

**INTERVENCION FISCALIA CASACIÓN NÚMERO INTERNO 56363 (C.U.I.  
11001600004920092133201)**

Daniela Franco Deossa <daniela.franco@fiscalia.gov.co>

Lun 16/05/2022 13:20

Para: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

Buenas tardes,

Al presente adjunto intervención del fiscal tercero.

Atentamente,

**DANIELA FRANCO DEOSSA  
ASISTENTE DE FISCAL III**

Fiscalia Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Avenida Calle 24 N° 52 – 01, Bloque H, Piso 2. (Ciudad Salitre), Nivel Central, Bogotá D.C

Teléfono (60) (1) 570 20 00 ext 13980



Cuidemos del medio ambiente. Por favor no imprima este e-mail si no es necesario.

**NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN:** Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

---

**De:** Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

**Enviado el:** jueves, 28 de abril de 2022 5:50 p. m.

**Para:** Luz Aylene Torres Puentes <luz.torresp@fiscalia.gov.co>; Daniela Franco Deossa <daniela.franco@fiscalia.gov.co>; macosta@procuraduria.gov.co; lforero@procuraduria.gov.co

**Asunto:** OFICIO 11802 (Al contestar cite este número) CASACIÓN NÚMERO INTERNO 56363 (C.U.I. 11001600004920092133201)

**OFICIO 11802 (Al contestar cite este número)  
CASACIÓN NÚMERO INTERNO 56363 (C.U.I.  
11001600004920092133201)**



Bogotá, D.C, 16 de mayo de 2022

Honorable Magistrado  
**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**  
Magistrado Ponente  
**SALA DE CASACIÓN PENAL,**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

REF: CASACIÓN N° 56363  
CUI N° 110016000049200901332  
Procesada: **ANA FRANCISCA LINARES GÓMEZ**  
Delito(s): *Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.*

**JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ**, Fiscal Tercero delegado ante la Corte Suprema de Justicia, actuando en representación del ente acusador, me pronuncio sobre la demanda de casación, de la referencia, en los siguientes términos.

## HECHOS

Ocurrieron en la ciudad de Bogotá D.C., en las instalaciones de la Gobernación de Cundinamarca, Oficinas de la Secretaría de Hacienda, desde mediados del año 2008, cuando la entonces Directora de Pensiones de la Gobernación de Cundinamarca Dra. **ANA FRANCISCA LINARES GÓMEZ**, en ejercicio de sus funciones (Directora), estableció la necesidad de sistematizar y recoger digitalmente las historias laborales de los extrabajadores(as) y trabajadores(as) del departamento Cundinamarca, con la finalidad de pasar esa información al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de determinar la deuda pensional del mencionado departamento. Presentada y justificada la necesidad, oportunidad y conveniencia del servicio de recolección magnética y sistematización de las aludidas historias laborales, el entonces Secretario de Hacienda de la Gobernación de Cundinamarca (Dr. **Mario Humberto Martínez Peña**), como ordenador del gasto, dispuso la contratación de treinta y cinco (35) personas (a través de contrato de prestación de servicios), autorizando a la Dra. **ANA FRANCISCA LINARES GÓMEZ**, para hacer la convocatoria o invitación de las personas interesadas en contratar con la Gobernación; así como también para que RECIBIERA y REVISARA la documentación entregada por los interesados y para que realizara la PRESELECCIÓN de los contratistas.

En el transcurso de la CONVOCATORIA, la Dra. **ANA FRANCISCA LINARES GÓMEZ** conversó con la Sra. **Francia Helena Zambrano Orjuela** (madre del joven **Sergio Armando Fresneda Zambrano**), le comentó que se iba a realizar una convocatoria en la Dirección de Pensiones, direccionada por ella; que la convocatoria tenía como finalidad contratar personal (a través de contrato de prestación de servicios), para la recolección y sistematización de historias laborales de las personas que habían trabajado o trabajaban con la Gobernación de Cundinamarca; la mamá **Sergio Armando Fresneda Zambrano**, pensó en su hijo

