

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente**

**AP211-2016
Radicación No. 45950
(Aprobado Acta N° 13)**

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 27 de octubre de 2015, mediante el cual se inadmitió la demanda de revisión presentada por el defensor de **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** contra la sentencia del 30 de agosto de 2013 del Tribunal Superior de Bogotá que modificó la providencia del Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad, y entre otras cosas, condenó a la accionante por el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. La Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación contra **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, ANDRÉS CAMARGO ARDILA Y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA^[1] por los delitos de peculado culposo y contrato sin cumplimiento de requisitos legales- artículos 137 y 146 del [Decreto Ley 100 de 1980](#), anterior [Código Penal](#), modificados por el artículo 1º del [Decreto 141 de 1980](#), el artículo 57 de la [Ley 80 de 1993](#) y el artículo 32 de la [Ley 190 de 1995](#)-.

2. Correspondió el conocimiento de la etapa siguiente al Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, pero debido a unas medidas de depuración adoptadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la actuación procesal fue remitida al Juzgado Cuarenta y Cinco Penal de esta misma ciudad, y posteriormente al Juzgado de Descongestión (con el mismo número) creado para tal efecto, despacho que al emitir fallo el 10 de octubre de 2012 dispuso, entre otras consideraciones, en su parte resolutive:

Condenar a ANDRÉS CAMARGO ARDILA, **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** Y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, como autores de los delitos a ellos atribuidos (peculado culposo y contrato sin

cumplimiento de requisitos legales), a ochenta y cinco (85) meses de prisión y sesenta y cinco (65,5) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa^[2].

3. La sentencia en referencia, fue apelada por la defensa de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, ÁLVARO SILVA FAJARDO Y ALBERTO JOSÉ OTOYA VILLEGAS, así mismo por el Fiscal, el Ministerio Público, el abogado del IDU y el actor popular.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 30 de agosto de 2013, decretó la extinción y la correlativa cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal, en relación con la conducta punible de peculado culposo por la cual fueron sentenciados ANDRÉS CAMARGO ARDILA, **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, ÁLVARO SILVA FAJARDO Y ALBERTO JOSÉ OTOYA VILLEGAS, reduciendo a los tres primeros citados la pena a sesenta (60) meses de prisión y quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Igualmente, dispuso entre otras actuaciones, una nulidad, los perjuicios solicitados por la parte civil, y, confirmó el fallo impugnado en todo lo demás que no fue objeto de modificación.

4. Contra el fallo de segunda instancia, los apoderados de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** Y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA presentaron recursos extraordinarios de casación, los cuales en providencia de 25 de junio de 2014, no fueron admitidos por la Corte.

LA DEMANDA

En el libelo petitorio, luego de referir la actuación procesal y las conductas punibles por las que se adelantó el proceso penal, indicó el togado que existe un legítimo interés para accionar en su poderdante, al haber sido acusada el 17 de agosto de 2006 por la Fiscalía de la eventual comisión de los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y peculado culposo. Siendo condenada por la primera conducta descrita, conforme la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

Soportó su petición en la causal 2ª del artículo 220 del [Código de Procedimiento Penal](#) de 2000, por prescripción de la acción, las sustentó así:

1. Al momento de la comisión del delito, **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** se encontraba vinculada al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ (en adelante IDU), en condición de "*...Asesora Técnica y Administrativa de la Dirección Técnica de Construcciones...*", mediante contrato de prestación de servicios No. 452 de 1999, específicamente en relación al trámite de licitación y ejecución del contrato de obra pública No. 403 de 1 de junio de 2000 celebrado entre el IDU y CONSTRUCCIONES CIVILES S.A (CONCIVILES S.A.)

2. Frente al punible de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, sostiene que la doctrina y jurisprudencia exigen en su realización un sujeto activo calificado, al ser catalogada la conducta como especial o de infracción de deberes, es decir "*este delito sólo puede ser autor la persona que tenga esa especial relación de sujeción para con la administración pública (intraneus)*";^[31].

3. Por tanto, su representada **BOLAÑO VEGA** solo podría considerarse servidora pública en relación con el contrato de asesoría celebrado por ella con el IDU, más no, en relación con el de obra pública celebrado por CONCIVILES con este mismo instituto.

En efecto, aduce que sólo puede extenderse la responsabilidad penal del servidor público al particular-contratista cuando expresamente y en el respectivo contrato, se transfieran a éste la realización o la asunción de determinadas funciones públicas; de lo contrario, debe predicarse su condición de particular en el campo penal y ser tenido como tal para efecto de una imputación o acusación.

4. Al efecto, cita que la sola certificación obrante en el proceso no era suficiente para tenersele a su prohijada como servidora pública.

5. Reitera, en que no se perfeccionó el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por cuanto su representada carecía de esa relación especial de sujeción con el Estado no podía ser tenida como autora del punible por que no era servidora pública, y por ende, "*tampoco se le puede extender o aumentar el término de prescripción de la acción penal, en los términos indicados en el artículo 83 del código Penal*"^[41].

6. Refiere así mismo, que no tenía **BOLAÑOS VEGA**, la calidad de determinadora ni cómplice, sino que su actuar podía ser catalogado como interviniente. En consecuencia, aduce de conformidad con el artículo 80 y 82 del Decreto 100 de 1980, la calidad de interviniente es una causal sustancial

modificadora de la punibilidad y debió valorarse por los juzgadores para declarar prescripta la conducta enrostrada a **MARÍA ELVIRA BOLAÑOS VEGA**.

7. Peticionó se profiriera fallo mediante la cual se rescindan los efectos de cosa juzgada de las sentencias cuya revisión se demanda, declarando que, si bien **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** cometió el delito objeto de acusación, fue en condición de particular, no como como autora, sino interviniente, por lo que, se decrete la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal.

DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

En auto AP6339-2015 del 27 de octubre de 2015 (radicado 45.950) se resolvió inadmitir la demanda de revisión presentada a nombre de **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, por falta de acreditación de la segunda del artículo 220 de la [Ley 600 de 2000](#).

En efecto, se indicó que los motivos de extinción de la acción penal para fines de revisión y conforme el motivo solicitado, son «*fenómenos de constatación objetiva*». (CSJ AP 10 oct. 1997 Rad. 13328 y AP 31 Mar. 2009. Rad. 30844.), es decir, la prescripción, la caducidad de la querrela, la ilegitimidad en el querellante o peticionario, haber operado el desistimiento, la conciliación o la indemnización integral en los casos en que la ley le asigna a dichas figuras la potencialidad de concluir el proceso, o, la amnistía o el indulto.

Para lo cual la Corte reiteró que las hipótesis que consagra para el motivo segundo de revisión, deben surgir nítidas de la simple confrontación de la actuación procesal con las condiciones exigidas por la ley para su consolidación, sin acudir a consideraciones de orden subjetivo o valorativo orientadas a modificar las conclusiones fácticas o jurídicas que los fallos contienen.

Por tanto, se concluyó frente a la calidad en la que actuó la penada **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, que se trató de una servidora pública y que por ende, en tales términos debía responder frente

al ilícito enrostrado de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, así lo indicó el Tribunal Superior de Bogotá, citándose en *in extenso*, los argumentos expuestos por la defensa, que no difirieron a los esbozados en el trámite de revisión.

Los cuales fueron desestimados por la Corte, quien refirió al respecto:

«6.5. Tal argumentación frente al objeto y fines de la acción de revisión, se despacha por impertinente, porque como se ilustró en precedencia, esta excepcionalísima figura jurídica, no es un plus instancial, ni una prolongación del procedimiento ordinario, bajo la cual puedan continuar discutiéndose los fundamentos probatorios o jurídicos de los fallos, sino que sólo tiene cabida cuando el supuesto fáctico que estructura la causal se ofrece evidente frente a las conclusiones de las sentencias contra las cuales está dirigida, situación que no concurre para este asunto». AP6339-2015 (Rad. 45.950)

Por otra parte, en lo que atañe a la prescripción de la acción penal, se indicó que la misma no se acredita en la actuación, y que la Sala en trámite de revisión, le ésta vedado, ocuparse de establecer nuevamente la calidad en la que actúo la penada **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** por cuanto escapa a la constatación objetiva que exige la causal.

La petición de prescripción que abandera el libelo demandatorio, no se muestra diáfana ni transparente que hagan viable su procedencia, ya que al contrario con los elementos de juicio establecidos en el proceso penal, no encuentra la Corporación, que esta se pueda determinar de los supuestos en ella señalados, sino que al contrario, se dispensa de modificar la calidad en la que se llamó a responder penalmente y realizar las respectivas redosificaciones de la presunta pena, ahora solicitada.

Así mismo, se indicó que la Corte encontraba la valoración del abogado defensor, como una continuación del proceso penal, ya que además de pretender sostener en acción revisionista, la misma tesis que fue objeto de análisis por el Tribunal, como se dejó de ver; también se sostuvo para cimentar la demanda de casación, donde se desestimaron estos mismos planteamientos en la providencia de junio 25 de 2014 (rad. 42930), en la cual la Corporación se ocupó de referir la calidad de servidora pública que desempeñó **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** para la comisión del punible.

En consecuencia, atendiendo que se calificó y condenó su participación como autora, entonces, contabilizado desde la ejecutoria de la resolución de acusación el 5 de marzo de 2007^[5] (fecha que también es diferente a la que argumenta el demandante que inapropiadamente cita el 11 de diciembre de 2006), el término de prescripción, que para el caso sería la mitad de 16 años (doce años más el aumento de la tercera porque era servidora pública-art. 83 del [código Penal](#)-), es decir, finalmente ocho años, se establece que para la fecha en la cual se dictó la sentencia de casación (25 de junio de 2014), no se había cumplido el término de extinción de la acción penal.

En consecuencia al encontrar que la demanda no cumplía las exigencias mínimas de orden formal y sustancial requeridas para su estudio de fondo, se dispuso su inadmisión, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 223 de la [Ley 600 de 2000](#).

DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

El apoderado judicial de la accionante dentro del término lega sustentó recurso de reposición contra la decisión del 27 de octubre de 2015, mediante la cual se inadmitió la demanda de revisión a nombre de **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, solicitando sea revocada y en su defecto, se asuma el conocimiento de ella por la Sala y se decida de fondo.

Presenta como argumentación los fundamentos de la decisión recurrida para señalar frente a la finalidad del proceso penal y de la acción de revisión que "a través de ella se resuelve la tensión que en veces se presenta entre la seguridad jurídica y el valor justicia; ya que si de conformidad con el artículo 2 constitucional, uno de los fines esenciales del Estado Social de derecho es el de posibilitar y hacer realidad la "vigencia de un orden justo", de allí se deriva que la seguridad jurídica solo puede predicarse de sentencias o de decisiones jurídicas y materialmente justas, y político-criminalmente correctas".^[6]

Cuestiona que la Sala se ocupe de realizar una contabilidad de términos en una actuación donde la sentencia es ajena a la realidad histórica, contraria a normas de derecho positivo y lesiona derechos fundamentales, "por lo que está llamada a reparar el agravio cometido y hacer realidad el valor justicia. Así emergiendo nítido de la actuación que la encartada no tenía la condición de servidor público-verdad real-y que normativamente no se le podía asimilar a estos ni extender el término de prescripción de la acción penal-derecho sustancial-, y que hacerlo era vulnerar sus derechos fundamentales y garantías procesales"^[7]

Señala que su representada no podía ser condenada como servidora pública por cuanto no hubo de transferencias de funciones públicas, ni estaba encargada de prestar servicios públicos, ni era concesionaria o administradora delegada, aspecto que debieron verificar los juzgadores de instancia frente a la naturaleza jurídica de sus funciones y obligaciones contractuales.

Reitera en que su prohijada debió ser tenida por las instancias como una particular, dada su condición de asesora, sin transferencia de funciones públicas, conforme las previsiones del artículo 56 de la [Ley 80 de 1993](#) y su correcta intelección, a partir de la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado.

Aduce que de la interpretación constitucional vertida en la sentencia [C-563 de 1998](#), solamente se puede tener como servidor público cuando el particular es concesionario, administrador delgado, o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos; debiéndose en todo caso, decantar tal aspecto por los juzgadores, que es la actuación que se echa de menos en las instancias.

Sostiene que al ser de carácter excepcional la extensión de la condición de servidor público y su responsabilidad en el campo penal al particular, así debió valorarse frente a su representada, conforme la línea jurisprudencia de la Corte al efecto.

Frente a la prescripción de la acción penal, reitera al haber actuado su prohijada como particular no le era aplicable el incremento del artículo 83 del [Código Penal](#), ya que no podía ser catalogada como determinadora, ni coautora, ni cómplice por no reunir los elementos del tipo en su actuar y por tanto, su tipificación debió ser a título de interviniente, desarrollando doctrinariamente tal participante de la acción penal.

En consecuencia de la calidad que debió imputársele a **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** refiere que la conducta de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales se encontraba prescrita al momento de la decisión de inadmisión de casación, es decir, "dicho punible prescribió el once (11) de diciembre de dos mil once (2011)^[81]"

CONSIDERACIONES

1. La finalidad del recurso de reposición, como de manera pacífica lo ha expuesto la Sala, es la de permitir al funcionario judicial que dictó la providencia que por esa vía se impugna, la revisión de la misma, para que cuente con la posibilidad de corregir yerros de talante fáctico o jurídico en los que hubiere podido incurrir y en tal caso, proceda a revocarla, reformarla, aclararla o adicionarla en los aspectos frente a los cuales las inconformidades que se hayan expuesto encuentren constatación. (CSJ AP3872-2015. Rad. 45503)

2. En el asunto bajo estudio el apoderado de la sentenciada **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, plantea que la providencia inadmisoria dejó de valorar que en la materialidad y frente al punible de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, su prohijada no tenía la calidad de servidora pública y su actuar se circunscribía a la de interviniente, como debió condenarse en las instancias.

Frente a la argumentación esbozada por el censor, además de presentarse como reiterativa de la demanda inicialmente propuesta, aduce que el proceso penal y la acción de revisión busca la justicia material, para lograr, "*sentencias o de decisiones jurídica y materialmente justas, y político-criminalmente correctas*".^[9]

3. Considera la Corte, que el planteamiento propuesto por el censor, fuera de no esbozar ciertamente un reproche a la providencia que inadmite la demanda de revisión presentada en este asunto, pretende continuar con los mismos presupuestos por los cuales se dispuso negar la procedibilidad del libelo.

En efecto, el recurrente orienta su argumentación, como si se tratara de una demanda de casación, a fin de demostrar los presuntos yerros cometidos en las instancias y por las cuales se concluyó que **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, tenía la calidad de servidora pública y de manera tozuda continúa la fundamentación en imponer su interpretación de las normas que regulan la contratación pública frente al caso en concreto.

Presenta el memorialista una pretensión que desconoce ciertamente el objeto de la acción de revisión, en la cual solicita a la Sala modificar la calidad en la que actuó la penada **BOLAÑO VEGA**, para que se tenga como interviniente, en consecuencia, se modifique los límites punitivos y obtener la pretendida prescripción del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, por el que fuera condenada la accionante.

4. Los argumentos así propuestos no enervan las razones que tuvo en cuenta la Corte en la decisión inadmisoria de la demanda, ya que no se acreditó que exista esa situación de constatación objetiva que permita a la Sala decretar la admisibilidad del libelo demandatorio (CSJ AP1452-2015. 19 mar 2015. Rad. 31067); de manera concreta, en la providencia objeto del recurso se indicó en relación con la modificación de la calidad de servidora pública atribuida a **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, refirió la Corporación:

«6.5. Tal argumentación frente al objeto y fines de la acción de revisión, se despacha por impertinente, porque como se ilustró en precedencia, esta excepcionalísima figura jurídica, no es un plus instancial, ni una prolongación del procedimiento ordinario, bajo la cual puedan continuar discutiéndose los fundamentos probatorios o jurídicos de los fallos, sino que sólo tiene cabida cuando el supuesto fáctico que estructura la causal se ofrece evidente frente a las conclusiones de las sentencias contra los cuales está dirigida, situación que no concurre para este asunto.» (CSJ AP6339-2015. Rad. 45.950)

Posteriormente y frente a las consecuencias que pretende derivar del planteamiento del impugnante de los límites punitivos para la conducta exhibida a su prohijada en caso en que se tenga como interviniente y no como autora con calidad de servidora pública, adujo la Corte:

*«7.2. Por tanto, la pretensión del censor, respecto a que la Sala, no sólo se ocupe de establecer nuevamente la calidad en la que actúo la penada **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**, sino que tenga por descartado su autoría, su complicidad o su actuación como determinadora para entender es calificable a título de interviniente, escapa a la constatación objetiva que exige la causal.*

Ciertamente, la petición de prescripción que abandera el libelo demandatorio, no se muestra diáfana ni trasparente que hagan viable su procedencia, ya que al contrario con los elementos de juicio establecidos en el proceso penal, no encuentra la Sala, que esta se pueda determinar de los supuestos en ella señalados, sino que al contrario, se dispensa de modificar la calidad en la que se llamó a responder penalmente y realizar las respectivas redosificaciones de la presunta pena, ahora solicitada.

7.3. La Corte encuentra que la valoración del abogado defensor, se presenta como una continuación del proceso penal, ya que además de pretender sostener en acción revisionista, la misma tesis que fue objeto de análisis por el Tribunal, como se dejó de ver; también se sostuvo

para cimentar la demanda de casación, donde se desestimaron estos mismos planteamientos en la providencia de junio 25 de 2014 (rad. 42930), en la cual la Corporación se ocupó de referir la calidad que desempeñó **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** para la comisión del punible, así:

"Tampoco tuvo en cuenta el demandante que entre los deberes funcionales adelantados por el Director del IDU se hallaban, según el Tribunal, los de «[d]irigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del Instituto», tal como lo prescribía el numeral 7 de la Resolución 2069 de 2000 citado en precedencia (2.1.2, (i)).

Ello implicaba que las funciones que le fueron asignadas a la contratista eran de naturaleza eminentemente pública, en la medida en que tuvo como responsabilidad la preparación de todos los asuntos de orden técnico indispensables para las obras de Transmilenio, incluido lo relacionado con el pliego de condiciones, aspectos de tanta importancia que su control, coordinación y supervisión se hallaban a cargo de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, cuya calidad de servidor público nadie discute. No se trataba, entonces, de una simple ejecutora material, como lo sostuvo el recurrente, sino de un elemento clave para planificar y concretar proyectos esenciales para los cometidos de la institución.

(...)

En este orden de ideas, la condición pública de los deberes funcionales desplegados por la particular dependía de las circunstancias concretas del caso y no de abstracciones, aseveraciones genéricas o transcripciones referidas a otros asuntos, como ocurrió en este evento, que no consultaban la realidad de lo actuado ni de lo decidido." (CSJ AP3505-2014. 25 jun. 2014. Rad. 42930)

*7.4. Por ende, es un cuento de no acabar pretender a través de la revisión, continuar debatiendo la calidad en la que actúo **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA** para el momento de la ejecución de la conducta y por la que fue juzgada la penada en el trámite del proceso penal.» (CSJ AP6339-2015. Rad. 45.950)*

5. Así pues, del farragoso memorial del recurrente no se avizora el yerro en que se incurrió por la Sala, sino que el memorialista de manera obstinada continua solicitando que se realice la adecuación frente a la participación de su

prohijada no con la calidad de servidora pública por la que fue penada sino como interviniente y *extraneus* a la función pública.

Es decir, reiterando los argumentos expuestos en la demanda pretende que la Corte modifique la decisión de inadmisión, ahora al amparo de la finalidad constitucional del proceso penal y de la acción de revisión.

La solicitud del impugnante no tiene la trascendencia para modificar la providencia recurrida, en atención a que la pretensión esbozada en la demanda como en la reposición, no se avizora admisible al amparo de la causal segunda de revisión prevista en el artículo 220 de la [Ley 600 de 2000](#), por lo cual resulta imperativo dejar incólume la determinación impugnada y desestimar la reposición propuesta.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. NO REPONER la providencia recurrida a través de apoderado por **MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA**.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LEÓNIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Magistrado

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Conjuez

LUIS BERNARDO ÁLZATE GÓMEZ
Conjuez

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria.