

**EL DESCONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE INTERVINIENTE, EN EL
“CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES” Y SU
DEMANDA DE CASACIÓN, POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**

BERNARDO RAAD HERNÁNDEZ

(Discente)

Dr. HENRY TORRES VÁSQUEZ

(Profesor)

Tesis de Grado para aplicar al título de Especialista en Casación Penal

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
ESPECIALIZACION EN CASACION PENAL**

BOGOTÁ

2018

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es determinar las herramientas jurídicas para presentar una demanda de casación contra una sentencia en la cual se condena a una persona como “autor” del delito de “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, cuando realmente es un “**interviniente**”, calidad que genera la rebaja de la pena máxima eventual, así como la reducción del término de prescripción de la acción penal.-

El artículo 410 del C. Penal sanciona al “**servidor público** que por razón del ejercicio de sus funciones” al tramitar un contrato incumpla sus requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.-

A su turno, el artículo 30 del C. Penal define y señala la pena que le corresponde al “**Partícipe**” en la acción penal y, en su último inciso, afirma lo siguiente: “Al **interviniente** que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”, inciso declarado exequible por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-122 del 12 de noviembre de 2.008.-

La H. Sala de Casación Penal, en los últimos 15 años, se ha pronunciado sobre demandas de casación, por el delito de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, en sentencias que constituyen “**precedente**”, pero que aún hoy se desconocen por Juzgadores de primera y segunda instancia, cuando imponen condenas como autores a simples **intervinientes**, aspecto que tiene vital importancia, al momento de contabilizar el término de Prescripción de la acción penal que, en caso de producirse, extingue la potestad sancionatoria del Estado y puede alegarse en sede de casación.-

Por lo tanto, cuando el “**interviniente**” es condenado como “**autor**” del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se le afecta su derecho al debido proceso y, de contera, su derecho a la defensa, porque es menor su periodo de prescripción de la acción penal, lo cual origina la **nulidad** de esa sentencia e impone un fallo sustitutivo de cesación de procedimiento, conforme al artículo 39 del C. de P. Penal (ley 600/2000).-

Palabras claves: Interviniente, autor, servidor público, contrato, requisitos legales, precedente, prescripción, nulidad, casación

SUMMARY

The objective of this work is to determine the legal tools employed to present a cassation demand against a condemnatory sentence in which a person is sentenced as an author of the crime “celebration of contracts without the legal requirements” when he really participated as an intervenient, quality which generates the reduction of the prescription term of the penal action as well as the reduction of the maximum penalty.

The article 410 of the Penal Code sanctions the public server who in reason of the practice of his functions, celebrates, process, or liquids a contract without its legal requirements or without verifying them.

Following this idea, the article 30 of the Penal Code defines the sanction corresponding to the participant in the penal action and in its last paragraph affirms “the intervenient who not having the especial qualities required by the penal type, concurs in its realization, will have a reduction of one quarter of the sanction”. This indent was declared constitutional by the Constitutional Court by sentence c-122/2008.

The Honorable Criminal Cassation Room, in the last 15 years has pronounced about the cassation demands for the crime of “contracts without the legal requirements”, in sentences constituting precedents. However judges omit the precedent when they give to the prosecuted the quality of author when he really is a simple intervenient. This aspect has a vital importance at the moment of calculating the prescription term which in case of its production, extinguish the sancionatory power of the state. This can be argued in seat of cassation.

Therefore, when the intervenient is condemned as an author of the crime previously mentioned, the due process is being violated as well as his right of defense, because his period of prescription of the penal action is less, which can originates the nullity of the sentence, and impose in seat of cassation a substitutive sentence of ceasing of the process according to the article 39 of the Procedure Penal Code (Law 600/2000).

Key words: intervenient, author, public server, contract, legal requirements, precedent, prescription, nullity, cassation.

CONTENIDO

CAPÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción del Problema	5
1.2 Formulación del Problema	5
1.3 Delimitación del Problema	6
1.4 Justificación	6
1.5 Objetivos	
1.5.1 Objetivo General	6
1.5.2 Objetivos Específicos	7

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes y definiciones	
2.1.1 Contrato sin cumplimiento de requisitos legales	8
2.1.1.1 Servidor Público	9
2.1.2 Interviniente	10-15
2.1.3 Prescripción de la acción penal	15-16
2.1.4 Obligatoriedad del Precedente sobre el interviniente	16-17
2.1.5 Nulidad por Violación al Debido Proceso	18-21

CAPÍTULO III

3. METODOLOGÍA

3.1 Diseño Metodológico	22
-------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El artículo 30 del C. Penal define y señala la pena que le corresponde al “**Partícipe**” en la acción penal y, en su último inciso, afirma lo siguiente: “Al **interviniente** que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.-

El artículo 410 del C. Penal sanciona al “**servidor público** que por razón del ejercicio de sus funciones” al tramitar un contrato incumpla sus requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.-

Claramente se aprecia que la dicha norma exige un sujeto activo calificado, “servidor público”, definido por el artículo 123 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 20 del C. Penal, en el cual se incluye a “los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”.-

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los últimos 15 años, se ha pronunciado sobre demandas de casación, por el delito de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, que constituyen “precedente jurisprudencial”, pero que aún hoy se desconocen por Juzgadores de primera y segunda instancia, que imponen condenas como autores a simples **intervinientes**.-

La mencionada Autoridad Judicial ha explicado las diferencias entre las penas aplicables a los diferentes sujetos activos de esa conducta criminosa, autor, cómplice e **interviniente**, diferencia que tiene vital importancia cuando se contabiliza el término de Prescripción de la acción penal, porque ésta es una causal de extinción de la potestad sancionatoria del Estado.-

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo se demanda en casación (Ley 600/2000) una sentencia que desconoce el precedente jurisprudencial sobre la calidad de **interviniente**, en un proceso por Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y cuya acción penal está prescrita?

1.3 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Este trabajo se circunscribirá a determinar los instrumentos jurídicos para formular una demanda de casación, por prescripción de la acción penal, a favor de un “interviniente”, en el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, erróneamente condenado como “autor” del mismo.-

1.4 JUSTIFICACIÓN

En la Región Caribe o Costa Atlántica de Colombia todavía se adelantan juicios por delitos “contra la administración pública”, en especial, por “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, bajo el trámite de la ley 600 del 2.000, por hechos ocurridos cuando la pena de esa conducta no se había aumentado y, por lo tanto, el término de prescripción de la acción penal es menor al actual.- Con mayor razón, cuando ese periodo se cuenta a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, porque en este evento se reduce a la mitad de la pena máxima, por lo que hay una posibilidad alta de ocurrencia de ese fenómeno, en esos procesos, aún en curso.-

Si ello es así para el “autor”, sujeto activo calificado de ese comportamiento criminoso, con más fuerza es posible que el abogado defensor casacionista encuentre sentencias de segunda instancia contra “**intervinientes**”, acusados y condenados irregularmente como “autores”, desconociendo el precedente jurisprudencial por lo que, para sustentar su demanda es importante y beneficioso que cuente con los instrumentos legales y, principalmente, jurisprudenciales, que le permitan llevar idóneamente su encargo profesional, ante la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1 OBJETIVO GENERAL

Se busca describir y explicar las herramientas legales y, fundamentalmente, Jurisprudenciales para lograr, en sede de casación y como secuela de la anulación de la sentencia condenatoria, un fallo estimatorio de sustitución que declare la cesación de procedimiento, a favor de un “interviniente” –catalogado equivocadamente como “autor”- por cuanto la acción penal estaba prescrita.-

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.5.1.1 Explicar el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en especial, en cuanto a la exigencia de sujeto activo calificado, servidor público, conforme a la Constitución, la ley y la Jurisprudencia Penal, para descartar como autor a los consultores y/o contratistas.

1.5.1.2 – Desarrollar el concepto de “interviniente”, en este tipo de delitos “contra la administración pública”, conforme a la Doctrina, la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y, primordialmente, con base en los pronunciamientos de la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.-

1.5.1.3 Describir los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos de penas aplicables al **interviniente** en el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, así como el término de su Prescripción de la acción penal, en atención a la pena vigente para el momento de los hechos.