y le dijo a éste que fuera a la Dirección de Pensiones de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación y recibiera una invitación para contratar con el departamento de Cundinamarca; **Sergio Armando Fresneda Zambrano** se acercó a la Dirección de Pensiones y recibió (por escrito), de parte de la Dra. **ANA FRANCISCA LINARES GÓMEZ**, la invitación para contratar con el departamento de Cundinamarca, en ella se relacionaban los documentos que requerían para suscribir el contrato de prestación de servicios (entre ellos el certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación); **Sergio Armando Fresneda Zambrano** reunió los documentos (entre los que se destaca el certificado expedido por la Procuraduría General, en el que se informó que el mencionado joven estaba inhabilitado para contratar con las entidades estatales desde el 26 de abril de 2005 hasta el 25 de abril de 2010); los llevo a la Dirección de Pensiones y los entregó a la Dra. **ANA FRANCISCA LINARES GÓMEZ**; la Dra. LINARES GÓMEZ recibió los documentos, los legajó, constató que estuvieran completos y plasmó una rúbrica o visto bueno, como señal que **Sergio Armando Fresneda Zambrano** era una persona apta para ser contratada por la Gobernación de Cundinamarca; seguidamente pasó la carpeta a la Jefatura de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Cundinamarca (Dra. **María Luz Estella Forero Arenas**), ésta, que había confeccionado el formato de contrato, constató que el formato estaba diligenciado y que los documentos soporte estaban, suscribió el contrato y, seguidamente, pasó la carpeta al despacho del Secretario de Hacienda de la Gobernación de Cundinamarca (Dr. **Mario Humberto Martínez Peña**), quien estaba facultado para contratar, a nombre del departamento de Cundinamarca. El Secretario de Hacienda de la Gobernación de Cundinamarca, 13/08/2008 suscribió el contrato de prestación de Servicios N° **SH 037-2008**, con el joven **Sergio Armando Fresneda Zambrano**, estando éste inhabilitado para contratar. El joven cumplió el contrato a satisfacción; sin embargo, en el año 2009, la Contraloría General de la República, al realizar una auditoría de rutina, se percató que el departamento de Cundinamarca, a través de la Secretaría de Hacienda, había contratado con persona inhabilitada, poniendo el hecho en conocimiento del ente acusador.

## 2. ACTUACIONES PROCESALES

1. La Fiscalía General de la Nación, vinculó mediante diligencia de imputación a los Dres. **Mario Humberto Martínez Peña**, por el hecho de haber celebrado el contrato-Orden de Prestación de Servicios No. SH-037-2008, con **Sergio Armando Fresneda Zambrano**, estando éste inhabilitado para contratar con entidades estatales; y a las Dras. **ANA FRANCISCA LINARES GÓMEZ y María Luz Estella Forero Arenas**, por haber intervenido en el trámite del contrato preaprobándolo, con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. La primera, recibiendo y revisando los documentos e impartiendo visto bueno de que los documentos estaban completos; la segunda, también revisando los documentos soporte y el contrato diligenciado, firmándolo para su aprobación, a nombre de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Cundinamarca. A todos ellos se les endilgó el delito de “*violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*”, establecido en el Art. 408 del CP, como presuntos autores penalmente responsables.

2. La Fiscalía confeccionó escrito de acusación en contra de las personas vinculadas, por los mismos hechos y por el mismo delito de la imputación; por reparto, el caso correspondió al Juzgado 28 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá D.C., despacho en el que se programaron y realizaron las audiencias de acusación, preparatoria, de juicio oral, de sentido de fallo y lectura de sentencia.

3. El 24/11/2017, se emitió sentencia de primera instancia, en la que fueron declarados autores, penalmente responsables, del delito de “*violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*”, previsto y sancionado en el Art. 408 del CP., los Dres. **Mario Humberto Martínez Peña** y **Ana Francisca Linares Gómez**. La Dra. **María Luz Estella Forero Arenas**, acogiendo la petición de la fiscalía, fue absuelta.

4. Inconformes con la decisión de primera instancia, dentro del término legal, incoaron y sustentaron recurso de apelación, la defensa técnica de **Ana Francisca Linares Gómez** y la defensa técnica y material del Dr. **Mario Humberto Martínez Peña**.

5. El 30/07/2019, la sala de decisión penal, presidida por el Mg. **Álvaro Valdivieso Reyes**, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC., emitió sentencia de segundo grado, confirmando parcialmente la sentencia de primer grado, absolvió al Dr. **Mario Humberto Martínez Peña** y condenó a la Dra. **Ana Francisca Linares Gómez** como autora penalmente responsable, del delito de “*violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*”.

6. Inconforme con el fallo de segundo grado, la defensa técnica de la Dra. **Ana Francisca Linares Gómez**, dentro de la oportunidad procesal, interpuso recurso extraordinario de casación y presentó la correspondiente demanda.

### **3.PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS CARGOS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN.**

El casacionista presenta dos cargos, contra la sentencia de segundo grado: Uno principal, formulado bajo la protección de la causal primera de casación, y, el segundo ostentado al amparo de la causal tercera de casación; ambas causales previstas en el Art. 181 del CPP. Este delegado sólo se pronunciará con relación al cargo principal, en razón a que fue el único cargo que, a través del recurso de insistencia, fue admitido, por la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia.

#### **PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL PRIMER CARGO DE LA DEMANDA.**

El casacionista, acusa la sentencia de segundo grado, de haber sido emitida con vicio “*in idicando*”, por violación directa de la ley sustancial, en el sentido de haber interpretado erróneamente el Art. 408 del CP., por lo que solicita a la Corte, case la sentencia de segundo grado y profiera fallo de reemplazo, absolviendo a la Dra. **Ana Francisca Linares Gómez**, del punible de “*violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*”.

No obstante que el censor desarrolla el cargo con un extenso alegato, abordando varios temas, sólo abordaremos el tema de presunta violación directa de la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea, del Art. 408 del CP.; es decir que, en lo posible, sólo se analizará dicho artículo desde el punto de vista hermenéutico. Así, este delegado, acorde con la demanda de casación, tratará de resumir la inconformidad que presenta el censor, respecto del alcance que cada una de las instancias le dieron al Art. 408 del CP, precisando cuál es la posición del censor y cuál la tesis de este delegado fiscal.

En este orden de ideas, se resalta que el censor manifiesta que la *a quo* consideró que, frente a eventualidades, como la que nos ocupa, *en la que el servidor público no tiene asignada de manera específica la función que realizó, lo trascendente es que ese deber de proceder sea verificable en las circunstancias particulares de cada caso. Agregó que la jueza había precisado que, en el caso sub judice, esa función de revisar la documentación que presentaran los oferentes para la celebración del contrato de prestación de servicios, era evidente, pues la Dra. **Ana Francisca Linares Gómez**, como Directora de Pensiones de la Secretaría de Hacienda del departamento de Cundinamarca, había sido la servidora directamente interesada en que se realizara la labor de recoger y sistematizar las historias laborales de los exservidores(as) y servidores(as) del departamento en mención, para enviarla al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que, por eso, dicha funcionaria había sido quien había auspiciado y presentado los estudios de conveniencia, necesidad y oportunidad de recolectar y sistematizar la información, para que se celebraran los contratos de prestación de servicios; que en esos estudios se había indicado cuáles debían ser las aptitudes de los contratistas y los requisitos que debían reunir para ser contratados, motivo por el que se le había encomendado realizar las invitaciones o convocatorias para los contratos, lo mismo que recibir y revisar los documentos, que los oferentes entregaran.*

De otra parte, resalta el censor que, el *ad quem* sostuvo que en el presente caso se trata de un tipo penal en blanco y abierto y que se presenta el fenómeno de la disponibilidad jurídica, mediante el cual se da la atribución funcional deferida<sup>1</sup> inherente al rol de la servidora, como Directora de Pensiones, dependencia de la Secretaría de Hacienda del departamento de Cundinamarca.

Con relación a las argumentaciones de las instancias, el censor presenta su descontento; considera que si el Art. 122 de la CN, establece que “no hay empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento” y que, en efecto, su defendida para la época de los hechos, fungía como “Directora de Pensiones” del departamento de Cundinamarca, que contaba con funciones bien definidas, entre las que no está la de recibir y revisar los documentos, o enviar comunicaciones a los oferentes (como en el caso de **Sergio Armando Fresneda Zambrano**), entonces mal puede considerarse que ella, su defendida, actuó en “ejercicio de sus funciones”. Que, si no actuó “en ejercicio de sus funciones”, entonces no pudo haber realizado el tipo penal de “violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades”. También indicó el censor que, en el presente caso, para la celebración de los 35 contratos de prestación de servicios (entre ellos el # SH-037-

---

<sup>1</sup> Deferir: adherirse al dictamen o parecer de otro, o aceptarlo por respeto, cortesía u otro impulso- benévolo. Comunicar, transmitir parte del poder o de la jurisdicción. Deferir el juramento a la parte contraria consiste en aceptar como decisorio lo que declare acerca de los puntos confesados; es decir, admitir tales declaraciones como prueba plena.

2008- **Sergio Armando Fresneda Zambrano**), no hubo desconcentración administrativa (Art. 8, Ley 489 de 1998)<sup>2</sup>, tampoco delegación (art. 9, *Ibidem*)<sup>3</sup>, por lo que concluye, que definitivamente su defendida no actuó en ejercicio de sus funciones, por lo que el comportamiento reprochado deviene atípico.

### 3.2. PROBLEMA PARA RESOLVER.

El problema jurídico a resolver es establecer cuál es el alcance del elemento objetivo (de contenido jurídico) del tipo penal, en “*ejercicio de sus funciones*”. Así las cosas, la pregunta obligada es: ¿la expresión “*ejercicio de sus funciones*”, del Art. 408 del CP, hace relación a las establecidas para el cargo, o también comprende las inherentes a la función pública que desarrollaba?

**3.2.1.** La tesis de este delegado es que el elemento normativo del tipo comprende todas las funciones inherentes a la función pública que la servidora ejerció.

La expresión “*ejercicio de sus funciones*” que demanda el Art. 408 del CP., no se refiere únicamente al ejercicio de las actividades asignadas al cargo en particular, como lo entiende la defensa, pues es regla de experiencia que en todo o casi todo reglamento se relaciona una cantidad de funciones para el cargo o cargos de cada entidad, pero esas actividades, no se agotan en la ley ni en los reglamentos, por eso al final de cada uno de estos se establece, de manera indeterminada, las demás que le asigne el jefe inmediato o sean inherentes al cargo.

Esto significa que la expresión “*ejercicio de sus funciones*” no tiene sentido restringido como el que le da el censor, sino un sentido amplio, en el entendido que la actividad esté dentro de la función pública asignada; esto es dentro del conjunto de actividades que realiza, con miras a alcanzar los fines, que institucionalmente le corresponde.

Ello es así, porque 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 de la prestación oportuna y eficaz de los cometidos públicos a cargo del Estado.

El Art. 408 del CP lo que protege es “La Administración Pública”, función administrativa o función pública, que en términos generales no es otra que el bien común, por lo que el servidor público, está obligado, en todas sus actuaciones a proceder con apego a *los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, entre otros; principios que en tratándose del proceso contractual no se exceptúan.*

Por ello, en sentir de este delegado, le asiste razón a la segunda instancia, cuando afirma que, en determinados casos, como el que nos ocupa, la competencia funcional es deferida o comunicada y entregada por quien tiene facultad para

---

<sup>2</sup> **ARTICULO 8°. DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA.** La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

<sup>3</sup> **ARTICULO 9°. DELEGACIÓN.** Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

contratar. Es cierto que la función deferida no es igual a la figura de la desconcentración o delegación administrativas, sin embargo, ello no significa que no exista.

**3.2.2. ANTÍTESIS.** No desconoce este delegado que el principio de estricta tipicidad, contemplado en el Art. 10 del CP, establece que *la ley penal debe definir de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal*; lo que em principio significa que no es admisible establecer supuestos de hecho (tipificar comportamientos) ambiguos, equívocos o confusos, inciertos o indeterminados.

Es cierto que la expresión “*en ejercicio de sus funciones*” es una expresión un poco indeterminada; sin embargo, no hay que olvidar que la tesis de que la descripción típica sólo es válida cuando es clara e inequívoca, ha venido siendo morigerada, dada la insuficiencia comprobada del lenguaje para describir comportamientos reprochables. Hoy se permite que el Legislador realice descripciones típicas haciendo remisiones a otras disposiciones jurídicas de igual naturaleza (remisión propia) o a disposiciones jurídicas de naturaleza diferente (remisiones impropias) y con cierto grado de indeterminaciones. A estas laxitudes del tipo es lo que la doctrina ha denominado tipos punitivos en blanco y abiertos.

Sobre la admisibilidad de los tipos en blanco y abiertos, la Corte constitucional ha considerado que si bien es cierto que el *principio de estricta legalidad [tipicidad], ordena al legislador a actuar con el mayor nivel posible de precisión y claridad, lo que en principio hace inadmisibles, desde el punto de vista constitucional, los supuestos de hecho y las penas redactadas en forma incierta o excesivamente indeterminadas; todos los componentes de un tipo penal (sujetos, verbos rectores, ingredientes subjetivos y objetivos sanción, agravantes, etc.), deben estar determinados, o, por lo menos ser razonablemente determinables, por el intérprete. Sin embargo, este principio no puede cumplirse en forma absoluta, pues el lenguaje natural, en el que se expresa el legislador, presenta un nivel irreductible de apertura semántica, siendo muy conocidos los problemas de ambigüedad o polisemia de las palabras y vaguedad de los conceptos, por lo que el nivel de determinación de un tipo penal será variable en función de las posibilidades lingüísticas de definición de una conducta específica y, en algunos casos, existirá una necesidad imperiosa de establecer castigos frente a fenómenos dinámicos y complejos, que requieren la atención a contextos más amplios para su comprensión y, por lo tanto, no pueden ser ‘capturados’ de forma definitiva por una expresión determinada. La Corporación entiende que la ambigüedad y la vaguedad son características “consustanciales y prácticamente ineliminables del lenguaje natural”, y como el Legislador dicta sus normas a través de enunciados que pertenecen al lenguaje natural, entonces todo tipo penal sufrirá un mínimo de indeterminación, pero no por ello, son incompatibles con el principio de taxatividad penal. El intérprete al momento de verificar el cumplimiento del principio de legalidad estricta debe indagar, si es posible, con fundamento en una interpretación razonable y a partir de referentes objetivos y verificables, la “frontera que divida con suficiente claridad el comportamiento lícito del ilícito”. (Corte Const. Sentencia C-091/17, Núm. 18).*

La misma Corporación ha precisado que los tipos penales “*en blanco*” son aquellos, *en los que, al definir el supuesto de hecho, el Legislador menciona un referente normativo específico, por lo que se habla de una remisión o reenvío normativo; se denomina propio, si se dirige a una norma de la misma jerarquía o naturaleza; o*

*impropio, si lo hace a una norma de inferior jerarquía. Los tipos penales en blanco son válidos, siempre que, una vez efectuada la remisión, se cumplan los requisitos de certeza, claridad y precisión exigidos por el principio de estricta legalidad, de manera que la norma objeto de remisión debe también respetar el principio de definición taxativa<sup>4</sup>, pues sólo así el juez penal y los ciudadanos pueden conocer inequívocamente cuál es la conducta penalizada. (Corte Const. Ibidem, Num. 19).*

Ha enseñado la Guardiana de la Constitución con relación a **los tipos penales abiertos**, que, *son aquellos que utilizan expresiones con un contenido semántico amplio, de relativa vaguedad y lo hacen así porque lo exige la naturaleza de la conducta penalizada; son aún más problemáticos que los tipos en blanco, pues no cuentan con el mismo referente normativo del que se dota a estos últimos. Sin embargo, para que los tipos penales abiertos tengan validez constitucional, la indeterminación debe ser moderada y estar justificada, y deben existir referencias en el ámbito jurídico que permitan precisar su contenido y alcance. (Corte Const. Ibidem, Num. 20).*

De esta forma, concluye, la Guardiana de la Constitución, diciendo que la vaguedad y ambigüedad de las normas penales sólo es admisible, si los elementos objetivos permiten, de alguna manera, distinguir lo que está prohibido de lo que no lo está (Corte Const. Ibidem, Num. 21).

### 3.2.3. CASO SUB JÚDICE.

Este delegado comparte la tesis expuesta por el sentenciador de segundo grado, en el sentido que, el tipo penal que nos ocupa (Art. 408 del CP), es un tipo penal en blanco y abierto; aunque el *ad quem*, por la necesaria brevedad y claridad del fallo, no precisa las razones de esa afirmación, no significa que no sea cierto lo afirmado.

El tipo penal en blanco, del art. 408 del CP, nos indica que el servidor público que *“... intervenga, en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades...”*

Como se ve, el precepto nos remite al Estatuto de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993), a fin de establecer quiénes están habilitados para contratar con las entidades públicas. Bajo tal supuesto es que el Art. 8°, Núm. 1° de la citada ley se establece que *“Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: d). Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas...”*

En este sentido se tiene que **Sergio Armando Fresneda Zambrano**, había sido condenado por un juez de la república; como sanción le impuso, además de las penas principales, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 05 años; el lapso de inhabilitación, para el mencionado,

---

<sup>4</sup> En la Sentencia C-605 de 2006, la Corte analizó y encontró acorde con la Constitución el artículo 382 del Código Penal, que sanciona el porte y transporte ilegal de *sustancias que participan en la producción de cocaína y otros estupefacientes*, productos estos para cuya determinación se requiere el análisis de la norma de naturaleza reglamentaria, expedida por una autoridad administrativa, que define y clasifica tales sustancias (Consejo Nacional de Estupefacientes).



comprende desde *26 de abril de 2005 hasta el 25 de abril de 2010* y el contrato que nos interesa se celebró el 13/08/2008.

En cuanto tipo penal abierto, se tiene que tal como se indicó arriba, el Art. 408 del CP, contempla, entre otros vocablos de relativa determinación, la expresión “*en ejercicio de sus funciones*”.

La inconformidad del censor es sobre el alcance que las instancias le dieron a dicho vocablo, “*ejercicio de sus funciones*”, porque, según su visión, su defendida intervino en la tramitación del contrato # **N° SH 037-2008** -se contrató con **Sergio Armando Fresneda Zambrano**-, pero no en “*ejercicio de sus funciones*”, ya que ella no tenía la función de recibir y revisar documentos contractuales.

A juicio de este delegado la argumentación del censor resulta contraria al sentido común, pues es cierto que dentro de sus funciones específicas de la “Directora de Pensiones” está la de recibir y revisar los documentos de los oferentes, además no se puede afirmar que actuó como particular o por fuera o al margen de las actividades de la función pública que cumplía. Es decir que, tal como lo anota el tribunal, la función la tenía deferida.

Al respecto, no se debe olvidar que lo que el legislador sanciona, en el Art. 408 del CP, no es que el servidor cumpla o incumpla las actividades asignadas (por ley o por reglamento), sino que use el cargo para intervenir en la tramitación de un contrato en el que se contrata con personas inhabilitadas; pues a partir de ese supuesto, es que se entiende que la actuación de la Dra. **Linares Gómez** es punible, porque enerva la función pública.

Así es que se entiende, la responsabilidad penal por el delito de “*violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*” se obtiene a partir de la función pública que ejerce el servidor y no de las actividades asignadas al cargo, en la ley y/o los reglamentos. De no ser así, llegamos al absurdo de considerar inaplicables los Art. 52, 53 y 56 de la ley 80 de 1993, porque la ley ni el reglamento le fijan funciones específicas a los contratistas, interventores, consultores y asesores y sin embargo, eventualmente, pueden ser autores responsables del delito de “*violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades o incompatibilidades*”. En otros términos, tal como lo ha admitido la Corte Suprema de justicia, el particular también puede ser autor responsable del delito de “*violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*”, previsto y sancionado en el Art. 408 del CP, pese a que como particular no tiene cargo público con funciones específicas. (SP17064-2015, Rad. 37345).

Bajo las anteriores consideraciones fácil se entiende que la Dra. **Ana Francisca Linares Gómez** lesionó o puso en peligro el bien jurídico de la Administración Pública, pues, como “Directora de Pensiones”, enervó la función pública que ejercía, pues creó la necesidad del servicio, aprovechó ese conocimiento y lo dio a conocer directamente a una persona para que se postulara estando inhabilitada, pero además permitió que la persona inhabilitada fuera contratada, burlando los principios de **igualdad** (el contratado tuvo ventaja sobre otros interesados), **moralidad** (se contrató con una persona que estaba inhabilitada); e **imparcialidad** (la amistad de la aludida doctora con la mamá **Sergio Armando Fresneda Zambrano**) influyó en la contratación de éste.

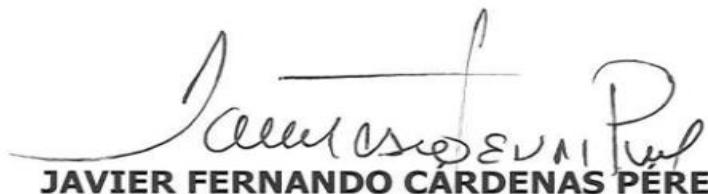


Si ello es así, como en efecto lo es, el cargo no está llamado a prosperar.

#### 4. SOLICITUD

Conforme a lo expuesto, respetuosamente se solicita a la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, NO CASAR.

Sin otro motivo, de ustedes, atentamente me suscribo,

  
**JAVIER FERNANDO CARDENAS PÉREZ**  
**Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia**