

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

AP1263-2019
Radicación n.º 54215
(Aprobado acta n.º 83)

Bogotá, D.C., tres (03) de abril de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

En cumplimiento de la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Civil, la Sala resuelve la *impugnación especial* propuesta por la defensora de **ALFONSO VIDAL ROMERO** en contra de la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cúcuta, que revocó la absolutoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ocaña y en su lugar condenó al acusado por el delito de peculado por apropiación.

HECHOS

Fueron así consignados en el fallo impugnado, según se narraron en la resolución de acusación:



Se realizó una unión temporal entre la razón social CONSTRU YA siendo representante el señor ÁLVARO PÉREZ MANZANO y el entonces alcalde del municipio de Río de Oro, César, señor JULIO ALBERTO RIZO CABRALES, siendo el objeto de dicha unión, la construcción del proyecto de vivienda de interés social denominada Los Cristales Segunda Etapa, San Miguel y los Rosales, proyecto que se desarrollaría con el subsidio que entregaba el INURBE en cantidad de \$6.500.000 para cada solución de vivienda y aprobó trece subsidios que luego de iniciado el proyecto a cabalidad, perjudicando a los beneficiarios en razón a que algunos lotes adjudicados no estaban aptos para realizar construcciones ya que no estaban explanados, en otras viviendas se apreciaba que los materiales no eran de la cabalidad requerida para garantizar la estabilidad del inmueble, otras solo contaban con una inversión que no superaba los \$3.000.000, siendo que lo adjudicado son \$6.500.000, en otros casos los mismos beneficiarios debían aportar la mano de obra consistente en 20 jornales de trabajo.

Por lo anterior y ante la denuncia presentada por parte del señor personero del municipio de Río de Oro Cesar, la dirección del INURBE de la ciudad de Bogotá ordenó a la regional de Valledupar realizar visita al proyecto Cristales II, por lo que integró una comisión compuesta por LEDYS ALICIA IGLESIAS GAMARRA, directora de esa entidad, y EUGENIO FRANCISCO VIÑA RINCÓN, funcionario del INURBE, quienes rinden informe avalando las obras realizadas en el sentido de que se ciñe a la propuesta presentada ante el INURBE tanto en cobertura como en las demás especificaciones, por tanto, se ordenó el desembolso de los dineros del subsidio; por su parte, ALFONSO VIDAL ROMERO interventor de la obra Cristales II refirió que realizó varias visitas y encontró que todo se adecuaba a las especificaciones de las obras respecto de lo propuesto.

Una vez realizada inspección judicial por el CTI, se observó que, en la realidad, la obra no se ejecutó a cabalidad, por lo que acaece una contradicción con los conceptos que rindieran las anteriores personas. (Subrayas de la Sala).

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 5 de diciembre de 2002¹ se abrió investigación penal con fundamento en la denuncia formulada por ÁLVARO

¹ Folio 49 cuaderno #1.

CASADIEGO SUÁREZ –Personero Municipal de Río de Oro (César)-.

2. El 4 de noviembre de 2003 se dispuso la vinculación mediante indagatoria del personal del INURBE implicado² y de **ALFONSO VIDAL ROMERO**, interventor de la obra -ésta se cumplió el 27 de abril de 2005-. Al resolver su situación jurídica -31 de mayo de 2005³-, no se le impuso medida de aseguramiento.

3. El 8 de abril de 2013 la Fiscalía Segunda Seccional de Ocaña profirió resolución de acusación en contra de **ALFONSO VIDAL ROMERO** por el delito de peculado por apropiación⁴.

4. Esa determinación, apelada por la defensa, fue confirmada el 23 de septiembre de 2014 por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta⁵.

5. El 10 de febrero de 2017, finalizada la audiencia del juicio, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ocaña profirió sentencia absolutoria⁶.

6. El delegado de la Fiscalía formuló recurso de apelación y el Tribunal Superior de Cúcuta, en fallo del 31 de agosto de 2018, revocó la providencia de primera instancia

² En el decurso de la actuación se rompió la unidad procesal en dos ocasiones para quedar el diligenciamiento solo en contra de VIDAL ROMERO.

³ Folios 197 del cuaderno #2.

⁴ Folios 23 a 31 del cuaderno #4.

⁵ Folios 56 a 76 *Id.*

⁶ Folios 396 a 402 *Id.*



para, en su lugar, condenar a **ALFONSO VIDAL ROMERO** a 72 meses de prisión, multa de \$57.829.636, tras hallarlo penalmente responsable, en calidad de coautor, del punible de peculado por apropiación.

7. La defensora del procesado interpuso “*apelación*” y, después de correr el traslado a los no recurrentes, la Secretaría del Tribunal envió el diligenciamiento a esta Corporación.

8. La Sala, por auto del 5 de diciembre de 2018 (CSJ AP5314-2018, rad. 54215), rechazó el recurso por improcedente y devolvió la actuación al juez colegiado, a efectos de que se corrieran los términos para la interposición del recurso de casación.

9. Ante esa determinación, **ALFONSO VIDAL ROMERO** incoó acción de tutela y, mediante fallo del 1° de marzo del año en curso (CSJ STC2560-2019), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia concedió el amparo de su derecho a impugnar la primera condena.

En consecuencia, dejó sin efecto la providencia del 5 de diciembre y ordenó a esta Especializada que, en el término de 48 horas siguientes al enteramiento de la decisión, «*previa recepción del expediente*», resuelva nuevamente sobre la apelación interpuesta frente a la sentencia de condena emitida por el Tribunal, conforme a lo discurrido en ese proveído.



Las razones que condujeron a la protección constitucional se contraen, esencialmente, a que: (i) con el Acto Legislativo 01 de 2018 se otorgó competencia a la Sala de Casación Penal para resolver sobre la solicitud de doble conformidad y (ii) el recurso de casación no es idóneo y eficaz para asegurar esa garantía.

10. Con el fin de dar cumplimiento a la referida orden constitucional, el Magistrado sustanciador, con auto del 6 de marzo del año en curso, requirió a la Secretaría del Tribunal de Cúcuta la remisión del expediente, el cual arribó a la Secretaría de la Sala el 19 siguiente⁷.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Superior de Cúcuta revocó la absolución declarada en primera instancia por las siguientes razones:

La materialidad de la conducta punible se acreditó con prueba documental, y la cuantía de la apropiación de los dineros estatales es de \$57.829.636 –valor distinto al de la acusación-.

Concluyó que, contrario a lo expresado por el *a quo*, **ALFONSO VIDAL ROMERO** ostentaba la calidad de servidor público al asumir la interventoría de la obra, pues se le delegaron atribuciones públicas y, además, tenía un rol funcional que no realizó, según la propia indagatoria del

⁷ Folio 25 del cuaderno de la Corte. El diligenciamiento subió al despacho ese día las 12:15 pm.

procesado (citó los artículos 20 del Código Penal, 53 y 56 de la Ley 80 de 1993, así como la sentencia de la Corte Constitucional CCo C-563/98).

Pese a que el acusado carecía de la custodia material de los recursos públicos, desconoció dolosamente su vínculo funcional, pues no presentó los informes u observaciones correspondientes y, de la única visita a la obra, no hay copia en el expediente. De igual forma, actuó en participación con los funcionarios del INURBE, lo cual dedujo de las versiones de LEDYS ALICIA IGLESIAS GAMARRA y EUGENIO FRANCISCO VIÑA RINCONES.

El inculpatado estuvo en capacidad de actuar correctamente y prefirió omitir el cumplimiento de sus deberes.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

En criterio de la defensa, el fallo de segundo grado ignoró la existencia de vicios de garantía en la formulación de acusación, los que afectaron el derecho de defensa y, por ende, el debido proceso. Así mismo, desbordó el marco fáctico del acto de llamamiento a juicio y erró en la valoración probatoria.

Su inconformidad se puede resumir así:

1. En la acusación, la Fiscalía no precisó el aspecto fáctico por el cual llamó a juicio a su representado, ni detalló



la actividad concreta que cumplió en el apoderamiento de los subsidios de vivienda otorgados por el INURBE, lo que afectó su derecho de defensa (citó los artículos 29 de la Constitución Política; 8 (2) (b) y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Civiles y Políticos). Aunque se le atribuyó la calidad de coautor, no se especificó la forma en que se realizó el acuerdo común, cuál fue la división de trabajo y la importancia del aporte.

La indeterminación fáctica se ve reflejada en que el sustento de ella es la denuncia hecha por el personero y la visita realizada al lugar de la obra, pese a que esos no son aspectos jurídicamente relevantes.

No es posible entender subsanado el equívoco de la Fiscalía con la resolución adoptada en segunda instancia por la delegada ante el Tribunal, en la medida en que allí tampoco se le indicó algún rol funcional específico al acusado.

Las falencias descritas repercutieron en el ejercicio del derecho de defensa, en la medida en que quien representa los intereses del procesado no ha podido refutar todos los elementos fácticos de la conducta punible atribuida ni controvertir las enunciaciones genéricas.

Ante la insuficiente acusación, debería optarse por aplicar el principio de *in dubio pro reo* y dictarse sentencia absolutoria. Sin embargo, con apoyo en el numeral 2° del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, solicita se decrete la



nulidad desde el cierre de la investigación para que la Fiscalía formule de nuevo la acusación.

2. El Tribunal infringió los postulados de imparcialidad y consonancia, toda vez que agregó hechos no contenidos en el acto de llamamiento a juicio.

La variación se concretó en el monto de lo apropiado, porque el juez plural estableció uno distinto al indicado por la Fiscalía (transcribe segmentos del fallo y de la resolución de acusación). Si el ente persecutor no determinó de manera cierta el valor ni la actividad concreta de cada procesado para sacar el 100% de los subsidios, el juzgador estaba impedido para hacerlo, en tanto ello es un acto de parte.

Con apoyo en el numeral 2° del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, reclama la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, a efectos de que se emita nueva resolución de acusación.

3. De manera subsidiaria, la jurista solicita se revoque la sentencia y se absuelva a su prohijado, debido a que el fallador de segunda instancia erró en la valoración probatoria y dio por demostrada la condición de sujeto activo cualificado del implicado, cuando en realidad él solo actuó como particular.

El proyecto COSTRU YA LTDA fue de iniciativa privada para construir viviendas subsidiadas en predios de la Alcaldía, los lotes eran aptos para la construcción y el



acusado no intervino en esas etapas. Si bien, actuando como representante legal de la firma VIDAL CORTES ARQUITECTURA E INGENIERÍA LTDA., suscribió un contrato de interventoría, el 25 de abril de 2002, con la unión temporal, es claro que su objeto consistiría en *«los aspectos técnicos y administrativos para la construcción de viviendas de interés social subsidiadas por el INURBE»*, pero no se hizo mención alguna que para la adjudicación y traslado de los auxilios individuales otorgados por el INURBE se requiriera concepto de **VIDAL ROMERO** como interventor.

El Tribunal dejó de lado que el aludido contrato se hizo entre particulares y que el interventor no tenía la disponibilidad jurídica o material de los bienes o recursos públicos. De manera que se equivocó al atribuirle responsabilidad porque no presentó informes técnicos de interventoría sobre la construcción de viviendas individuales.

La magistratura no indicó a cuáles aspectos técnicos y administrativos se refiere el contrato de interventoría, ni las obligaciones precisas del interventor y su rol funcional. Si la directora del INURBE ordenó los desembolsos de los subsidios sin que el interventor hubiese rendido informe alguno sobre el estado de obra, parece obvio que para ese efecto no era necesario el concepto de aquél.

También omitió la colegiatura indicar cómo se suscitó el acuerdo común, la división de trabajo y cuál fue la relevancia del aporte de su prohijado.



TRASLADO A LOS NO RECURRENTE

A folio 84 del cuaderno del Tribunal consta que en la Secretaría de esa corporación se corrió el traslado para que los no recurrentes se pronunciaran, pero ninguno allegó escrito.

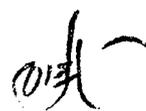
CONSIDERACIONES

Cuestión previa. El cumplimiento del fallo de tutela y la garantía de la doble conformidad

1. La Sala de Casación Penal atenderá a plenitud la orden emitida por la Sala homóloga, en su condición de juez constitucional, no solo por el absoluto respeto que profesa por las decisiones judiciales, sino, fundamentalmente, en razón de su compromiso con la salvaguarda de los derechos y garantías de todas las personas.

2. No obstante, previo a resolver la «apelación» propuesta por el señor **ALFONSO VIDAL ROMERO**, debe hacer las siguientes acotaciones:

2.1. Con el Acto Legislativo 01 de 2018 se implementó en Colombia, además del principio de la doble instancia para los aforados, **el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria**. Fue así como en el artículo 3°, por el cual modificó el 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal (numeral 7), la competencia para conocer de



la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares. Obsérvese:

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

(...)

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares. (Negrillas fuera del texto original).

2.2. Es claro que para la fecha no se ha expedido la ley prevista en la aludida reforma, en la que se concrete el procedimiento que se debe llevar a cabo para asegurar la garantía de la doble conformidad frente a la primera sentencia condenatoria en segunda instancia (términos y recursos).

Ese fue el motivo por el cual esta Sala consideró que, ante el vacío legal, el principio de doble conformidad podía garantizarse a través del recurso de casación, habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a recurrir el fallo va encaminado a permitir que la decisión adversa a los intereses del procesado sea revisada por una autoridad judicial distinta, que asegure la realización de un «examen integral de la decisión recurrida»⁸.

⁸ Cfr. Sentencia del 23 de noviembre de 2012, caso MOHAMED VS. ARGENTINA.



2.3. Con ese propósito, flexibilizó los criterios para acceder al recurso y abrió paso para que, en sede extraordinaria, se estudiara la determinación de condena, conforme a las críticas formuladas por el impugnante. Fue así como, en algunas oportunidades, decidió *inadmitir* las demandas, pero en el mismo auto dedicó un acápite para examinar lo atinente a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP2250-2018, rad. 49849; CSJ AP2248-2018, rad. 49898 y CSJ AP407-2018, rad. 49114); en otras ocasiones, las *inadmitió* por falencias de técnica, aunque -tratándose de asuntos seguidos al amparo del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906)-, dispuso que, agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente para emitir sentencia de fondo y así asegurar el derecho a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP5344-2018, rad. 51860; CSJ AP5323-2018, rad. 50867 y CSJ AP5318-2018, rad. 50782). Y, en los demás eventos, las *admitió* sin reparar en formalidades de técnica casacional, para resolver en sentencia sobre el fondo del asunto planteado (entre otras CSJ SP650-2017, rad. 48377; CSJ SP3764-2017, rad. 48544; CSJ SP11437-2017, rad. 48952; CSJ SP15773-2017, rad. 49013 y CSJ SP587-2017, rad. 49615); al interior de este último grupo, hubo eventos en los que *revocó* la condena y absolvió al procesado (CSJ SP3168-2017, rad. 44599 y SP5330-2018, rad. 51692).

2.4. Ahora bien, aunque la Sala reconoce que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente de la imperiosa necesidad de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la ley. Por consiguiente, atendiendo la finalidad integradora de la



jurisprudencia, *adoptará medidas provisionales* orientadas a garantizar, de mejor manera a como se ha venido haciendo al interior de los procesos regidos por los códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 906), el derecho a impugnar la **primera condena emitida en segunda instancia** por los tribunales superiores.

Para tal efecto, propenderá por la solución menos traumática y que implique una mínima intromisión en el ordenamiento jurídico vigente. En ese orden, dentro del marco procesal de la casación, resguardará así esa garantía:

(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a *impugnar* el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

(iii) La sustentación de esa *impugnación* estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.



(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la *impugnación especial* para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer *recurso de casación*.

(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la *impugnación especial*. De manera que el plazo para promover y sustentar la *impugnación especial* será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen *impugnación especial*, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la *impugnación especial* promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la



Sala procederá a resolver, en sentencia, la *impugnación especial*.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría –según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la *impugnación especial*.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la *impugnación especial* **no procede casación**.

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (*cfr.*, entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.

3. Teniendo en cuenta que en esta ocasión, según obra en el expediente, el Tribunal corrió traslado de la *impugnación especial* a los no recurrentes, la Sala procederá a resolver de fondo.

El asunto objeto de debate

4. Tomando en consideración los argumentos de disenso, la Sala debería comenzar por estudiar la nulidad propuesta por presunta vulneración del derecho de defensa, sin embargo, atendiendo el principio de prioridad y en razón de las consecuencias jurídicas que emanarían de la corroboración del reclamo subsidiario, en el que se solicita la absolución derivada de la falta de acreditación del elemento normativo del tipo penal, relativo al sujeto activo cualificado, iniciará por examinar este último.

5. Tanto la Corte Constitucional (CCo C-563/98) como esta Sala de Casación han sostenido que la calidad de servidor público en los delitos que requieren sujeto activo cualificado se determina, en primer término, por la vinculación legal o reglamentaria del agente con la administración y, en segundo lugar, por los particulares que ejercen funciones públicas.

El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna por extensión la calidad de servidor público al particular que como contratista, interventor, consultor o asesor intervenga en la celebración, ejecución y liquidación de contratos que se celebren con entidades estatales. Lo esencial en estos casos es determinar si por virtud del contrato celebrado, el Estado les transfirió una función pública.



Al respecto, en la sentencia CSJ SP, 13 mar. 2006, rad. 24833, esta Sala sostuvo:

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).⁹

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

6. De lo anterior se desprende que para los efectos penales es necesario verificar si en el contrato respectivo se delegaron funciones propias de la administración, pues, de ser así, el contratista, el interventor o el asesor deberá responder como servidor público; en caso contrario, como cuando se pacta la realización de una obra, el implicado seguirá teniendo la condición de particular y el título de

⁹ Ver casación 19695 del 13 de julio de 2005.



imputación será el de interviniente, con la correspondiente consecuencia en la punición atenuada.

7. En esta ocasión, se tiene que el 25 de abril de 2002 se celebró un contrato de interventoría entre la firma VIDAL Y COTES ARQUITECTURA E INGENIERÍA LTDA., representada por **ALFONSO VIDAL ROMERO**, y la unión temporal conformada por CONSTRU YA y el municipio de Río de Oro, con el objeto de *«la contratación de la interventoría en los aspectos técnicos y administrativos para la construcción de 50 soluciones de vivienda de interés social con los subsidios familiares de vivienda otorgados por el **INURBE** mediante resolución de asignación número 0683 de fecha 24 de diciembre de 2001 de los programas denominados **URBANIZACIÓN LOS ROSALES, URBANIZACIÓN LOS CRISTALES II ETAPA y URBANIZACIÓN SAN MIGUEL III ETAPA, ubicados en el Municipio de Río de Oro – Cesar»**¹⁰.*

Por consiguiente, esa interventoría del contrato de obra no implicó la delegación de funciones propias de la administración, toda vez que ésta no fue instituida para la construcción de inmuebles. De manera que, si dentro de los quehaceres propios del ente municipal no está esa actividad, menos podía transferirla a un particular. De suerte que **ALFONSO VIDAL ROMERO** debe responder como particular a título de interviniente.

8. En ese orden, se equivocó el Tribunal al considerar que

¹⁰ Folios 77 a 81 del cuaderno #1.

VIDAL ROMERO tenía la condición de servidor público y que respondía a título de coautor. Dejó de aplicar la figura del interviniente –artículo 30 del Código Penal-, que comporta una rebaja de la cuarta parte de la pena dispuesta para el tipo penal.

9. Esa falencia conduciría a que la Sala revocará parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de establecer que la condena es a título de interviniente, y, acorde con ello, readecuara la pena impuesta a **VIDAL ROMERO**. No obstante, advierte que, de acuerdo con el nuevo grado de participación, operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción.

En efecto, **VIDAL ROMERO** fue acusado por el injusto de peculado por apropiación, según las previsiones del inciso primero del artículo 397 del Código Penal, que establece una pena que oscila entre seis (6) y quince (15) años de prisión.

Según el canon 83 de la Ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin que sea menor de 5 años, ni exceda de 20, salvo las excepciones allí señaladas.

La iniciación del término de prescripción comienza a contarse, para los delitos instantáneos, desde el día de la consumación. Este tiempo se interrumpe con la resolución de acusación, debidamente ejecutoriada, y comienza nuevamente a correr por uno igual a la mitad del señalado en el artículo 83, pero no puede ser inferior a 5 años ni superior a 10.



En esta ocasión la pena máxima de 15 años, disminuida en una cuarta –por la calidad de interviniente-, queda en 11.25 años¹¹, esto es, 11 años y tres meses, tiempo máximo que tenía el Estado para calificar el mérito del sumario.

Ahora, para el conteo de ese término se debe tener en cuenta lo siguiente:

Conforme a la resolución de acusación y el fallo de segundo grado, fue el 20 de noviembre de 2002 cuando LEDYS ALICIA IGLESIAS GAMARRA, directora de INURBE Seccional Valledupar, autorizó la movilización de recursos del subsidio familiar de vivienda de interés social número 173-043/2.002¹² a la cuenta corriente del Banco Agrario, sucursal Río de Oro, número 2465-000782-6 de la que era titular CONSTRU YA, persona jurídica representada por ÁLVARO PÉREZ MANZANO¹³.

No obstante, la Sala verifica que el último acto de la apropiación indebida se concretó de forma posterior, pues al revisar los extractos bancarios de la cuenta corriente aludida, la última consignación -\$65.000.000- data del 25 de noviembre de 2002, por lo tanto, se tomará esta fecha para contabilizar la prescripción.

¹¹ El descuento es de 3.75 años.

¹² Cfr. Folio 57 y 58 del cuaderno #1.

De manera que los 11 años y tres meses se cumplieron el 25 de febrero de 2014, es decir, antes de que cobrara ejecutoria la resolución de acusación, lo que tuvo lugar el 23 de septiembre de 2014.

10. Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia, para variar el grado de participación de **ALFONSO VIDAL ROMERO**, de coautor a interviniente. Como consecuencia de esa variación, declarará la nulidad de lo actuado a partir del 25 de febrero de 2014, así como la consiguiente extinción de la acción penal por razón de la prescripción, al tiempo que ordenará cesar todo procedimiento a favor de **ALFONSO VIDAL ROMERO** por el delito de peculado por apropiación.

El juez de primera instancia cancelará las órdenes de captura y todo requerimiento que por razón de este proceso tenga **VIDAL ROMERO**.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Cúcuta en contra de **ALFONSO VIDAL ROMERO**, para variar el grado de participación de coautor a interviniente del delito de peculado por apropiación.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, **declarar la nulidad** de lo actuado a partir del 25 de febrero de 2014.

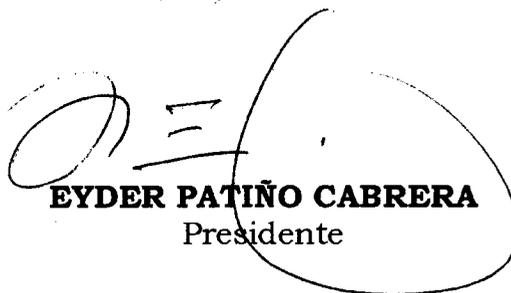
Tercero. Declarar la extinción de la acción penal por prescripción, respecto del delito de peculado por apropiación, a título de interviniente, y la consiguiente cesación de procedimiento a favor de **ALFONSO VIDAL ROMERO**.

Cuarto. Ordenar que por conducto del juez de primera instancia se cancele todo requerimiento y pendiente que el mencionado ciudadano tenga por razón exclusiva de este proceso penal.

Quinto: Ordenar que por Secretaría de la Sala se ponga en conocimiento esta determinación a las partes y a la Sala de Casación Civil, para efectos del cumplimiento del fallo de tutela referido al inicio de esta providencia y **remítaseles** copia.

Sexto. Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EYDER PATIÑO CABRERA
Presidente

ALC

~~
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA~~

~~
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER~~

Salvo parcial voto

~~
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

~~
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR~~

~~
LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO~~

~~NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria~~



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Salvamento Parcial de Voto

Radicado 54215

Tema: Doble conformidad judicial.

Mag. Ponente Eyder Patiño Cabrera.

Aprobado en Acta 83 de 3 de abril de 2019

La Sala, con criterio mayoritario, en decisión de fecha 04-04-2018, resolvió el procedimiento y competencias para resolver la doble conformidad contra la primera condena, decisión de la que salvo parcialmente el voto, con base en los criterios que exprese en el radicado 54.582 de fecha 27 de febrero de 2019 y adicionalmente, las complemento con los siguientes argumentos:

La Sala mayoritaria en esta oportunidad solamente admite que contra la primera condena proferida en primera instancia por el tribunal, para el procesado solamente procede la doble conformidad judicial, afirmación con la que estoy de acuerdo, pero la Sala dispone eliminar un derecho del condenado, no permitirle en lo sucesivo el recurso de casación contra esa decisión.

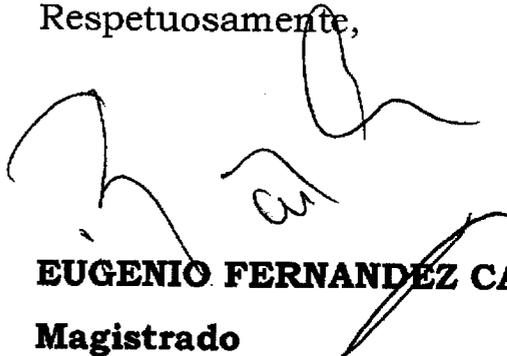
A mi modo de ver contra dicha providencia procede la casación pero también la doble conformidad judicial, el defensor y el procesado tienen el derecho a ejercer el recurso que la ley establece en su favor.

R. Patiño

La Corte por vía de jurisprudencia no puede eliminar la procedencia del recurso de casación establecido con base en normas legales vigentes, no han sido derogadas ni cuestionadas constitucionalmente, por tanto son aplicables y si el procesado acude a ese recurso, debe tramitarse y resolverse para satisfacer la garantía del debido proceso, lo cual no quiere decir que también pueda acogerse a la doble conformidad, que de hacerlo, se debe también decidir.

No se puede confundir la doble conformidad con una simple expectativa de naturaleza procesal, es una garantía-derecho constitucional, es importante señalar que a partir del Acto Legislativo 01 de 2018 en Colombia no podrá hacer exigible jurídicamente la condena proferida contra una persona y someterla al cumplimiento de la pena si no hay dos autoridades judiciales en el proceso penal con criterio condenatorio.

Respetuosamente,



EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
Magistrado

Rafael