a que la conducta de peculado por la cual se condena a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO afectó el patrimonio del estado.

De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad:

Dado que la pena por imponer supera los 3 años de prisión, el acusado no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena al tenor de lo dispuesto por el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, norma aplicable por favorabilidad, en razón a que la modificación acuñada por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, hizo algunos cambios que perjudican al procesado.

En cuanto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión consagrada en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 original, aplicable por favorabilidad frente a la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, resulta imposible su concesión porque los delitos por los cuales el procesado será condenado están excluidos de ella por virtud del numeral 2 de este precepto.

Así mismo, de conformidad con el inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal; la prisión domiciliaria tampoco le será concedida al acusado debido a que no concurre el requisito objetivo, esto es, que la sanción se imponga por una conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5)



años de prisión o menos, y en este caso, los delitos por los cuales será condenado traen como sanción la prisión de no menos de 6 años.

En consecuencia, purgará la pena privativa de la libertad intramuros en el establecimiento carcelario en donde se encuentra recluso o en el que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, disponga.

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. - DECLARAR penalmente responsable a **JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO**, de condiciones personales y civiles consignadas en esta providencia, como **coautor** de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación en favor de terceros y concusión cometidos en concurso heterogéneo sucesivo, por los cuales fue convocado a juicio, y en razón a los argumentos expuestos en esta sentencia.

Segundo. - Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a **JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO** a

Q

ciento ochenta y un (181) meses y ocho (8) días de prisión, novecientos setenta y siete punto veintitrés (977.23) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y ciento ochenta y un (181) meses y veintiún (21) días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como la pena de inhabilitación intemporal de derechos y funciones públicas a que se refiere el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política

La pena de multa deberá consignarse a nombre del Consejo Superior de la Judicatura según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

Tercero. - NEGAR al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. - COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para el recaudo de la multa acompañante impuesta.

Quinto. - RECONOCER al condenado como parte de la pena de prisión fijada, el tiempo que ha permanecido privado de la libertad debido a este proceso.

Sexto. - LIBRAR las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, conforme lo normado en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004.

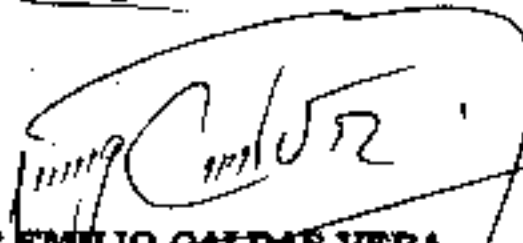
Q

Séptimo. - Ejecutoriada la presente sentencia, **REMITIR** la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Reparto que corresponda, para lo de su competencia. De igual manera comuníquese esta decisión al sitio de reclusión donde se encuentra el condenado.

Contra este fallo procede el recurso de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 186 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 001 de 2018.

Cóplese, notifíquese y cúmplase.


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado