

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente**

**JAVIER ZAPATA ORTIZ**

**Aprobado Acta: 247.**

**Bogotá, D. C, cuatro (4) de julio de dos mil doce (2012).**

**DECISIÓN**

Resuelve la Sala el recurso de casación, interpuesto por el defensor de REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, contra el fallo proferido por el Tribunal de San Juan de Pasto[1], el cual confirmó la sentencia adoptada por el Juzgado Penal del Circuito de Mocoa (Putumayo), que la condenó a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y multa de \$2'839.900, como autora responsable del delito de peculado por apropiación.

## H E C H O S

1. El 9 de enero de 2001, el “Gobernador del Departamento del Putumayo”, mediante Decreto 00009 nombró en el cargo de Directora del Departamento Administrativo de Salud del Putumayo “DASALUD” a la médica y aquí procesada REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, quien se posesionó en la misma fecha.

2. En el ejercicio de sus funciones la doctora MUÑOZ CERÓN, suscribió la orden de servicios profesionales No. 001, con el abogado Hermes Libardo Hernández Burbano, por el término de dos meses, contados a partir del 2 de enero de 2002, bajo el siguiente concepto:

... constituirse como apoderado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, Juzgados, Fiscalías, Contralorías, representar al Departamento Administrativo de Salud Putumayo, asumir e intervenir en las demandas de reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho, intervenir en procesos que cursen en Fiscalías y Juzgados en donde fuere demandada la Institución o el Representante legal por asuntos del servicio. Además prestar asesoría especializada en aspectos penales administrativos de contratación y responsabilidad médica en lo que el profesional se caracteriza por su especialidad[2].

3. El 11 de febrero siguiente, el referido asesor externo Hermes Libardo Hernández Burbano, le solicitó a la inculpada REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, respaldo económico de DASALUD y autorización para trasladarse a otra ciudad colombiana, con el fin de realizar un curso de actualización; permiso académico que fue concedido por la aludida directora al abogado “para asistir a un Seminario sobre la Ley 715 de 2001 en la ciudad de Medellín, a partir del 12 al 16 de febrero de 2002.[3]”

4. Se anexó a la actuación el comprobante de pago número 10839[4], a nombre de Hermes Libardo Hernández Burbano[5]; dinero que fue consignado a la cuenta personal de este litigante con el cheque 10924968 del Banco Popular, por la suma de \$2'149.900, dejándose expresa constancia sobre el caso:

Avance constituido para gastos de alimentación, alojamiento y transporte en el desplazamiento a la ciudad de Medellín por espacio de 5 días contados a partir del 13 de febrero/02, con el fin de asistir al seminario taller sobre... Modificación Ley 60/93... Alimentación y alojamiento 847.100.00. Transporte 752.800.00. Inscripción Seminario 550.000.00. VALOR TOTAL AVANCE: 2.149.900.00[6].

5. La capacitación consistió en estudiar la Ley 715 de 2002, que modificó las Leyes 643 de 2001 y 60 de 1993, en donde se abordaron temas de competencias, distribuciones y asignaciones de recursos destinados a los Entes Territoriales.

6. El 23 de febrero de 2002, el abogado Hermes Libardo Hernández Burbano, presentó soportes de viaje, guía de actividades académicas, certificado de asistencia e informe del seminario al que asistió.

7. Meses después, la Procuraduría Regional del Putumayo, mediante oficio 156 de 24 de mayo de 2002, remitió copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, del expediente disciplinario iniciado contra la Directora de la entidad Estatal DASALUD, doctora REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, a fin de estudiar la viabilidad de iniciar investigación penal por los mismos hechos disciplinados por el ente de control, en punto de las irregularidades sancionadas, las cuales se originaron, por la comisión de estudios de cinco días otorgada al profesional del derecho Hermes Libardo Hernández Burbano, para asistir al seminario señalado.

## ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 30 de mayo de 2006, la Fiscalía 38 Seccional, de San Miguel Agreda de Mocoa, precluyó la instrucción a favor de la procesada por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, disciplinado en el artículo 399 de la Ley 599 de 2000, en tanto, su comportamiento-según la funcionaria instructora-, no se ajustaba a la descripción normativa del tipo penal en comento, pues las razones que tuvo la hoy ex directora de DASALUD, se consolidaron en “la necesidad de capacitar en interpretación y aplicación de la Ley 715 de 2002 a un profesional del derecho por ser el más idóneo para ello, profesional que además no contaba en su planta de personal la entidad DASALUD Putumayo, no se encuentra demostrado dentro de la investigación que con tal aplicación oficial diferente del dinero del estado se haya afectado la inversión social y/o los Intereses (sic) económicos de los servidores públicos.[7]”

2. El 13 de mayo de 2008, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Pasto, revocó la anterior decisión y, en su lugar, dictó resolución de acusación contra REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, por el punible de peculado por apropiación[8], con base en el recurso de apelación presentado por el Procurador 286 Judicial I Penal.

Indicó el instructor que contrario a lo sostenido en la primera instancia, en el caso de estudio el verbo “apropiar” implícito en el punible de peculado por apropiación[9], se acoplaba en un todo a la acción ilegal realizada por la médica en su calidad de Directora del ente estatal denominado

DASALUD, quien actuó en provecho de un tercero (abogado) y en detrimento del patrimonio público.

Así mismo, agregó que el letrado para el 14 de febrero de 2002, no estaba vinculado con la entidad, motivo por el cual era irregular y censurable beneficiarlo con viáticos y gastos de un viaje bajo el pretexto de un particular y plausible interés estatal de la mano de unos conocimientos especializados para mejorar y desarrollar la gestión administrativa; cuando es bien sabido, que la capacitación de profesionales externos jamás es carga del Estado.

3. El 6 de septiembre de 2010, el Juzgado Penal del Circuito de Mocoa (Putumayo), condenó en calidad de autora a REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa de \$2'839.900 smlmv, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la sanción privativa de la libertad, por el delito de peculado por apropiación consagrado en el artículo 397, inciso 3º del Código Penal; igualmente, le concedió el subrogado de la prisión domiciliaria.

4. El 15 de septiembre de 2011, el Tribunal de San Juan de Pasto, confirmó la decisión recurrida tanto por la defensa técnica como por la material.

5. El mismo sujeto procesal inconforme con la providencia de segundo grado, la impugnó y, a su turno, motivó el recurso de casación; el cual resuelve la Sala.

D E M A N D A

El profesional de derecho nombrado por la inculpada REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, bajo la égida del anterior Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, artículo 207, atacó la sentencia condenatoria expedido por el Juez Colegiado, en dos sentidos.

Primer cargo: violación de una norma de derecho sustancial.

El memorialista se refirió a los hechos ilícitos por los que fue condenada su prohijada, asumiendo-ya en la demostración de la censura-que la orden de viáticos “no fue de manera alguna gratuita”, pues se basó en un contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre las partes: su defendida y el abogado, acorde con una cláusula que le daba vía libre a actuar de la forma como se hizo y, en donde, se le debía reconocer al togado transporte, alimentación y alojamiento, previa autorización de DASALUD, por tanto, dedujo que dicha orden de servicios tenía sustento legal, “lo que significa que jamás fue una graciosa concesión de la Dra. Cerón Muñoz”, incluso, porque “los viáticos permanentes constituyen salario”, con base en el artículo 130, 1º del Código Sustantivo del Trabajo.

En opinión del abogado, la norma referida, fue vulnerada por las instancias, porque no se tuvieron en cuenta los viáticos como salarios, por cuanto tales privilegios fueron expresamente prohibidos en el contrato firmado entre directora y abogado, sin embargo, citó el recurrente un aparte del mismo documento laboral, que explica la barrera que tenía la funcionaria para otorgar esta clase de autorizaciones, en lo que se denominó “EXENCIÓN DEL PAGO DE PRESTACIONES”.

Cuando el Tribunal expuso en la sentencia condenatoria que el abogado Hermes Libardo Hernández Burbano, por su calidad de particular, no tenía derecho a recibir esa clase de beneficios, a su turno, el impugnante, rechazó tal afirmación sobre la base que él era un servidor público[10] con todos los derechos y obligaciones a ellos debidas, como bien lo tiene establecido la jurisprudencia y la ley: “los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”; son considerados como tales, pues su prohijado, debía desempeñar funciones de carácter oficial en defensa del Departamento del Putumayo; máximo si el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta, el 11 de octubre de 1986, sostuvo “los empleados vinculados regularmente a la administración”, podrán ser comisionados para estudios de capacitación.

La autorización que su prohijada le dio al abogado externo, no fue “un acto de voluntad y de gobierno de mi representada”, pues el recurrente, contrario a lo manifestado en el aludido fallo, no percibe ningún elemento del delito, máximo si se tiene presente que, la comisión otorgada al profesional del derecho, “fue adoptada por un comité colegiado” y, por otro lado, DASALUD no sufrió ningún menoscabo, en el entendido que el letrado “vertió sus conocimientos en beneficio de la entidad contratante” y los multiplicó con los empleados de la misma.

A renglón seguido, reprodujo el artículo 33 de la Ley 734 de 2002, sobre los derechos del servidor público, preponderando el hecho que debía recibir puntualmente la remuneración fijada para el respectivo cargo y “recibir capacitación para el mejor desempeño de sus funciones”.

Concluyó este primer embate, anunciando que los viáticos cancelados para el seminario al que asistió el abogado Hermes Libardo Hernández Burbano, deben ser considerados como salario y jamás como prestación social; por tanto, petitionó, casar la sentencia recurrida para en su lugar absolver a su prohijada.

Segundo cargo.

En el mismo sentido que el anterior ataque,-no seleccionó ninguno expresamente, como era su obligación-indicó el memorialista que el fallo expedido por el Tribunal era violatorio de una norma sustancial, con base en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000.

Acto seguido, enunció que su mandante REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, reintegró a DASALUD, antes de proferirse el fallo de segunda instancia, el valor de la cantidad de dinero apropiada, a fin de que se le reconociera la rebaja establecida en el artículo 401, inciso, 2º de la Ley 599 de 2000; situación que tuvo presente el Tribunal de Pasto en la parte motiva pero no lo declaró en la resolutive; violándose, de contera, el derecho alegado.

Por otro lado, el recurrente, sustentó su pretensión, transcribiendo grandes apartes de dos decisiones proferidas por esta Sala, donde se trató el tema en cuestión; sin embargo, jamás realizó algún aporte adicional, ni hizo el menor esfuerzo argumentativo para sustentar y demostrar su exigencia extraordinaria, pues la rebaja peticionada, la encaminó de manera ligera y genérica en busca de la concesión de la condena de ejecución condicional, por encontrarse en el proceso-según dijo-acreditados todos los presupuestos para tal efecto.

## MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, después de realizar un resumen de los hechos, de la actuación procesal relevante, de la demanda y luego de exponer sus argumentos, le sugirió a la Sala:

... que desestime el Primer Cargo... y que CASE parcialmente la sentencia objeto de impugnación con fundamento en el Segundo Cargo formulado, y en consecuencia proceda a disminuir la pena impuesta a REINA ÁNGELA MÚÑOZ CERÓN[11].

a) Concepto del representante de la sociedad en punto de la primera censura.

Sostuvo que el comportamiento de la hoy condenada tiene que ver con la calidad de servidor público o no del contratista y abogado Hermes Libardo Hernández Burbano, para determinar si se hacía acreedor al reconocimiento de viáticos, con base en la normatividad punitiva actual; discriminado el legislador en el conglomerado de injustos típicos qué personas actúan como tales y cuáles adolecen de esa facultad funcional destinada para aquellos actos antijurídicos, cuando se infringe la norma, cuyo bien jurídico protegido es la administración pública, disciplinados en el Decreto 100 de 1980, razón por la cual, el Delegado transcribió los artículos 123 de la Constitución Nacional, el 20 de la Ley 599 de 2000 y el 63 del anterior Código Penal.

Agregó, que el concepto de servidor público es un ingrediente normativo de aquellos tipos penales que identifican a los sujetos activos de tales comportamientos ilegales; debiéndose determinar de manera exacta, en cuáles situaciones un particular desempeña funciones públicas y cuando no, como lo enseña el precepto 56 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Contratación Pública).

Para el representante de la sociedad, es importante dilucidar la clase de “función pública”, en la que los particulares intervienen, a fin de atribuirles un determinado comportamiento punitivo y, si sus actos, pueden constituir una extensión del significado de servidor público, en punto del delito de “celebración indebida de contratos (sic)”.

La discusión, según dijo, no es pacífica, pues en ambos sentidos existen tratadistas que avalan posturas contrarias; sin embargo, la única acertada y aplicable al asunto es el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, en donde el contratista, interventor, asesor y consultor se asimilan al concepto de particulares que ejercen funciones públicas, “solamente en relación con los tipos penales de celebración indebida de contratos (sic)”, porque consulta la voluntad del legislador, según la exposición de motivos y la responsabilidad contractual traídos en el proyecto de Ley 80 de 1993, artículos 48 y 49.

Siendo ello así, a los “contratistas” se les extendió su compromiso penal en punto de su participación dolosa en el trámite contractual, los cuales se circunscriben “a las tres especies delictivas de celebración indebida de contratos (sic)”, cuya finalidad se logró en los proyectos respectivos presentados tanto en la Cámara como en el Senado de Colombia; por tal razón ellos pueden ser considerados como autores materiales, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 100 de 1980, artículo 23 y en la Ley 599 de 2000, “únicamente de los tipos penales de celebración indebida de contratos (sic)”: ese fue el propósito legislativo en ambas normatividades instrumentales, pues a los contratistas, interventores, consultores y asesores externos no se les muda en servidores públicos, sino que se les confiere una función pública que deben cumplir.

Luego, se refirió a los conceptos de función, administración y servidor público, para concluir que “cuando se asigne a un particular el cumplimiento de una función pública, y éste adquiera la condición de sujeto cualificado al ampliar su capacidad jurídica, no por ello deja de ser particular”[12]; acto seguido, apoyó su tesis en decisiones constitucionales, en el entendido que no se transfieren funciones a los contratistas, más bien, se persigue la ejecución del objeto convenido, excepto, cuando la labor encomendada supera la simple ejecución material de una prestación específica y se equipara a funciones propias del poder público.

Una vez, ubicado el Procurador Segundo Delegado ante la Corte, en el caso de la especie, informó que el contrato de prestación de servicios suscrito entre el abogado y la procesada, no tenía asignada ninguna función pública, “en la medida en que, si bien tenía el encargo de realizar una prestación de importancia para la Entidad, la mismo no implicaba ninguna utilidad pública o esencial como para considerarse como propia de uno de los fines esenciales del Estado.[13]”; por tanto, bajo el cedazo de esa efímera, frágil y precaria argumentación, conceptúo el representante de la sociedad, que la censura no podía prosperar.

b) Concepto del Procurador sobre el segundo cargo.

Sostuvo, salvándose los yerros que contiene el cargo, que le asistía razón al demandante porque no se reconoció a su asistida, la rebaja punitiva prevista en la Ley 599 de 2000, artículo 401, inciso, 2º, por el reintegro total del dinero irregularmente destinado para asegurar los viáticos del abogado contratista, por ello, insta a la Sala, para que case parcialmente la decisión recurrida “y en consecuencia proceda a disminuir la pena impuesta” a la procesada.

## CONSIDERACIONES

1. La Corte advierte que al haber sido admitida la demanda de casación en lo atinente a los cargos elevados, superó los múltiples, exacerbados y complejos defectos lógico argumentativos exhibidos en ella, con el exclusivo propósito de analizar a fondo las posibles violaciones a las garantías fundamentales materializadas en las instancias, sin que lo precedente (casar el fallo por ejemplo), irremediablemente desencadene en su declaratoria, máxime si se constata todo lo contrario; es decir, que no se presentó ninguna afrenta o vulneración de entidad trascendente establecida por la ley y desarrollada por la jurisprudencia.

2. Como metodología, la Sala abordará el estudio del libelo, a fin de determinar si le asiste o no razón al jurista; para ello, es preciso indicar que se hará el resumen de la sentencia condenatoria, para luego cotejar sus contenidos con el conglomerado probatorio, la demanda y el concepto traído por el Procurador, a fin de equilibrar la justeza de la decisión que en derecho corresponda.

3. El Tribunal Superior de San Juan de Pasto, indicó que el delito por el que se procesó a la inculpada no requiere de algún elemento subjetivo especial, por tanto, la comisión de servicios- junto con los viáticos-, ordenada a favor del abogado, eran erogaciones prohibidas por ley, teniendo en cuenta que, él no gozaba de la calidad de servidor público; siendo evidente para la magistratura que el dolo se articula con la apropiación del capital, más no por la finalidad con la que se ejecuta el acto ilegal[14]; por tanto, el Juez Plural, sostuvo que la inculpada se apropió a favor de terceros de recursos estatales, sin importar si la entidad recibió o no algún beneficio por tal concepto, “pues lo importante aquí es que Hernández recibió el pago sobre unos conceptos que no tenía derecho.[15]”

Tampoco fue de recibo para esa magistratura, el que hubiese alegado la acriminada, desconocer tales detalles jurídicos, porque ella estuvo al tanto de los términos del contrato de prestación de servicios profesionales que suscribió con el abogado; lo cual, también es cuestionable, frente a su compromiso con la entidad de generar un plan de austeridad del gasto, como lo dispuso en la Resolución 228 de 2001 y, de haber demostrado con la exhibición de su hoja de vida, ser especialista en Gerencia de Seguridad Social en Salud, descartándose de paso, la pretendida ausencia de idoneidad en el ejercicio de sus funciones.

#### 4. Reflexiones de la Sala.

4.1. Los argumentos presentados por el demandante en la primera censura para lograr la absolución en sede extraordinaria de su prohijada, fueron producto de sus percepciones subjetivas, forjadas contra las valoraciones plasmadas por la instancia superior, relegando de tajo los contenidos incriminatorios, por ejemplo, cuando sostuvo la judicatura que el abogado contratado por la directora no podía considerarse como servidor público, por la naturaleza, objeto y ejecución del contrato, ante esto, el recurrente afirmó que sí tenía esa calidad y, por tanto, la funcionaria REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, no estaba incurso en ninguna conducta típica, antijurídica y culpable.

Igualmente, adujo que los elementos del delito por el que se la condenó, no se acoplaban al caso, porque la comisión de estudios le fue otorgada al jurista por un “comité técnico”, sin embargo, el recurrente ignoró por completo la orden de prestación de servicios No. 001 suscrita entre el Departamento Administrativo de Salud Putumayo, representado por su directora REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, en donde jamás se hizo alusión al asunto tratado; por otro lado, en la indagatoria, ella mencionó que conformó un “comité técnico” para tratar estos temas, con los funcionarios Carlos Ramírez, María Helena Pabón, Manuel Mora y Julián Paredes, sin que corrobore de manera expresa lo asegurado por el togado.

En la misma línea, es inexplicable para la Sala, lo pretendido por el demandante cuando petitionó la absolución de REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, porque en la decisión participaron varios directivos al mando de la procesada, lo cual, es inaudito, en tanto, intenta atribuirle a otros la responsabilidad penal, cuando se tiene plena certeza que fue precisamente ella quien ordenó la comisión de estudio sobre la Ley 715 de 2001, para ser cumplida por el abogado Hermes Libardo Hernández.

En lo que respecta a los contenidos normativos traídos por el recurrente en el libelo, en punto del Código Sustantivo del Trabajo, ellos no pasan de ser sino argumentos de instancia sin ninguna connotación extraordinaria por la indisciplina en su formación, pues fueron contruidos vulnerándose el postulado de la lógica de no contradicción, por cuanto, si se afirma como indicó el libelista que los viáticos “permanentes” constituyen salario, no se entiende, como una orden de servicios profesionales pactada por dos meses, bajo cuyo amparo se comisionó para estudiar, por una sola vez, pueda ser considerada “permanente”.

De la misma forma, se presenta su alegato contradictorio y confuso al decir que el Consejo de Estado sostuvo que los empleados vinculados “regularmente” a la administración podrían ser comisionados para estudios de capacitación, sin trabajar, como era su deber, el concepto “regularmente”, cuyo significado trae consigo lo habitual, aquello que es frecuente y ordinario, desde luego, noción ausente sobre una única orden de estudios, como en el caso de estudio.

4.2. En este primer ataque, el Procurador exclusivamente trató el tema relativo a los servidores públicos, obviando aquellos otros contenidos en la demanda y para rematar proveyó su concepto, dejando todo al vaivén jurídico, tras un escrito generado para un injusto diverso al aquí juzgado, como varias veces lo anunció en punto de la “celebración indebida de contratos”, más no, como debió ser su cometido, frente al peculado por apropiación, así se palpen algunos supuestos dogmáticos, la concreción de las temáticas en examen, difieren sustancialmente entre una y otra.

En conclusión, para el referido ente de control, el abogado externo Libardo Hernández Burbano, no podía ser considerado servidor público, porque sus quehaceres laborales contratados por la Directora del Departamento Administrativo de Salud del Putumayo, aquí procesada, no eran propios del servicio de la función pública, como para imprimirles ese carácter esencial y básico para la entidad Estatal DASALUD.

4.3. La cláusula primera de la orden de prestación de servicios signada por la inculpada y el letrado, tuvo como objeto:

... prestar sus servicios profesionales en calidad de Abogado Apoderado dando cumplimiento a las siguientes tareas: constituirse como apoderado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, Juzgados, Fiscalías, Contralorías, representar al Departamento Administrativo de Salud del Putumayo, asumir e intervenir en las demandas de reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho, intervenir en los procesos que cursen en las Fiscalías y Juzgados en donde fuere demandada la institución o el Representante legal por asuntos del servicio. Además prestar asesoría especializada en aspectos penales administrativos de contratación y responsabilidad médica en lo que el profesional se caracteriza por su especialidad[16].

El término de ejecución del contrato se pactó en 60 días, a partir del 2 de enero de 2002, por valor de dos millones de pesos mensuales; así mismo, se plasmó en el referido documento una exención de pago de prestaciones[17], la cual, eliminaba cualquier vínculo laboral con el letrado, dejando los compromisos profesionales claros en el escrito en mención; también se estipuló, que si el abogado, por razón de sus tareas jurídicas, debía trasladarse a ciudades diferentes de Mocoa y Pasto, DASALUD le reconocería transporté, alimentación y alojamiento.

Como se puede apreciar, el libelista impuso sus tesis defensivas sobre lo carga argumentativa expuesta por el Tribunal, desconociendo, igualmente, las pruebas que le estaban mostrando una realidad diversa; en esas condiciones, el presente ataque será desestimado.

## CASACIÓN OFICIOSA

El punible contra la administración pública por el que fue sentenciada REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, fue el de peculado por apropiación, condensado en el artículo 397, inciso 3º de la Ley 599 de 2000[18], cuyo contenido es del siguiente tenor:

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 ha ya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (...)

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

El injusto de peculado por apropiación cuando se consuma a favor de terceros, requiere para su configuración típica, de un sujeto activo determinado, el cual se identifica con un acto doloso de un servidor público en detrimento del sujeto pasivo de la acción prohibida: el Estado Colombiano.

Así mismo, el bien jurídico custodiado por el legislador es la Administración Pública, condensada en actos de defensa del tesoro público, en dos vertientes principales de protección: primera, la llamada concepción estática, relativa a los bienes, considerados, en sí mismos, como tales y, segunda, la dinámica, cuya salvaguardia nace a la luz jurídica con base en los oficios asignados al sujeto agente, siempre y cuando estén vinculados con la disponibilidad del bien, como es obvio, dentro de cada ámbito de competencias institucionales por razón o con ocasión de las mismas y, en esa línea, se infrinja el deber funcional de cara a la administración, tenencia y custodia de bienes confiados al transgresor de la norma; en esta medida, se vulneran los principios de moralidad, lealtad, igualdad, eficacia, probidad, economía, imparcialidad, economía y fidelidad del funcionario frente a la administración, generándose de suyo, consecuencias prohibidas en la disposición, organización, distribución, estructura y eficiencia de la res publicae.

Se tiene, entonces, que el objeto material está condicionado a los bienes de naturaleza pública que integran el patrimonio nacional, junto con aquellas empresas o instituciones en las que el Estado tenga parte; los bienes parafiscales y en contadas excepciones, los capitales particulares.

Por otro lado, el núcleo central del tipo, se halla determinado por la dicción apropiarse, la cual debe entenderse en dos sentidos: asir el bien en provecho propio o permitir, beneficiar o dejar, teniendo el deber de evitarlo, que un tercero se apropie del mismo[19].

En este orden, a la implicada se la sentenció porque al asesor externo Hermes Libardo Hernández, se le dio vía libre para que asistiera a un evento académico por espacio de cinco días sin exhibir la calidad de servidor público, generando erogaciones ilegales por concepto de viáticos a su favor; por tanto, el verbo rector del tipo se consumó al apropiarse la médica, a título de dolo de un capital perteneciente al erario público, a favor de terceras personas, dadas sus condiciones curriculares y el plan de austeridad que ella misma había implementado al interior de la entidad e independientemente, si con tal acción, se mejoró o no la administración de salud del departamento del Putumayo.

Reflexiones de la Sala frente a una posible aplicación de error de tipo en punto al injusto por el que fue condenada la inculpada.

1. La Ley 599 de 2000, artículo 32, numeral 10º, disciplina aquellos eventos en los que el legislador permite, a pesar de haberse transgredido una norma de entidad punitiva, la exclusión de responsabilidad penal, cuando:

Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya responsabilidad.

Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

2. En la injurada recibida a la médica y aquí enjuiciada REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, le comunicó a la administración de justicia que en el año 2001, DASALUD Putumayo entró en crisis financiera por el recorte del presupuesto que generaba la aplicación de la nueva normatividad-se refirió a la Ley 715/01-, la cual, produjo cambios sustanciales en punto de la distribución de competencias y recursos en el sector de la salud.

Por tal razón, ella como directora de la institución en comento, citó a un comité técnico, integrado por los jefes de oficinas Carlos Ramírez, María Elena Pabón, Manuel Mora y Julián Paredes, quienes le comunicaron que estaban preocupados por las múltiples interpretaciones que se estaban presentando frente a la nueva ley, motivo por el cual, debían tener las cosas muy claras por ser ellos el ente rector en salud del Departamento del Putumayo; así lo expresó la inculpada: “debíamos tener la capacidad y el conocimiento jurídico suficiente para aplicarlos al ejercer nuestras competencias. Con esta nueva ley, en DASALUD quedó automáticamente descentralizada y perdió la tutela del Ministerio y la orientación presupuestal en el sector salud”.

Acto seguido, informó que dirigió sus esfuerzos ante Ministerio de Protección Social, a fin de que le aclararan las dudas ocasionadas con la entrada en vigencia de la normatividad aludida, pero no recibió ningún apoyo jurídico, pues ni ellos tenían idea inmediata de cómo entenderla y aplicarla; sin embargo, ella como directora del Ente Territorial, necesitaba tomar decisiones urgentes, por ese motivo, decidió junto con el comité, comisionar al profesional del derecho Libardo Hernández, para que estudiara el tema, lo replicara y, desde luego, asesorara a DASALUD.

Como se puede apreciar, las instancias dejaron sin valorar apartes esenciales en la narrativa expuesta por la hoy sentenciada, como la urgencia manifiesta dado que requería de un concepto calificado en temas jurídicos, que no lo tenían, pues todos los declarantes fueron enfáticos en afirmar que la entidad no contaba con asesoría experta en su nómina de planta, por ello, utilizaron los servicios del letrado, quien dígase de paso, estuvo vinculado con DASALUD por varios años, mediante continuos contratos de prestación de servicios profesionales externos.

Adujo, que en el comité trataron el tema y decidieron de común acuerdo nombrar al letrado aludido, porque nadie de los funcionarios tenía el perfil profesional para afrontar tales tareas, pues, “ninguna persona se iba atrever a expedir un concepto jurídico como lo hacía el doctor LIBARDO HERNANDEZ (sic)”; porque la contratación tenía que iniciarse, así como la asignación de los respectivos recursos obtenerse, en el entendido que la ley estaba vigente y tenía que aplicarse, máxime si el Ministerio meses después dio la capacitación reproducida en tiempo oportuno por el letrado Libardo Hernández, “además el proyecto de reforma de dicha ley 715 en ningún momento se socializó con la entidades correspondientes”.

Insistió que el abogado externo capacitó al comité técnico en esa temática y continuó asesorando a DASALUD sobre todas las dudas que se iban presentando en el área jurídica de la salud; por otro lado, los viáticos fueron asignados de los rubros apropiados como quedó escrito en la orden de servicios.

En el juicio, explicó que con la expedición normativa se le quitó a DASALUD, una suma aproximada a los mil millones de pesos, la cual era destinada para gastos de funcionamiento de la entidad; ese recorte presupuestal-adiujo-trajo consigo el despido casi del 50% del personal, por ello, la procesada leyó en la audiencia pública, el contenido de los artículos más confusos de la Ley 715, como lo fueron el 59 y 60, explicando las dificultades interpretativas que presentaban; por ese motivo, indicó: “llegamos a la conclusión de que la persona más adecuada para que asistiera sería el doctor Hernández, abogado quien hacía más de cinco años venía trabajando con DASALUD... me atrevo a decir que era una de las personas que tenía mayor conocimiento en el sector salud, con la

esperanza de que él se documentara lo suficiente, teniendo en cuenta sus conocimientos jurídicos y de interpretación de la norma”[20].

Por eso, con la asesoría del abogado Hermes Libardo Hernández, “pudimos lograr acceder a esos 400 millones, que nos permitió sobrevivir como empresa y que lo más importante de todo, permitió que la salud en el departamento pudiese presentar un equilibrio para la época, el doctor después de su capacitación fue una pieza importante, imprescindible en nuestra institución para todos los cambios que adelante se tuvieron que implementar en la reglamentación de la nueva norma”[21]; el referido profesional del derecho, siguió laborando con la entidad, aún después que la inculpada renunció en el mes de febrero de 2003.

Aclaró que en sus estudios sobre gerencia de seguridad social en salud, nunca recibió capacitación sobre contratación estatal o privada; incluso, DASALUD, nunca tuvo un asesor jurídico de planta que pudiera encargarse de tales temas, por ello, “lastimosamente no tenía conocimiento de que el doctor Libardo Hernández no podía acceder a una capacitación, yo hice un postgrado en seguridad social pero no tenía los conocimientos de todo el marco administrativo normativo, por eso contábamos con asesores”.

Es cierto que los funcionarios de planta gozaban de un conocimiento técnico respecto de la organización y presupuesto del instituto, pero no “tenían los conocimientos jurídicos para emitir un concepto sobre el cual nosotros pudiésemos motivar el proyecto de ordenanza a la Asamblea Departamental para la aprobación del presupuesto, es que el problema no era técnico era de interpretación de normas”, con el fin de impedir que nos reprobaran un presupuesto indebidamente sustentado.

El letrado contratado múltiples veces por DASALUD, jamás le advirtió que no lo podía comisionar para estudiar ni tal hecho se discutió en el comité técnico; sin embargo, con la ayuda del jurista en cuestión, la entidad presentó el proyecto de presupuesto a la Asamblea Departamental de tal

forma que el 7 de mayo de 2002, mediante ordenanza 377, “se aprobó el presupuesto de rentas y gastos del Fondo Seccional de Salud del Putumayo”; y, la primera capacitación realizada por parte del Ministerio de Protección Social, fue para los últimos días de marzo de ese año, luego, -según la procesada-, no se hubiese alcanzado a obtener el capital que el instituto requería para su sostenimiento.

Por otro lado, debe la Sala señalar, que si el elemento subjetivo adaptado en el tipo objeto de estudio, se traduce en conciencia y voluntad de causar daño, tal y como lo informa el artículo 22 de la Ley 599 de 2000: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”; el acto prohibido atribuido a la hoy condenada REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, no tiene esa connotación dogmática y punitiva, en tanto, la médica no era consiente para el momento de la ocurrencia de los hechos ilícitos, que tal actuar no se podía permitir, realizar o generar.

3. Pero este razonar no se explica por la exclusiva narración de los sucesos por parte de la inculpada, también fue corroborado por el contador público de DASALUD, señor Claudio Julián Paredes Benavides, quien se desempeñaba desde septiembre 1996, como profesional especializado y coordinador del grupo de apoyo logístico de DASALUD; y, sobre el particular aseveró lo siguiente:

... [en] el comité (sic) técnico no sabíamos que no se podía capacitar a una persona que no era empleada de planta, por eso no se le advirtió a la doctora Reina que no se podía hacer”[22].

Para la interpretación de la Ley 715, adujo el declarante referido, que se reunían los lunes y miércoles de cada semana, donde se planteó cuál persona debía capacitarse porque existían demasiadas dudas que absolver para su concreta y exacta aplicación por parte de DASALUD; también en esas sesiones, se discutió cuál de ellos era el más indicado para tomar el curso, concluyendo, que ninguno de los que conformaban el comité tenía el perfil necesario para

recibirlo; así mismo, sostuvo que el abogado Hermes Libardo Hernández, retroalimentó a todos los funcionarios sobre las minucias y pormenores de la Ley 715 de 2001.

4. En la audiencia pública, también fue escuchado en declaración jurada el abogado Hermes Libardo Hernández[23], quien manifestó que desde el año 1995 se vinculó con DASALUD, mediante contrato de prestación de servicios profesionales, en calidad de asesor jurídico externo, hasta los años 2002 o 2003, más o menos, estuvo 6 o 7 años.

Afirmó que nunca obtuvo ningún beneficio profesional con el seminario de la Ley 715, sino para la empresa que lo estaba contratando; dicha normatividad, en su concepto, era oscura, motivo por el cual, se hacía imperioso que él como abogado asistiera al seminario, porque como lo dijo la implicada, la Ley 643 de 2001, la dejó sin presupuesto, porque limitó al extremo los gastos de funcionamiento de la entidad.

Narró, como se fue inmiscuyendo en el tema, los pormenores, dificultades e interpretaciones que presentaba tal normativa, por ello, en DASALUD, no se tenía idea qué hacer al respecto, todo lo cual, motivó su traslado a la ciudad de Medellín y no asesoró a la directora sobre la cancelación de viáticos “porque precisamente esas funciones son de los jefes de planeación o presupuesto u otro”; tampoco pretendía que la entidad con su peculio le “patrocinara eventos o actos para enriquecer su cultura jurídica”, porque ya la tenía, “lo que ocurrió en este caso especial, no fue consecuencia para formar al profesional en un conocimiento específico para que pudiera explotarlo en el ejercicio de su profesión. Lo que ocurrió fue un caso excepcional no previsto por la doctora Reina ni por el suscrito cuando firmamos en el contrato, sobre la oscuridad que traía la Ley 715”. Incluso, agregó, “Ni yo busque con esa comisión tratar de obtener beneficios personales, más de los que redundaron para la propia institución”.

5. La Corte ha sentado las bases dogmáticas del dolo, como en el radicado 32.964 de 25 de agosto de 2010, que entre otros aspectos explicó:

El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.

Estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.

El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.

La línea jurisprudencial sobre el error de tipo, se puede condensar, entre otras decisiones, en los siguientes proveídos: en radicado 33.492 de 14 de diciembre de 2010, se dijo:

De una parte, el error de tipo contemplado en el numeral 10º del artículo 32 del Código Penal se configura cuando el agente de manera equivocada se representa la realidad, desconoce alguno o todos los elementos del tipo, y como ese falso conocimiento o falta del mismo conduce a excluir el dolo, por consiguiente, se debe tener el comportamiento como atípico, a menos que esté legalmente prevista la forma conductual culposa.

Así mismo, en el expediente 34.718 de 29 de septiembre de 2010, se afirmó:

Es sabido que en el error de tipo el sujeto activo de la conducta que prohíbe la norma, actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

En el consecutivo 35.062, indicó esta Colegiatura:

La tipicidad integrada en sus fases objetiva y subjetiva, siendo de las segundas, el dolo en su doble condición de conocimiento y voluntad, de donde el error de tipo supone la ausencia del elemento cognitivo (conocimiento) del dolo, en tanto, que el error de prohibición, el sujeto sí quiere y conoce lo que hace, sin embargo, asume que su conducta no está prohibida por la ley, por lo tanto, le está permitida.

Igualmente en el radicado 36.294 de 25 de enero de 2012, se expresó:

El error de tipo se presenta cuando se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (error de tipo invencible) o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad (error de tipo indirecto invencible o permisivo, también llamado 'error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación'. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. De ello se desprende que el error invencible, entendido como la errada interpretación que no es posible superar, ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, y el error vencible, aquella falsa representación que el agente puede superar[24].

Por otro lado, en el proceso 17.701 de 3 de diciembre de 2002, se expuso:

Para la época del fallo de primera instancia regía el código penal de 1980, el cual contemplaba el dolo como una de las formas de la culpabilidad (artículo 35), y como causal excluyente de la misma el error sobre el tipo (artículo 40-4).

Este tipo de error, hoy en día recogido por el artículo 32-10 de la ley 599 de 2000 como causal de ausencia de responsabilidad, encuentra configuración, como lo tiene dicho la Sala (Cfr. sentencia 14 de marzo de 2002, Rad. 14254), cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, la cual, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la prohibición comportamental contenida en el tipo cuya realización se imputa, y que, según la concepción del delito de que se participe, conduce a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de la conducta delictiva que no admite modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error como motivo que rechaza el dolo, para cuyo reconocimiento es necesario que sea absoluto, socialmente insuperable o invencible.

Con todo, la persona que dirige su actuar por el curso punitivo, integra en su conciencia dos componentes: uno, cognitivo referido a la adhesión y acoplamiento-entre ella y el delito-, en tanto, el sujeto activo se ajusta al precepto, lo hace suyo e incondicional a él y, bajo tal entendimiento, no le importa vulnerarlo y le son indiferentes las consecuencias allí exhibidas, por tanto, sabe de antemano que la conducta está prohibida por el legislador, de cara a los elementos descriptivos y normativos condensados en el tipo; dos, el factor volitivo, implica un querer directo de ejecutar, consumir, realizar o perpetrar el comportamiento elevado a ilícito por mandato legal.

A la inculpada con base en el punible por el que se la procesó y condenó, es decir, el de peculado por apropiación, le aplica el error de tipo invencible, toda vez que su comportamiento estuvo precedido de una realidad equivocada, por desconocimiento del elemento subjetivo del tipo, más exactamente del dolo en sus vertientes cognitiva y volitiva, pues por su total ausencia de entendimiento del tema antijurídico no le fue propicio darse cuenta que iba a infringir la ley penal; todo lo contrario, estaba convencida que al permitir la comisión de estudios al abogado externo, antes que acoplar su conducta al injusto objeto de examen, sacaba del destierro financiero a la entidad departamental de salud que dirigía, por los cambios normativos que soportaron para esa época los Entes Territoriales.

Fue así, que ningún funcionario de DASALUD, ni el propio litigante, se preocuparon por esclarecer si él fungía como servidor público o no, menos que en el comité técnico, se le hubiese advertido que no podía, en esas condiciones, cancelarle unos viáticos entre otros emolumentos al jurista, pues el erario público se veía afectado en los casi tres millones de pesos.

De esto dio cuenta el propio coordinador de grupo de apoyo logístico, contador público, Claudio Julián Paredes, que en el juicio indicó que ningún funcionario del comité, contándose él, le advirtió a la directora sobre el delito en el que podía estar incurso si comisionaba al letrado Hermes Libardo Hernández para asistir a la capacitación.

Por tanto, la hoy ex funcionaria, se representó un suceso diferente creyendo de modo inquebrantable que no estaba infringiendo la ley penal; por consiguiente, actuó de manera invencible, movida por un afán diverso a los contenidos típicos, para que la entidad no se fuera a pique, por la incuestionable falencia jurídica de no tener un funcionario de planta de profesión abogado, entonces, le pareció normal y común, enviarlo para que se documentara sobre los alcances de la Ley 715 de 2001, tal y como efectivamente pasó.

Refulge, en estas condiciones, su comportamiento atípico, en tanto, los demás medios demostrativos arrimados al proceso así lo acreditan, véase, el informe del abogado comisionado, donde especificó los temas tratados en el seminario, su disponibilidad para replicar sus conocimientos adquiridos en beneficio de DASALUD; todo lo cual realizó, e incluso, por su constante asesoramiento a la entidad sobre este tópico, fue posible que en el presupuesto anual del Departamento se asignara una considerable suma de dinero para su mantenimiento, que era, en últimas, la preocupación de la acriminada.

No obstante, lo precedente, la Sala debe advertir que, la exclusión del elemento subjetivo no se acredita por los beneficios que recibió el Ente Territorial con la gestión posterior del abogado Hermes Libardo Hernández, cuestión de por sí, alejada y aparte, así estuviera presente en la mente de la directora; pues, lo verdaderamente relevante, es la ausencia de conocimiento por parte de REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, de aquellos elementos normativos y descriptivos del delito de peculado por apropiación, esencialmente del dolo, amen que tampoco se propuso consumir el injusto para esquilmar el tesoro público, por la potísima e invencible razón que no sabía-ex ante-que aquello que iba hacer e hizo, vulneraba una norma penal.

En el caso de la especie, no existe ninguna duda para la Sala que el acto típico generado por la médica, directora de DASALUD, aquí condenada, se halla amparado por la causal 10ª del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, puesto que, ella no tenía conocimiento que su conducta lesionaría la administración pública, es más, ella creía fervientemente, que estaba haciendo todo lo contrario, es decir, ordenando una comisión académica amparada en la ley.

Sus estudios sobre gerencia de seguridad social en salud, tampoco le advirtieron que no podía hacer lo que hizo, pues ellos no incluían estas especiales circunstancias antijurídicas, motivo por el cual, la médica REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, no sabía ni conocía que con su actuar estaba infringiendo el tipo penal de peculado por apropiación, mucho menos, quería su realización, pues buscó solucionar los inconvenientes de hermenéutica jurídica revelados en los artículos 59 y 60 de la Ley 715 de 2001, a través del Ministerio de Protección Social, pero allí no le dieron las luces que necesitaba de manera urgente, sino meses después; sus asesores y funcionarios (médicos, enfermeras, contador público) no tenían idea que se estaba quebrantando la ley, por ello jamás previnieron a su jefa sobre el punto; y, no la asesoraron sencillamente porque sus conocimientos eran técnicos, más no jurídicos.

También pudo el abogado haber prevenido a la directora que él no podía aceptar una comisión en esas condiciones, pero ello no fue así, en tanto, entendió que no podía recibir viáticos pero sí dinero para reponer sus consumos; lo explicó de la siguiente manera:

Dentro de mis funciones no se hablaba de pago de viáticos en caso de salidas a representar el departamento fuera del departamento para atender demandas, por tal motivo, como relaté anteriormente no pedía viáticos, pero en el caso concreto, dentro del comité que recomendó que el abogado asistiera no se hablaba de viáticos sino que simplemente se reconociera los gastos (sic) que demandaría mi permanencia en la ciudad de Medellín, porque yo manifesté que con mucho gusto asistiría de acuerdo a las sugerencias que me hacían, pero yo no estaba dispuesto a hacer erogaciones de mis honorarios porque ya lo había hecho anteriormente. Precisamente por esta situación hacían un análisis y decía que si se trajera un conferencista o personas para que dictaran un taller sería más oneroso para el departamento que era preferible enviar al asesor que era

menos costoso y que además esa información u orientación que obtendría en el seminario, debería transmitirla a las demás instituciones prestadoras de salud en el Putumayo como son los hospitales... como contratista no podía recibir viáticos pero sí podía recibir dineros para restituir mis gastos[25]. (Todos los subrayados fuera de texto).

La procesada insistió: “lastimosamente no tenía conocimiento de que el doctor Libardo Hernández no podía acceder a una capacitación”, amen que la entidad en ningún momento tuvo en su haber nominal un asesor de planta, por tanto, todo lo que hizo al enviar al abogado al seminario fue por “necesidad del servicio”, sin que vislumbrará que estaba infringiendo el punible contra la administración pública imputado.

A juicio de la Sala, cuando la médica REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, avaló la comisión de estudio del abogado externo Libardo Hernández, no actuó con conciencia y voluntad de estar obrando ilegalmente o percibió estar incurso en el injusto de peculado por apropiación y, por tanto, sobreviene la atipicidad por ausencia del dolo del acto prohibido imputado, en consecuencia, se impone su inmediata y obligada absolución.

Finalmente, respecto del segundo cargo elevado por el defensor, por sustracción de materia, no se examinará, pues aunque las falencias del Tribunal se identifican con el postulado de legalidad de la pena, el cual fue violentado al no reducirle el quantum punitivo por el reintegro integral del valor de lo apropiado, de todas formas al corregirlo, le correspondería una sanción penal a la acriminada por los actos antijurídicos juzgados; situación que no es de recibo, justamente, por la aplicación de la eximente de responsabilidad descrita.

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

## RESUELVE

Primero: Desestimar la demanda de casación presentada a nombre de REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, en virtud de lo argumentado en párrafos precedentes.

Segundo: Casar de oficio la sentencia impugnada, con base en la eximente de responsabilidad penal disciplinada en el numeral 3º, del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, en consecuencia, ABSOLVER a la médica REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, por el delito de peculado por apropiación, atendiendo las razones jurídicas expuestas en la parte motiva del presente proveído.

Tercero: Contra esta decisión, no procede recurso alguno.

Cuarto: Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

[1] Las decisiones de primera y segunda instancia fueron signadas el 16 septiembre de 2010 y 15 de septiembre de 2011, respectivamente.

[2] Ver folio 13, c.o. 1.

[3] Ver folio 19, c.o., cit.

[4] Respaldo por el certificado de disponibilidad presupuestal No. 58 del año 2002, por valor de \$2'839.900.00, por los conceptos señalados a nombre del aludido profesional del derecho.

[5] Por los mismos eventos, la Procuraduría Regional del Putumayo, mediante resolución de 9 de junio de 2005, le impuso a la inculpada, una sanción de treinta (30) días de salario; la decisión aludida fue confirmada el 26 de enero de 2006, por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública de Bogotá. (Fl. 303).

[6] Ver folio 32, c.o., cit.

[7] Ver folio 135, c.o.1.

[8] Los cargos fueron imputados conforme al contenido del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

[9] El Juez Colegiado indicó que la supuesta violación al derecho de defensa elevada por la variación del delito que en principio le fue imputado a la procesada, no era trascendente, pues la calificación fáctico-jurídica dada al caso fue provisional y escalonada, siendo conocida en su momento por las partes; por otro lado, los sujetos procesales convalidaron el estado actual del proceso, porque en el traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal anterior, guardaron silencio sobre el particular, así las cosas, no detectó ningún error susceptible de ser corregido en la alzada.

[10] Se apoyó en una decisión de esta Sala de 30 de octubre de 2008, la cual no identificó como es debido, en donde-según anunció-se le otorgó la calidad de servidor público a un abogado vinculado con contrato de prestación de servicios en una alcaldía, quien laboró por espacio de más de dos años: de enero de 2001 al 6 de octubre de 2003.

[11] Ver folio 34, c.o. Corte.

[12] Ver folio 29, c.o., Corte.

[13] *Ibidem*, 32.

[14] Se apoyó el Juez Colegiado, en una decisión de esta Sala, en la que se dijo: “El peculado... se presenta cuando el autor se apropia de bienes ‘en provecho propio o de terceros’ Sobre esta parte del tipo, es obvio que basta el ánimo de señor y dueño materializado, con el propósito de que se obtenga provecho para el sujeto activo o para otro, aparte de que la finalidad sea sana o insana,

debida o indebida. Lo relevante es, hasta aquí, que el autor se ‘apropie’, actúe como dueño, con el objetivo de favorecer”: radicado 15042 de 20 de febrero de 2003.

[15] *Ibíd*em, folio 21.

[16] Ver folio 54, c.o. 1.

[17] Así se dijo: “De acuerdo con lo establecido en el inciso 2, numeral 3 del artículo 32 de la ley 80/93, EL CONTRATISTA no tendrá derecho a ninguna prestación distinta de lo pactado expresamente en la cláusula tercera de la presente orden, razón por la cual con esta orden no existe ningún vínculo laboral entre DASALUD y el CONTRATISTA”.

[18] Con la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2003, artículo 14, se ampliaron los extremos punitivos en la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, lo cual, para el caso en estudio, no aplica al proceso iniciado contra la médica REINA ÁNGELA MUÑOZ CERÓN, en su calidad de Directora del Departamento Administrativo de Salud del Putumayo, en tanto, los hechos tuvieron ocurrencia el 12 de febrero de 2002, cuando autorizó al contratista Hermes Libardo Hernández Burbano, la cancelación de viáticos, gastos generales de viaje y el costo del seminario de capacitación sobre la Ley 715 de 2002, a realizarse en la ciudad de Medellín.

[19] Sobre la temática en estudio, ver Corte Suprema de Justicia, radicados 38.384 (21-3-12), 38.188 (18-4-12), 33.117 (7-4-10), entre otros.

[20] Ver folio 347, c.o.1.

[21] *Ibíd*em.

[22] Además, indicó, el referido funcionario que, perteneció al comité técnico, integrado por los jefes de oficina como eran de planeación, de aseguramiento, control interno y él en calidad de financiero.

[23] La Procuraduría compulsó copias para que el Consejo Seccional de la Judicatura lo investigara y una vez elaborado el fallo, este fue de carácter absolutorio.

[24] Sentencia del 11 de marzo de 2009, radicación No 25.355, entre otros.

[25] Ver folio 355, c.o.1.