1.5.1.4 Razonar sobre la obligatoriedad del precedente jurisprudencial penal, conforme al mandato constitucional y la Jurisprudencia Constitucional y Penal.-

1.5.1.5 Explicar la nulidad por violación al debido proceso, que legitima la procedencia de la causal 3ª del artículo 207 de la ley 600 del año 2000, con base en la Doctrina y la Jurisprudencia de la H. Sala de Casación Penal.-

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES Y DEFINICIONES

2.1.1 CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

El artículo 146 del Código Penal anterior, decreto 100/80, sancionaba con pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años, al **servidor público** “que por razón del ejercicio de sus funciones y **con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero**”, tramitara un contrato sin la observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebrara o liquidara sin constatar el cumplimiento de los mismos.- La dicha pena fue aumentada por el artículo 57 de la ley 80 de 1.993 (Ley de Contratación Pública), fijándole un mínimo de 4 años y un máximo de 12 años.-

El nuevo Código Penal, en su artículo 410, también consagró esa conducta criminosa para el **servidor público**, con la sanción indicada (4 a 12 años), pero suprimiéndole el ingrediente o la exigencia del provecho ilícito para su tipificación.- Posteriormente, la ley 890 de 2.004, en su artículo 14, incrementó la pena de prisión a un margen mínimo de 64 meses (5 años y 4 meses) a un máximo de 18 años.-

La Corte Constitucional, en Sentencia C-128 de 2.003, sobre este delito afirmó lo siguiente:

“...que el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal analizado no es el patrimonio de la administración, como tampoco la adecuada prestación del servicio contratado, o cualquier otro diferente de la transparencia de la actividad contractual de manera que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento de los servidores públicos que intervienen en ella”

La Sala de Casación Penal de la Corte ha precisado que las formas de comisión del “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” se refieren a comportamientos distintos, a saber:

“Una es la conducta aludida en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos

casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase”.-

2.1.1.1 Concepto de Servidor Público

El profesor Molina Arrubla enseña que se trata de un sujeto activo calificado, así:

“pues que el agente de la infracción ha de ostentar la calidad de servidor público... que obre por razón del ejercicio de sus funciones”.(Molina 1995).

La Constitución Política, en su artículo 123, consagra 3 clases de servidores públicos: miembros de corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado, y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Además, los artículos 6, 29 y 124 de la Carta Magna, estipulan la responsabilidad diferenciada entre el servidor público y el particular, el debido proceso y la facultad del Legislador para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

Igualmente, el artículo 125 y 130 ibídem regulan el empleo público y la carrera administrativa, para lo cual creó la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuya función es administrar y vigilar el acceso a los cargos Estatales, a través de un proceso de selección o concurso de méritos, como es la regla general de este tipo de empleos, para lo cual se ha legislado sobre este temas, con las leyes 27 de 1.992 , 909 de 2.004 y ley 443 de 1.998, así como el decreto ley 1569 de 1.998, que señaló una nomenclatura única de empleos para el nivel territorial y estipuló los requisitos para su desempeño.

En cuanto al “trabajador del Estado”, equivale al denominado concepto de “trabajador oficial”, anterior a la Constitución de 1.991, cuya vinculación, desempeño y situaciones administrativas estaba regulado por el contrato de trabajo, la convención o pacto colectivo y el reglamento interno de trabajo y, en caso de ser necesario, por lo estipulado en la ley 6ª de 1.945 y el decreto 2127 del mismo año.-

Finalmente, el artículo 20 del Código Penal define a los “Servidores Públicos” así:

“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”.

2.1.2 INTERVINIENTE

El Profesor ALBERTO SUAREZ SANCHEZ manifiesta lo siguiente:

“la figura del interviniente descrita en el inciso final del artículo 30 del Código Penal se refiere solo al partícipe no cualificado, dado que el poseedor de la calidad exigida por el tipo tiene una mayor cercanía con el injusto especial y un mayor deber de protección y tutela del bien jurídico, del cual se encuentra distancia el sujeto no cualificado y esta lejanía que desde lo político criminal le hace merecedor de un tratamiento punitivo diferente” (Suárez).-

El Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, en relación con la calidad de interviniente, afirma que,

“... un claro desarrollo del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, que, como ya se dijo, es ‘norma rectora’ de la ley penal colombiana de rango constitucional, la ley también dispone una diminuyente punitiva aplicable a todo aquel que intervenga en la realización de un tipo especial sin tener las calidades exigidas para el sujeto activo, o en uno que exija la realización personal y directa de la conducta típica, esto es, los llamados tipos de propia mano (inciso 4) solo aplicable si se excluye la figura del actuar por otro de que trata el artículo 29 inciso 3; la ley, entonces, se refiere no solo a la realización de la conducta típica por un agente que detenta un oficio, condición o situación determinada, sino a la llevada a cabo por el sujeto que tiene las posibilidades de hacerlo en forma directa y personal. A esta conclusión se llega cuando se observa que la redacción legal emplea el adjetivo ‘especial’ que designa no solo lo singular o particular, sino también lo que es adecuado o propio para algún efecto; además, ambas situaciones son ‘exigidas por el tipo penal’ en los términos ya dichos. El tenor literal del inciso 4 parece claro al respecto: ‘al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte’(Velásquez).-

La Corte Constitucional, en sentencia C-563 de 7 de octubre de 1998, cuando se pronunció sobre la exequibilidad de varias normas, entre otros, el artículo 18 de la

ley 190 /95 que modificó el artículo 63 del Código Penal anterior (“servidor público”), precepto equivalente al 20 del Estatuto actual, determinó que los “contratistas, interventores, consultores o asesores, sólo se les podía imputar responsabilidad penal, -como servidor público- cuando se les trasladara una función”. En lo fundamental, expuso en la forma siguiente:

“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.

“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.).

“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”.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, ha reiterado que no todo sujeto que celebra contratos con la administración pública puede catalogarse como servidor público para efectos penales, por cuanto se debe analizar la naturaleza de la función asignada, si es pública se le aplicará la responsabilidad penal como si fuera servidor estatal; en caso contrario se le dará el tratamiento de particular.- Esta posición se puede confirmar en las radicaciones: 24.833 del 13 de marzo del año 2.006, 23.972, fechado 27 de julio del 2.006 y 23.872 del 9 de mayo del año 2.007.-

De igual manera, la mentada Sala de Casación Penal, en el proceso 34253 del 24 de noviembre del 2.010, reiteró lo expuesto en el proceso 19695 del 13 de julio del 2.005, en los términos siguientes:

“La Corte, en punto de las calidades especiales del particular a quien se le transfieren funciones públicas por virtud de un contrato y, por otro lado, quien no las adquiere por el solo hecho de signar un convenio administrativo; viene enfatizando sobre tal temática, lo siguiente:

“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.

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).

Finalmente, en la sentencia **29.791** de 7 octubre 2009, la máxima autoridad de la Jurisdicción Penal sostuvo lo siguiente:

“Por otra parte, el concepto de interviniente, en donde se puntualiza la acción del sujeto activo no calificado, presente en los injustos contra la administración pública, viene siendo consolidado por esta Sala desde la anterior década, y cuyos pronunciamientos son de frecuente reflexión, en especial debe citarse la sentencia 28.890 del 23 de enero de 2008:

1. El inciso final del artículo 30 del Código Penal prevé una rebaja de una cuarta parte de la pena prevista en el tipo penal, para “el interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización”.

La condición de interviniente, que genera el descuento, la ostenta exclusivamente el coautor, cuando no reúne la cualidad exigida para el sujeto activo. Este interviniente (coautor no calificado) se hace acreedor a la pena señalada para el delito, disminuida en una cuarta parte.

Por tanto, el determinador y el cómplice quedan excluidos del concepto. Al primero corresponde la pena prevista para la infracción, y, al segundo, la señalada en el tipo penal disminuida de una sexta parte a la mitad.

2. Cuando los tipos penales exigen calificación en el agente activo, consistente en que se trate de un servidor público, el concepto viene definido en la parte general del Código Penal (artículos 63 anterior y 20 actual), y en eventos de la contratación estatal se permite la asimilación de los particulares (contratistas, interventores, asesores, consultores), en cuanto se entiende que ejercen una función pública, pero

“solo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando por 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.

3. Cuando en relación con un mismo asunto se atribuyan comportamientos a servidores públicos y a ciudadanos particulares (a quienes no se pueda extender el concepto por asimilación), el término de prescripción de la acción penal se contabiliza, para los primeros, con el aumento previsto por esa condición, que se aplica tanto en la instrucción como en el juzgamiento. Para los segundos, no hay lugar a ese incremento.

“En el mismo pronunciamiento la Corte fue expresa en deducir la calidad de interviniente a los particulares que habiéndose interesado en la celebración de contratos de publicidad, es decir, en actividades materiales ajenas a la función pública, o celebrado contratos sin cumplimiento de requisitos legales, no se les podía atribuir la condición de servidores públicos. Dijo en esa oportunidad la Sala:

“2. Los cargos en contra de los restantes procesados fueron por su condición de contratistas o interventores en asuntos que ninguna relación tenían con el servicio público de salud que debía prestar la entidad, pues los convenios cuya ilicitud se les imputa estaban dados para elaborar pautas publicitarias, editar revistas, publicar avisos, elaborar guías, folletos, cartillas, volantes, afiches”.

En conclusión, cuando el particular asume o se le delegan funciones públicas es un “servidor público” y, como tal, responde como “autor”, pero, si el objeto del contrato es una labor simplemente material, para efectos penales es un “interviniente” y, por ello, su pena mínima y máxima se rebaja una cuarta parte, conforme al artículo 30, inciso 3º del Código Penal.-

2.1.3 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La Prescripción, conforme a los Artículos 82 al 86 y 88 del Código Penal es una de las causales de extinción de la acción penal y opera, por regla general, cuando ha transcurrido un tiempo igual al máximo de la pena, sin que pueda ser inferior a 5 años ni exceda de 20 años; además, bajo la vigencia de la ley 600/2000, ese término se interrumpía a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación y se empezaba a contar nuevamente, por un tiempo igual al de la mitad del reseñado, pero no podía ser inferior a 5 años, como tampoco superior a 10 años.

En el delito de “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, se presentan dos (2) situaciones, en atención a la fecha de los hechos, a saber:

La primera, durante la vigencia de la pena fluctuante entre 4 y 12 años de prisión y la segunda, a partir de la vigencia del aumento punitivo introducido por la ley 890/04 que fijó la pena de prisión, a partir de un mínimo de 5 años y 4 meses a 18 años.-

En la primera situación, en atención a lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 30 del Código Penal y lo señalado por el numeral 1º del artículo 60 ibídem, la pena para el interviniente fluctuaría desde 3 años de prisión a un máximo de 9 años, por lo que en la etapa de instrucción deben transcurrir 9 años, sin la ejecutoria de la resolución de acusación para que opere el fenómeno extintivo de la acción penal; sin embargo, en la etapa del juicio, bajo la vigencia de la ley 600/2000, el término de prescripción, para un “interviniente” en el delito de “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, se reduce a la mitad y se contabiliza a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación y equivale a 5 años –ya que no

puede ser interior a esta cifra- siempre y cuando no se encuentre en firme la sentencia de segunda instancia.-

En la segunda situación, es decir, por hechos ocurridos bajo la vigencia de la reforma de la ley 890/04, el término de prescripción, durante el sumario, es igual a 18 años (pena máxima) y se interrumpe con la fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación, data a partir de la cual se contabiliza nuevamente hasta 9 años, inclusive (mitad de la pena máxima), siempre y cuando no se surta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.-

2.1.4 OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE SOBRE EL INTERVINIENTE

Cierto es que el artículo 230 de la Constitución Política establece que “Los jueces en sus providencias, solo están obligados al imperio de la ley” y que la jurisprudencia es uno de los “criterios auxiliares de la actividad judicial”, pero la Corte Constitucional, al resolver una demanda de inexecutable presentada contra el artículo 4 de la ley 169 de 1896, mediante sentencia C-836 del 2.001, lo declaró executable, bajo el entendido que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, “y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia”.-

La norma demandada es del siguiente tenor:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

En aras de sustentar la afirmación de la obligatoriedad del precedente, conviene transcribir algunas de las reglas principales esbozadas por la Corte, “Guardiana de la Constitución”, en la mencionada sentencia de constitucionalidad, a saber:

“Para fundamentar los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación.

20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua confrontación y adecuación a la realidad social** y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “*plus*” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas

“2. ¿Cómo resultan vinculantes las decisiones judiciales?”

22. Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ration decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.^[20] Sólo estos últimos resultan obligatorios,”

Entonces, en la práctica, para que un Juez o Tribunal se aparte del precedente vertical, requiere una carga argumentativa sólida, amplia, conforme a las reglas expuestas, porque de lo contrario estaría incurrido en el delito de Prevaricato por acción, como lo expuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de segunda instancia, fechada 10 de abril del 2.013, dentro del radicado 39456, contra Luis Manuel Castillo Mercado, a saber:

“Entre los motivos que apoyan la tesis que le otorga poder normativo y, por lo tanto, fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes se tiene el de la coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales,

tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos.

“A su turno, la coherencia del sistema constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes.

“Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida”.

2.1.5 NULIDAD POR VIOLACION AL DEBIDO PROCESO

El artículo 306, numerales 2º y 3º del Código de Procedimiento anterior (Ley 600/2000) y aún vigente en algunos procesos consagra como causales de nulidad la comprobada existencia de nulidades sustanciales que afectan el debido proceso, así como la violación del derecho a la defensa.-

Por ello, cuando a un “interviniente” en un delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales se le condena como “autor”, desconociendo el precedente reseñado, se le afecta su garantía a un debido proceso y, de contera, su derecho a la defensa porque, como se ha explicado, la eventual pena del primero de los mencionados es inferior en una cuarta parte; con mayor razón, cuando esa sentencia condenatoria se da en un juicio cuya acción penal esta prescrita.- Tanto así que la Sala de Casación Penal, cuando observa el fenómeno extintivo de la acción penal la reconoce, en forma oficiosa, a pesar de que la demanda de casación instaurada no cumpla con las técnicas del recurso extraordinario.

El Profesor SOLÓRZANO GARAVITO, al referirse a la Prescripción como germinadora de una causal de nulidad y su forma de alegación, en sede de casación, se expresa así:

“En este caso, existe una violación directa de la norma por la cual se condenó, por ejemplo se debe invocar la aplicación indebida de la norma que consagra el homicidio y la falta de aplicación de las normas que consagran la prescripción de la acción penal, pero como consecuencia de ello que se produjo una violación al debido proceso en la medida que después de la acción penal prescribe no se puede dictar una sentencia, es por ello que se tiene que acudir a la causal de nulidad, solicitando como consecuencia de ello un fallo estimatorio de sustitución que se concreta en una cesación de procedimiento”(Solórzano).

El artículo 207, numeral 3º de la ley 600 del 2.000, consagra como causal de casación la siguiente: “cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.- Por ello, para dar una respuesta práctica a la pregunta de esta investigación, con base en los conceptos expuestos y las jurisprudencias reseñadas y que se han transcrito, en forma parcial, es conveniente una demanda por un caso hipotético, **para dar respuesta a la pregunta de este trabajo de investigación**, a saber:

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de confianza, oportunamente, interpone recurso de casación y presenta la demanda conforme a los requisitos del artículo 212 de la ley 600/00.- Los dos primeros numerales no tienen dificultad alguna, porque se refieren a la identificación de los sujetos procesales y de la sentencia demandada, así como a presentar un resumen de los hechos y de la actuación procesal que brevemente se consignan así:

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

Juan Constructor, ingeniero, celebra un contrato de obra, en forma directa, con el Alcalde del municipio de Costa Bella, por la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), **el día 30 de marzo del 2.003**, con el objeto de construir un Polideportivo, obra que es cumplida, recibida y liquidada satisfactoriamente pero, por su cuantía, no se podía contratar directamente, en atención al presupuesto del dicho municipio, sino por licitación o concurso público.-

Por ello, ante la ausencia de ese indispensable requisito (concurso público), consagrado por la ley de contratación pública, la Fiscalía seccional competente adelanta la instrucción (Ley 600/2.000), escucha las indagatorias, recauda las pruebas y le formula acusación tanto al Alcalde como al nombrado ingeniero, como **“autores”** del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, decisión que es objeto de apelación y queda ejecutoriada **el día 20 de febrero del año 2.012**.- Surtida la etapa del juicio, finalmente se dicta sentencia de segunda instancia, conforme a la acusación, **el 25 de febrero del año 2017**, imponiéndole a “Juan Constructor” la pena de cuatro (4) años de prisión y 3 meses, por el delito indicado, sin conceder subrogado alguno y ordena su captura.

FINES DE LA CASACIÓN

Pues bien, aunque la citada norma no lo tenga como un requisito formal, en el libelo correspondiente se debe informar que el fin de la casación es la “efectividad del derecho material y de la garantía del debido proceso” de Juan Constructor (Art. 206 ibídem), en la medida en que se le condenó por un delito cuya acción penal estaba prescrita, en la fecha de la sentencia de segunda instancia.-

ENUNCIACION DE LA CAUSAL Y FORMULACIÓN DEL CARGO

El demandante casacionista plantea que acusa la sentencia condenatoria (unidad inescindible) del 25 de febrero del año 2.017, por un error “in procedendo”, por violación a la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa de su defendido, **con base en el numeral 3º del artículo 207 de la ley 600/00**, al aplicar indebidamente los artículos 29 y 410 del Código Penal y dejar de aplicar los artículos 30, 82, numeral 4º, 86 y 88 ibídem y el artículo 39 de la ley 600 del 2.000.-

FUNDAMENTACIÓN Y DESARROLLO DEL CARGO

Como quiera que el cargo se basa en una situación objetiva, la prescripción de la acción penal, se desarrolla en forma similar a la causal primera (violación directa de la ley sustancial), esto es, en primer término, **se aceptan los hechos y las pruebas, sin discusión alguna**; seguidamente, se debe demostrar que Juan Constructor es un **“interviniente”** y no es un autor (“servidor público”), porque él es un particular que, como lo señalan las pruebas **realizó una labor simplemente material, construcción de una obra y nunca se le transfirió una “función pública”**.- En la demanda se citarán y se transcribirán los apartes pertinentes de las sentencias tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal

que se han mencionado y expuestos, literalmente, en el aparte “2.1.2” de este trabajo de investigación, con el fin de demostrar esa condición.-

Seguidamente, se explica que al **interviniente**, por mandato del artículo 30 del C. Penal, se le rebaja la pena en una cuarta parte, por lo que la sanción máxima es de 9 años; a continuación, se pone de presente, como se explicó en el aparte “**2.1.3**” de este trabajo, el término de prescripción de esta conducta delictuosa, en la etapa del juicio, para demostrar que desde la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación (20 de febrero del 2.012) hasta la data de la sentencia condenatoria de segunda instancia (25 de febrero del 2.017), transcurrieron más de cinco (5) años y, por ello, se dio el fenómeno de la extinción de la acción penal.-

PETICIÓN

Se solicita un fallo estimatorio de sustitución, consistente en cesación de procedimiento, a favor de Juan Constructor, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la sentencia de segunda instancia, por Prescripción de la acción penal y, obviamente, que se cancele la orden de captura librada en su contra.-

CAPÍTULO III

3.METODOLOGÍA

3.1 DISEÑO METODOLÓGICO

En atención a lo dicho por el Profesor Lara Sánchez (1.991), se utilizó un tipo de investigación aplicada “para la solución de problemas prácticos(...) si la orientación es hacia el examen de los datos de la experiencia jurídica, también en ésta nos encontramos en el orden de la construcción sistemática de los conceptos,(...)”, a través de un estudio que, según la clasificación de Dávila Johnny Antonio, es “histórico jurídico y delimitado”, porque se mirará el decurso de un concepto delimitado, “interviniente” y su consecuencia, desde el punto vista punitivo, principalmente, a través de los instrumentos jurídicos y la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte.-

REFERENTES BIBLIOGRAFICOS

ARBOLEDA VALLEJO Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado. Edit. Leyer, 25ª Edición

Corte Constitucional, Sentencia C-563 7 oct 1998.

Corte Constitucional, Sentencia C-836 del 2.001,

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 24 abr 2003, rad.19496.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 27 may.2003, rad.19864.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 8 de julio del 2.003 Rad. 20704

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP 9 Feb.2005, Rad. 21547.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 13 de julio del 2.005. Rad. 19695.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP. 23 Mar. 2006, Rad. 21780.,

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Rad. 23.872. 27 de julio 2006.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Rad. 19794 21 mar 2007

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP 24 nov.2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad.34253. 24 Nov.2010

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP. 712/2017, rad. 48250.

- MOLINA ARRUBLA Carlos Mario. Delitos Contra la Administración Pública, 1995. Biblioteca Jurídica Dike 1995. P.282A

-SOLORZANO GARAVITO Carlos. Manuel de Casación en Materia Penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2018, p.175, 176

-SUAREZ SANCHEZ, Alberto. Autoría 3^a Edición actualizada., p. 523.

-VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando Manual de Derecho Penal Parte General, Cuarta Edición actualizada. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010. p.955.