

Proceso nº 37040

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta N° 331

Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 23 de febrero de 2011, el Juez 1º Penal del Circuito de Ibagué aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el señor César Augusto Martínez Ángel y, como consecuencia, declaró a éste autor penalmente responsable del concurso de conductas punibles de peculado por apropiación, falsedad material en documento público, obtención de documento público falso y daño informático.

Le impuso 71 meses y 15 días de prisión, 52 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (además de la prevista en el artículo 122 de la [Constitución Política](#)), multa por valor de \$ 45.935.772,33 y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El fallo fue apelado por la defensa y ratificado por el Tribunal Superior de la misma ciudad el 20 de mayo siguiente, pero, acogiendo los planteamientos de la defensa, la Corporación modificó las penas que dejó en 52 meses de prisión y de inhabilitación de derechos y funciones públicas y multa de \$ 28.937.022.

El mismo apoderado interpuso casación.

La Sala se pronuncia sobre el cumplimiento de los requisitos de lógica y debida argumentación, en aras de disponer o no la admisión de la demanda respectiva.

HECHOS

En labores de verificación, la Secretaría de Educación y el Director Administrativo y Financiero del municipio de Ibagué (Tolima) constataron que en los meses de agosto a diciembre de 2009 figuraban como docentes de la entidad Jimmy Gabriel Torres Herrera y Aldemar Gaviria Herrera, habiendo recibido los salarios respectivos y la prima de diciembre de ese año, para un total de \$ 11.012.508 (\$ 6.541.887, por cada uno), pero esas personas nunca estuvieron vinculadas a la institución.

Para incluirlas en la nómina se acudió a la alteración de la base de datos informáticos, incluyendo notas falsas sobre decretos de nombramiento, actas de posesión y cuentas en la entidad bancaria.

La adulteración de los datos del sistema fue realizada por César Augusto Martínez Ángel, quien fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios como profesional universitario de la Secretaría de Educación, asignado a la oficina de nómina para cumplir las funciones de registro de novedades y actualización de la nómina mensualmente.

Torres Arenas intervino en los hechos con su propio nombre, pero Aldemar Gaviria Herrera es inexistente y como tal se hizo pasar José Elisantos Torres Núñez.

Los dos nuevos “docentes”, con el uso de certificaciones falsas acudieron a entidades crediticias y se hicieron a préstamos con las Cooperativas COOPSERVINCO y COOMULSURTIR por valores de \$11.012.508 y \$ 5.880.000, que serían pagaderos

en cuotas mensuales desde enero del 2010.

Dentro de los esquemas de seguridad para acceder al sistema, a Martínez Ángel, dadas sus funciones, le fue asignado un perfil de “administrador”, que le permitía crear, eliminar y cambiar contraseñas de usuarios en ese sistema, siempre que hicieran parte de la Secretaría Municipal de Ibagué. Prevalido de esa facultad, se “adueñó” de la clave de Óscar Gallego y con dicho usuario creó los registros de los dos falsos docentes y, luego, restableció la contraseña de Óscar Gallego.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencia realizada el 26 de agosto de 2010 por la Juez 5ª Penal Municipal de Control de Garantías de Ibagué, la Fiscalía imputó a Martínez Ángel la comisión del concurso de conductas punibles de peculado por apropiación, falsedad en documento público y obtención de documento público (folio 9).

2. El 24 de septiembre siguiente la Fiscalía radicó “acta de preacuerdo”, en la cual formuló a Martínez Ángel cargos por el concurso de conductas de peculado por apropiación (en calidad de autor), falsedad material en documento público, obtención de documento público falso y daño informático, las últimas como coautor, previstas en los artículos 397, 287, 288 y 269D del Código Penal.

La Fiscalía convino conceder al acusado un descuento del 50% de la pena correspondiente. El procesado aceptó los cargos y aportó recibo de consignación del 21 de septiembre de 2010, por el valor del dinero cobrado indebidamente y la Fiscalía dejó consignado que ello ocurrió antes de que se iniciaran las conversaciones para el preacuerdo (folio 32).

3. En audiencia del 11 de enero de 2011 el Juzgado 1º Penal del Circuito verificó la legalidad del acuerdo y el procesado manifestó haberlo aceptado incondicionalmente, de manera libre, voluntaria, consciente y con la asesoría de su defensor.

La Fiscalía y el apoderado de las víctimas estuvieron conformes con lo convenido, pero el defensor apeló con el argumento de que su acudido no tenía la condición de servidor público, sino de particular, por cuanto fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios (folio 70).

4. El 10 de febrero de 2011 el Tribunal declaró desierto el recurso de apelación, tras considerar la ausencia de interés del defensor, toda vez que la aceptación del acuerdo fue libre y con su asesoría, lo cual lo deslegitimaba para cuestionar sus alcances, en tanto la condición de servidor público condicionó la imputación y a partir de ella se realizó la negociación (folio 96).

5. Luego fueron proferidas las sentencias reseñadas.

LA DEMANDA

El defensor formula un cargo por nulidad causada por error en la calificación jurídica. Dice que invoca la causal primera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, violación directa por aplicación de una norma sustancial, pues el Tribunal desconoció que el tipo penal de peculado requiere sujeto activo calificado, cual es la condición de servidor público, que el acusado no detentaba, en tanto se trataba de un particular vinculado por contrato de prestación de servicios, a quien no le fueron asignadas funciones públicas. Así, el delito cometido fue el de abuso de confianza calificado.

Solicita se invalide lo actuado desde la celebración del preacuerdo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala inadmitirá la demanda presentada por cuanto el recurrente carece de legitimidad y el escrito no reúne los requisitos lógicos y de debida argumentación

precisados en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal. Las razones son las siguientes:

1. El señor defensor:

a) No señaló las normas sustanciales supuestamente trasgredidas.

b) En el único cargo presentado, en forma contradictoria postuló las causales de nulidad y violación directa, las cuales se niegan una a la otra, en tanto la primera exige retrotraer el procedimiento, pero la segunda apunta a un fallo de reemplazo.

c) La nulidad se postula respecto de la totalidad del trámite, pero el desarrollo se refiere exclusivamente a la adecuación del peculado, por tanto, sobre las restantes conductas punibles imputadas y admitidas no se argumenta ni se demuestra la necesidad de invalidación.

2. No obstante esas faltas a la lógica y debida argumentación, lo trascendente para rechazar la demanda estriba en lo siguiente:

a) En el sujeto procesal que acude a la casación (igual sucede con los recursos comunes) deben reunirse dos condiciones, la primera apunta a la legitimidad dentro del proceso, que se satisface en cuanto, con el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley procesal, haya sido admitido como parte, lo cual se satisface en este evento porque quien acude a la vía extraordinaria es el defensor.

La segunda hace relación a la legitimidad en la causa o el interés jurídico para recurrir, concepto relacionado con el daño, el agravio, el perjuicio real que la providencia, o la parte pertinente de ella, hubiese inferido a la parte defendida por quien postula la impugnación.

Si la decisión cuestionada no lesiona efectivamente los intereses del recurrente, éste, no obstante la condición de sujeto procesal, queda deslegitimado para solicitar la revisión por una instancia superior. En efecto, a través de la casación lo que hace el recurrente, en esencia, es formular un juicio de legalidad contra la sentencia del Tribunal, en el entendido de su manifiesta contrariedad con la Constitución y/o la ley en detrimento de los derechos de la parte representada.

En ese contexto, el fallo mal puede ocasionar un agravio cuando la decisión favorece a esa parte, o cuando se pronuncia en los términos pedidos con antelación, o cuando no resuelve un aspecto que no comportaba decisión oficiosa y no le fue reclamado previamente.

b) En el caso debatido, el demandante carece de interés en su propuesta, por cuanto, al impugnar el acto por medio del cual el juzgador declaró la legalidad del acuerdo, si bien el Tribunal declaró desierta la apelación, enfatizó en la ausencia de interés del defensor, toda vez que la aceptación del acuerdo fue libre y con su asesoría, lo cual lo deslegitimaba para cuestionar sus alcances, en tanto la condición de servidor público condicionó la imputación y a partir de ella se realizó la negociación.

Culminada esa fase, se profirió el fallo de primera instancia, recurrido por el mismo defensor con argumentos que no solamente no hicieron referencia al tema traído en casación, sino que sus reclamos fueron acogidos en su integridad, habiéndose disminuido la pena irregularmente dosificada por el a quo.

Resulta incontestable, entonces, que el tema propuesto en sede de casación no fue planteado al Tribunal a través de la apelación, desde donde se concluye en la imposibilidad de error por parte de éste, pues su competencia funcional lo limitaba a pronunciarse sobre los temas propuestos por el apelante, entre los cuales no estaba el del cambio de adecuación típica del peculado por abuso de confianza calificado.

c) Por lo demás, la novedosa postura defensiva realmente apunta a una retractación, en tanto desde la imputación se hizo referencia precisa a la estructuración del peculado, en el entendido de la condición de sujeto activo calificado del sindicado y bajo ese supuesto fue que el señor defensor recurrente asesoró a Martínez Ángel en las conversaciones previas al preacuerdo y en la suscripción del mismo.

d) Finalmente, como las conversaciones y la suscripción del preacuerdo se dieron luego de formulada la imputación, es claro que tal actuación de sindicado y defensor-demandante significó para el primero hacerse acreedor al beneficio punitivo finalmente logrado, a cambio de su renuncia expresa al debate probatorio, lo cual incluía que con los elementos de juicio hasta ese entonces allegados y la admisión irrestricta del procesado se tenía por acreditada su condición de agente activo del peculado.

De tal manera que desde la buena fe, desde la lealtad procesal y desde la razón de ser del instituto de los preacuerdos, no puede admitirse que, por un lado, se reclame de la Fiscalía trunque su labor de investigación y acopio de pruebas y se logre un significativo descuento de la pena a imponer, y, por otro, se utilice esa misma situación para pretender se tenga por no demostrada la condición estructurante de esa conducta punible.

3. Finalmente, la Corte ya se ha pronunciado respecto de que la condición de servidor público por extensión no deriva de la forma de vinculación de la persona a una entidad estatal, sino de las funciones asignadas y, específicamente, ha dejado sentado que no existe obstáculo para que esa calidad la adquiera quien ha sido contratado por la vía de la prestación de servicios.

Así, mediante sentencia del 6 de marzo de 2008 (radicado 27.477), la Corte precisó:

“1.1. El ataque a la legalidad de la sentencia por la vía de este reparo se sustenta en la afirmación de que el Tribunal se equivoca cuando sostiene que el procesado... carecía de la condición de servidor público, con el argumento de que sólo se

desempeñaba como trabajador particular, sin ningún vínculo con el Instituto de Seguros Sociales, y que el contrato que firmó tampoco tenía por finalidad transferirle funciones públicas...

1.3. Los artículos 20 del Código Penal y 56 de la ley 80 de 1993, que el casacionista afirma violados por falta de aplicación, preceptúan:

“Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

“Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor, y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”.

1.4. La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la última de las disposiciones transcritas (artículo 56 de la ley 80 de 1993), precisó que la equiparación que la norma contiene, en el sentido de considerar servidor público para efectos penales a los contratistas, interventores, consultores y asesores que en condición de

particulares desempeñan funciones públicas, no surge del mero vínculo contractual con la entidad estatal, sino del hecho de que el contrato tenga por objeto la atribución o delegación temporal de una función pública. Dijo entonces:

“Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. 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”¹.

También esta corporación ha sido insistente en plantear la necesidad de que el contrato estatal transfiera al contratista, interventor, consultor y asesor particular el ejercicio temporal de una función pública, para que la equiparación pueda materializarse:

“...el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, sólo 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”²

1.5. Las precisiones realizadas en los campos constitucional y penal sobre el alcance y campo de aplicación del artículo 56 de la ley 80 de 1993, permiten concluir, entonces, que para que opere la asimilación prevista en la norma, se requiere el cumplimiento de tres condiciones, (i) que se esté ante un contrato estatal, (ii) que el particular tenga la condición de contratista, interventor, consultor o asesor, y (iii) que el contrato tenga por objeto conferirle temporalmente al particular una función pública.

1.6. Los requerimientos relacionados con la naturaleza oficial del contrato y el carácter de contratista del procesado, no son objeto de discusión en este asunto, pues es claro que el Instituto de Seguros Sociales, con el cual... contrató la prestación del servicio, es una empresa industrial y comercial del Estado³, es decir, un órgano estatal, y que el procesado ostentaba en la referida relación, la condición de contratista:...

La discusión se presenta alrededor de la naturaleza de las funciones que le fueron asignadas al procesado, aspecto que para la Sala, contrario a lo sostenido por el Tribunal en la sentencia impugnada y por la Procuradora Delegada y la defensa en la audiencia oral de sustentación del recurso, tampoco motiva incertidumbre alguna.

1.7. Por función pública se entiende el conjunto de actividades que realiza el Estado a través de los órganos del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en procura de realizar los fines que le son propios:

“...como ya lo ha señalado esta corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado.

“Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título un función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios ([Constitución Política](#) artículos 123 y 125).

“Así las cosa, la noción de función pública atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes (artículo 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”⁴...

La seguridad social, es por definición constitucional un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por entidades públicas o privadas en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley (artículo 48 de la Constitución Nacional).

Siendo ello así, para la Corte es claro que el Instituto de Seguros Sociales cumple funciones públicas, si por tales se entiende, como ya se dijo, el conjunto de actividades que realiza el Estado a través de sus órganos de poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en procura de realizar los fines que son inherentes a su razón de ser.

1.9. Las funciones que en concreto le fueron asignadas al procesado en el contrato administrativo de Prestación de Servicios suscrito con el Instituto, y las metas que le fueron impuestas, de las cuales informa la cláusula primera del contrato, que define su objeto, consistían básicamente en (i) coadyuvar en la atención verbal y escrita de los afiliados y pensionados en el trámite de las prestaciones económicas, (ii) apoyar

jurídicamente al Instituto en el reconocimiento de éstas, (iii) apoyarlo en forma verbal o escrita en la liquidación de prestaciones económicas, imputación de pagos y cálculo de tiempos cotizados, y (iv) en proyectar mensualmente 800 revisiones automáticas, o 90 reposiciones, o 60 respuestas a tutelas, o 60 apelaciones, o sustanciar 120 expedientes de Bono, o 100 expedientes de cuota partes, o revisar 800 horas de prueba.

1.10. Consultados los documentos que dan cuenta de los trámites previos a la celebración del contrato, se establece que su celebración estuvo determinada por necesidades del servicio, en razón a que la planta de personal del Instituto resultaba insuficiente para cumplir las funciones inherentes a sus fines, según la información que aparece consignada en la carta de justificación de la contratación de 30 de agosto de 2005, y en la de autorización de suscripción del contrato expedida por el Presidente del Instituto...

1.11. Como puede nítidamente constatarse, la actividades que el procesado debía cumplir en virtud del contrato suscrito con el Instituto, correspondían a las funciones que de ordinario desarrolla la entidad para el cumplimiento de los fines de prestación del servicio de seguridad social que realiza como empresa del Estado, y que no podía adelantar cabalmente por falta de personal, siendo claro, en consecuencia, que las funciones que le fueron asignadas participaban de la misma naturaleza, y que para todos los efectos penales debe ser considerado, por tanto, servidor público, conforme a lo previsto en el artículo 56 de la ley 80 de 1993.

1.12. En su intervención en la audiencia de sustentación del recurso, la representante del Ministerio Público concluyó su discurso asegurando que el procesado no cumplía funciones públicas, porque por tales sólo pueden ser entendidas las que conllevan la exteriorización de potestades inherentes al Estado, que se traducen generalmente en el señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción, y que aquél sólo tenía a su cargo actividades materiales.

Esta comprensión del alcance del concepto no corresponde al que se impone en materia penal. El ejercicio de actos de potestad, autoridad o jurisdicción, exteriorizados a través de actuaciones como las que relaciona la Delegada, son apenas algunas de las formas o maneras como se realiza el ejercicio de la función pública, pero no las únicas. También lo son las actividades que no gozando de estas características, concurren a la búsqueda del objetivo común de realización de los fines del Estado, o hacen parte de su engranaje, como las asignadas temporalmente en el caso en estudio al procesado”.

Sobre la educación caben los mismos argumentos, pues el artículo 67 de la [Constitución Política](#) la define como un derecho de la persona y un “servicio público que tiene una función social”, y las tareas asignadas al sindicato tenían incidencia directa en ese servicio, pues era quien concretaba el pago de los salarios de los docentes y con sus delitos precisamente desvió recursos previstos para la educación, actitud que, de necesidad, afectaba a los destinatarios de ese derecho.

4. La Sala no admitirá la demanda porque, además de lo anotado, la revisión de lo actuado no evidencia una lesión patente a las garantías fundamentales, que habiliten su intervención oficiosa.

5. Teniendo en cuenta que contra la decisión de no admitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia, según lo establece el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es necesario aclarar que la Sala ha precisado la naturaleza y reglas que habrán de observarse para su aplicación de la siguiente manera:

5.1. La insistencia no es un recurso propiamente dicho, sino un mecanismo especial, que únicamente puede ser promovido por el demandante dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual se decide no admitir la demanda de casación.

5.2. La solicitud de insistencia puede ser elevada ante el Ministerio Público por intermedio de cualquiera de sus Delegados para la casación penal, o ante uno de los Magistrados que hubiesen salvado el voto, o que no hubiese intervenido en la discusión ni suscrito el referido auto.

5.3. Es facultativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en el que informará de ello al solicitante dentro de un plazo de quince días.

5.4. El auto mediante el cual no se admite la demanda trae como consecuencia la firmeza de la sentencia contra la que se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conduzca a la admisión del escrito.

Consecuente con lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada.

Contra esta determinación procede la insistencia, en los términos precisados en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia C-563 de 1998.

2 Casación 23872, Sentencia de 27 de julio de 2006. Confrontar también Casación 24833 de 13 de marzo de 2006 y Casación 22683 de 9 de mayo de 2007, entre otras.

3 Ley 90 de 1946, Decreto 433 de 1971, Decreto 2148 de 1992, ley 100 de 1993, Decreto 1750 de 2003.

4 Sentencia C-037/03. Consultar también Sentencia C-563/98.