

Proceso No 22683

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 69

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado ENRIQUE GALINDO MONJE, contra el fallo de segundo grado que el 11 de diciembre de 2003 profirió el Tribunal Superior de Bogotá, a través del cual confirmó el emitido por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, por cuyo medio lo condenó como autor penalmente responsable del delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de junio de 1995 ENRIQUE GALINDO MONJE celebró con el Ministerio de Transporte el contrato No. 130 cuyo objeto era la construcción del muelle en el kilómetro 25 en el río Meta, en el sitio “La Banqueta” jurisdicción del municipio de Puerto López (Meta), por un valor de trescientos tres millones trescientos cincuenta y cinco mil novecientos

sesenta y siete pesos (303.355.967,00).

En virtud de tal convenio, el 14 de septiembre de 1995 recibió como anticipo el 20 % de su valor equivalente a la suma de cincuenta y nueve millones novecientos noventa y nueve mil doscientos dos pesos con treinta y cinco centavos (\$59.999.202,35) dinero que por obligación contractual consignó en una cuenta corriente conjunta que tenía con el interventor ("COMPAÑÍA UNIÓN TEMPORAL SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A - CONSULTORES CIVILES E HIDRAÚLICOS LTDA."), sin embargo, el valor de ochenta y nueve millones novecientos noventa y ocho mil ochocientos tres pesos con sesenta y cinco centavos (\$89.998.803,65) que por "otro si" del contrato se pactó para adicionar el valor del anticipo en un 30 % más, que recibió el 20 de diciembre de la misma anualidad no lo depositó en la cuenta bancaria compartida, ni informó a la interventoría el destino del mismo y sólo hasta el 14 de octubre de 1997 dio cuenta de la adquisición de maquinaria que no se ajustaba al rubro fijado en el plan de inversión del anticipo de la obra.

Vinculado a través de indagatoria a la investigación penal que inició la Fiscalía General de la Nación, su situación jurídica se resolvió el 27 de febrero de 2000 con medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto responsable del delito de cohecho por dar u ofrecer, no obstante, a instancia del representante del Ministerio Público por el recurso de reposición que interpuso, el 14 de marzo de 2001 se modificó la adecuación típica al considerar el comportamiento como un peculado por apropiación.

Ante la solicitud del procesado de realizar audiencia de formulación de cargos para acogerse a sentencia anticipada se revocó el cierre del instructivo previamente ordenado el 7 de abril de 2000, sin embargo, luego en compañía de su defensor desistió de tal pedimento, por manera que se cerró nuevamente la instrucción el 12 de julio de la anualidad en cita, así mismo, el 25 de julio siguiente se negó la práctica de la diligencia de audiencia especial pedida por la defensa, decisión que fue confirmada por el superior

el 20 de septiembre de 2000.

Por lo anterior, el mérito probatorio del sumario se calificó el 19 de octubre de 2000 con resolución de acusación por el delito de peculado por apropiación, proveído que confirmó el superior el 24 de enero de 2001, precisando que se trataba de un “peculado por extensión en la modalidad de apropiación” no obstante, el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Bogotá, al conocer de la etapa del juicio, luego de reconocer al Ministerio de Transporte como actor civil, por proveído de 8 de agosto de 2001 negó la petición de cesación de procedimiento que basada en la atipicidad sobreviviente del comportamiento de peculado por extensión por no haber sido consagrado en el nuevo Código Penal invocaba el defensor, en tanto que el Tribunal Superior de Bogotá, el 9 de noviembre de 2001, cuando resolvió el recurso de apelación que el mismo sujeto procesal interpuso contra tal decisión, declaró la nulidad de la actuación a partir de la providencia confirmatoria de la acusación emitida por la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal dada su anfibología en la determinación del tipo objetivo.

Corregido el error por el superior del instructor al confirmar, el 28 de febrero de 2002, la resolución de acusación por el delito de peculado por apropiación, el juzgado de circuito que ya había conocido del diligenciamiento adelantó la fase del juicio.

En la audiencia preparatoria negó la petición de nulidad que formuló el defensor basado en que se trataba del comportamiento de abuso de confianza que al ser un delito querellable correspondía su conocimiento a los jueces penales municipales, al mismo tiempo, estimó el juzgador que en ese caso no era dable variar la calificación jurídica provisional porque no se agravaría la situación del procesado con el ilícito aludido.

En desarrollo de la vista pública el Fiscal solicitó la condena en contra del enjuiciado por el delito de abuso de confianza previsto en el artículo 358 del Código Penal de 1980 al

considerar que el ilícito de abuso de confianza calificado, contemplado en el artículo 250 de la Ley 599 de 2000 no estaba vigente para el momento de los hechos.

Mediante fallo de 19 de diciembre de 2002 se condenó a ENRIQUE GALINDO MONJE como autor responsable del delito de peculado por apropiación objeto de la acusación, a las penas principales de ochenta (80) meses de prisión, multa de ochenta y nueve millones novecientos noventa y ocho mil ochocientos tres pesos con sesenta y cinco centavos (\$89.998.803,65) e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, así como a la de carácter civil de cancelar por concepto de perjuicios materiales la suma de ochenta y nueve millones novecientos noventa y ocho mil ochocientos tres pesos con sesenta y cinco centavos (\$89.998.803,65) más los intereses corrientes desde la época en que se cometió el hecho hasta el momento de ser sufragados.

El defensor impugnó la decisión, y el Tribunal Superior de Bogotá mediante fallo de 11 de abril de 2003 la confirmó en su integridad, por lo que insiste el mismo sujeto procesal a través del recurso extraordinario cuya demanda de casación se declaró ajustada a los requerimientos legales y sobre la cual se recibió el concepto del Ministerio Público.

LA DEMANDA

El recurrente postula dos cargos, el primero al amparo de la causal tercera de casación, por nulidad, y el otro bajo la causal segunda ante la incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia.

Primer cargo: Nulidad por error en la calificación jurídica

Denuncia la infracción del debido proceso ante el error en la denominación jurídica de la conducta punible atribuida a su defendido. Para evidenciar el error de selección

normativa acude a la causal primera de casación y postula la aplicación indebida de los artículos 56 de la Ley 80 de 1993 y 133 del Decreto-Ley 100 de 1980 acerca del delito peculado por apropiación y la exclusión evidente del artículo 358 del anterior Código Penal que prevé el punible de abuso de confianza.

De la premisa relacionada con que el tipo penal del peculado por apropiación requiere la presencia de un sujeto activo calificado, estima el libelista que el yerro del juzgador radicó en atribuirle al procesado, por su condición de contratista, el carácter de servidor público al considerar que cumplía funciones públicas en razón del contrato celebrado con el Ministerio de Transporte, porque contrariamente, el apoderamiento del dinero de la adición del anticipo, por no haberlo consignado en la cuenta bancaria compartida dispuesta para tal efecto, el cual le fuera dado a título de mera tenencia, ubican el desvalor del acto y del resultado al interior del nomen iuris de abuso de confianza.

Refuta las consideraciones judiciales relacionadas con la vigencia del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 basadas en que la derogatoria del artículo 474 de la Ley 599 de 2000 se refiere al anterior Código Penal y demás normas imperativas, sin que el precepto del estatuto de contratación deba considerarse incluido en éstas por no contener una prohibición o mandato penal y ser simplemente una norma de remisión a fin de predicar la responsabilidad del contratista, interventor, consultor y asesor en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, porque en criterio del censor la aludida disposición del nuevo Código Penal constituye una derogatoria integral del anterior estatuto punitivo y demás normas que lo complementan o modifican en las cuales se debe incluir el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, máxime su carácter de norma sustancial.

Por lo tanto, al considerar derogado el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, estima el impugnante que no debió ser aplicado por el juzgador como fundamento normativo para derivar la responsabilidad penal de su asistido y, por esa vía, tampoco resulta pertinente aplicar el artículo 20 del nuevo Código Penal acerca de la asimilación de

servidor público, ni el artículo 133 del Decreto-Ley 100 de 1980 que tipifica el punible de peculado por apropiación.

En apoyo de su postura destaca que el contratista de construcción de obra no cumple ni es receptor de funciones públicas, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en el fallo C-563 de 1998, cuyos apartes transcribe.

De otro lado, considera que si para el juzgador, el procesado desconoció las regulaciones del buen manejo del 30% de anticipo que recibió del contrato y que su voluntad estuvo encaminada a apropiarse de los dineros y disponer de ellos en asuntos particulares, como por su calidad de contratista de obra pública no perdió su condición de particular, la apropiación de dineros del Estado que conforme con la cláusula sexta del contrato le fueron dados a título de mera tenencia, debe responder por el delito de abuso de confianza previsto en el artículo 358 del Decreto-Ley 100 de 1980, con la agravación prevista en el artículo 372 siguiente por recaer lo apropiado recae sobre bienes del Estado.

En consecuencia, solicita la nulidad procesal desde la providencia que calificó el mérito de la instrucción ya que al prosperar el reproche por error en la denominación jurídica el fallo de sustitución aparejaría vicios de incongruencia frente a la resolución de acusación.

Segundo cargo: Incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia

Argumenta el censor que en la diligencia de audiencia pública la Fiscalía, como titular de la acusación, al percatarse del error en la denominación jurídica en que incurrió en la resolución acusatoria y que no podía sustentar el delito de peculado por apropiación, hizo uso de la facultad legal para variar la calificación jurídica imputando al procesado el ilícito de abuso de confianza.

En este orden, estima que al hacer la confrontación entre esa variación de la calificación y lo decidido en la sentencia se advierte la infracción del principio de congruencia dado que el fallo abordó el delito de peculado por apropiación, desconociendo el marco de la imputación que en forma más favorable formuló el Fiscal.

Insiste en que se consolidaba una degradación de la conducta del inculcado cuyos efectos sustanciales más favorables imponían su respeto en el fallo con la correspondiente exclusión de la inicial calificación hecha en la resolución de acusación, que resultaba, en todo caso, más gravosa.

Por lo anterior, solicita a la Sala casar la sentencia y proferir la de reemplazo en la que se guarde el principio de consonancia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal sugiere a la Corte desestimar la demanda, pero casar de oficio la sentencia al condenar al procesado por el ilícito de abuso de confianza calificado previsto en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), con la correspondiente redosificación punitiva.

Primer Cargo: Nulidad por error en la calificación jurídica

Para la representante del Ministerio Público la censura que funda el censor en la nulidad por error en la calificación jurídica no tiene alguna vocación de prosperidad, por cuanto el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 conserva su plena vigencia al realizar los cometidos de la Constitución Política en lo concerniente a los principios que rigen la administración pública.

Tras precisar que en la configuración de los delitos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública se sancionan comportamientos que entorpecen el ejercicio de la

función institucional de servicio a los intereses generales con objetividad, legalidad y eficiencia, señala la Delegada que el debate jurídico propuesto por el casacionista no aborda alguno de los principios que orientan y determinan el objeto de protección jurídica de los bienes e intereses estatales puestos al servicio del bien común.

En este orden, destaca que la gestión desempeñada por un particular que funge como contratista no equivale a la labor personal marcada con criterios individuales, por cuanto requiere de condiciones especiales que le aseguren al Estado que la gestión encomendada se desarrollará dentro del marco de los principios que informan la administración pública.

Pone de manifiesto que no significa el traslado de funciones públicas al particular que contrata, sino que al consultar los principios constitucionales que gobiernan la administración pública el legislador equipara la responsabilidad del particular contratista con la del servidor público vinculado a la administración y comprometido con los principios que orientan la gestión pública.

Por lo anterior, estima que el juzgador concluyó la afectación del

patrimonio público por la indebida apropiación de los recursos que correspondían al anticipo adicional al ser invertidos con criterios particulares por parte del contratista, de ahí que la claridad de la conducta por la cual se procedía, de peculado por apropiación, según la confirmación de la resolución de acusación, no dejaba duda alguna, por cuanto en el contrato tales dineros tenían señalada una destinación específica que no podía ser cambiada ya que estaba demarcada por el interés general perseguido por la entidad contratante.

Así las cosas, subraya que desde la instrucción la Fiscalía encaminó su labor de acuerdo con el contenido material de la infracción al indagar al procesado por el delito de peculado por apropiación, por esa misma conducta se le resolvió la situación

jurídica y se calificó el mérito del sumario.

Y que si bien al dictar sentencia el juzgador se apartó de las apreciaciones hechas por el Fiscal en la vista pública al sugerir otra disposición legal (el abuso de confianza), ello no vinculaba al juez, máxime que explicó las razones por las cuales no acogía esa nueva postura del ente acusador y dictó sentencia en contra del enjuiciado por el delito que abarcó la acusación.

Por lo anterior, considera la representante del Ministerio Público que no existe alguna irregularidad que afecte la estructura del proceso al ser ajustada la adecuación típica del comportamiento.

Segundo cargo: Incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia

También la Procuradora sugiere a la Corte que el cargo sea desestimado, porque en su criterio la sentencia guarda consonancia con la resolución de acusación.

Subraya que apropiadamente se garantizó el derecho a la defensa del enjuiciado, pues conoció los hechos que se le atribuyeron, siendo conforme la conducta por la cual se procede al delito de peculado por apropiación, tal y como se le acusó, sin que la sentencia haya desbordado los parámetros de la acusación como marco de referencia y límite de la decisión.

Casación oficiosa

Para la Delegada, resulta desatinada la asimilación que para efectos penales hicieron los juzgadores del contratista al tenerlo como servidor público acudiendo para ello al artículo 56 de la Ley 80 de 1993 adecuando así su conducta al delito de peculado por apropiación.

Aduce que la cualificación del tipo de peculado por apropiación apunta a los sujetos que ejercen funciones públicas con el propósito de alcanzar los fines del Estado, pero el particular que se apropia de bienes del Estado no infringe, por ese sólo hecho, la relación funcional, de ahí que el tipo de peculado por apropiación en la sistemática de la Ley 599 de 2000 esté referido únicamente para los servidores públicos, creándose de manera autónoma el delito de abuso de confianza calificado para los particulares.

Enfatiza en que el delito de peculado por extensión previsto en el anterior Código Penal sancionaba al particular que se apropiaba de bienes públicos, figura que se mantuvo en el nuevo ordenamiento sustantivo pero con un tratamiento distinto respecto del interés jurídico protegido al trasladarlo del catálogo de comportamientos atentatorios de la administración pública, hacia los que afectan el patrimonio económico, particularmente del Estado.

Concluye que al procesado no se le puede asimilar a servidor público para tenerlo como sujeto activo del delito de peculado por apropiación, pues mantiene su condición de particular, y que al adecuarse la conducta para el momento de la acusación al delito de peculado por extensión, con la entrada en vigencia de la nueva normatividad penal se configura la figura delictiva autónoma del abuso de confianza calificado, de ahí que estima procedente casar el fallo y emitir sentencia de reemplazo por éste ilícito, circunstancia que no es sorpresiva para la defensa pues la apropiación de dineros públicos fue objeto de contradicción, además, la nueva especie delictiva resulta más benigna.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De la premisa relacionada con que el tipo penal llamado a regular el supuesto fáctico objeto de análisis es el de abuso de confianza (artículo 358 del anterior Código Penal) y no el de peculado por apropiación (artículo 133 del mismo ordenamiento) denuncia el

censor la errónea calificación jurídica, yerro de juicio que afecta la estructura procesal y que impone la anulación desde la resolución de acusación.

A su turno, en otro cargo, postula la falta de consonancia de la sentencia con la variación de la calificación jurídica que en su concepto realizó el Fiscal al intervenir en la vista pública, cuando solicitó la condena por el ilícito de abuso de confianza.

Pese a lo anterior, para la Sala ambas censuras responden a dos matices de una misma pretensión y por lo tanto resulta aconsejable su análisis de manera conjunta.

Asunto basilar para el estudio de los reproches lo constituye la vigencia y aplicación del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 que señala que los contratistas, consultores, interventores y asesores se consideran particulares que cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales y, por consiguiente, se encuentran sujetos a la responsabilidad penal predicable de los servidores públicos, lo anterior, frente a lo dispuesto en el artículo 474 de la Ley 599 de 2000 que derogó expresamente al precedente Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980) “y demás normas que lo modifican o complementan en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales.”

La Corte con anterioridad se ha ocupado de dicho análisis (fallos de 27 de abril y 13 de julio de 2005 radicaciones 19562 y 19695, en su orden), decisiones en las cuales se concluyó que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 conserva vida jurídica por cuanto la derogatoria prevista en el nuevo ordenamiento penal está referida expresamente al anterior estatuto punitivo y de manera tácita respecto de otras disposiciones que lo hayan modificado o complementado sólo en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones o mandatos penales.

Por manera que, se han de entender abolidas las disposiciones que tengan relación directa con los tipos penales de la parte especial del pretérito ordenamiento, sin

hacerse extensiva a la legislación complementaria de los institutos que aborda la parte general del mismo, sección que precisamente facilita la aplicación de la ley penal.

Así, el ingrediente normativo de los tipos penales con sujeto activo calificado, cuando se trata del concepto de servidor público, se encuentra definido en la parte general de Código al considerar también como tales a los particulares que ejerzan funciones públicas de forma permanente o transitoria, por ello, para su interpretación deberá el operador judicial acudir a los artículos 123 de la [Constitución Política](#) y 20 del nuevo Código Penal (63 del anterior estatuto punitivo) cuyo alcance se complementa con el aludido artículo 56 de la ley de contratación estatal en aras de establecer cuándo y en qué eventos los particulares desempeñan una función pública para asemejar su responsabilidad a la de los servidores públicos.

La Corte Constitucional en sentencia C-563 de 7 de octubre de 1998 encontró ajustado al texto superior el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 al precisar que la asimilación hecha en el precepto acerca de la responsabilidad penal del contratista no equivale a ubicarlo en la categoría de servidor público, ni desconocer su condición de particular, ya que en la libertad de configuración normativa el legislador consideró que “la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, ha de ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, todo ello para garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan cabalmente “la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”.

Se concluye así que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, que en su orden modificaron el artículo 63 del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980), se refieren a la responsabilidad penal del particular (contratista, asesor o consultor) que cumple funciones públicas, asimilación que genera las consecuencias inherentes del reproche precisamente por la naturaleza de la función cumplida.

El criterio de autoridad de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que “el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, solo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares”. 1

También la Corte Constitucional ha precisado que: “...el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc”.2

Por manera que en cada caso se deberá analizar la naturaleza de la función asignada, para que siempre que sea pública se predique la responsabilidad penal del contratista como si fuera servidor estatal, mayor análisis que se debe exigir también cuando se trata del contrato de obra pública, pues no es dable generalizar y hacer tabla rasa en el sentido de que por ser una labor netamente material no se le transfieren

funciones públicas al particular, porque también será necesario estudiar el órgano o entidad contratante a fin de precisar si como en este caso, dentro de sus funciones tiene la ejecución de la obra pública.

En este orden, el Ministerio de Transporte, según la Ley 105 de 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte”, establece en el literal b) del artículo 1° que corresponde al Estado la planeación, control y vigilancia del transporte y demás actividades a él vinculadas, al tiempo que respecto de la INFRAESTRUCTURA DEL TRANSPORTE preceptúa en el artículo 12 que: “Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y consumo del país, y de éste con los demás países”.

La misma ley incluye dentro de la infraestructura del transporte a “Los ríos, canales de aguas navegables, su señalización y aquellos puertos públicos fluviales de interés nacional” estableciendo en sus artículos 19 y 20 que: “corresponde a la Nación y a las entidades territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad..” así como corresponde: “al Ministerio de Transporte, a las entidades del orden nacional con responsabilidad en la infraestructura de transporte y a las entidades territoriales, la planeación de su respectiva infraestructura de transporte, determinando las prioridades para su conservación y construcción”.

Siguiendo con la normatividad vigente para el momento de los hechos, antes de la ley citada en precedencia, el Decreto 2171 de diciembre 30 de 1992 reestructuró el anterior Ministerio de Obras Públicas y Transporte al denominarlo sólo Ministerio de Transporte, pero sin que ello implicara liberarlo de su función primordial de velar por la infraestructura

vial. Así, le asignó la coordinación y articulación general de las políticas de todos los organismos y dependencias que integran el sector transporte, con el claro objetivo de orientar y vigilar la ejecución de la política nacional en materia de tránsito y transporte, así como la creación, mantenimiento y funcionamiento vial.

De otro lado, luego el Decreto 1179 de 29 de junio de 1999 le asignó al Ministerio de Transporte su objetivo primordial en la atención de la infraestructura del transporte, decreto que al ser dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998 (que versa sobre el organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional) fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-969 del 1° de diciembre de 1999.

Por último, el Decreto 101 de 2000 que reformó la organización del Ministerio de Transporte y el Decreto 2053 de 2003 que a su vez modificó la anterior preceptiva en alguno de sus apartes, le conservan el objetivo fundamental de la formulación de las políticas en materia de transporte, así como lo relacionado con la infraestructura para los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo.

En el presente caso, el Ministerio de Transporte celebró el 27 de junio de 1995 con ENRIQUE GALINDO MONJE el contrato N° 130 cuyo objeto era, por el sistema de precios unitarios, las obras de construcción del muelle en el kilómetro 25 sobre la margen derecha del río Meta (Meta), sitio “La Banqueta”, jurisdicción del municipio de Puerto López, en un plazo a cumplir en siete meses contados a partir de la fecha del acta de iniciación, la cual debía suscribirse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de aprobación de la garantía correspondiente por parte de la división de adquisiciones y contratos de dicho Ministerio.

Los dineros del anticipo se entregaban al contratista a título de mera tenencia y con destinación exclusiva para las obras del contrato, conservando la condición de fondos

públicos hasta el momento de su amortización mediante la ejecución de las obras contratadas. El contratista se comprometía a utilizarlo en la instalación de campamentos, compra de materiales, transporte de equipos, pagos a los trabajadores vinculados de manera exclusiva a la ejecución de la obra objeto del contrato y reparación y compra del equipo, y para tal fin debía abrir una cuenta corriente bancaria para ser manejada conjuntamente con la interventoría.

Hechas las anteriores precisiones legales y contractuales, la Sala encuentra acertada la adecuación típica del comportamiento desplegado por ENRIQUE GALINDO MONJE al delito de peculado por apropiación, porque como lo resaltaron los juzgadores, si bien de acuerdo con el fallo de la Corte Constitucional (Sentencia C-563 de 1998) el particular se asimila al servidor público no por su nexo con el Estado, sino por la naturaleza jurídica de la función encomendada, si se entiende la función pública como el conjunto de actividades desarrolladas por el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines, era claro que en este caso le fue atribuida al contratista una función pública inherente al Ministerio de Transporte, como órgano encargado de la infraestructura vial, que no es cosa distinta a la construcción y mantenimiento de las redes de transporte entre las que se encuentra las redes fluviales precisamente en relación con la construcción del muelle en el río Meta que fuera contratado.

Consecuentemente, si la función inherente al Ministerio de Transporte (antes llamado Ministerio de Obras Públicas y Transporte) es la de fijar la política, planes y programas en materia de transporte, pero principalmente, construir y conservar la infraestructura vial, no queda duda alguna que en este caso el contratista adquirió las facultades propias del poder público y por ello estaba sujeto a la responsabilidad predicada para los servidores públicos.

Con acierto en el fallo se concluyó que: "...la labor del contratista

no se tradujo y se agotó con la simple ejecución material de la prestación sino en el desarrollo de cometidos Estatales. Es decir que la responsabilidad que se predica en contra del procesado no se deriva simplemente de la calidad de contratista sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público cual era la construcción de vías de transporte por una de las entidades del Estado encargada legalmente de esa labor, esto es el Ministerio de Transporte".

A la anterior solución llegó el juzgador una vez que también

acertadamente discurrió acerca de la vigencia del artículo 56 de la Ley 83 de 1993 frente a la normatividad punitiva de la Ley 599 de 2000, pues como ya se anotó, la derogatoria que ésta incluyó respecto del anterior Código Penal estaba referida exclusivamente a las normas imperativas de acción o de omisión que obligan al ciudadano a hacer o dejar de hacer algo conforme a derecho, evento que no se presentaba en el artículo del estatuto de contratación estatal al ser sólo una norma de remisión.

El postulado relacionado con que el inculcado, como contratista particular con ocasión del contrato celebrado con el Ministerio de Transporte, desempeñaba transitoriamente funciones públicas dada la labor ejercida, fue avalada por el Tribunal cuando consideró que la actividad propia e inherente a ese Ministerio que a la postre le da su razón de ser, del mantenimiento vial, correspondía al fin del Estado de mejorar las condiciones de vida de los coasociados, mediado aquí por la construcción del muelle en una red fluvial.

Por lo expuesto, para la Sala resulta diáfano que al apropiarse el enjuiciado en provecho suyo de la suma entregada como anticipo del contrato celebrado con el Ministerio de Transporte (\$89.998.803,56), al no consignar dicha cifra en la cuenta

conjunta que tenía con el interventor y disponer de ella a su antojo por fuera de los compromisos y del plan de inversión previsto para la instalación de campamentos, compra de materiales y demás, lo hace autor responsable del delito de peculado por apropiación.

Y como lo determinó el Tribunal, la adquisición de una motoniveladora por valor de setenta millones (\$70.000.000,00) y una retroexcavadora por veintiséis millones (\$26.000.000,00) no justifican la conducta ya que para la adquisición de tal maquinaria sólo podría disponer del treinta por ciento de los ochenta y nueve millones novecientos noventa y ocho mil ochocientos tres pesos con sesenta y cinco centavos (89.998.803,65) dado como adición del anticipo, habiéndose establecido incluso que la negociación de la aludida maquinaria la realizó días antes de recibir dicho pago, lo que ratificó su provecho particular, máxime que en vez de trasladar esos aparatos al sitio de la obra, en el departamento de Meta, los mantuvo en la ciudad de Neiva.

La Sala enfatiza en este caso que la asimilación de la responsabilidad del servidor público predicada del contratista es de naturaleza objetiva ante la función pública que de manera transitoria se le asignó, precisamente como límite y control a su ejercicio, dado también el interés público que le es consustancial, pues como lo ha precisado la Corte Constitucional: "... a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo." 3

El censor también resalta el hecho de que el dinero del anticipo le fue dado a su defendido a título de mera tenencia, de ahí que al estimar que no se le puede asemejar a servidor público asevera que debe responder por el ilícito de abuso de confianza previsto en el anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980) vigente para el momento de los hechos

Es cierto que en el abuso de confianza la acción de apropiación recae sobre bienes que han entrado a la órbita de tenencia del sujeto por un título precario o no traslativo de dominio, ello implica en consecuencia, la necesaria entrega de la cosa mueble por parte del titular al agente, saliendo así el bien de manera voluntaria de su esfera de custodia y vigilancia, sin embargo, no se debe desatender que, como ya se anotó, la clase de labor desempeñada ubica al contratista como particular que cumplía transitoriamente funciones públicas, además, la entrega de esos dineros encaminados a cumplir el plan previsto para el anticipo, no los hacía perder su carácter de dineros públicos, pues lo conservaban hasta el momento de su amortización mediante la ejecución de las obras contratadas.

Conforme con la resolución de acusación al considerar al enjuiciado como particular que cumplía transitoriamente funciones públicas, se le endilgó el delito de peculado por apropiación y por ese mismo comportamiento fue condenado, sin que sea atendible la postura del defensor relacionada con que existió una variación de la calificación jurídica cuando en la audiencia pública el Fiscal solicitó la condena por el delito de abuso de confianza previsto en Decreto-Ley 100 de 1980.

El anterior ordenamiento adjetivo le otorgaba a la resolución de acusación el carácter de inmodificable por delimitar el marco conceptual, fáctico y jurídico del juicio, pero permitía cierta movilidad ya que al exigirse la calificación jurídica provisional con el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código sustantivo facultaba al juzgador a que sin salirse del género delictivo por el que se acusó fallara por

una especie delictual diferente, siempre que no hiciera más gravosa la situación del procesado.

Con la Ley 600 de 2000, se estableció un procedimiento específico para variar la calificación jurídica de ineludible observancia cuando de agravar la situación jurídica del procesado se trata.

Cuando se ha de superar la calificación jurídica con un mayor rigor punitivo, en las voces del artículo 404 de la ley en comento a iniciativa del funcionario acusador o por petición o insinuación del juez se ha de modificar la adecuación típica, sea que exista prueba sobreviviente en el juicio o se advierta la equivocación en la formulación de los cargos en la acusación.

En el caso que nos ocupa, además de que no se hizo en el momento procesal establecido en el juicio, no se trató de una variación de la calificación jurídica por parte del acusador, como equivocadamente lo sostiene el defensor, simplemente, fue la solicitud del Fiscal en la vista pública de condenar por un delito de menor entidad que el deducido en el calificadorio, la cual no ataba al juez para emitir el fallo, pues la acusación por el ilícito de peculado por apropiación ya había adquirido firmeza, y dada la separación funcional, pero principalmente la imparcialidad de los funcionarios judiciales, bien podía el fallador apartarse de la petición del acusador.

De manera razonada el Juez se apartó de la consideración del

Fiscal acerca del delito contra el patrimonio económico al concluir que por la labor encomendada al contratista se le debía tener como particular que cumplía transitoriamente funciones publicas en claro desarrollo del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 20 del Código Penal.

Por manera que, tampoco la Sala evidencia el rompimiento de la armonía entre la

resolución de acusación con la sentencia, por cuanto aquella abordó el delito de peculado por apropiación y el mismo fue objeto de análisis en los fallos para edificar la decisión de condena.

Vista así la realidad contenida en el fallo impugnado, se ha de concluir que carece de fundamento la pretensión del actor, pues el error de juicio denunciado no tuvo ocurrencia, ni tampoco de advierte algún desafuero procesal.

Por último, acerca de la petición de casación oficiosa que formula la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, al estimar que la calificación jurídica de la conducta para su momento debió abarcar el delito de peculado por extensión previsto en el artículo 138 del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980), porque se debe considerar al contratista como particular que se apropió de dineros del Estado, de ahí que solicita la condena por el delito de abuso de confianza calificado, como conducta autónoma contemplada en la nueva normatividad penal exclusiva para los eventos en que el particular se apropia de bienes estatales, la Sala hace hincapié en que ciertamente el peculado por apropiación en la modalidad de extensión dejó de ser considerada como conducta punible autónoma, ya que en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000) se la cataloga, dentro de los delitos que atentan contra el bien jurídico del patrimonio económico, como abuso de confianza calificado cuando la acción de apropiación recae sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga parte o recibidos a cualquier título de éste.

Sin embargo, para acceder a la petición de la Delegada sólo

sería posible en el evento de considerar que ENRIQUE GALINDO MONJE es un simple particular y predicar de allí que al apropiarse de los dineros que correspondían a la adición del anticipo vulneró el interés jurídico del patrimonio económico específicamente por recaer la acción sobre bienes estatales, porque tanto aquel comportamiento de

peculado por extensión, como el nuevo de abuso de confianza calificado no requieren para su estructuración sujeto activo calificado.

Pero como aquí el contratista en su condición de particular cumplía transitoriamente funciones públicas, deberá responder por el punible de peculado por apropiación al haberse apoderado de los dineros que correspondía a la adición del anticipo del contrato.

La anterior postura de la Corte no se contradice con la doctrina sentada en anteriores pronunciamientos (V.gr. sentencias de 27 de abril de 2005, radicación 19562 y de 13 de julio de 2005, radicación 19695) en los que en hechos semejantes ha establecido que el contratista de obra responde por el delito de abuso de confianza calificado, cuando por ejemplo se ha advertido que al no ser colaborador funcional de la entidad estatal no es posible extender de su condición de particular la cualificación de servidor público, por no ser delegatario o depositario de funciones públicas, porque en este caso es el órgano estatal contratante y el objeto del contrato, es decir, el Ministerio de Transporte y la construcción del muelle para facilitar la vía de transporte fluvial los factores que permiten evidenciar el ejercicio por parte del contratista de una específica potestad estatal atribuida netamente a ese Ministerio, con lo cual el procesado al asumir la prerrogativa del poder público le es aplicable la responsabilidad penal de los servidores públicos.

Efectivamente, como se explicó en precedencia, la jurisprudencia ha ido decantando el criterio relacionado con la extensión de la condición de servidor público que adquieren los contratistas, pues no pierden su calidad de particulares por razón de la vinculación jurídica contractual, ya que “se hace necesario establecer en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación consiste en desarrollar un acto material en el cual no se involucra una función pública propia del estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del

momento que suscriba el convenio”, sin embargo, en el caso en estudio la igualdad de trato para el contratista que apareja correlación en la exigencia y responsabilidad predicable de los servidores públicos se deriva de la naturaleza de la entidad estatal contratante, es decir, el Ministerio de Transporte encargado específicamente del la construcción y mantenimiento de las obras públicas encaminadas al tránsito fluvial, por manera que se concluye que ENRIQUE GALINDO MONJE con motivo de la relación contractual asumió una función de naturaleza pública y no simplemente representó un servicio de utilidad pública.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo por razón de los cargos formulados en la demanda presentada por el defensor de ENRIQUE GALINDO MONJE.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por la posición de mayoría, me permito consignar las razones de mi disenso respecto de la decisión adoptada en la presente sentencia.

Considero que en dicho pronunciamiento la Corte ha debido casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de diciembre de 2003, a través de la cual, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor procesado ENRIQUE GALINDO MONJE contra el fallo de primer grado dictado por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, decidió condenarlo a la pena privativa de la libertad de ochenta meses de prisión, multa en cuantía de ochenta y nueve millones novecientos noventa y ocho mil ochocientos tres pesos con sesenta y cinco centavos e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, tras considerar que con su conducta realizó el tipo de peculado por apropiación.

Tal y como fue expuesto de mi parte en el curso de los debates orales, si el procesado, que no era servidor público, en su condición de contratista del Estado, se apropió de la suma de \$89.998.803.65, que había recibido por concepto de anticipo del pago de la obra contratada por el Ministerio de Transporte y que tenía por deber consignar en la cuenta bancaria compartida con el interventor, cuestión que no es puesta en tela de juicio, es claro que lo realizado corresponde al supuesto fáctico del tipo penal que define el delito de abuso de confianza calificado de que trata el artículo 250 de la Ley 599 de 2000 - disposición ésta que ha debido ser tomada en consideración por la Corte acatando el

principio de favorabilidad de la ley penal- y no el de peculado por apropiación por el que se profirió la decisión de condena.

No comparto la afirmación que la mayoría de la Sala hace, en el sentido de que la decisión adoptada “no se contradice con la doctrina sentada en anteriores pronunciamientos”, máxime si en sentencia de casación proferida el 13 de marzo de 2006, dentro del proceso radicado con el número 24833, se dijo precisamente lo contrario de lo que en esta ocasión se afirma. Para demostrar lo que viene de sostenerse, baste con traer a colación lo dicho por la Corte en aquella ocasión:

“3. Ahora bien, dice el censor que teniendo a su defendido como cómplice de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica, necesariamente concluye en la prescripción de la acción penal de esas conductas punibles, planteamiento que hace a través de la causal tercera de casación, cargo primero.

“Para abordar el análisis de este puntual tema, se hace indispensable estudiar primero lo relacionado con la calidad que ostentaba el procesado F. H. M. A. cuando suscribió con el municipio de G. el mencionado contrato de obra para la ampliación del acueducto rural ‘Bancos de Páramos’, es decir, si por razón de ese acto jurídico público adquirió una función pública y, por ende, la condición de servidor público, o siguió siendo un particular, aspecto jurídico que determina, para efectos de los términos de la prescripción, si se aplica el incremento de la tercera parte que establece el inciso quinto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 82 del Decreto 100 de 1980).

“En efecto, tradicionalmente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que a partir de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en un proceso de contratación estatal, cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y

les atribuyó la responsabilidad que en esa materia le señala la ley a los servidores públicos.

“No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.

“Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.

“Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular (se destaca).

“En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

“Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza

del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.

“En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública.

“Sobre este puntual tema, la Jurisprudencia de la Sala ha dicho ‘el particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y, en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123, inciso 3°, y 210, inciso 2°, de la Carta Política, en armonía con el inciso 2° del artículo 20 del Código Penal de 2000, -63 del estatuto represor anterior- puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales; ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos’ (se subrayó).⁴

“En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas adquiridas a través del vínculo contractual público, éste adquiere automáticamente la investidura de servidor público y, por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios. Por su parte, cuando la naturaleza del contrato no conlleva el transferimiento de una función pública al contratista, el mismo continúa manteniendo la calidad de

particular .

“A la anterior conclusión también llegó la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación que al estudiar la constitucionalidad del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, adujo sobre este específico tema:

‘Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos.

‘En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público’.

“Igualmente, explicó:

‘Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública (se destaca).

‘Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.) (se resalta).

‘En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

‘Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc..

‘En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador’.⁵

“Por consiguiente, no cabe duda que la condición de particular no se pierde cuando la naturaleza y finalidad de la contratación no implica el transferimiento de funciones públicas propias de Estado, salvo cuando el objeto del contrato delega una específica función estatal, conclusión a la que también llegó la Procuraduría Delegada en su concepto.

“4. En esas condiciones, resulta evidente que en el presente asunto, el procesado F. H. M. A. no tiene la calidad de servidor público sino la de particular, habida cuenta que el objeto del contrato consistió en llevar a cabo la ampliación del acueducto veredal “Bancos de Páramo” del municipio de Garagoa, actividad específica que no conllevó la delegación de una función pública. Por el contrario, se trató de un contrato de obra pública que representó un servicio de utilidad pública y no de función pública.

“Así, entonces, para efectos de la prescripción, no se tendrá en cuenta el aumento de que trata el inciso 5° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (artículo 82 del Código Penal de 1980)”.

Este planteamiento fue posteriormente reiterado por la Sala en sentencia de casación proferida en veintisiete de julio de dos mil seis dentro del radicado 23872. Preciso en dicha ocasión:

“La doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, solo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares⁶”.

Soy del parecer, entonces, que en este evento, la Corte ha debido mantener su línea

jurisprudencial sobre dicho particular, escoger la norma más favorable a los intereses del procesado, es decir la relativa al abuso de confianza calificado, y adoptar las decisiones inherentes a dicha determinación, teniendo en cuenta que la resolución de acusación causó ejecutoria el 28 de febrero de 2002.

Son estos breves razonamientos los que me obligan a separarme de la decisión mayoritaria.

MAURO SOLARTE PORTILLA

MAGISTRADO

fecha ut supra.

1 Sentencia de Casación de 27 de julio de 2006. Radicación 23872.

2 Sentencia de Constitucionalidad C-563 de 7 de octubre de 1998.

3 Sentencia de constitucionalidad C-286 de 27 de junio de 1996

4 Ver casación 19695 del 13 de julio de 2005.

5 Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998.

6 Casación 24833 de 13 de marzo de 2006, entre otras.