

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado Ponente

AEP00031-2018

Radicación N° 50600

Aprobado mediante Acta No. 021

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

I. Asunto

La Sala decide la solicitud de preclusión incoada por la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en relación con el ingeniero civil LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS, gobernador del Departamento de Arauca para el período 2008-2011, investigado por el presunto

2007

punible de prevaricato por acción, de que trata el artículo 413 del Código Penal -Ley 599 de 2000-.

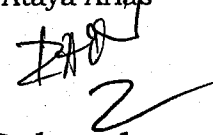
II. Situación fáctica

La Asamblea Departamental de Arauca, por medio de la Ordenanza 01 de 2007, definió el Fondo Departamental de Salud de ese territorio como una cuenta especial, separada de las demás rentas de la entidad y con unidad de caja, con la finalidad de facilitar el eficiente y oportuno recaudo de los recursos para la prestación de los servicios de salud. En el numeral tercero, se designó al gobernador del departamento como ordenador del gasto y administrador de dicho fondo, autorizándolo para delegar dicha atribución en el gerente de la Unidad Administrativa Especial de Salud¹ -Uaesa-.

Con fundamento en el anterior mandato, el gobernador de la época expidió los Decretos departamentales Nos. 217 de 2007, 211 y 309 de 2008 y 058 de 2009, por medio de los cuales cumplió lo dispuesto en la ordenanza y delegó en el gerente de la Uaesa la ordenación del gasto y la administración de la entidad².

¹ En adelante UAESA.

² Folios 268 a 287 carpeta principal No. 1.

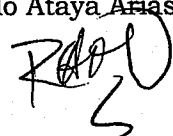


El 13 de marzo de 2009, la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud ordenó una visita de inspección a la Uaesa de Arauca, donde se lograron varios hallazgos que determinaron la expedición y suscripción, por el superintendente nacional de salud, de la Resolución No. 00663 de 28 de mayo de 2009, por medio de la cual ordenó "la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para administrar" la Uaesa, por un término de dos (2) meses, con el fin de establecer si se liquidaba o se adoptaban medidas que permitieran el desarrollo del objeto. Así mismo, separó del cargo a la representante legal de la entidad³ y designó como agente especial a Leonelia Orejuela Escobar, quien se posesionó el 29 de mayo de 2009, quedando de esa forma intervenida la entidad.

En desarrollo de sus funciones, la interventora solicitó al recién posesionado gobernador, LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS, el 26 de junio de 2009, que la autorizara para incluir en el presupuesto de 2009 los recursos no ejecutados⁴ por la Uaesa en el 2008, y así no tener que devolverlos, conforme con la petición del secretario de hacienda.

³ La cual era designada por el gobernador.

⁴ Por valor de \$10.393'946.133.00.



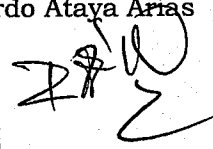
Ocurre que, cuatro días después, esto es, el 30 de junio de 2009, el gobernador expidió el Decreto No. 120, por medio del cual: (i) derogó los homólogos 217 de 2007, 211 y 309 de 2008 y 058 de 2009⁵, (ii) asumió la competencia de la ordenación del gasto y de la administración de la UAESA, y (iii) delegó dichas funciones en el secretario de hacienda.

El 9 de julio siguiente, después de que la agente especial le indicara lo que pensaba sobre el mencionado decreto, el mandatario departamental modificó el Decreto 120 a través del 131, y asumió directamente las funciones que había delegado en el secretario de hacienda (tácitamente lo relevó) y, en la Resolución No. 1755 de 22 de ese mes y año, dispuso desconcentrar en el director de la UAESA los *"trámites precontractuales y en general la ejecución que debían adelantarse relacionadas con los recursos asignados a la UAE DE SALUD DE ARAUCA con cargo al FONDO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE ARAUCA"*⁶. Además, requirió al superintendente nacional de salud la revocatoria de la medida, al considerar que no existen motivos que pongan en riesgo la prestación del servicio de salud y porque la gestión de la agente especial está orientada a ejecutar los recursos, mas no a solucionar la presunta crisis de la entidad⁷.

⁵ Los cuales delegaban las funciones de ordenación del gasto y administración del fondo en la gerente de la entidad.

⁶ Folio 293 vto. carpeta principal No. 1.

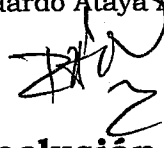
⁷ Folios 87 y ss., carpeta principal No. 1.



Por su parte, la interventora otorgó poder a una profesional del derecho para que demandara, ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca,⁸ la nulidad del Decreto 120 de 2009 y puso en conocimiento de diversas autoridades los hechos, por cuanto, según su parecer, dicha actuación era contraria a derecho y le ocasionaba dificultades para ejercer sus funciones.

Finalmente, el 11 de septiembre de 2009, el gobernador ATAYA ARIAS, revocó sus propios actos administrativos con el Decreto 179, por medio del cual derogó *“en todas y cada una de sus partes lo dispuesto en el Decreto No. 120 de 30 de junio de 2009”*, así como el Decreto 131 de 2009 y la Resolución 1755 de 22 de julio de 2009. En el artículo segundo, advirtió que la facultad *“para efectos de ordenación del Gasto y manejo de los recursos”* continuaba a cargo *“del director de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA UAESA, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos Nos. 217 de 2007; 211 y 309 de 2008 y 058 de 2009”*, por tanto, se debía observar lo dispuesto en la Ordenanza 01 de 2007.

⁸ Folio 216 idem.

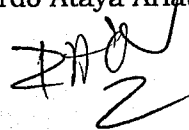


III. Fundamentos de la petición de preclusión

El Fiscal Séptimo Delegado ante esta Corporación, por medio de escrito de 22 de junio de 2017, solicitó la preclusión de la indagación, conforme con los artículos 331 y 332-4 (atipicidad del hecho investigado) de la Ley 906 de 2004, en favor de LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS, fundamentada, de manera principal, en la ausencia de lesividad de la conducta⁹ y, subsidiariamente, en la atipicidad subjetiva.

En efecto, en la audiencia de 10 de abril de 2018, considera el representante del ente fiscal, que si bien el comportamiento del burgomaestre, al emitir el Decreto 120 de 2009 y demás normas complementarias, orientado a reasumir la función delegada en el gerente de la entidad y entregar al secretario de hacienda las facultades de ordenar el gasto y administrar la entidad cuando ellas son del resorte exclusivo del gerente de la Uaesa, máxime cuando se hallaba intervenida por la Supersalud, se tornaba en arbitrario y, objetivamente, podía estructurar el tipo de prevaricato por acción, no lo es menos que el desacierto emana de los mismos actos administrativos, dada la escasa vigencia de ellos.

⁹ "Art. 332. Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: (...) 4. Atipicidad del hecho investigado".

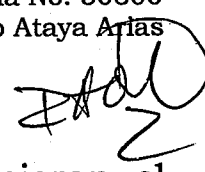


Para conectar su argumento con la realidad, menciona las fechas en que el gobernador expidió el acto administrativo posiblemente contrario a la ley (30 de junio de 2009) y aquella en que por voluntad propia lo derogó (11 de septiembre de 2009), para concluir que la temporalidad del Decreto 120 no superó los 2 meses y 10 días.

En segundo lugar, alude a que el prevaricato por acción es un delito de resultado, entendido este como una *“manifestación externa de la voluntad con efectivos resultados sensibles en el ámbito naturalístico”*, lo cual significa que debe demostrarse que efectivamente se colocó en peligro el bien jurídico de la administración pública, pues, de lo contrario, no hay lugar al juicio de reproche.

Afirma que, en este evento, no se demostró la existencia de consecuencias dañinas de orden práctico, puesto que no se ejecutó lo dispuesto por los Decretos No. 120 y 131 de 2009, ni lo ordenado en la Resolución 1755 de ese año.

Fundamenta esta posición en el interrogatorio del indiciado y las exposiciones de las empleadas de la Oficina Jurídica, Nancy Consuelo Yepes Zapata y Liliana Vivas Parada, así como de la secretaria de hacienda Doris Zuleima Acua Clermont, entre otros, quienes se refirieron a la buena fe con la que actuó el gobernador y al hecho de que ni este,

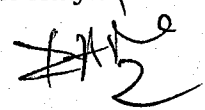


que ni este, ni el Secretario de Hacienda, ejercieron el control de la entidad descentralizada, la cual siempre estuvo a cargo de la agente especial designada con ocasión de la intervención por parte de la Supersalud.

De igual manera, se soporta en: (i) documentos recogidos por la Policía Judicial y allegados con el informe No. 9-91231 de 16 de febrero de 2017, en los cuales no se reflejan giros a favor de la Secretaría de Hacienda para cubrir compromisos de pagos de salud, ni la existencia de proyectos presentados directamente por ésta durante el período de vigencia del Decreto 120 de 2009; (ii) oficio 2-2017-068411 de 21 de julio de 2017, emanado de la Supersalud, donde informa que no se constituirán como parte civil en la investigación, en la medida que los inconvenientes fueron superados y las actuaciones del gobernador de la época “*no revisten las condiciones*” para ello¹⁰; (iii) así como el oficio de 12 de enero de 2017, relacionado en el informe de Policía Judicial 9-88530, en el cual se refiere a la respuesta de la Superintendencia de Salud sobre las facultades que tenía el burgomaestre, concluyendo que podía ejercer facultades de control respecto de los recursos de la Uaesa.

En ese orden, concluye el fiscal que no hubo lesión al bien jurídico de la administración pública, puesto que

¹⁰ Folio 352 carpeta principal No. 2.

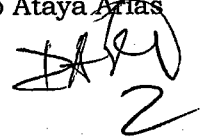


después de diversas discusiones, discrepancias, reclamos, conceptos y hasta demandas judiciales, con la derogatoria de los decretos, las cosas volvieron al estado anterior y los temas de salud fluyeron de manera normal.

Por otro lado, pide, en caso de que la Corte considere que sí existe antijuridicidad material, la preclusión por inexistencia del hecho, dado que el señor gobernador ha advertido de la atipicidad de su comportamiento, al considerarlo conforme a derecho; aspecto en lo que lo acompañan las asesoras Nancy Consuelo Yepes Zapata y Liliana Vivas Parada.

IV. Concepto del Ministerio Público

La procuradora segunda delegada para la investigación penal, solicita se acojan los razonamientos presentados por el fiscal y se decrete la preclusión, puesto que, de acuerdo con los hechos relacionados y las evidencias enseñadas, se observa que se trata de un acto meramente administrativo, del cual la agente especial de la Uaesa pudo solicitar la revocatoria o acudir a la acción de nulidad. En su sentir, es una conducta que no se encuentra dentro de la esfera penal, máxime cuando la persona en quien se delegó la facultad de ordenar el gasto, no lo hizo, sobreviniendo de


2

manera posterior la derogatoria del decreto, circunstancias que determinan la ausencia de antijuridicidad material.

V. Defensor del indiciado

Acorde con los anteriores intervinientes, el defensor clama por la preclusión, pero por la ausencia de tipicidad subjetiva, al considerar que del caudal probatorio aportado por la Fiscalía se infiere que la acción de su representado estuvo guiada por criterios razonables, prudentes y jurídicos; lo que encuentra respaldo, además, en el concepto del secretario de hacienda y presupuesto (e). En otras palabras, la acción de su representado se encuentra huérfana del contenido subjetivo -dolo- y, por tanto, no se estructura el delito de prevaricato por acción.

VI. Consideraciones

Antes de abordar el estudio de los elementos materiales probatorios allegados, debe advertirse que, conforme con el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modificó los artículos 186, 234 y 235¹¹ de la Constitución Política, así como el

¹¹ Art. 235. "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...)
5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de

artículo 250-5 idem, en armonía con el artículo 32, numeral 6° de la Ley 906 de 2004, esta Sala Especial de Primera Instancia es competente para conocer de la solicitud de preclusión incoada por la Fiscalía General de la Nación, en favor del exgobernador del departamento de Arauca para el período atípico 2009-2011, LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS.

1. De la preclusión

La Fiscalía General de la Nación, según el artículo 250 de la Carta, tiene el imperativo legal de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. En consecuencia, no puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, excepto cuando se trate de aplicar el principio de oportunidad y, en el evento en que encuentre que no hay “*mérito para acusar*”, puede solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

En ese mismo sentido, el artículo 331 de la Ley 906 de 2004, autoriza al Fiscal para solicitar la preclusión de la investigación y, según la Corte Constitucional¹², también puede hacerlo en la fase de indagación, siempre que se

los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen”.

¹² Sentencia C-591 de 2005. En ella, la Corte declaró inexecutable la expresión “a partir de la formulación de la imputación”.

[Handwritten signature]

presente alguna de las causales establecidas en el canon 332¹³ *idem*.

Ahora, en términos del artículo 334 de la Ley 906 de 2004, una vez en firme la decisión que decreta la preclusión, “cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos” y, se revocarán las medidas cautelares que se hayan impuesto. Esa la razón para que esta Corporación considere que la causal alegada debe estar debidamente probada más allá de toda duda razonable; así se enseña en el siguiente aparte jurisprudencial:

“El efecto que produce el auto mediante el cual se declara la preclusión de la investigación, es la cesación de la persecución penal, con efectos de cosa juzgada, razón por la cual, se exige que la causal que la funda se encuentre demostrada con un grado de conocimiento que supere cualquier duda razonable. A contrario sensu, corresponde a la fiscalía continuar con el trámite como lo impone el artículo 250 de

¹³ “El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código. Numeral declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-806 de 2008.

Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

[Handwritten signature and number 2]

la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 003 de 2002¹⁴.

2. Del delito de prevaricato por acción

Esta conducta se encuentra establecida en el artículo 413 del Código Penal y sanciona al servidor público que “*profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley*”.

De acuerdo con el citado precepto, el supuesto fáctico se estructura a partir de tres aspectos: (i) un sujeto agente calificado, en la medida que se requiere la calidad de servidor público; (ii) que emita un acto y, (iii) que este infrinja, de manera evidente, el orden jurídico. Es decir, que la decisión no está conforme con el estatuto, reglamento o ley aplicable al asunto, sino que procede del capricho o arbitrariedad de aquél.

Se trata, sin duda, de una conducta esencialmente dolosa, puesto que la culpa y la preterintención, conforme con el artículo 21 de la Ley 599 de 2000, solo son punibles en los casos señalados de manera expresa por la ley. En ese orden, el prevaricato por acción precisa de la demostración

¹⁴ AP3939 de 22 de junio de 2016, radicado 44960.

[Handwritten signature]
2

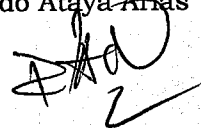
que el sujeto agente ejecutó el hecho con conocimiento y voluntad.

Finalmente, en cuanto al bien jurídico tutelado, no es otro que la administración pública, cuyo titular es el Estado. Lo que se pretende proteger es el prestigio de aquella, por tanto, se exige de los servidores públicos el cumplimiento de sus funciones bajo los principios de probidad, transparencia y moralidad.

Sobre el punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que, el *“objeto genérico de la tutela penal es el deber de fidelidad de los funcionarios con la administración pública y el respeto que a ella y a quienes la representan deben los particulares”*¹⁵.

En ese sentido, se le ha considerado como un delito de mera conducta o simple actividad. En efecto, en sentencia del 6 de abril de 2005, la Corte señaló que el punible de prevaricato por acción *“no exige como elemento estructural que la decisión, concepto o resolución que contiene la contrariedad con la ley se cumpla o no, **basta y sobra con que se produzca y entre al mundo jurídico** tan pronto se notifique, comuniqué o publique, pues a partir de ese momento la administración sufre un detrimento en su imagen*

¹⁵ CSJ, 15 mayo de 2008, rad. 29206.



y en los esenciales fines que siempre deben acompañarla (la consecución de un orden justo)"¹⁶.

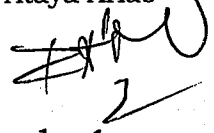
Posición que se ha mantenido, *verbigracia* en sentencia de 1º de abril de 2009, cuando se reiteró que "el delito de prevaricato es de aquellos que la doctrina **denomina de mera conducta**, razón por la cual no resulta propio del tipo objetivo que la resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley se materialice o produzca resultados específicos; **basta con que el funcionario la suscriba para que la decisión adquiera vida jurídica y tenga la potencialidad de lesionar, por ese sólo hecho, el bien jurídico tutelado**"¹⁷.

Y en esa misma línea de pensamiento, la sentencia SP7625 de 2015, rad. 43390, sostuvo de nuevo que: "el tipo consagrado en el artículo 413 del Código Penal uno de los denominados de mera conducta, **es suficiente para su materialización** 'que se profiera una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, **sin que se exija la ejecutoria de aquella**, pues con el solo proferimiento se realiza el tipo y se vulnera la norma"¹⁸.

¹⁶ Sentencia de 6 de abril de 2005, radicado 22830.

¹⁷ Sentencia de 1º de abril de 2009, radicado 31386. Resalto fuera de texto.

¹⁸ Cfr. CSJ SP, 15 Nov 2001, Rad. 14040.



Dentro de ese marco jurídico, la Sala procederá a examinar el asunto.

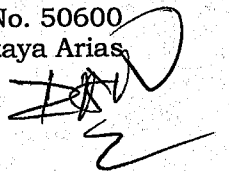
3. Caso concreto

La Fiscalía solicita la preclusión con fundamento en la causal establecida en el numeral 4° *-atipicidad del hecho investigado-* del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en atención a dos presupuestos distintos: ausencia de antijuridicidad material, como principal y, atipicidad subjetiva como subsidiaria.

A. Ausencia de antijuridicidad material

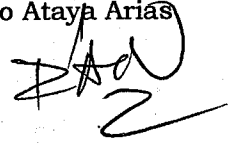
El fiscal delegado admite la tipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción, al considerar que el Decreto 120 de 2009, y los complementarios, se constituyen en un acto arbitrario e irregular, en tanto que la Uaesa se hallaba intervenida por la Superintendencia de Salud, por tanto, era su agente especial la que tenía el manejo y control de la entidad. En efecto, señala:

“Para este delegado, salvo mejor criterio, razón le asiste a la denunciante (...) cuando al dirigirse al gobernador, en su oficio IUAE 0839 del 6 de julio de 2009, y en otros oficios complementarios, le advertía que lo dispuesto por él en el Decreto



Departamental 120 del 30 de junio de 2009, **resultaba ser una decisión contraria a derecho** (...) era evidente que como resultante de esa intervención administrativa devenía en su agente especial todo el control administrativo y financiero de Uaesa, incluido el fondo de salud departamental que era el dispuesto legalmente para controlar los recursos de la salud de Arauca, pues de otra manera se tornarían inoficiosos los propósitos que se buscaban con la toma de posesión inmediata de los haberes, negocios y la intervención forzosa y técnica, así como la administrativa de la Unidad de Salud en cita, sin que ello (...) signifique que el gobernador perdiera el control sobre las gestiones que ejercitaba Uaesa, máxime cuando estos entes territoriales por virtud de la ley 10 de 1990 y la Ley 715 de 2001, tenían precisas obligaciones en el tema de salud”.

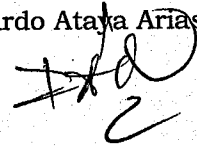
No obstante, alega que la preclusión es procedente porque: (i) los actos administrativos presuntamente prevaricadores tuvieron corta vigencia, puesto que, el primero de ellos, se emitió el 30 de junio de 2009 y, a los dos meses diez días, fueron derogados por el mismo indiciado; y (ii) porque el delito de prevaricato por acción es de resultado, para lo cual se requería de consecuencias perceptibles que, en este evento, no se exteriorizaron. En su sentir, no hubo lesión al bien jurídico tutelado por la ley, ya que lo dispuesto en los decretos, como era reasumir la facultad ordenadora del gasto y la administración de la entidad, nunca se cumplió y menos se asumió por el secretario de hacienda.



Empero, como se advierte de la jurisprudencia analizada con anterioridad, la Corte de vieja data ha considerado que el delito en estudio es de los denominados de mera conducta o simple actividad, y, por lo mismo, se consuma con la ejecución de la conducta, referida al proferimiento de la resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a la ley, lo cual por sí solo representa un desprestigio para la administración pública como bien jurídico institucional y, por su conducto, un riesgo para los bienes jurídicos colectivos e individuales de sustentación del sistema, como la salud pública y particularmente considerada. En otras palabras, no requiere de consecuencias materiales para su consumación.

Esta posición resulta razonable, si se tiene en cuenta que el bien jurídico tutelado es la administración pública, respecto de la cual se precisa que los servidores públicos actúen bajo principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía y celeridad; por tanto, al expedir una decisión manifiestamente contraria a las normas jurídicas, se infringe el tipo penal en la medida que actúan por fuera de los cánones constitucionales y legales.

En suma, la antijuridicidad en el prevaricato por acción se presenta, aunque no se manifieste un daño real o no se



cause un determinado resultado tangible, basta una puesta en peligro concreto del bien jurídico tutelado¹⁹.

En el caso concreto, se aduce que el exgobernador de Arauca LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS, después de intervenida la Unidad Administrativa Especial de Salud por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, el 30 de junio de 2009, expidió el Decreto 120 por el cual reasumió la competencia de la ordenación del gasto y administración de la entidad, delegándola en el secretario de hacienda, cuando la Ordenanza 01 de 2007 y la Resolución 3042 de 2007 del Ministerio de la Protección Social²⁰, le señalaban que se podía delegar, pero únicamente en el gerente de la institución.

Lo anterior significa que el exgobernador hoy indiciado, al parecer emitió un acto ostensiblemente contrario a la ley que podría ser susceptible de sanción, conforme con el artículo 413 del Código Penal, supuesto que hasta el momento no ha presentado razón justa que determinara su expedición.

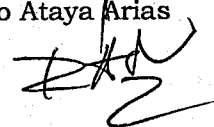
¹⁹ Art. 11 C. Penal.

²⁰ Art. 3º: "ADMINISTRACIÓN Y ORDENACIÓN DEL GASTO. La administración y ordenación del gasto de los fondos de salud corresponde al jefe de la respectiva entidad territorial quien podrá delegar en el director territorial de salud esta atribución de conformidad con las disposiciones presupuestales y del estatuto general de contratación pública vigente".

[Handwritten signature and number 2]

Empero, el Decreto no se quedó en la mera letra, dado que tres días después fue notificado a la agente especial de la entidad intervenida, quien se quejó de las dificultades para el manejo de la entidad e incluso, la obligó a asesorarse de una profesional del derecho para presentar demanda de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca, después de intentar que fuese derogado directamente por el mandatario departamental, ya que, de mantenerlo vigente, la medida de intervención decretada por la Supersalud no tendría sentido, en tanto el manejo de los recursos seguirían en manos del mismo ente territorial que, por razón de sus omisiones, dio lugar a la crisis de la salud y a la consiguiente intervención. Ello, sin duda, podría traducirse en un perjuicio para la administración pública. Lo mismo ocurre con el retraso ocasionado a los proyectos de la Uaesa, surgido con ocasión de la mora de la secretaria de hacienda para transferir los recursos. Así lo dio a conocer la denunciante Leonelia Orejuela Escobar en sus escritos y fue confirmada por la declaración de Carlos Ciro Goyeneche Goyeneche -jefe de Presupuesto-.

En efecto, la interventora, por medio de oficio IUAES-2087 de 18 de septiembre de 2009, solicitó al superintendente nacional de salud prórroga del término de intervención de la entidad, toda vez que su gestión *“fue objeto de bloqueo por parte del gobernador, con la expedición de los actos administrativos referidos (...) **con los cuales imposibilitó que se desarrollaran en el tiempo inicial***

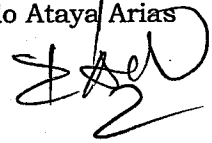


estipulado para tal fin las actividades consignadas en el Plan de Mejoramiento propuesto (...) Por lo expuesto la intervención se vio frenada en su dinámica dirigida a superar la ineficiencia técnico administrativa detectada por la Superintendencia”²¹.

Carlos Ciro Goyeneche Goyeneche entrega un relato que, en sentir de la Sala, parece ser congruente con lo que sucedió con ocasión de la emisión del Decreto 120 de 2009, dado que, tanto en la entrevista de 12 de marzo de 2014 como en la declaración jurada de 20 de diciembre de 2016, en esencia manifestó no solamente lo que favorece al gobernador, sino aquello que igualmente podría incriminarlo. Así, declaró que, tras entregarle el cargo a la secretaria de hacienda Doris Acua Clermont, ésta “se demoró un poquito para girar los recursos” a la entidad, dada la incertidumbre jurídica que existía para el momento. Además, consideró que el procedimiento utilizado para ese entonces era “**desgastante administrativamente**”, en la medida que los recursos de salud tenían que pasar por “la oficina de planeación de la UAESA y además de eso pasar también por la oficina de planeación departamental de la gobernación, es decir, se presentaba una doble función por parte de las dependencias tanto de la UAESA como de la gobernación”²².

²¹ Carpeta anexa 1, fl. 66. Resalto fuera de texto.

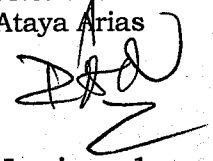
²² Carpeta anexa 2, fls. 336 a 346. Resalto nuestro.



Es decir, según lo expone el declarante, si el Decreto 120 de 2009 no hubiese existido, de pronto no se habría presentado la *incertidumbre jurídica*, las cosas hubiesen fluido de manera normal, sin ningún *desgaste administrativo y económico*. En consecuencia, parece necesario profundizar en estos aspectos, en orden a descartar o afirmar la antijuridicidad material del comportamiento.

Por obvias razones, tampoco es posible afirmar tajantemente que, por el escaso tiempo de vigencia del acto administrativo presuntamente contrario a la ley de manera patética, no se estructura el daño o lesión al bien jurídico tutelado, puesto que, como lo señala la jurisprudencia, para que la administración sufra un detrimento no pocas veces basta y sobra con que se expida el acto de esas características.

Es que resulta necesario auscultar más sobre los tres actos administrativos emitidos en secuencia por el entonces gobernador, tanto individualmente como en conjunto, también sobre las circunstancias espacio-temporales y modales que rodearon su emisión, pues, de esa manera, podría tomarse el camino correcto para saber si esa gradualidad de actos apuntaba a disminuir el riesgo de daño a la administración, o a sustituirlo por otro igualmente nocivo, o si se trataba de maniobras para torpedear la



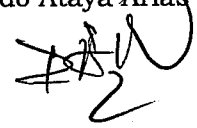
acción de la interventoría de la Superintendencia Nacional de Salud, ésta con fines contrarios al bien común.

B. De la atipicidad subjetiva

Esta causal también fue invocada por el defensor, razón por la cual, se responderán de manera conjunta, no obstante, la mínima sustentación que al respecto realizaron. En efecto, el ente acusador, escasamente, aduce que como el gobernador *“ha advertido de la atipicidad de su comportamiento, porque lo encuentra conforme a derecho, aspecto en el cual lo acompañan las jurídicas Nancy Consuelo Yepes Zapata y Liliana Vivas Parada, daría lugar entonces de encontrarse demostrada, en el análisis demostrativo que haga esta colegiatura, a que igualmente se proceda a considerar la posibilidad preclusiva (...) bajo la esencia de inexistencia del hecho en el orden penal”²³.*

Por su parte, el apoderado del indiciado sostuvo que como se demostró que la acción de su representado estuvo dirigida por criterios razonables y avalados por los asesores jurídicos, lo apropiado es la preclusión por inexistencia del factor subjetivo de la conducta.

²³ Audiencia de preclusión, celebrada el 10 de abril de 2018, récord 00:54.



El dolo²⁴ ha sido definido “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”²⁵. Ello significa que el dolo está compuesto por dos elementos, uno de carácter cognoscitivo, que precisa del conocimiento desde los factores objetivos integrantes de la conducta punible; y otro volitivo, que implica el querer realizarla²⁶.

La jurisprudencia penal ha considerado que para determinar el dolo se debe recurrir a las “inferencias derivadas de las circunstancias propias de la conducta punible”²⁷, es decir, al contexto en que se desarrolló la conducta y las explicaciones que en relación con el asunto entregue el indiciado, en vista de que no es usual que respecto de éste concorra prueba directa.

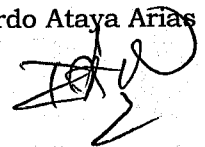
Ahora, del caudal de elementos probatorios allegado no es posible, por ahora, admitir la causal de preclusión invocada por ausencia del aspecto subjetivo de la conducta, si se tiene en cuenta que no se observan las evidencias y argumentos suficientes que permitan tenerla por acreditada en los términos que lo demanda la jurisprudencia penal, es

²⁴ Art. 22 C. Penal: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”.

²⁵ CSJ SP, 25 agosto 2010, Rad. 32964.

²⁶ CSJ SP, 26 enero 2009, Rad. 30847.

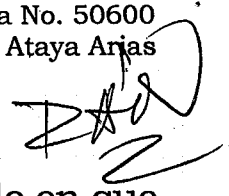
²⁷ SP1483 de 8 feb. 2017, Rad. 46893.



decir, que esté probada más allá de toda duda razonable, salvo que igualmente se interponga el vencimiento del plazo justo para investigar (Ley 906 de 2004, arts. 332-7) o se produzca un decaimiento del potencial probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia (idem, art. 332-6).

En este punto debe recordarse que, para extraer el dolo, se precisa de establecer debidamente las condiciones en que se consumó el delito, en un análisis conjunto con las explicaciones del indiciado. Pues bien, en el caso que se analiza no se ha arrimado elemento material probatorio o evidencia física sobre algunas circunstancias previas a la emisión del Decreto 120 de 2009 que pueden contribuir a afirmar o desvirtuar el aspecto subjetivo de la conducta; como tampoco se ha probado que las explicaciones entregadas por el investigado sean reales y tengan apoyo empírico en otras manifestaciones probatorias.

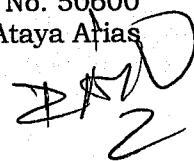
En relación con el contexto anterior al comportamiento presuntamente delictivo, no puede soslayarse -en cambio sí debe verificarse- lo que la denunciante informa a sus superiores una vez conoció el acto administrativo 120 de 2009, esto es, sobre la actitud beligerante del gobernador y sus declaraciones entregadas por la radio, al parecer "*no a tono con la ley*". En la declaración de la agente especial para la época, Leonelia Orejuela Escobar, podría profundizarse sobre los retrasos que al parecer sufrieron los proyectos,



cuántos concretamente se presentaron en el período en que fungió como interventora y de dónde salieron los recursos para demandar la nulidad del acto administrativo, así como los resultados jurídicamente producidos, entre muchos otros.

En lo que tiene que ver con la exposición del indiciado, la verdad es que sobre la misma no se arrimaron evidencias que permitieran confirmar o desvirtuar sus afirmaciones, a lo mejor, porque fue el último acto de investigación que se realizó el 19 de enero de 2017. Los demás elementos de prueba como documentos y declaraciones se cumplieron varios años atrás.

En efecto, el exgobernador señala que una vez asumió el cargo, se reunió con su equipo de trabajo e hicieron un balance sobre la salud, comprobando que la misma pasaba por una crisis absoluta y que la intervención había sido “peor”, por tanto, sus asesores le recomendaron derogar los decretos anteriores. Pues bien, en esta materia, a pesar, que se cuenta con los testimonios de algunos empleados de la época, en esencia, no apoyaron esta afirmación; unos porque no recordaban y otros porque no fueron interrogados directamente sobre esa versión. No obstante, se advierte que no todos los consultores del gobernante del momento declararon dentro de este proceso. En fin, sería importante indagar con unos u otros cómo y por qué logró



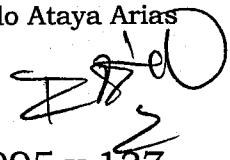
la administración establecer que la intervención de la Superintendencia era nociva en lugar de benéfica.

Por otro lado, el investigado declara que la administración estuvo paralizada entre julio y octubre de 2009, para justificar que en ese período no se ejecutaron proyectos de la Uaesa ni de otra entidad. Ello tampoco se encuentra respaldado en la investigación.

Así las cosas, para lograr una eficaz y equilibrada investigación, es deber del Estado, por intermedio del ente acusador, realizar todos los actos que confluayan con ese objetivo y, hasta ahora, como no se ha cumplido con ese compromiso constitucional y legal, esta Sala Especial rechazará la solicitud de preclusión.

4.- Otra consideración

En relación con la intervención de las víctimas en el proceso penal, la Sala quiere hacer una reflexión a propósito de la ausencia de la Superintendencia Nacional de Salud en este caso, para insistir, como así lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que la participación de las entidades públicas en la investigación es de carácter obligatorio.



