

PROCESO: 05-001 -60-00-248-2018-14699
DELITO: Peculado por apropiación y daño informático.
CONDENADA: Sindy Natalia Durango Echavarría
PROCEDENCIA: Juzgado 20° Penal del Circuito
OBJETO: Apelación de Sentencia Condenatoria por allanamiento
DECISIÓN: Confirma parcialmente
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez
SENTENCIA No. 029-2021

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado por Acta Nro. 105

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el defensor, el apoderado de la víctima y la delegada del Ministerio Público en contra de la sentencia proferida el 16 de abril de 2021 por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, producto de su allanamiento a cargos, en la cual se condenó a Sindy Natalia Durango Echavarría como penalmente responsable a título de autora de los punibles de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con daño informático.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES:

Fueron descritos en el escrito de acusación en los siguientes términos:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

*La señora **SINDY NATALIA DURANGO ECHAVARRÍA** en calidad de servidora oficial, encargada de orientar el proceso de los cursos de la Escuela de idiomas, durante los años 2017 a 2018 se apropió en provecho propio de dineros de la Escuela de idiomas de la Universidad de Antioquia, al hacer creer falsamente a los aspirantes a estudiar en dicho centro de idiomas que el destino de los dineros iba a ser la universidad de Antioquia, toda vez que los particulares titulares de las cuentas destinatarias de los depósitos se les hacía creer que se habían inscrito y habían desistido de participar en el cupo de aquellos que inicialmente habían aspirado al curso, sin corresponder dicha historia a la realidad, toda vez que esas cuentas pertenecían a personas cercanas a Sindy Natalia Durango a quienes al parecer engañaba para que le facilitaran dichas cuentas para hacer transacciones personales.*

NATALIA DURANGO informaba a los aspirantes a estudiar en la escuela de idiomas, que podían consignar en las siguientes cuentas de Bancolombia N°25586332921, Cuenta BANCOLOMBIA N°10123029083, Cuenta BANCOLOMBIA N° 37784843506, Cuenta BANCOLOMBIA cuenta 31062121800, y Cuenta del banco AV VILLAS N° 446812286.

El monto de lo apropiado fue 14.954.000 correspondiente a una lista de 28 estudiantes, entre ellos: MARIA VICTORIA CASAS, MARIA NELLY VASQUEZ ECHAVARRIA, MAISA MARELLI PEREZ PAYARES, JULIA INES PALACIO JARAMILLO, NATALIA LARA SALAZAR, JAVIER AUGUSTO VERA SOLANO, CARLOS ANDRES OVIEDO P., LUIS JADER MONTERO Y OTROS.

A pesar que los dineros de los estudiantes no ingresaron a la universidad de Antioquia, porque la funcionaria Sindy Natalia orientó los dineros hacia cuentas de particulares y finalmente esos recursos fueron los apropiados por ella, la universidad permitió que los estudiantes terminaran los cursos y los certificó, por lo que la Universidad fue la afectada en su patrimonio.

Con su comportamiento SINDY DURANGO alteró los sistemas informáticos de la universidad de Antioquia – SAP, REUNE Y MARES Donde se almacena la información de los estudiantes, haciendo creer que los estudiantes habían pagado a la universidad cuando sus pagos en realidad fueron dirigidos a cuentas de particulares al modificar la afirmación que habían sido consignados a la universidad cuando no era cierto. Y alteró la base de datos al señalar a los estudiantes como si hicieran parte de un convenio cuyos valores permiten en los sistemas quedar en ceros, porque han sido pagados por la facultad a la que corresponden.

La formulación de imputación se llevó a cabo el 6 de julio de 2020 ante el Juzgado 40 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, como

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

autora de las conductas punibles de peculado por apropiación en concurso heterogéneo y sucesivo con daño informático, cargos a los cuales la imputada se allanó.

Sometida a reparto la actuación correspondió al Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, despacho ante el cual, el 10 de febrero siguiente, se realizó audiencia de *legalización de allanamiento* y luego la señalada en el artículo 447 del C. de P.P.

La sentencia se profirió el 16 de abril pasado y en ella se condenó a Sindy Natalia Durango Echavarría a las penas principales de 30 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa por valor de \$3'838.000 pagaderos en 24 cuotas. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y concedió la prisión domiciliaria.

La defensa de Sindy Natalia, el apoderado de víctimas y la procuradora judicial apelaron la decisión.

II. LA DECISION RECURRIDA

El *a quo* empezó por considerar demostrada la condición de servidora pública de la acusada, pues se desempeñaba como auxiliar administrativa de la Escuela de Idiomas de la Universidad de Antioquia, cargo en ejercicio de cual se apropió a través de engaños de dineros destinados a cubrir los valores de las matrículas de ingreso a los cursos que ofrecía la escuela. Destacó que negó la nulidad del allanamiento deprecada por el defensor, en sede de la legalización de dicho acto, alegando que se trataba de una estafa y no de un peculado, respondiendo que los dineros tenían como destino natural la Universidad, entidad que reconoció a los estudiantes los derechos a cursar las clases a que se inscribieron, con lo cual sufrió un desmedro económico real y efectivo.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

Avaló la aceptación de cargos por considerarla libre e informada y, por contera, irrevocable.

A efectos de considerar la punibilidad admitió que el defensor relacionó los pagos realizados por la acusada reintegrando a la institución educativa los valores apropiados. Este reintegro se dio a partir del mes de agosto de 2020 y durante varios meses de 2021 a través de consignaciones a la tesorería de la Universidad. Recordó que la defensa también destacó que la mujer tiene un hijo menor que quedaría desamparado, pues es ella quien provee su sustento. Al respecto recordó que la defensa dijo que el padrastro de la procesada le dio el apellido al menor, pero no es su padre. También citó las normas del Código Penal referidas al delito continuado y al concurso. Dijo que el delito de peculado estaba sancionado con una pena mínima de 64 meses, que debía incrementarse en una tercera parte por tratarse de un delito continuado, ejercicio que arrojaba una pena mínima de 75 meses 10 días, guarismo del que partía para imponer una pena de 76 meses por este reato, al cual rebajaba un 50% con fundamento en el artículo 401 del C.P. que hacía referencia al reintegro de los valores apropiados, para una pena final de 38 meses por cuenta del peculado. Por concepto del concurso incrementó la pena a 60 meses y le rebajó el 50% por el allanamiento para una pena final de 30 meses de prisión. En relación con la multa dijo que debía tasarse en monto igual al del valor apropiado, al que le rebajaría la mitad por el artículo 401 citado y de nuevo la mitad por el allanamiento.

Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por la expresa prohibición contenida en el artículo 68 A del C.P., pero reconoció la prisión domiciliaria por entender demostrada la condición de madre cabeza de familia de la señora Durango Echavarría.

III. DE LOS RECURSOS

1. Contra dicha decisión interpuso el recurso de apelación **el defensor**, invocando un yerro en la adecuación típica de la conducta. En su opinión no se está ante un

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

peculado por apropiación sino frente a un delito de estafa. Tal equivocación tiene como consecuencia la declaratoria de invalidez de lo actuado. No obstante, considera que el simple cambio en la denominación jurídica de la conducta por la cual se condenó a su patrocinada subsana el yerro destacado. Se remite a la descripción que de los hechos jurídicamente relevantes hizo el *a quo*, en la que se destaca el hecho de hacerle creer a los aspirantes a ingresar a la escuela de idiomas de la Universidad de Antioquia que los dineros a ella entregados irían a esa entidad. Fueron estos particulares quienes vieron afectado su patrimonio. A renglón seguido manifestó que la Universidad fue víctima en su patrimonio económico, pero no sujeto pasivo de la acción pues no fue titular del bien jurídico tutelado.

Añadió que no se demostró que su cliente tuviera disposición jurídica o material sobre los dineros recibidos, condición para que su conducta se adecue al peculado.

Así las cosas, solicita se condene a su cliente como autora de estafa en concurso con daño informático y se conceda las rebajas por reintegro y allanamiento temprano.

2. El apoderado de la víctima, Universidad de Antioquia, criticó la tasación de la pena y la concesión de la prisión domiciliaria. En lo que hace con el primer tópico, dijo que el fallador aplicó indebidamente el artículo 401 del C.P. que consagra unas rebajas por reintegro, el error consistió en que aplicó el inciso primero que señala una rebaja del 50% cuando el reintegro tiene lugar antes de iniciar la actuación procesal, debiendo aplicar el inciso segundo que consagra una rebaja menor, de una tercera parte de la pena, pues la actuación ya estaba en curso. La imputación fue el 6 de julio de 2020 y el reintegro empezó en el mes de agosto y se dio en varias cuotas.

Frente a la concesión de la prisión domiciliaria por madre cabeza de familia, entendió que en el asunto bajo examen no fueron satisfechas las exigencias legales. El reconocimiento se fundó en una argumentación extraña al asunto en discusión.

No se aportaron elementos que soporten la condición de madre cabeza de familia en la sentenciada. Solo está acreditado que tiene un hijo, lo que resulta insuficiente.

3. La delegada del Ministerio Público, apeló la decisión por considerar, en los mismos términos que el defensor de víctimas, que se aplicó indebidamente el artículo 401 del C.P. El reintegro se realizó entre agosto de 2020 y enero de 2021 según las constancias escritas suministradas por la defensa, luego, la rebaja no podía ser superior a una tercera parte.

En segundo lugar, entendió que la defensa no demostró la condición de madre cabeza de familia de la acusada. Lo anterior en razón a que no acreditó que su hijo quedaría en total abandono. Tan sólo probó que su padrastro reconoció a su hijo menor de 4 años. Se desconoce en la actuación cuál es el núcleo familiar de la acusada, cuál el del padre biológico del menor, ni la existencia de otros consanguíneos y su imposibilidad de apoyarla en el cuidado de su vástago.

Criticó que en la parte considerativa se haya discurrido en punto de la procedencia de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia y en la resolutive se haya concedido la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia.

Pidió modificar la decisión en los términos expuestos.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

2. Dado el carácter restringido de la competencia que ostenta la segunda instancia, el Tribunal se ocupará única y exclusivamente de los argumentos en que los censores fundan su inconformidad.

3. En el orden anunciado, abordará en primer término las censuras expuestas por el defensor de Sindy Natalia Echavarría Durango, pues de prosperar, tendrían algún efecto en punto de las propuestas por los demás recurrentes. Así, primero habrá de referirse al carácter irrevocable de la aceptación de responsabilidad, para luego, entrar a determinar si ese carácter enerva la posibilidad o el derecho de la defensa a recurrir la decisión. Dependiendo de la respuesta que se ofrezca a ese interrogante se ocupará o no del análisis de sus argumentos.

4. La jurisprudencia, cuando del allanamiento a cargos se trata, ha sido más o menos consistente en afirmar su carácter irrevocable. En efecto, ha sostenido que una vez aprobada por el juez la aceptación que de su responsabilidad hace el imputado o acusado, este no podrá echarse para atrás. Como única excepción a ese carácter, está la existencia de violación a garantías fundamentales, tales como vicios en el consentimiento o violación al derecho de defensa, por mencionar un par de ellas. En los términos expuestos, el interés para recurrir en este tipo de situaciones, en principio se ve limitado a aspectos relacionados con el monto de la pena y la concesión o no de subrogados penales. Al respecto resulta pertinente recordar lo sostenido por la Corte hace algún tiempo en los siguientes términos:

“En reciente decisión¹ se indicó que es cierto que en casos en los que libre y voluntariamente el infractor de la ley penal acepta su responsabilidad en los hechos, es posible alegar la nulidad del trámite por la trasgresión de garantías fundamentales, siempre que se tenga en cuenta que ese tipo de situaciones están regidas por el principio de irrevocabilidad, es decir que no es posible discutir los términos de aceptación de la responsabilidad penal una vez el juez ha verificado su legalidad, a menos que se presenten situaciones excepcionales que la propia ley prevé y que ha desarrollado la jurisprudencia.

Al respecto la Corte se ha pronunciado como sigue:

¹ CSJ AP., 24 jul. 2017 rad. 50653

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

El artículo 293 de la ley 906 de 2004, dispone que el allanamiento a cargos o el acuerdo son vinculantes para la fiscalía y el imputado, de modo que el juez una vez determina que es voluntario, libre y espontáneo, debe aceptarlo, sin que a partir de este momento sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, salvo que lo aceptado o acordado desconozca las garantías fundamentales.

Debido al principio de irrevocabilidad que los rige, las partes se encuentran inhabilitadas para revocar, reformar, modificar o desconocer sus términos; permitirlo sería afectar la buena fe, la lealtad procesal, la seguridad jurídica y la pronta y eficaz administración de justicia, fines del sistema acusatorio².

En esas circunstancias el recurso extraordinario busca desconocer el allanamiento a cargos de los procesados en la audiencia de formulación de la imputación, propósito que contradice el mandato legal arriba mencionado.

El casacionista olvida que los imputados al aceptar los cargos, renuncian entre otros derechos, al de no autoincriminación, a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, a cambio de una rebaja de la pena a imponer. (CSJ AP, 25 mar. 2015 rad. 43505)”³

De lo anterior se deriva la improcedencia del recurso de apelación cuando comporta una forma velada de retractación.

5. Existen situaciones en las que el defensor acepta que su poderdante es responsable, que decide libremente admitir su responsabilidad y ser condenado, pero considera que la calificación jurídica imputada por la fiscalía no es correcta, que corresponde a una diferente, más favorable y esa sí acertada y coherente con los hechos jurídicamente relevantes, respecto de los cuales no hay discusión. En este tipo de situaciones la Corte ha admitido que la defensa recurra el fallo producto del allanamiento a cargos, sin considerarlo una retractación velada. Esto ha dicho la corporación de cierre al respecto:

“Como la Delegada del Ministerio Público manifestó que si el procesado se allanó a la imputación formulada por la Fiscalía por el delito de falsedad ideológica en documento público en calidad de interviniente, ahora no puede

² Casación julio 8 de 2009, radicación 31280

³ CSJ SP. 621-2018 del 4 de abril de 2018, radicado 52053

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

retractarse para cuestionar la adecuación típica de dicho punible, debe la Sala señalar que, si bien de acuerdo con el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, carecería de interés para impugnar en casación, pues respecto de los allanamientos y preacuerdos rige el principio de no retractación, lo cierto es que el defensor denunció en su demanda cómo el comportamiento realizado por el acusado no corresponde al delito ni al grado de intervención por el que fue sancionado.

Entonces, si la Corte⁴ ha precisado que tratándose del allanamiento a cargos, los sentenciadores no son “simples fedatarios”, pues les corresponde avalarlo “si en su formación no se han violado derechos fundamentales, dentro de los cuales se comprenden, entre otros, la legalidad, la estricta tipicidad y el debido proceso”, además de que deben constatar la ausencia de vicios en el consentimiento o la vulneración de garantías fundamentales, caso en el cual es de su resorte enmendar la actuación acudiendo a la nulidad o procurando que el asunto “retome los cauces de la legalidad”, o inclusive, profiriendo fallo absolutorio cuando se trate de “un hecho inexistente, o en relación con una conducta de otro, o propia pero atípica”⁵, se concluye que el demandante cuenta con interés para acudir a esta sede extraordinaria”.⁶

En este tipo de situaciones la jurisprudencia también ha determinado que la solución a ofrecer en este caso se aleja de la declaratoria de nulidad o la absolución del acusado, pues en su criterio resulta plausible proferir la correspondiente sentencia calificando los hechos de la manera en que lo sugiere la defensa. Aquí el extracto de una decisión en el sentido anunciado:

“Cuando no existen dudas acerca de los hechos imputados, pero se establece que la Fiscalía se equivocó en la calificación jurídica, en el sentido de atribuir un delito más grave que el que correspondía legalmente, el juez puede emitir la condena por el delito menor, toda vez que así: (i) mantiene a salvo el principio de legalidad; (ii) protege los derechos del procesado, especialmente el atinente a la legalidad de la pena; (iii) el procesado no es sorprendido ni sometido a indefensión, porque se mantiene incólume la premisa fáctica de la imputación –que devino en acusación en virtud del allanamiento a cargos-; y (iv) materializa las finalidades de esta forma de terminación anticipada de la actuación penal”.⁷

⁴ CSJ SP, 4 abr. 2018. Rad. 46784.

⁵ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 40972.

⁶ CSJ SP4799-2019 del 6 de noviembre de 2019. Radicado 54125.

⁷ CSJ SP2446-2019 del 3 de julio de 2019. Radicado 52967

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

6. En el orden de ideas expuesto, la posibilidad de recurrir por la defensa en este tópico concreto resulta plausible y por ello tendrá el Tribunal que responder sus argumentos, ejercicio al que procederá como sigue:

El eje central del alegato defensivo se sustenta en que la acusada no tenía poder de disposición material o funcional sobre los recursos. Al respecto, la Sala considera justo lo contrario. La mujer se desempeñaba en el cargo de asistencial temporal 2, una forma de auxiliar administrativa de la escuela de idiomas de la Universidad de Antioquia. Entre sus funciones, estaba la de atender las inquietudes de los aspirantes a ingresar a la escuela acerca de los requisitos que debían satisfacer para el efecto. Entre esas condiciones estaba, por supuesto, la cancelación de los derechos de matrícula. Esos pagos se hacían a través de consignaciones por medio de vía digitales y en ocasiones consignando los valores respectivos en las cuentas bancarias a nombre de la universidad. En desarrollo de esa labor, la mujer ideó toda una estrategia dirigida a que aspirantes con dificultades para vincularse a los cursos ofrecidos, consignaran los valores correspondientes en cuentas bancarias por ella suministradas, manifestándoles que con ello ocuparían el cupo de otros que pagaron los derechos a asistir, pero desistieron de hacerlo por diferentes razones. En ese orden, en teoría, los aspirantes consignaban los valores de los cursos a las personas que ya habían pagado y por ello tenían el cupo para ingresar. Empero, esas sumas fueron apropiadas por la acusada, quien alteró las bases de datos de la universidad para aparentar legalidad en su desviado proceder. Fue de esta función de la que abusó Sindy Natalia. En efecto, entregó números de cuentas bancarias de allegados suyos y por supuesto ajenas a la institución, sobre las cuales ella tenía poder indirecto de disposición.

Es cierto que Sindy Natalia no tenía dentro de sus funciones la de recibir dinero de los aspirantes a los cursos de idiomas, pero también lo es, que entregaba la información a los aspirantes acerca de las cuentas en las cuales debían realizar las consignaciones correspondientes. Ese conocimiento tan particular de los procedimientos y reglamentos de la universidad le permitió, en un momento dado,

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

tener disponibilidad funcional de los recursos entregados por los aspirantes. Expresado de diferente manera, la mujer no habría podido proceder como lo hizo, de no ostentar la condición de auxiliar administrativa de la escuela de idiomas de la universidad. Esa calidad y las funciones que desempeñaba en su momento le permitieron apropiarse de los valores que debieron ingresar a las arcas oficiales.

Acerca de la relación que ha de existir entre el servidor público y los recursos apropiados la Corte ha sostenido lo siguiente:

“Desde hace tiempo la Corte ha señalado en torno a la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto de la conducta de Peculado por apropiación y los bienes oficiales cuya custodia ostenta «por razón o con ocasión de sus funciones», que la misma no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada que delimite una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone, significándose con ello que lo trascendental es la posibilidad de ejercitar un poder de disposición sobre los recursos del Estado, pudiéndose incluso tipificar el delito cuando su administración derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

Así se ha precisado:

La expresión utilizada por la Ley en la definición de peculado y que dice "en razón de sus funciones", hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

Las facultades de manejo en el empleado público, que son las que en este caso considera ausentes el casacionista, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entendiéndose como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado encargo las ejercita.⁸

En síntesis, en la estructura del delito de Peculado por apropiación, aparte de la calidad de servidor público del autor, la conducta de apropiación de los bienes del Estado puede llevarse a cabo no solamente por el funcionario que tenga bajo su cargo la custodia material de los mismos y la potestad del gasto público, sino también por aquellos otros servidores que dentro de la estructura organizacional de la entidad sostengan sobre ellos un vínculo funcional que les permita su disposición jurídica, no siempre derivado de una asignación legal o constitucional, sino también en virtud de la distribución de tareas definida por el director de la empresa estatal”.⁹

En el *sub examine*, es claro que la procesada no tenía una relación con los recursos apropiados sustentada en la ley o el reglamento. Se trató de una relación de hecho con tales bienes, relación que surgió accidental u ocasional, con motivo del ejercicio de, esas sí, su función asignada de ofrecer información a las personas que se acercaran a indagar por los cursos ofrecidos por la escuela.

Que los referidos dineros nunca ingresaron a la cuenta oficial destinada para tales fines, es cierto. Sin embargo, ello en manera alguna desdibuja la tipicidad de la conducta. La razón es clara, esos recursos tenían como destino la escuela de idiomas oficial. Fueron consignados como contraprestación por el derecho a acceder a varios de los cursos ofrecidos por el ente público. Servicio que efectivamente recibieron a satisfacción, gracias a las maniobras realizadas por la acusada en las bases de datos de la universidad. Expresado de manera simple, la universidad ofreció un servicio

⁸ CSJ AP, 4 oct. 1994, rad. 8729. En el mismo sentido, CSJ SP, 2 oct. 1997, rad. 11657; CSJ SP, 3 nov. 1998, rad. 10778; CSJ SP, 5 oct. 2006, rad. 25290.

