

LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIONES PÚBLICAS Y SU RESPONSABILIDAD PENAL

THE LEGAL STATUS OF THE INDIVIDUAL THAT EXERCISES
PUBLIC FUNCTIONS AND HIS CRIMINAL RESPONSIBILITY

LA CONDITION JURIDIQUE DU PARTICULIER
QUI EXERCE DES FONCTIONS PUBLIQUES ET SA
RESPONSABILITÉ PÉNALE

Sergio Andrés López-Zamora*

Fecha de recepción: 2 de abril de 2014

Fecha de aprobación: 16 de abril de 2014

Pág. 123-149

RESUMEN

Al estudiar el título XV del Código Penal, referente a los 'Delitos contra la Administración Pública', se requiere en la mayoría de los tipos allí encontrados, a un servidor público como sujeto activo calificado, exigiéndose también que este haya cometido la conducta en ejercicio de sus funciones o por razón o con ocasión a ellas. Por ello, el artículo 20 del Código Penal establece quiénes son servidores públicos para la ley penal, incluyéndose al particular que ejerza funciones públicas de manera permanente o transitoria, dejando abierta esta posibilidad asimilativa.

Así, a partir de este artículo la doctrina, la jurisprudencia y un análisis legal han deducido la posibilidad de que los particulares que ejerzan

* Abogado, Magister en Derecho Penal y Procesal
Penal Correo electrónico: [abogadosergiolopez@
gmail.com](mailto:abogadosergiolopez@gmail.com)

funciones públicas sean tenidos como servidores públicos por asimilación, cuando funjan como sujetos activos ante los Delitos contra la Administración Pública.

Por lo anterior, esta investigación se encuentra dedicada a pormenorizar los casos en los cuales un particular en ejercicio de funciones públicas de manera permanente o transitoria, adquiere la condición jurídica de servidor público, y en tal orden, crear un catálogo de los mismos a través de las conclusiones brindadas por la doctrina, la jurisprudencia y la Ley vigentes.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal del particular que ejerce funciones públicas, servidor público por asimilación, el particular como sujeto activo frente a los delitos contra la administración pública, administración pública, artículo 20 del Código Penal, servidor público para la Ley Penal.

ABSTRACT

By studying the title XV of the Penal Code (relating to 'Crimes against Public Administration'), is required, in most types found there, a public servant as a subject qualifying asset, also requiring that he committed the conduct in the exercise of their duties or by reason or occasion to them. Therefore, Article 20 of the Penal Code establishes who are public servants for criminal law,

including the individual who performs public functions permanently or temporarily, leaving open the possibility assimilative.

Thus, this article from the doctrine, jurisprudence and legal analyzes have deduced the possibility that individuals performing public functions are taken as public servants by assimilation, when they act as active subjects before the Offences against Public Administration.

Therefore, this research is dedicated to itemize the cases in which a particular exercise of public functions permanently or temporarily, acquires the status of a public servant, and in such order, create a catalog of them through the conclusions offered by the doctrine and jurisprudence applicable law.

KEYWORDS

Criminal responsibility of the individual that exercises public functions, public servant by assimilation, the individual as an active subject to the crimes against public administration, public administration, article 20 of the Criminal Law, public servant to the Criminal Law.

RÉSUMÉ

Après avoir étudié le titre XVe du Code Pénal, référant aux ' Délits contre l'Administration Publique ', il est requis dans la majorité des types là trouvés, a un serveur public comme un sujet actif qualifié, pour exiger aussi que celui-ci

ait confié la conduite dans un exercice de ses fonctions ou pour raison ou avec occasion à elles. Pour cela, l'article 20 du Code Pénal établit, qui sont serveurs publics pour la loi pénale, étant inclus le particulier qui exerce des fonctions publiques de manière permanente ou transitoire, en laissant cette possibilité ouverte assimilé.

Ainsi, à partir de cet article la doctrine, la jurisprudence et une analyse légale ont déduit la possibilité, que les particuliers qui exercent des fonctions publiques soient eus comme serveurs publics à une assimilation, comme sujets actifs devant les Délits contre l'Administration Publique.

Par l'antérieur, cette recherche trouve dédiée à raconter en détail les cas dans lesquels un particulier dans un exercice de fonctions publiques de manière permanente ou transitoire, acquiert la condition juridique de serveur public, et sans tel ordre, créer un catalogue du même à travers des conclusions offertes à la doctrine, la jurisprudence et la Loi en vigueur.

MOTS CLÉS

Administration Publique, Code Pénal, Serveur Publique, Jurispridenc

INTRODUCCIÓN

Como se sabe, en los delitos contra la administración pública el sujeto activo es bifronte en cuanto puede ser indeterminado o calificado. El sujeto activo indeterminado, da lugar a que la acción delictiva pueda ser ejecutada por cualquier persona excluyéndose toda condición especial, caracterizándose porque el tipo penal textualmente diga ‘el que’ o ‘quien’¹.

Por su parte, el sujeto activo determinado o calificado requiere una condición o categoría especial, sin la cual, tal conducta resultaría atípica, o bien, configuraría otro tipo penal.

Cuando se habla del sujeto activo calificado, debemos tener en cuenta que tal condición o categoría especial puede ser natural, jurídica o profesional; la condición natural del actor está relacionada con la edad, sexo o una calidad bio-psíquica determinada. La condición jurídica se refiere con una condición personal de relevancia jurídica, como ser un ‘servidor público’; la condición profesional del actor, está encaminada a una determinada actividad profesional.

En cuanto al tema que nos atañe, la mayoría de los tipos penales que

conforman el título XV del Código Penal, exigen la calificación jurídica especial de ‘servidor público’, sin embargo, allí existen tipos que excluyen condiciones especiales logrando un sujeto activo indeterminado, a saber: el fraude de subvenciones (art. 403 A), el cohecho por dar u ofrecer (art. 407), los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 410 A), la simulación de investidura o cargo (art. 426), la violencia contra servidor público (art. 429), la perturbación de actos oficiales (art. 430), la utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (art. 431), la utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (art. 432) y el soborno transnacional (art. 433).

Teniendo en cuenta lo anterior, la condición jurídica de servidor público, implica un conocimiento certero e inequívoco cuando hablamos de un particular que ejerce funciones públicas de manera permanente o transitoria², por esta razón y con ayuda de la doctrina y la jurisprudencia vigentes, estudiaremos esta condición mediante el análisis de su responsabilidad y cómo se entiende para el derecho penal, pasando al estudio del servidor público por asimilación para finalizar en una esquematización de tales particulares.

-
- 1 Varios delitos se pueden citar como ejemplo (homicidio, hurto, falsificación de moneda nacional o extranjera, etc.). Dentro de los delitos de Celebración Indebida de Contratos, encontramos al artículo 410 A que habla sobre los acuerdos restrictivos de la competencia.
 - 2 Mediante este término, el artículo 20 del Código Penal incluye a los particulares bajo la condición jurídica de servidor público, y por lo tanto, entran en la óptica de sujetos activos ante los delitos contra la administración pública, cuando en ejercicio de funciones públicas o por razón o con ocasión a ellas, vulneran el bien jurídico de la administración pública.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Dice el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

‘Artículo 26°.- Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones

o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.’

Con base en lo anterior, a partir de la relación entre el principio de responsabilidad y la garantía del cumplimiento eficiente de las tareas públicas, surge la responsabilidad estatal como respuesta al daño de sus agentes en ejercicio de sus funciones, hasta el punto de comprometer el patrimonio estatal, dando lugar a una corresponsabilidad entre estos y el Estado en cuanto hace al manejo de los asuntos públicos. Razón de ser del artículo 90 de la Constitución³, que implica la cláusula general de responsabilidad patrimonial, cuyo fin es resarcir perjuicios causados en ocasión del ejercicio de funciones públicas.

Ahora bien, tanto la corresponsabilidad patrimonial Estado-Servidor Público, y la obligación estatal de repetición contra el condenado, busca elevar el carácter deóntico en cuanto a importancia y diligencia de las funciones de los servidores públicos. Así mismo, a partir de la Constitución de 1991, se les ha querido someter a estrictas reglas de conducta, así como a un vasto régimen de inhabilidades e incompatibilidades, con el fin de garantizar la moral pública, el ejercicio de sus funciones, la defensa del interés general, y el cumplimiento de

los fines del artículo 2 Constitucional, pues recordemos que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, buscando erradicar la corrupción que tanto persigue a los agentes del Estado y la dilación injustificada de la definición del Estado Social de Derecho.

Para finalizar, en el proceso penal resulta imprescindible probar la calidad de servidor público, que en suma, se adquiere de diversas maneras, así: a. Por elección popular, para períodos fijos. Ante lo cual el Consejo Nacional Electoral declara la elección y expide la credencial que presupone la posesión del servidor. Aquí se incluyen los miembros de las corporaciones públicas; b. Por nombramiento, aceptación y posesión; c. Por designación; d. Mediante contrato laboral; e. Los particulares que desempeñan funciones públicas, conforme al artículo 123 de la Constitución y a la Ley; f. Mediante contrato de prestación de servicios; y g. Prestación de servicios públicos, en condición de auxiliar de la administración sin cumplimiento de funciones públicas, conforme lo dispone el artículo 365 de la Constitución.

3 El art. 90 de la Constitución Política dice: “el estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”. El mismo artículo establece la obligación, a cargo del Estado, de repetir contra el agente por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Véase: Sentencia de la Corte Constitucional. C-037 de 2003.

EL SERVIDOR PÚBLICO PARA EL DERECHO PENAL

La Constitución Política mediante su articulado, da a entender la definición de servidor público, como una persona natural que a través de un vínculo jurídico que puede implicar un vínculo laboral, se encarga del cumplimiento de funciones asignadas por el Estado⁴.

Ahora bien, teniendo en cuenta una clasificación constitucional de los servidores públicos, dirigidos al artículo 123 Superior, se dice que *‘son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas y territoriales por servicios’*.

En el mismo orden, si miramos al artículo 125 de la misma, se indica que *‘los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley’*.

Por lo anterior, a partir de la Constitución se infiere que dentro del género del Servidor Público, surgen diferentes especies a saber: miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales⁵.

Con lo anterior se tendría una clasificación constitucional de los servidores

públicos, sin embargo, recordemos que el artículo 150-23 Superior confiere la atribución al legislador de generar nuevas denominaciones de los mismos, razón de ser del artículo 20 del Código Penal, que dice:

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

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

Así, con fundamento en los artículos 123 de la Constitución Política y 20 del Código Penal, que intuyen una similar definición del servidor público, grosso modo, se puede crear una clasificación del mismo bajo la óptica del derecho penal, así:

4 Ver arts. 6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129 Superiores.

5 Para mayor amplitud, ver: Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-299 de 1994. (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; 30 de junio de 1994).

CLASIFICACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO PARA EL DERECHO PENAL, CON BASE EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 599 DE 2000

ESPECIES DENTRO DEL GÉNERO SERVIDOR PÚBLICO	SUBESPECIES DENTRO DEL GÉNERO SERVIDOR PÚBLICO
Miembros de las corporaciones públicas.	a. El Congreso de la República. b. Las Asambleas Departamentales. c. Los Concejos Municipales. d. Las Juntas Administradoras Locales.
Empleados y trabajadores del Estado.	Un trabajador del Estado tiene relevancia para el Derecho Penal cuando se trata de un empleado público, por esta razón se deben tener en cuenta tres criterios fundamentales: a. El tipo de vinculación laboral. b. El tipo de actividad desarrollada. c. El tipo de prestación en las empresas industriales y comerciales del Estado.
Empleados de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.	Las entidades descentralizadas territorialmente son: a. Los departamentos. b. Los distritos. c. Los municipios. d. Los territorios indígenas. Las entidades descentralizadas por servicios son: a. Los establecimientos públicos. b. Las empresas industriales y comerciales del Estado. c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica. d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios. e. Los institutos científicos y tecnológicos. f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta. g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la Ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

<p>Miembros de la Fuerza Pública.</p>	<ul style="list-style-type: none"> a. Los miembros de la Policía Nacional. b. El Ejército. c. La Armada. d. La Fuerza Aérea. e. Quienes tomen las armas bajo las condiciones del artículo 216 Superior. f. Personal en calidad de alumnos. g. Personal que esté prestando el servicio militar obligatorio. h. Personal del sector administrativo de las entidades militares.
<p>Particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria.</p>	<ul style="list-style-type: none"> a. Jurados en causas criminales, conciliadores y árbitros. b. Cámaras de comercio. c. Auxiliares de justicia. d. Curadores urbanos. e. Notarios y empleados de las notarias. f. Jueces de paz. g. Personas encargadas del recaudo de los dineros del Estado. h. Contratistas, consultores, interventores y asesores en la Contratación Estatal. i. Contratistas que reciban dineros del Estado en calidad de anticipo. j. Contrato de prestación de servicios. k. Miembros de los tribunales de ética profesional.
<p>Funcionarios y trabajadores del Banco de la República.</p>	<p>En condición de persona jurídica de derecho público, todos sus funcionarios y trabajadores tienen la calidad de servidores públicos.</p>
<p>Integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.</p>	<p>Para efectos penales, sus integrantes tienen la calidad de servidores públicos.</p>
<p>Personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.</p>	<p>Las personas que administren contribuciones fiscales, contribuciones parafiscales y tasas, serán tenidas como servidores públicos.</p>

Gráfica 1. Clasificación del servidor público para el derecho penal, con base en el artículo 20 de la ley 599 de 2000.

Con lo anterior, se puede apreciar un esquema básico de quiénes son servidores públicos para el Derecho Penal, sin embargo, dado el interés de este estudio, nos dedicaremos solo a la exposición del particular que ejerce funciones públicas, de otro modo, al servidor público por asimilación.

EL PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIONES PÚBLICAS DE MANERA PERMANENTE O TRANSITORIA

La Constitución Política y la Ley señalan de manera taxativa y en calidad excepcional, la posibilidad de que los particulares ejerzan funciones públicas⁶, en forma transitoria o permanente, o incluso como servidores públicos. Esto genera que los particulares en tales condiciones puedan fungir como sujetos activos en los delitos contra la Administración Pública, adquiriendo la condición jurídica de servidor público por asimilación. Es por esta razón que la Constitución a través de los artículos 123 y 210⁷, faculta de manera expresa al legislador para determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, regulando su ejercicio bajo las condiciones señaladas en la Ley.

Ahora bien, la Ley 489 de 1998 se encarga de tal regulación mediante los artículos

110 (que trata sobre las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares) y 111 (referido a los requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a los particulares), teniendo presente a la sentencia de Constitucionalidad 866 de 1999 que sometió a estudio tales artículos. Actualmente, la parte exequible de estos artículos nos dice:

‘Artículo 110. Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderán en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades,

6 La Constitución se ha referido a tal posibilidad de los particulares, mediante los arts.: 2, 116 inciso 4°, 123, 131, 210, 221, 246, 267, 277 numeral 9°, 318 y 340.

7 Estos artículos principalmente dan lugar al ejercicio de funciones públicas por los particulares, e incluso la condición de servidores públicos aunque no lo sean, y por ende, siendo vistos así por el Derecho Penal.

objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañado de convenio.

Artículo 111. Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación

del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, mediante el cual determine:

a) Las funciones específicas que encomendará a los particulares;

b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;

c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;

d) La forma de remuneración, si fuera el caso;

e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

2. La celebración de convenio, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y

formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.’

Entonces, a partir de las condiciones, requisitos y procedimientos del ejercicio de funciones administrativas por los particulares regulados por la Ley 489 de 1998 en orden de los artículos 123 y 210 Constitucionales, y resaltando la diferencia del ejercicio de funciones públicas y de funciones administrativas por los particulares, se discierne cuándo los particulares son vistos como servidores públicos para efectos penales, por lo cual ahora procederemos a enumerar los casos en los cuales los particulares pueden ejercer funciones públicas, así:

Jurados en causas criminales, conciliadores y árbitros

A partir del artículo 116, inciso 4° de la Constitución Política, se faculta la función de administrar justicia a los jurados en las causas criminales, a los conciliadores y a los árbitros designados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, bajo lo determinado por la Ley⁸. Bien se sabe que administrar justicia es una función pública⁹, por lo que los particulares que actúen en las circunstancias atrás señaladas serán vistos como servidores públicos.

Es importante recordar que los jurados de conciencia aún no han sido habilitados legalmente en Colombia, por ende, no nos referiremos a los mismos en este estudio.

Cámaras de comercio

La Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-166 de 1995, mediante estudio del artículo 22 del Estatuto General de Contratación¹⁰, concluyó que en ciertos casos las Cámaras de

8 Las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001, regulan la conciliación judicial y extrajudicial. El decreto 2279 de 1989 y Ley 446 de 1998 mediante los arts. 111 y ss., regulan el arbitramento.

9 Así lo indica el art. 1 de la Ley 270 de 1996, que dice: “La administración de justicia es parte de la función pública...”. Ley estatutaria de la administración de Justicia. 7 de marzo de 1996. [Congreso de la República].

10 Artículo declarado inexecutable por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, pero su contenido esencial (registro de proponentes) fue manejado por el art. 6 de la misma Ley.

Comercio ejercen funciones públicas. De las consideraciones de la Corte, resalta:

Así las cosas, de las consideraciones anteriores se desprende con meridiana claridad que el desempeño de funciones administrativas por particulares, es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, y que esa atribución prevista en el artículo 210 de la Carta opera por ministerio de la ley y, en el caso de las personas jurídicas, no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, que conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades ajenas a su específica finalidad.

Empero, resulta ineludible precisar que las personas jurídicas privadas aunque se hallan esencialmente orientadas a la consecución de fines igualmente privados, en la medida en que hayan sido investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, participan de la naturaleza administrativa, en cuanto toca con el ejercicio de esas funciones, en cuyo desempeño ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público y

encontrándose, en consecuencia, sometidas a la disciplina del derecho público; de modo que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que, según el artículo 209 Superior, guían el desarrollo de la función administrativa, les son por completo aplicables.

De otra parte, el régimen de derecho administrativo sujeta a la persona privada que cumple función administrativa a la consiguiente responsabilidad y le impone el despliegue de una actuación ceñida a lo expresamente autorizado y permitido para la consecución de la específica finalidad pública que se persigue; ello se erige en una garantía para el resto de los asociados y justifica la operancia de los controles especiales que, normalmente, se ubican en cabeza de la administración pública.’

En este orden de ideas, resulta claro que siendo las Cámaras de Comercio entidades de naturaleza corporativa, gremial y privada, y que correspondiendo el registro de proponentes a una función pública de índole administrativa, como quedó demostrado en otros apartes de esta providencia, el legislador al expedir el *‘Estatuto General de la Administración Pública’*, con fundamento en la atribución expresa contenida en el inciso final del artículo 150 Superior,

estaba facultado para regular, dentro del referido estatuto lo concerniente al registro de proponentes así como para asignar el ejercicio de esta función a particulares, acatando de paso la previsión del artículo 210 de la Carta, conforme al cual el cumplimiento de funciones administrativas por particulares se realiza *‘en las condiciones que señale la ley’*.

Ahora bien, en el ejercicio de la función administrativa de llevar el registro de proponentes, las Cámaras de Comercio, deben ceñirse a los postulados y reglas del derecho público, procurando observar las finalidades que el ordenamiento jurídico busca asegurar, y utilizando para ello los medios expresamente autorizados. Es sabido que los actos jurídicos en los que se concreta el ejercicio de la función asignada, se ubican dentro de la categoría de los actos administrativos y, en cuanto tales, están sujetos a las específicas disposiciones que regulan la materia.

Doctrinariamente se ha dicho, según tales consideraciones, que *‘el servidor de la respectiva Cámara de Comercio que suscriba el acto de inscripción en el registro único de proponentes puede incurrir en la conducta de prevaricato, bien por acción, ora por omisión’* (Uribe García, 2012, p. 71), así como otras conductas delictivas, tales como la falsedad, cuestión de interés punitivo.

Aludiendo el tema del registro único de proponentes¹¹, este será llevado por las cámaras de comercio, donde se asentará la inscripción, renovación, actualización, cancelación, cesación de efectos y la revocación del registro según corresponda, con base en situaciones especiales de cada caso (documentación, información, legalidad, capacidad financiera, etc.). Es de mencionar que cualquier persona podrá impugnar mediante nulidad el acto de inscripción¹².

Recordemos que pese a la edad de la sentencia C-166 / 95, esta sigue con plena vigencia.

De las anteriores consideraciones, se desprende con meridiana claridad, que los particulares que ejerzan funciones públicas de manera ocasional o transitoria, a partir de los postulados ya expuestos, no solo podrán ser acreedores del ius puniendi Estatal a través del Derecho Penal, sino que también responderán disciplinaria y fiscalmente.

Auxiliares de justicia

Estos funcionarios, cumplen actuaciones relacionadas con la jurisdicción Estatal, mediante funciones de vigilancia,

11 Tema regulado mediante el art. 6 de la Ley 1150 de 2007 y el art. 6.1.1.1. a 6.4.6. del Decreto 734 de 2012.

12 Así lo dice el art. 6.3.1. del Decreto 734 de 2012.

custodia, protección, entre otras, adquiriendo la calidad de empleados oficiales, aunque sea de manera transitoria, por cuanto quedan dentro de una categoría asimiladora de la función pública.

Ahora bien, los auxiliares de justicia, que entre otros son: peritos, secuestres, partidores, liquidadores, curadores ad litem, contadores, agrimensores, síndicos, intérpretes, traductores, conjuces de los tribunales y conjuces de las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, mediante el desempeño de funciones públicas, quedan a pleno alcance de efectos penales por la afectación del bien jurídico protegido de la Administración.

El artículo 47 inc. 1° del Código General del Proceso, dice:

‘Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por

el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso.’

Curadores urbanos

La legislación colombiana ha sido clara en cuanto ‘la curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción’¹³. Como se ha dicho, el cumplimiento de una función pública puede producir daños –en calidad de delitos– a la Administración Pública, surgiendo interés por parte del Derecho Penal.

Notarios y empleados de las notarías

La Constitución Política, emana mediante el artículo 113 que los notarios ejercen un servicio público, lo cual constituye una función pública, pues ‘son estos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado’¹⁴.

13 En estos términos se refiere la Ley 388 de 1997, mediante su art. 388 modificado por el art. 9 de la Ley 810 de 2003.

14 En estas palabras lo afirma la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia C-181 / 97.

Ahora bien, pese a que ni la Constitución ni el Estatuto del Notariado en Colombia¹⁵ definen si el notario o los trabajadores de las notarías son servidores públicos o son particulares en ejercicio de funciones públicas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Radicado 12.191 del 25 de abril de 2002, se ocupa del tema concluyendo que ambos tienen la misma calidad -particulares en ejercicio de funciones públicas-, así:

‘Es cierto, entonces, desde la perspectiva laboral, que el empleado notarial es un particular. Pero si se tiene en cuenta que las notarías prestan un servicio público de manera permanente (art. 131 de la C.N.), es claro que los empleados notariales son servidores públicos en los términos de la ley penal y, en consecuencia, cometen delitos funcionales, como sucedió en el caso sometido a la consideración de la Corte.’

Es manifiesto que, en la actualidad, a diferencia de lo que sucedió en alguna época lejana, el trabajo de una notaría no lo puede realizar únicamente el notario. Y se trata de una realidad que no puede ser desconocida por el derecho. Si el notario es el depositario de la función

de dar fe pública y, si por la complejidad de tareas que debe desempeñar requiere de un equipo de colaboradores, es obvio que estos ejercen una función pública y si en desarrollo de la misma cometen delitos, responden naturalmente como servidores públicos.

Jueces de paz

Los jueces de paz, son particulares que ejercen funciones públicas debido a que ejercen función jurisdiccional y administran justicia¹⁶. Así mismo lo dispone el artículo 14 de la Ley 497 de 1999¹⁷, diciendo que *‘los jueces de paz y los jueces de reconsideración son particulares que administran justicia en equidad, de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la presente ley’*.

Personas encargadas del recaudo de los dineros del Estado

Con base en el recaudo de tasas o contribuciones públicas, resultan relevantes: a. Los agentes retenedores o autorretenedores, con respecto a las sumas retenidas o autorretenidas, por concepto de retención en la fuente, b.

15 El Estatuto del Notariado es expedido por el Decreto 960 de 1970. [Presidencia de la República].

16 Así lo prescribe la Ley 270 de 1996 mediante los arts. 1 al 12, este último modificado por el art. 5 de la Ley 1285 de 2009 –por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. 22 de enero de 2009. [Congreso de la República]-.

17 Por medio de esta Ley se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento.

Los encargados de recaudar el impuesto sobre las ventas, c. Los encargados de recaudar las tasas, y d. Los encargados de recaudar contribuciones públicas.

Así las cosas, en cuanto a los agentes retenedores o autorretenedores (con respecto a las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente) y a los encargados de recaudar el impuesto sobre las ventas, concretamente nos referimos a comerciantes que han sido investidos con la posibilidad de cumplir funciones públicas¹⁸, tal y como lo ha sustentado la Corte Constitucional (sentencia C-099 de 2003), diciendo:

‘Entonces, es legítimo que la ley haya asignado a los agentes retenedores no solo una función pública específica como es la de recaudar dineros oficiales producto de las obligaciones fiscales de los co-asociados, sino también una responsabilidad penal derivada del incumplimiento de sus deberes que, para el caso, se asimilan a los de los funcionarios del Estado que manejan dineros de propiedad de la Nación. Recuérdese que, por expreso

mandato del artículo 63 del Código Penal, para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público¹⁹.’

Ahora bien, el mismo Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989, art. 800), asigna la función recaudadora que hemos venido tratando, afirmando que ‘el Gobierno Nacional podrá recaudar total o parcialmente los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e interés administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, a través de bancos y demás entidades financieras’.

Recordemos, que el Estado celebra convenios con entidades bancarias con el fin de recaudar sus dineros, lo cual genera la existencia de unas funciones públicas encomendadas a particulares. Al respecto la Corte Constitucional (sentencia C-563 de 1998), ha afirmado:

18 Esto a partir del numeral 5 del art. 95 Constitucional, que reza: La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

“(...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las Leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país (...)”

19 Este concepto también fue dictado por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1144 / 2000. (Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; 30 de agosto de 2000).

‘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.’

Como vemos, en los eventos en los cuales los particulares recaudan dineros del Estado, serán entendidos por el Derecho

Penal como particulares en ejercicio de funciones públicas.

Es de resaltar, que el Código Penal tipificó la conducta de apropiación de dineros por parte de estos funcionarios²⁰, siendo el sujeto activo de esta conducta la persona que retiene o autorretiene por concepto de retención en la fuente, la persona encargada de recaudar el impuesto sobre ventas, la persona encargada de recaudar tasas o, la persona encargada de recaudar contribuciones públicas.

Contratistas, consultores, interventores y asesores en la contratación Estatal

Al interior de la contratación estatal, tienen especial importancia estos cuatro tipos de particulares, quienes dentro de la

20 El delito al que nos referimos, es el tipificado en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, que se denomina “omisión del agente retenedor o recaudador”, que reza: El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

óptica jurídico-penal, ejercen funciones públicas, en razón a su intervención en las fases de trámite, celebración, ejecución o liquidación, partiendo de la responsabilidad de los servidores públicos dictada por el propio Estatuto General de Contratación, al indicar que ‘el servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley’²¹. Veámoslo detenidamente:

La responsabilidad penal del contratista, deviene del artículo 52 de la Ley 80 de 1993, que reza:

‘Artículo 52. De la Responsabilidad de los Contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley.’

Por su parte, la responsabilidad del consultor, del interventor y del asesor, afluye desde el artículo 53 del Estatuto General. Éste dice:

‘Artículo 53. De la Responsabilidad de los Consultores, Interventores y

Asesores. Modificado por el art. 82, Ley 1474 de 2011. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría, o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fuere imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.’

Finalmente, a través del artículo 56 de la misma Ley, se reafirma la responsabilidad punitiva de los particulares que intervienen en esta materia, pues dice:

21 Palabras textuales del artículo 51 de la Ley 80 de 1993.

‘Artículo 56. De la Responsabilidad Penal de los Particulares que Intervienen en la Contratación Estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.’

Al respecto, Uribe García (2012) sostiene que cuando la interventoría es ejercida por un servidor público en cumplimiento de sus funciones y no por un particular, no se dará aplicación a los artículos 53 y 56 del Estatuto de Contratación, sino a las normas generales del servidor público.

Ahora bien, la jurisprudencia ha dicho que habrá que analizar el objeto contractual de cada contrato, con el fin de determinar si se transfirieron o no funciones públicas al contratista, pues como es lógico, de no ser así, sería entendido por la Ley Penal como un particular y no como un servidor público²².

Por su parte, a los consultores y asesores se les debe aplicar la misma regla anterior (siempre y cuando el contrato celebrado no sea de interventoría, como lo veremos más adelante), pues solamente cuando se rebasen las funciones particulares para investirse con funciones públicas serán tenidos como tal, por lo cual, merecen a los ojos de la Ley Penal, un estudio que logre determinar la transferencia de funciones públicas.

En cuanto al interventor, la Corte Constitucional (sentencia C-037 de 2003), ha indicado que no se debe analizar la transferencia de funciones públicas, pues en todos los casos este las cumple y, por tanto, es un particular que cumple funciones públicas.

Finalmente, el supervisor en condición de particular, adquiere obligaciones mediante contrato de prestación de servicios, lo cual será expuesto en el numeral 4.10 del presente estudio.

Contratistas que reciban dineros del Estado en calidad de anticipo

El contratista que reciba dineros del Estado en calidad de anticipo²³, será

22 Al respecto, se da un estudio a profundidad mediante las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con radicados: 24.833. (Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés; 13 de marzo de 2006), 23.872. (Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla; 27 de julio de 2006), 22.683 (Magistrado Ponente; 9 de mayo de 2007), entre otras.

23 El parágrafo del art. 40 del Estatuto General de Contratación dice textualmente: en los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

tenido como particular en cumplimiento de funciones públicas, pues cuando se pacta la entrega de dineros únicamente en tal calidad, el Estado continúa siendo propietario de tales sumas pues son entregadas a título de mera tenencia y con destinación exclusiva para las obras del contrato²⁴. Diferente es que se pacte en el contrato un pago anticipado o que el dinero entregado como anticipo haga parte del valor del contrato (pues la entrega de estos dineros en dichas condiciones, pasaría a ser propiedad del contratista).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (rad. No. 22.683, de 9 de mayo de 2007), se ha referido al respecto de la siguiente manera:

‘Los dineros del anticipo se entregaban al contratista a título de mera tenencia y con destinación exclusiva para las obras del contrato, conservando la condición de fondos públicos hasta el momento de su amortización mediante la ejecución de las obras contratadas. El contratista se comprometía a utilizarlo en la instalación de campamentos, compra de materiales, transporte de equipos, pagos a los trabajadores vinculados de manera exclusiva a la ejecución de la obra objeto del contrato y reparación y compra del equipo, y para tal fin debía abrir una cuenta corriente bancaria para

ser manejada conjuntamente con la interventoría.

Hechas las anteriores precisiones legales y contractuales, la Sala encuentra acertada la adecuación típica del comportamiento desplegado por ENRIQUE GALINDO MONJE al delito de peculado por apropiación, porque como lo resaltaron los juzgadores, si bien de acuerdo con el fallo de la Corte Constitucional (Sentencia C-563 de 1998) el particular se asimila al servidor público no por su nexa con el Estado, sino por la naturaleza jurídica de la función encomendada, si se entiende la función pública como el conjunto de actividades desarrolladas por el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines, era claro que en este caso le fue atribuida al contratista una función pública inherente al Ministerio de Transporte, como órgano encargado de la infraestructura vial, que no es cosa distinta a la construcción y mantenimiento de las redes de transporte entre las que se encuentra las redes fluviales precisamente en relación con la construcción del muelle en el río Meta que fuera contratado.

24 Esto significa que los dineros entregados continuarán con la calidad de fondos públicos hasta el momento de su amortización, mediante la ejecución de las obras contratadas.

Consecuentemente, si la función inherente al Ministerio de Transporte (antes llamado Ministerio de Obras Públicas y Transporte) es la de fijar la política, planes y programas en materia de transporte, pero principalmente, construir y conservar la infraestructura vial, no queda duda alguna que en este caso el contratista adquirió las facultades propias del poder público y por ello estaba sujeto a la responsabilidad predicada para los servidores públicos.

Con acierto en el fallo se concluyó que: "...la labor del contratista no se tradujo y se agotó con la simple ejecución material de la prestación sino en el desarrollo de cometidos Estatales. Es decir que la responsabilidad que se predica en contra del procesado no se deriva simplemente de la calidad de contratista sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público cual era la construcción de vías de transporte por una de las entidades del Estado encargada legalmente de esa labor, esto es el Ministerio de Transporte'

[...] Es cierto que en el abuso de confianza la acción de apropiación recae sobre bienes que han entrado a la órbita de tenencia del sujeto por un título precario o no traslativo de dominio, ello implica en consecuencia, la necesaria

entrega de la cosa mueble por parte del titular al agente, saliendo así el bien de manera voluntaria de su esfera de custodia y vigilancia, sin embargo, no se debe desatender que, como ya se anotó, la clase de labor desempeñada ubica al contratista como particular que cumplía transitoriamente funciones públicas, además, la entrega de esos dineros encaminados a cumplir el plan previsto para el anticipo, no los hacía perder su carácter de dineros públicos, pues lo conservaban hasta el momento de su amortización mediante la ejecución de las obras contratadas."

Por otro lado, la nombrada sentencia C-037 de 2003 dice que los anticipos son recursos públicos, los cuales tienen vigilancia del interventor con el fin de asegurar un adecuado manejo. Por lo tanto, el contratista no es un mero tenedor de tales dineros, sino un administrador.

Finalmente, como es común, en ocasiones los dineros del anticipo no son entregados directamente al contratista, sino son depositados en una cuenta bancaria a nombre del contrato o se constituye una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de tales sumas. Ante ello, Uribe García (2012) sostiene que dada una apropiación o mal uso de los dineros por parte de quienes los administran (representantes legales de las entidades bancarias o fiduciarias),

la responsabilidad penal es netamente particular, surgiendo el delito de Abuso de confianza calificado.

Contrato de prestación de servicios

Hoy en día, la mayoría de los vínculos con la Administración Pública se surten a través del Contrato de Prestación de Servicios, que es una anacrónica forma de no pagar prestaciones sociales a los trabajadores y que encontramos en el artículo 32, numeral 3 del Estatuto General de Contratación, donde se definen como:

‘3. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.’

Así pues, sea o no una manera de disfrazar una relación laboral, sigue siendo un Contrato Estatal, donde la persona que contrata es tenida como contratista.

Entonces, el surgimiento de efectos penales bajo una determinada conducta, se hará mediante el análisis del contrato, de donde se discernirá si se cumplía o no una función pública, y dependiendo de ello, una consecuente responsabilidad penal²⁵. Claro está, que no todas las personas vinculadas a la administración mediante contrato de prestación de servicios son particulares que ejercen funciones públicas, y por lo tanto es necesario un estudio al respecto que pueda concluir si fueron transferidas funciones públicas.

Miembros de tribunales de ética profesional

Bien se sabe que la responsabilidad ética profesional es una especie dentro del género de la responsabilidad jurídica, que surge por la inobservancia en el ejercicio profesional del decoro, ética y lealtad que debe predominar en toda profesión.

Los tribunales de ética profesional, son los encargados de imponer sanciones. Dentro de su estructura

25 Véase al respecto, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con radicado 27.477 (Magistrado Ponente Augusto Ibáñez Guzmán; 6 de marzo de 2008) y 30.720 (Magistrado Ponente María del Rosario González de Lemus; 30 de octubre de 2008).

conformada bajo prescripción legal, existen miembros con calidad de servidores públicos, miembros en calidad de particulares en ejercicio de funciones públicas y otros con la neta calidad de particulares.

Dado el contenido del presente capítulo, los siguientes son ejemplos de tribunales de ética, cuyos miembros son particulares que cumplen funciones públicas:

La Ley 23 de 1981²⁶ que dicta normas en materia ética médica, dice en su artículo 73 *‘los tribunales ético-profesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes, por el solo hecho de serlo, no adquiere el carácter de funcionarios públicos’.*

La Ley 35 de 1989²⁷, que regula la profesión de odontólogo, dispone a través de su artículo 69, que *‘los tribunales ético profesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confieren mediante la presente Ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes, por el solo hecho de serlo, no adquieren el carácter de funcionarios públicos’.*

Así pues, surge de nuevo la necesidad de analizar si las funciones encomendadas daban lugar al desempeño de funciones

públicas, con el fin de establecer una responsabilidad penal.

CONCLUSIONES

De un estudio inspirado en la condición jurídica del particular que ejerce funciones públicas y su inminente responsabilidad penal en razón al deber funcional adquirido por asimilación, se logró el fin último de esta investigación, que no es otro que esquematizar los casos en los cuales un particular adquiere la condición jurídica de servidor público. Por ello, y en suma de las conclusiones anotadas en cada sección de este estudio, se pueden realizar algunas precisiones.

- 1) La Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio (artículo 123 Superior).
- 2) Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley (artículo 210 Superior).
- 3) La Ley es la encargada de regular el régimen aplicable a los particulares, que desempeñen temporalmente funciones públicas.

26 Por la cual se dictan normas en materia ética médica. 18 de febrero de 1981. [Congreso de la República].

27 Sobre ética del odontólogo colombiano. 8 de marzo de 1989. [Congreso de la República].

- 4) El ejercicio de funciones administrativas por particulares, debe estar precedido por acto administrativo (artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998).
- 5) El ejercicio de funciones públicas por particulares, debe estar precedido por ley expresa, cuya regulación será específica para cada caso.

Para finalizar, queda un amplio margen de error que obliga al estudioso dedicado a esta lectura, a realizar la tan anhelada crítica y por su parte, a continuar con la extensión de lo que termina siendo solo una roca de la gran muralla que un día debe permear las bases infestadas de corrupción de nuestro Estado.

REFERENCIAS

Código Penal. Ley 599 de 2000. Publicada en el Diario Oficial No.44.097, de 24 de julio de 2000.

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional N° 127. Octubre 10 de 1991.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-299 de 1994. (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; 30 de junio de 1994).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-563 / 1998. (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; 7 de octubre de 1998).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-166 de 95. (Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara; 20 de abril de 1995).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-181 de 97. (Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz; 10 de abril de 1997).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-222 de 1999. (Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo; 14 de abril de 1999).

Corte Constitucional, Sala plena. Sentencia C-866 de 1999. (Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; 3 de noviembre de 1999).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1144 / 2000. (Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; 30 de agosto de 2000).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-181 de 2002. (Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra; 12 de marzo de 2002).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-099 de 2003. (Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería; 23 de enero de 2003).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-037 de 2003. (Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis; 28 de enero de 2003).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-910 de 2007. (Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra; 31 de octubre de 2007).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 12.191 (Magistrado Ponente Carlos Eduardo Mejía Escobar; 25 de abril de 2002).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. N°. 22.683. (Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca; 9 de mayo de 2007).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. No. 27.477 (Magistrado Ponente Augusto Ibáñez Guzmán; 6 de marzo de 2008).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. No. 30.720 (Magistrada Ponente María del Rosario Gonzáles de Lemus; 30 de octubre de 2008).

Decreto 1950 de 1973. (Septiembre 24). “Por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Septiembre 24 de 1973 [Presidencia de la República].

Decreto 624 de 1989. (Marzo 30). “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”. Marzo 30 de 1989. [Presidencia de la República].

Decreto 734 de 2012. (Abril 13). “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”. Abril 13 de 2012 [Presidencia de la República].

Decreto Ley 3135 de 1968. (Diciembre 26). “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”. Diciembre 26 de 1968 [Presidencia de la República].

Ley 23 de 1981. (Febrero 18). “Por la cual se dictan normas en materia ética médica”. Publicada en el Diario Oficial No. 35.771, de 18 de febrero de 1981.

Ley 35 de 1989. (Marzo 8). “Sobre ética del odontólogo colombiano”. Publicada en el Diario Oficial No. 38.773, de 8 de marzo de 1989.

Ley 80 de 1993. (Octubre 29). “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Publicada en el Diario Oficial No. 41.094, de 29 de octubre de 1993.

Ley 270 de 1996. (Enero 22). “Estatutaria de la administración de justicia”. Publicada en el Diario Oficial No. 42.745, de 22 de enero de 1996.

Ley 388 de 1997. (Julio 18). “Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial No. 43.091, de 18 de julio de 1997.

Ley 497 de 1999. (Febrero 10). “Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento”. Publicada en el Diario Oficial No. 43.4999, de 10 de febrero de 1999.

Ley 1474 de 2011. (Julio 12). “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Publicada en el Diario Oficial No. 48.128, de 12 de julio de 2011.

Ley 1564 de 2012. (Julio 12). “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial No. 48.489, de julio 12 de 2012.

Uribe García, Saúl (2012). *Delitos Contra la Administración Pública*. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana. 1^a. Ed.