En efecto, los artículos 36²⁸ de la Ley 190 de 1995 y 137-2²⁹ de la Ley 600 de 2000 establecen el deber del representante legal de la entidad de derecho público que resulte perjudicada con ocasión de un delito contra la administración pública de constituirse en parte civil dentro del proceso penal, sin que sea procedente sostener que por tratarse de estatutos anteriores a la Ley 906 de 2004 no puedan aplicarse a los procesos regidos por esta última. Así lo sostuvo la Corporación:

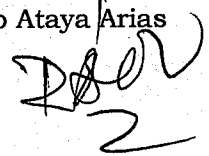
“No puede prosperar el razonamiento según el cual el mencionado artículo de la Ley 190 se refiere únicamente a los procesos que cursan bajo las reglas del Código Procesal Penal de 2000, por el hecho de hallarse la frase “constitución de parte civil”, dado que se estaría confundiendo el mecanismo a través del cual las personas naturales o jurídicas son reconocidas (en ese procedimiento) como afectadas a consecuencia de la comisión de un delito, con los

²⁸ **“En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.**

De la apertura de instrucción deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate.

El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente”.

²⁹ **“En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.** Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil”.



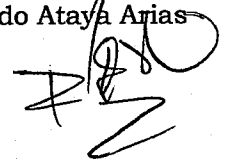
conceptos de víctima y perjudicado, plenamente vigentes en la Ley 906 de 2004”³⁰.

En suma, es una exigencia para la institución de derecho público acudir al proceso penal a defender los intereses de esta en calidad de víctima, so pena de que el responsable pueda ser investigado disciplinariamente por incumplimiento de dicha obligación.

Ahora bien, si la Superintendencia Nacional de Salud estima que fueron superados los inconvenientes con el gobernador de entonces o que las actuaciones del funcionario no ameritan una investigación penal -como se advierte o sugiere en el oficio 2-2017-068411 de 21 de julio de 2017-, deberá acudir a esta indagación para sustentarlo jurídicamente. Esta también es una manera de defender los intereses de la entidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

³⁰ CSJ. AP1157-2015, 4 mar., 2015, Rad. 44629.



RESUELVE

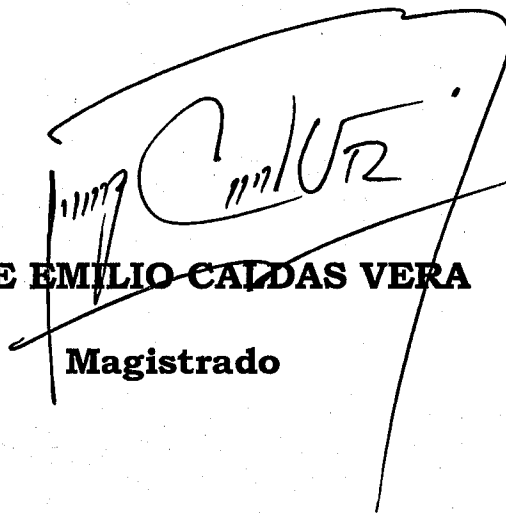
1. NEGAR LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN incoada por la Fiscalía General de la Nación en favor de LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS, conforme con las razones expuestas en la parte considerativa.

2. Contra esta providencia proceden los recursos ordinarios.

3. Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente con sus anexos a la Fiscalía General de la Nación, conforme con el artículo 335 de la Ley 906 de 2004.

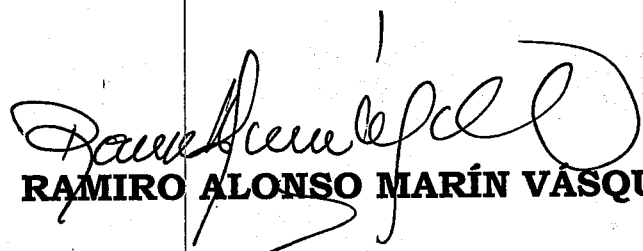
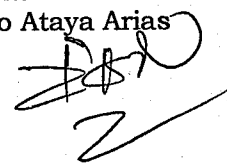
La decisión queda notificada en estrados.

Notifiquese y cúmplase.

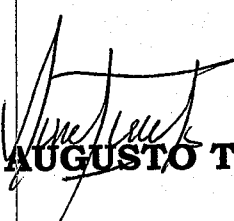


JORGE EMILIO CALDAS VERA

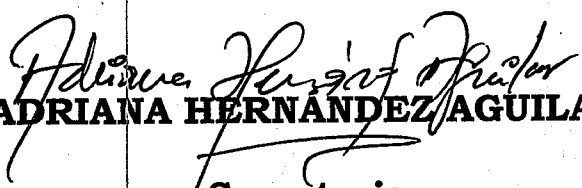
Magistrado



RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR
Secretaria