⁹ CSJ SP 19802-2017, 23 de noviembre de 2017, rad. 46166.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

educativo que debía ser remunerado. Remuneración que sus estudiantes consignaron con la convicción de que lo hacían en contraprestación por el derecho a gozar del servicio ofrecido por la escuela de idiomas. Sin embargo, esos recursos nunca llegaron a sus arcas, justo porque fue objeto de apropiación por parte de Sindy Natalia. Con todo, la prestación por la que pagaron los estudiantes fue efectivamente entregada, itera la Sala, por cuenta de las maniobras realizadas por la mujer sobre las bases de datos a que tenía acceso. Es más, la universidad no se habría percatado de lo sucedido de no ser porque la acusada, se dice, empezó a mostrar una capacidad económica que le era ajena o extraña.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto es claro que la acusada tuvo la disponibilidad funcional de los recursos. Se insiste, de no haber desempeñado el cargo de auxiliar administrativa, no habría tenido la oportunidad de ofrecer información errada a los usuarios para lograr que consignaran aquellos recursos a las cuentas bancarias a las que tenía acceso. No tenía disponibilidad material de esos recursos, es cierto, pero se valió, o mejor, abusó de sus funciones para poder acceder a ellos.

De acuerdo con lo hasta aquí considerado, no resultaba relevante en punto de la calificación jurídica de la conducta, el que los dineros no hubieren ingresado a las arcas de la universidad. Ese hecho no desvirtúa que fueran sus recursos, pues conferían un derecho a obtener el servicio que aquella institución ofrecía. Al punto que el servicio fue prestado a cabalidad. Así, no es cierto que las víctimas hayan sido los particulares, pues su patrimonio no sufrió desmedro alguno. Este se concretó en el patrimonio oficial de la Universidad. Tan claro es lo acabado de afirmar que el reintegro de los valores apropiados por la acusada, no se produjo en favor de aquellos particulares sino de la institución de educación superior.

En síntesis, no le asiste razón al defensor recurrente.

7. Superada la anterior discusión pasará el Tribunal a evaluar el ejercicio de

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

dosificación punitiva realizado por el *a quo*, desde las objeciones invocadas por los recurrentes, que resultan comunes en su contenido.

Revisado ese aparte de la decisión, se advierte con claridad que el referido ejercicio fue desde todo punto de vista desafortunado. Estas las razones:

Aseveró el *a quo* que la conducta por la cual se procesó a Sindy Natalia, se sanciona por el código penal con pena de prisión que oscila entre 64 y 180 meses de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 397 del C.P. en razón a la cuantía del reato que no superó los 5 SMLMV. Añadió que por tratarse de un delito continuado debía incrementarse el guarismo mínimo en una tercera parte, dando como resultado 75 meses 10 días. Acá se advierte el primer yerro, consistente en que una tercera parte de 64 meses corresponde a 21 meses y 10 días, con lo cual la pena no podía ser de 75 meses 10 días sino de 85 meses 10 días. Sin embargo, esta primera equivocación del *a quo* no fue invocada por los recurrentes, razón por la cual no podrá corregirse en esta sede en virtud del carácter restringido de la competencia del Tribunal.

Siguiendo con el ejercicio realizado por el juez de primera instancia, se observa que terminó por dosificar la pena en 76 meses, guarismo al que rebajó un 50% con fundamento en el inciso primero del artículo 401 del C.P. para una pena final, para el delito de peculado equivalente a 38 meses de prisión. Aquí se evidencia el segundo de los yerrores en que incurrió esa instancia. Para ponerlo de presente debe examinarse el tenor de la norma en cita:

ARTICULO 401. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.

En el presente asunto, tal como lo alegaron el apoderado de la víctima y la delegada del ministerio público, la formulación de imputación se llevó a cabo el 6 de julio de 2020, mientras que el reintegro se realizó en varias cuotas que empezaron a consignarse en el mes de agosto del mismo 2020 a una cuenta de la universidad afectada en su patrimonio. La última cuota se consignó en enero pasado. Es claro que el reintegro se concretó luego de iniciada la investigación, orden de ideas en el cual debió aplicarse el inciso segundo de la citada disposición, otorgando una rebaja de pena de una tercera parte. Así las cosas, la pena por este delito debió quedar, no en 38 meses sino en **50 meses 20 días** de prisión, que resulta de restarle a 76 meses, 25.3 equivalentes a una tercera parte.

Ahora bien, ese guarismo habrá de incrementarse en 22 meses, que corresponden al valor que consideró el *a quo* por cuenta del concurso de conductas punibles. Lo anterior, en respeto del criterio utilizado por esa instancia y que no fue cuestionado por las partes. Así las cosas, la pena de prisión debió dosificarse en **72 meses 20 días**. Sin embargo, al aplicarle la rebaja del 50% por allanamiento temprano, el resultado final será de **36 meses 10 días de prisión**. Lo propio acontece con la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. La Sala corregirá la sentencia en ese sentido.

Lo mismo hará en relación con la pena de multa, que, por equivaler al valor de lo apropiado, correspondería inicialmente a \$13'426.000 de acuerdo con los elementos materiales probatorios arrimados a la actuación. Sin embargo, ese valor, en aplicación del inciso segundo del ya transcrito artículo 401 del C.P. debe rebajarse en una tercera parte, arrojando un total de \$8'950.666. A este se aplicará la rebaja del 50% por cuenta de la aceptación temprana de cargos, para una multa final de

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

\$4'475.333. El Tribunal corregirá la decisión en la forma anunciada.

Al margen de lo anterior, en esta sede se pudo advertir por el Tribunal que el *a quo* incurrió en un tercer yerro, pues ningún incremento por cuenta del delito continuado aplicó a la sanción de multa. Omisión que sin embargo no podrá ser corregida pues no fue controvertida por ninguno de los recurrentes, tal como sucediera con la primera parte de la dosificación de la pena de prisión a que se refirió en precedencia.

8. Finalmente se responderán los reparos planteados por el representante de la víctima y la delegada del ministerio público en punto de la concesión de la prisión domiciliaria a Sindy Natalia al entender acreditada su condición de madre cabeza de familia.

Para el efecto ha de recordarse que el artículo 2º de la ley 82 de 1993, modificado por la ley 1232 del 2008, señaló

“Es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

De acuerdo con lo anterior, para que se establezca la figura de madre o padre cabeza de familia se deben tener en cuenta: i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; ii) que esa responsabilidad sea de carácter exclusivo y permanente por ausencia absoluta de la pareja o de incumplimiento total de las obligaciones por parte de ésta, por propia voluntad o por circunstancias de fuerza mayor y iii) que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre o del padre para sostener el hogar.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

Es decir, que quien pida el beneficio de la prisión domiciliaria tiene la carga probatoria de demostrar con toda certeza que tiene hijos menores de edad, o a otros menores o personas discapacitadas bajo su exclusivo cuidado por ausencia permanente de otros familiares que cumplan tales funciones.

En el *sub judice*, para sustentar probatoriamente la petición de prisión domiciliaria a favor de su asistida como madre cabeza de familia, el defensor aportó, de un lado, el registro civil de Gian Franco López Durango, nacido el 12 de octubre de 2016, que da cuenta de la relación filial con la acusada. Del otro, un manuscrito firmado por Alex de Jesús López, quien dijo ser el padrastro de la acusada desde que contaba con escasa edad, agregando que, como consecuencia de ese nexo afectivo, cuando aquella decidió tener un hijo y ante el abandono del padre, se ofreció a darle el apellido al infante, aclarando, eso sí, que es ella quien vela por su manutención con el producto de ventas por catálogo. Finalizó afirmando su incapacidad para colaborarle al niño pues trabaja como independiente en construcción y sus ingresos son magros.

Pues bien, revisada la documentación, para la Sala es claro que, si bien es cierto, apunta a que, en efecto, Sindy Natalia Durango Echavarría es madre de familia y tiene bajo su cuidado y protección su hijo menor Gian Franco, también lo es que, tales supuestos de hecho no alcanzan a abarcar la totalidad de las exigencias establecidas en la norma invocada, la cual incorpora para su procedencia la acreditación de la falta sustancial de ayuda por parte del núcleo familiar.

Tal como lo afirmara la delegada del ministerio público, ni siquiera se conoce cuál es el núcleo familiar de la mujer, si es que cuenta con uno. Pero, además, es claro que ante la legislación el menor mencionado cuenta con un padre identificado como Alex de Jesús López, quien ha visto por la mujer con amor y cuidados, tal como él mismo lo afirma en el manuscrito aportado. En esas condiciones sobre él recae el deber de asistencia respecto del menor, sin que sean de recibo ante la ley las explicaciones que ofrece en el sentido de que no presta ningún tipo de asistencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

por imposibilidad económica, dando a entender además que no le corresponde hacerlo. Itera el Tribunal, el señor López ante la ley es el padre del menor y le asisten todos y cada uno de los deberes derivados de esa condición que no le fue impuesta de manera injusta o inconsulta.

De otro lado, la simple manifestación del señor López acerca de su incapacidad económica no demuestra nada. Es claro que cuenta con una actividad económicamente productiva que le genera algún tipo de ingreso que tiene el deber de compartir con su descendiente. El reconocimiento que hizo este ciudadano ante la ley comporta obligaciones, pues es más que una simple concesión de buena voluntad. En este orden de ideas, queda claro que la defensa no logró, por ahora, demostrar la ausencia de allegados al menor que puedan proveerlo de cuidado y protección.

En esas condiciones, ante la falta de elementos que demuestren la calidad de madre cabeza de familia de Sindy Natalia Durango Echavarría, resulta equivocada la conclusión a la que arribó el juez de instancia, que dicho sea de paso en la exposición oral de la sentencia no plasmó ningún tipo de consideración en punto a la concesión de la gracia examinada. Por lo anterior la decisión se revocará en lo que a este aspecto hace relación.

No obstante, en aras de garantizar al máximo el bienestar y protección del niño, la defensa podrá solicitar en cualquier momento ante los juzgados de ejecución de penas, un estudio socioeconómico que permita modificar la decisión aquí adoptada.

9. En estrecha relación con lo acabado de considerar, debe quedar claro que la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia resulta improcedente en este asunto, dada la prohibición expresa consagrada en el artículo 68 A del C.P., que proscribire esta posibilidad cuando de delitos contra la administración pública se trata. La referencia que según uno de los recurrentes se plasmó en la parte resolutive de la transliteración del fallo, a una supuesta concesión de aquel subrogado no pasa

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

de ser un gazapo, incongruente con la parte considerativa de dicha decisión, en la que claramente se expusieron las razones para negar esa suspensión. También quedó claro que la gracia concedida fue la prisión domiciliaria por madre cabeza de familia.

10. En síntesis de lo hasta aquí ocurrido, la decisión será confirmada parcialmente, modificando en primer término el monto de las penas impuestas, que habrá de ser superior al inicialmente dispuesto por la primera instancia ante la aplicación errónea del contenido del artículo 401 del C.P. en los términos acá considerados. Además, se revocará la decisión en lo que a la concesión de la prisión domiciliaria se refiere para en su lugar negar dicha gracia.

En firme esta decisión se libraré la respectiva orden de captura.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados, que por vía de apelación se revisa, incorporando en ella las siguientes **MODIFICACIONES:**

La CONDENA IMPUESTA a Sindy Natalia Durango Echavarría por haber sido hallada penalmente responsable de los punibles de peculado por apropiación y daño informático, será de **TREINTA Y SÉIS (36) MESES, DIEZ (10) DÍAS de prisión, mismo lapso que se impondrá para la también pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa por valor de CUATRO MILLONES, CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL, TRESCEIENTOS TREINTA Y TRÉS PESOS (\$4'475.333) pagadera en la forma dispuesta por la decisión de primera instancia.**

Se revoca la concesión de la prisión domiciliaria, para en su lugar negar dicho sustituto.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO.05001-60-00-248-2018-14699
Sindy Natalia Durango Echavarría

En firme esta decisión, líbrese la correspondiente orden de captura.

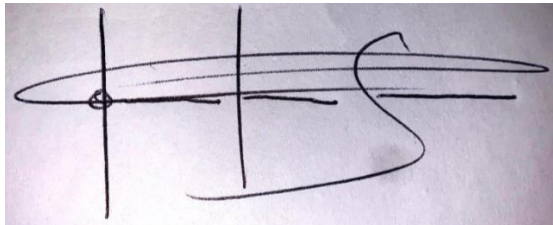
En lo demás la decisión recurrida se mantiene incólume.

El presente proveído se notifica en estrados y contra él procede el recurso de casación.

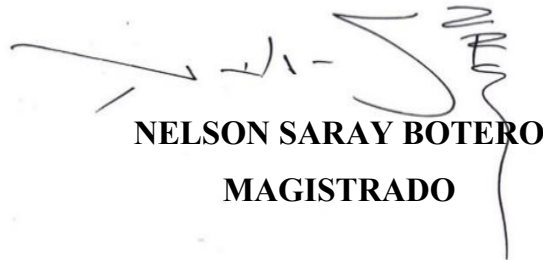
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO