**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO**

**LA DELEGACIÓN EN LA CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA Y SU TRASCENDENCIA EN LA
ESTRUCTURACIÓN DE DELITOS DE OMISIÓN
IMPROPIA**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAGÍSTER
EN DERECHO PENAL**

**Presenta:
JUAN JOSÉ VELÁSQUEZ FLÓREZ**

**Director:
Dr. JAIME SANDOVAL MESA**

Mayo de 2016

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN

2. LA CORRUPCIÓN Y LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Mérida, 2003.

2.2. Convención Interamericana contra la Corrupción

2.3. Convención para prevenir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE

3. LA DELEGACIÓN

3.1. Nociones preliminares sobre la Delegación

3.2. Lineamientos generales de la Delegación en el Derecho administrativo colombiano.

3.3. La Delegación en la Ley 678 de 2001 referente a la Acción de Repetición

3.4. Concepto y alcances de la Delegación en materia contractual a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993

3.5. Concepto y alcances de la Delegación en la Ley 1150 de 2007.

4. DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

4.1. Aspectos Generales sobre la Omisión

4.2. Comisión por Omisión

4.2.1. Comisión por Omisión en el Código Penal de 1980.

4.2.2. Comisión por Omisión en el Código Penal de 2000.

4.3. Posición de Garante.

4.3.1. Posición de Garante en el Código Penal de 1980.

4.3.2. Posición de Garante en el Código Penal de 2000.

4.4. Jurisprudencia Constitucional sobre la Comisión por Omisión y la Posición de Garante.

4.5. Jurisprudencia Penal sobre la Comisión por Omisión y la Posición de Garante.

5. DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

5.1. Interés Indebido en la Celebración de Contratos.

5.2. Contratos sin Cumplimiento de Requisitos Legales.

5.3. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades

6. REQUISITOS PARA IMPUTAR UN TIPO PENAL A TÍTULO DE COMISIÓN POR OMISIÓN

7. PECULADO, PREVARICATO Y OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA

8. CONCLUSIONES

9. BIBLIOGRAFÍA

LA DELEGACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y SU TRASCENDENCIA EN LA ESTRUCTURACIÓN DE DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

1. INTRODUCCIÓN

Pese a que la Constitución Política pareciera cerrar cualquier posibilidad de responsabilizar al delegante por los actos perpetrados por el delegatario al preceptuar en su artículo 211 que dicha figura jurídica lo exime de responsabilidad, hoy día el panorama no es en absoluto diáfano en lo que atañe a la contratación administrativa particularmente después de la expedición de la Ley 1150 de 2007.

En efecto, el artículo 21 de la referida Ley 1150 adicionó un inciso al artículo 12 de la Ley 80 de 1993 por medio del cual se dispone que “en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”.

No fueron pocos los que al otear esa evidente contradicción entre el texto de la legislación de 2007 y la Carta Política se aventuraran no solo a proponer demandas ante nuestro máximo Tribunal en temas constitucionales sino, además, a prever que los días del inciso reseñado estaban claramente contados.

Empero, la Corte Constitucional promediando la anualidad de 2008 profirió sentencia de exequibilidad numerada 693 en la que se dejó incólume el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 señalando sí que dicha decisión opera “en el entendido según el cual el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones”.

Y lo que en principio pudiera parecer una obviedad toda vez que subraya lo relativo a la imputación subjetiva necesaria para estructurar cualquier infracción penal, al ser analizado con detenimiento el fallo bien pudo ser el punto de partida para pregonar que en los delitos relacionados con la contratación administrativa se puede predicar la total aplicación de la omisión impropia o como algunos la conocen, la comisión por omisión, pese a haberse delegado las potestades contractuales.

Si bien algunos predicán la postura de que conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 las situaciones constitutivas de posiciones de garantía son taxativas y no enunciativas amén que están limitadas a las conductas punibles delictuales que atentán contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales, el tema no es ni mucho menos pacífico.

En efecto, en el inciso segundo del reseñado artículo 25 del Estatuto de las Penas se consagra una fórmula que para la mayoría va más allá de la enunciación de las posiciones de garantía reseñadas en los incisos subsiguientes de la norma en cita.

Cuando el legislador advierte que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado y no lo llevare a cabo siempre y cuando el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una

determinada fuente de riesgo conforme a la Constitución o a la ley abre un amplio marco de imputación que si bien pareciera cerrarse con lo igualmente reglado en líneas posteriores, merece un análisis detenido que resulta de trascendental importancia en asuntos de gran relevancia político-criminal como son los delitos contra la administración pública.

De otro lado, los gobiernos de turno y sus parlamentos coetáneos han mostrado gran preocupación por los altos índices de corrupción en nuestro país y por ello han expedido normas que han pretendido ser el bastión principal en la lucha contra este flagelo. Aunque la efectividad de dichos esfuerzos ha sido bastante discutible, lo cierto es que en esos estatutos lo relativo a la contratación administrativa ha tenido capital relevancia.

Así, si se aceptara pacíficamente que es válido imputar responsabilidad penal en la modalidad de omisión impropia respecto de los punibles de Celebración Indebida de Contratos pese a haberse delegado las potestades contractuales algunos aseverarían que se daría un gran paso en pos de combatir la corrupción.

Contrario sensu, otros creerían que allende la efectividad de tal figura, lo cual además resulta discutible, se pondrían en riesgo apogemas de gran relevancia como el principio de legalidad y de tipicidad.

Por estas breves motivaciones es que el presente trabajo se propone, utilizando para ello un método dogmático jurídico y de análisis jurisprudencial, analizar la problemática en cita y su concordancia con los principios tanto legales como constitucionales que limitan el ius puniendi del Estado, a fin de confirmar o infirmar el alcance penal de dicha delegación contractual, formulando una pregunta que deberá resolverse a lo largo del estudio, *¿La concepción de la delegación acuñada por el legislador en la ley 1150 de 2007 permite estructurar*

delitos de omisión impropia en lo que a la contratación administrativa se refiere?

Es claro entonces que con esta investigación se aborda un tema que no resulta en absoluto pacífico y por ende busca contribuir en algo al estudio sobre un aspecto que puede resultar medular para combatir la corrupción en la administración pública.

2. LA CORRUPCIÓN Y LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Sin pretender agotar un tema tan complejo y de tanta actualidad, es preciso realizar un vistazo somero al significado de éste tan sonado vocablo. Corrupción proviene etimológicamente del latín y significa literalmente "echar a perder"¹. Luego todo lo que es susceptible de echarse a perder es corruptible y toda acción que de un modo u otro echa a perder es corrupción. Así se habla tanto de un cuerpo corruptible porque está destinado a echarse a perder como de corrupción de menores, por ejemplo, por el daño quizás irreparable que se produce en una persona inocente, incorrupta, impidiéndole crecer sanamente.

La Corrupción proviene de factores económicos, institucionales, políticos, sociales e históricos y tiene manifestaciones muy diversas de manera privada, pública y social², razón por la cual se ha estudiado este fenómeno desde la sociología, la psicología, la criminología, la ética y el derecho, lo cual sin dudas ha entorpecido la elaboración de un

¹ En concreto, emana del vocablo "corruptio", que se encuentra conformado por los siguientes elementos: el prefijo "con-", que es sinónimo de "junto"; el verbo "rumpere", que puede traducirse como "hacer pedazos"; y finalmente el sufijo "-tio", que es equivalente a "acción y efecto". Corrupción es la acción y efecto de corromper (depravar, echar a perder, sobornar a alguien, pervertir, dañar). El concepto, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española (RAE), se utiliza para nombrar al vicio o abuso en un escrito o en las cosas no materiales.

² Cfr. EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS. La Corrupción de Agente Público Extranjero e Internacional. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, página 21

concepto unitario de corrupción.

A pesar de la dificultad reseñada, la doctrina ha realizado grandes esfuerzos para delimitar este fenómeno a través de la elaboración de definiciones que pueden clasificarse en tres grupos, de acuerdo con el aspecto de la corrupción en el cual se ponga énfasis³, siendo minoritarias las posturas que elaboran conceptos basados en el comportamiento o en la violación de un deber posicional.

Mayoritariamente se considera que la corrupción implica el quebrantamiento del interés público en aras de satisfacer el interés personal, posición sostenida por TARKOWSKI⁴, CUGAT MAURY⁵, BUSTOS GISBERT⁶, FRIEDRICH⁷, RODRÍGUEZ GARCÍA⁸, VALEIJE ÁLVAREZ⁹, CONTRERAS ALFARO¹⁰, RODRÍGUEZ COLLAO, GRONDONA¹¹, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN¹² Y OSSANDÓN WIDOW¹³.

³ Cfr. CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA. *Corrupción y Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, página 27

⁴ JOHNSTON, M. "The Definitions Debate: Old Conflicts in New Guises", en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 27

⁵ CUGAT MAURI, M. "La Desviación del Interés General y el Tráfico de Influencias. Barcelona, Cedecs, 1997, página 48, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

⁶ BUSTOS GISBERT, R. "La Recuperación de la Responsabilidad Política en la Lucha contra la Corrupción de los Gobernantes: Una Tarea Pendiente", en FABIÁN CAPARRÓS, E. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. "La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar". Salamanca, Ratio Legis, 2004, página 244, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

⁷ FRIEDRICH, C.J. "Corruption Concepts in Historical Perspective", en HEIDENHEIMER, A. J, JOHNSTON, M y LEVINE, V. T. "Political Corruption: A Handbook, Transaction Publishers. New Jersey, 1997, página 18, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. "La Necesaria Flexibilización del Concepto de Soberanía en pro del Control Judicial de la Corrupción" en en FABIÁN CAPARRÓS, E. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. "La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar". Salamanca, Ratio Legis, 2004, página 244, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, I. "Visión General sobre la Resoluciones e Iniciativas Internacionales en Materia de Corrupción" en Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, num. 7, 2003, página 785, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

¹⁰ CONTRERAS ALFARO, L. H. "Corrupción y Principio de Oportunidad: Alternativas en Materia de Prevención y Castigo a la Respuesta Penal Tradicional". Salamanca, Ratio Legis, 2005, página 150, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

¹¹ GRONDONA, M. "El Tercer Desafío" en AA.VV.: *La Corrupción*. Buenos Aires. Planeta, 1993, página 18, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

¹² DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. "Sobre la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" en CASAGNE, J. C. y RIVERO YSERN, E. "La Contratación Pública" T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, página 156, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

En lo que respecta a la cuestión ética, la corrupción es ante todo una patología moral. Y en tanto patología involucra también una siquis en cierto modo confundida, alterada quizás enferma. Platón se preguntaba "¿En qué respecto o conforme a qué cálculo diremos que es provechoso el cometer injusticia o el obrar con intemperancia o el hacer algo ignominioso si por resultado de todo ello se es más perverso, aunque por otra parte se consigan riquezas o se alcance otra clase de poder?". Si tuviera que preguntar a mi padre qué es una vida feliz, dice, me contestaría incitándome a que viviese lo más justamente posible pero ¿qué clase de hombres son más felices: los que llevan una vida más justa o los que llevan una vida más placentera?. Parece ser que no tenemos claro qué sea lo más conveniente o provechoso ni tampoco qué bien pueda encontrarse en la vida justa que sea superior al placer.

Dice Aristóteles que es claro que todos tendemos a la felicidad, que aparece como algo perfecto y suficiente ya que es el fin de los actos. Pero sin embargo, prosigue, no es tan claro qué sea la felicidad. Obrar conforme a la propia naturaleza parece ser el camino más corto y más efectivo para lograr una vida feliz, y siendo el hombre de naturaleza racional le corresponde un obrar conforme a la razón, que, por la prudencia, elige el término medio conveniente para la acción, y esto es la virtud. Pero el hombre es también un ser social y quien no puede vivir en sociedad o es un bestia o es un dios, dice el Filósofo. Tal el corrupto que creyéndose un dios en es realidad una bestia. Su pobreza consiste, como apunta Séneca, no en tener poco sino en querer tener cada vez más.

En cuanto ser social el hombre vive agrupado en sociedades más o menos perfectas a las que los griegos llamaron "polis". Es difícil por no

¹³ RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, "Delitos contra la Administración Pública: El Derecho Penal frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, página 89, en CASTRO CUENCA, op. Cit., página 28

decir imposible, concebir a un hombre solo y aislado, el hombre es en esencia un hombre político, un ser social organizado. Pero el sustrato que le permite esta organización está en su naturaleza humana que no está cerrada sobre sí misma sino que es apertura a los otros. Por eso para Aristóteles la elección de la vida en comunidad implica amistad. Siendo el hombre un animal político por naturaleza, afirma Santo Tomás, la convivencia social y la organización política es una necesidad natural y al mismo tiempo una condición para vivir bien, colaborando con la realización del fin propio del hombre.

Siendo una cuestión ética el tema de la corrupción nos enfrenta con la necesidad de definir cuál es el fin último del hombre y de la vida social. Porque éste último debe subordinarse necesariamente al primero si quiere ser coherente con aquél. Es decir: el fin de la comunidad política debe colaborar a la realización del fin último del hombre. La identidad ética y la identidad política no son sino distintas manifestaciones de la identidad humana y ésta es la que debe estar siempre presente cuando caigan aquellas. En una sociedad que aspire a ser verdaderamente desarrollada no puede existir una brecha insalvable entre la solidaridad y las iniciativas individuales, entre la ética permanente y el ejercicio de la ciudadanía o la práctica política cotidiana, entre el yo y el nosotros.

Para Aristóteles el fin de la comunidad política no es la convivencia, pues se da de hecho, sino las buenas acciones. Pero las acciones implican una elección entre valores. Y esta elección dependerá de la propia actitud respecto del fin último. Es pues un circuito que se cierra en la decisión personal de resistir al mal para no ser cómplices y responsables de que el mal prevalezca. Por eso la acción política en tanto acción no puede dejar de servir a una causa coherente, de tener una finalidad causativa que está más allá de la inmediatez de la acción.¹⁴

¹⁴ Cfr. JULIO DE ZAN. La Ética, los Derechos y la Justicia, Montevideo, Mastergraf, 2004, página 199

La elección entre valores debe ser libre si quiere ser responsable. Por eso para los griegos sólo hay política donde hay libertad y se es libre si se actúa en primera persona. Entonces queda clara la sentencia de Rousseau cuando afirma que la corrupción es el mal uso de la libertad que no mira el bien general sino el particular. Afirmar que no puede haber formas de gobierno corruptas sino que la corrupción será parte o no de una forma de gobierno parece ser lo correcto. Lo anterior se confirma al volver a los griegos para quienes cuando uno solo o la minoría o la mayoría gobierna con las miras puestas en el interés común esos regímenes serán necesariamente rectos y aquellos que gobiernan por el interés particular o del uno o de los pocos o de la masa serán desviaciones, pues el origen de la corrupción está en las pasiones, fundamentalmente cuando se prioriza el interés egoísta por encima del bien común.

Lo ideal no es que sólo algunos los que intervienen sino que cada uno de los habitantes de una organización social sea responsable de su construcción. Porque aunque unos pocos sean los que están en condiciones de proyectar o de llevar a cabo acciones generales tendientes al mejoramiento de la vida política, sin embargo, todos estamos capacitados para juzgar esas acciones. Porque cada uno juzga acertadamente de aquello que conoce y el elegir es cosa de entendidos, pero no sólo entienden los que saben sino también los que usan.

En los regímenes democráticos el voto es el medio por el cual los ciudadanos expresan estar de acuerdo o no con las acciones realizadas o sugeridas por quienes se postulan a los cargos públicos. Los cargos públicos, son honores y por tanto hay que honrarlos mediante una conducta digna y fundamentalmente mediante el adecuado conocimiento que guíe la acción, fin último del quehacer política. Consideramos corrupto a quien es descubierto mediante una filmación recibiendo un soborno o lo que el derecho penal denomina cohecho. He

aquí un caso de corrupción. Pero también es corrupto aquel que ocupa un cargo público sin la menor intención de perfeccionarse en su arte o en gobernar y administrar con justicia y sin mayor ambición que el dinero, el poder o el prestigio, aunque más no sea siendo tan honesto que no haga ningún mal pero tampoco ningún bien. Pues destruye la confianza que depositaron en él quienes lo eligieron al votarlo.

No es el resultado colectivo de los muchos egoísmos el que produce el bien común. La comunidad no la forman los sobrevivientes de la lucha por el poder. La creciente y absorbente primacía del yo que transforma todo lo otro en yo es la tiranía más sutil y la que más nos somete sin notarlo. La corrupción llega a convertirse –y eso infortunadamente lo vemos en un diario vivir- en un hábito social casi involuntario, en un devenir en el que todos estamos implicados sin poder detenerlo, en el resultado de una voluntad social débil y enferma, ciega a la virtud y fundamentalmente cobarde. Porque para ser incorruptible no sólo hay que ser honesto sino que además hay que ser muy valiente.

Quien se ocupa de política entonces debe tener conciencia de las paradojas éticas que se producen cuando el logro de fines aparentemente buenos va acompañado del uso de medios sospechosos o cuando menos peligrosos, con consecuencias perniciosas. Debe saber distinguir para decidir, si quiere hacer buen uso de su libertad en beneficio de todos.

En la teoría contractualista de Locke se hace necesaria una autoridad política que procure el cumplimiento de la ley natural evitando abusos y desviaciones. En este orden Karl Popper afirma que necesitamos del Estado para evitar el abuso de la libertad pero que necesitamos la libertad para evitar el abuso del Estado¹⁵. Un Estado que asegure por las leyes que la libertad de cada uno pueda existir juntamente con la

¹⁵ Cfr. KARL RAIMUND POPPER. En Busca de un Mundo Mejor. Barcelona. Paidós, 1994, páginas 98 a 102

del otro. Lo que el liberalismo define negativamente como el derecho de cada uno de no verse impedido en el desarrollo de su actividad ni por los otros individuos ni por el mismo Estado, dentro de los derechos civiles.

Sin embargo nos preguntamos qué pasa cuando subsiste un ideal político transparente conjuntamente con una corrupción cada vez más generalizada.

Cuando Sócrates es condenado a muerte y ante la insistencia de sus discípulos para que huyera responde: "Si, cuando nos hallemos en trance de huir de aquí se presentasen a nosotros las leyes de la ciudad y nos preguntasen: 'Sócrates, ¿qué intentas hacer?. ¿Crees que puede subsistir una ciudad en la que las sentencias no tienen ningún vigor y pueden los particulares quitarles toda fuerza y destruirlas?'. ¿Qué les contestaríamos?". "¿Y si las leyes fueran injustas?", preguntaron sus discípulos, a lo que Sócrates contesta "¿No podrían ellas mismas decirnos 'no habíamos quedado en que las sentencias de la ciudad había que aceptarlas?'"

No es verdad que todo el requerimiento ético de un sistema de libertades se agota en la libérrima manifestación electoral o en la posibilidad de repudiar públicamente a los corruptos o a los que despilfarran lo que es de todos. Eso solo no es democracia. Una sociedad democrática necesita, depende, de una conducta ética cargada de valores que nos hagan crecer no sólo como comunidad sino como personas. Las virtudes de la ciudad tienen la misma eficacia, dice Aristóteles, y la misma forma que hacen que un hombre pueda ser llamado virtuoso. Porque por más que tengamos un régimen de derecho que preserve a la sociedad de la tiranía, la oligarquía o del despotismo hay cosas que el derecho no puede porque deben nacer de los valores vividos en la vida emotiva de la gente, es decir, deben ser parte del

ethos, del modo de ser de la comunidad¹⁶. Pero la falta de mártires civiles, como Sócrates, y como tantos otros, quita fuerza a la conquista de ese ethos.

En busca entonces de ese ethos, advertir que la corrupción administrativa es uno de los más graves problemas que afronta nuestro país entendida como una verdadera patología moral pareciera una verdad de Perogrullo y por ello no son pocos los esfuerzos emprendidos en distintos frentes para enfrentar este flagelo y como siempre, se acude –equivocadamente por demás– al derecho penal como la ‘gran herramienta’ que posibilite combatir a este fenómeno.

Transparencia internacional en un esfuerzo loable por sistematizar el estudio del fenómeno de la corrupción la ha definido como el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados, los cuales no necesariamente se limitan a beneficios personales para quien hace mal uso del poder, sino que puede incluir a miembros de su familia o de su círculo íntimo.

El índice de percepción de la corrupción que publica cada año transparencia internacional califica a más de ciento veinte países a través del agregado de los resultados de diversas encuestas de organizaciones como el Banco Mundial o el Foro Económico Mundial.

Países como Somalia, Corea del Norte y Myanmar son los que presentan un nivel muy alto de percepción de corrupción; a su turno, Nueva Zelanda, Dinamarca y Finlandia son algunos de los países mejor calificados por sus bajos índices de percepción de corrupción.

Reconocido entonces como un flagelo que afecta gravemente el erario de países particularmente en vías de desarrollo, estados y empresarios han

¹⁶ Cfr. Navarro Cordón, Juan Manuel y Pardo, José Luis. Historia de la Filosofía, Madrid, Anaya, 2009

firmado compromisos para fomentar su corresponsabilidad en la lucha contra la corrupción. Entre otros, el décimo principio del Pacto Mundial, los indicadores sociales sobre soborno, corrupción, desempeño ético y contribuciones políticas del Global Report Initiative, las reglas de conducta para combatir la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales de la Cámara de Comercio Internacional, el quinto criterio de lucha contra el soborno y la corrupción del índice FTSE 4 Good, y la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE.

También existen convenciones internacionales que formalizan estos compromisos:

Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción: incluye una serie de artículos sobre el sector privado e involucra la tipificación de delitos como el soborno entre privados.

Convención Interamericana Contra la Corrupción de la OEA: aunque está más enfocada a la corrupción relacionada con la función pública, incluyó algunos temas sobre las relaciones corruptas entre sector público y privado y asuntos relacionados con auditoría y contabilidad que pueden involucrar al sector empresarial.

Convención para prevenir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE: busca regular el soborno transnacional que involucra la responsabilidad de las personas jurídicas frente al soborno de un funcionario público extranjero.

Dichas convenciones anticorrupción facilitan la cooperación internacional en la aplicación de la ley, pues exigen a los países que penalicen la corrupción; armonizan los marcos legales e institucionales

para la aplicación de la ley y establecen mecanismos de colaboración. También ayudan a establecer estándares comunes para las instituciones domésticas; y políticas, procesos y prácticas que apoyen las iniciativas anticorrupción en el ámbito nacional.

2.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Mérida, 2003.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción llevada a cabo en Mérida, México, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.

A su turno, la Ley 970 de julio 13 de 2005 aprobó la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El artículo 9° de la Convención de Mérida señala medidas puntuales que los estados parte deben tomar en pro de combatir la corrupción en lo relativo a la Contratación Administrativa con criterios objetivos para la adopción de decisiones y eficaces para prevenir dicha corrupción que contemplen difusión pública pertinente y oportuna sobre la adjudicación de contratos.

Se propende además porque los oferentes cuenten con tiempo suficiente para preparar y presentar ofertas, dentro de procesos con unas condiciones fijadas previamente y conocidas por todos los interesados.

Se prohija asimismo mecanismos eficaces que respeten el debido proceso en lo que atañe a los exámenes y calificaciones de las ofertas y, además, se sugiere la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública en particular sobre las declaraciones de interés en las contrataciones.

No es difícil colegir que de la convención en cita es poco lo que se puede abreviar en pos de absolver la pregunta formulada en el presente trabajo, empero, es claro que el fenómeno de la corrupción constituye una preocupación universal y el deber de adoptar medidas efectivas en este aspecto y particularmente en lo que atañe a la contratación pública es predicable al Estado Colombiano que, conteste con ese mandato, ha expedido severos estatutos anticorrupción en aras de combatir ese flagelo universal.

2.2. Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en Caracas, Venezuela, en marzo de 1996, se constituyó en el primer instrumento jurídico internacional en este campo que reconoce la trascendencia supranacional de la corrupción y la necesidad de promover y facilitar la cooperación entre los Estados para combatirla.

La Convención establece un conjunto de medidas preventivas; prevé la tipificación como delitos de determinados actos de corrupción, incluyendo el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito; y contiene una serie de disposiciones para fortalecer la cooperación entre sus Estados Parte en áreas tales como asistencia jurídica recíproca y cooperación técnica, extradición e identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de actos de corrupción, entre otras.

Se implementó el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) como un mecanismo de carácter intergubernamental establecido en el marco de la OEA para apoyar a los Estados que son parte del mismo en la implementación de las disposiciones de la Convención, mediante un

proceso de evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, en donde se formulan recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o se requieran mayores avances.

El MESICIC desarrolla, entre otras actividades, un proceso de evaluación recíproca entre los Estados que lo integran, en el marco de “rondas” sucesivas en las cuales se analiza como los Estados están implementando las disposiciones de la Convención seleccionadas para cada ronda. Para estos efectos, se adoptan informes nacionales en los que se formulan a cada Estado recomendaciones concretas para que llenen los vacíos normativos detectados; subsanen las inadecuaciones encontradas; y cuenten con indicadores que permitan determinar objetivamente los resultados obtenidos con relación a la implementación de tales disposiciones. Las organizaciones de la sociedad civil participan en este proceso proveyendo información a la par de la suministrada por los respectivos Estados.

La Convención es aplicable a varios actos de corrupción dentro de los cuales queremos destacar, por su relación con la contratación administrativa, el recibir directa o indirectamente dádivas o beneficios a cambio de cualquier acto en el ejercicio de las funciones públicas; el ofrecimiento o entrega de las referidas dádivas y, la realización u omisión de cualquier acto propio del ejercicio de las funciones desempeñadas.

En puridad tales observaciones se corresponden con delitos como el cohecho propio, impropio y por dar y ofrecer así como con el prevaricato activo u omisivo, infracciones éstas presentes en nuestros códigos penales desde hace ya bastante tiempo atrás.

Si bien no se hace referencia explícita a la contratación y sin perjuicio de otras conductas punibles que también se pueden estructurar, es claro que estos procedimientos pueden ser objeto de reproche penal en el

marco de un interés ilícito en la celebración de contratos y/o concretarse a través de la celebración de contratos sin requisitos legales.

2.3. Convención para prevenir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE

Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes.

En la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997 se prevé que cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.

Esta Convención aborda un tema que en la jurisprudencia de algunos países se denomina —corrupción activa- o —cohecho activo-; eso significa que el delito es cometido por la persona que promete o da el

soborno¹⁷; a diferencia del —cohecho pasivo, en que el delito es cometido por el servidor que recibe el soborno. La Convención no utiliza el término —cohecho activo— simplemente para evitar que sea mal interpretado por el lector inexperto en temas técnicos; ya que implicaría que quien comete el cohecho toma la iniciativa y que quien lo recibe es una víctima pasiva. De hecho, en varias situaciones, quien recibe el cohecho habrá inducido o presionado a quien lo comete y, en ese sentido, habrá sido el más activo. Esta Convención busca garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las Partes para sancionar el cohecho de servidores públicos extranjeros, sin exigir uniformidad ni cambios en los principios fundamentales del régimen jurídico de una Parte.

A guisa de recomendación la OCDE formula lo siguiente en materia de contratación:

Que las leyes y los reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender —en un grado adecuado— de los concursos por contratos públicos o ventajas públicas de otro tipo, incluidos los contratos de adquisiciones públicas y los contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros contraviniendo las leyes nacionales de ese país miembro y; en la medida en que un miembro aplique sanciones en materia de adquisiciones a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos nacionales, que esas sanciones se apliquen por igual en el caso de cohecho de servidores públicos extranjeros¹⁸;

¹⁷ Artículo primero, numeral 1 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997

¹⁸ Recomendación i del numeral XI relativas a las Ventajas públicas, incluidas las adquisiciones públicas del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales Adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009. Los sistemas de los países miembros para aplicar sanciones por el cohecho de servidores nacionales difieren en cuanto a si la determinación del cohecho se basa en una condena penal, la consignación o en un procedimiento administrativo; pero en todos los casos se fundamenta en pruebas sustanciales

De acuerdo con la Recomendación del Consejo de 1996 del Comité de Ayuda para el Desarrollo sobre Propuestas Anticorrupción para las Adquisiciones con Ayuda Bilateral, los países miembros deben exigir medidas contra la corrupción en las adquisiciones financiadas con ayuda bilateral, promover la aplicación adecuada de disposiciones contra la corrupción en las instituciones de desarrollo internacional y trabajar en estrecha colaboración con las naciones asociadas en materia de desarrollo para combatir la corrupción en todos los trabajos de cooperación para el desarrollo.¹⁹

Los países miembros deben apoyar los esfuerzos del Comité de Gobernanza Pública de la OCDE para aplicar los principios contenidos en la Recomendación del Consejo de 2008 sobre Aumentar la Integridad en las Adquisiciones Públicas, así como trabajar en la transparencia de las adquisiciones públicas en otros organismos gubernamentales internacionales como las Naciones Unidas, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Unión Europea; además, se les exhorta a adherirse a las normas internacionales pertinentes como el Acuerdo de la OMC sobre Adquisiciones Gubernamentales.²⁰

Las convenciones antes referidas, así como la ubicación de Colombia entre los países más golpeados por el fenómeno de la corrupción, indudablemente fue un insumo relevante para que se promulgara la Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introdujeron medidas para la eficacia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y, se expidiera a través de la Ley 1474 de 2011 un nuevo y más estructurado estatuto

¹⁹ Recomendación ii del numeral XI relativas a las Ventajas públicas, incluidas las adquisiciones públicas del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales Adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009. Este párrafo resume la recomendación del CAD, que se dirige sólo a los miembros del CAD; y la dirige a todos los miembros de la OCDE y en un momento dado a los países no miembros que se adhieran a la Recomendación.

²⁰ Recomendación iii del numeral XI relativas a las Ventajas públicas, incluidas las adquisiciones públicas del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales Adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009.

anticorrupción el cual en su exposición de motivos adujo que la contratación pública es el sector en el cual se vienen presentando los casos más graves de corrupción pública y por ello resultaba necesario realizar reformas puntuales para aumentar la transparencia y garantizar la sanción, la corrupción y el fraude en esta actividad estatal.

Con la Ley 1150 de 2007 se implementaron correctivos a la Ley 80 de 1993 aduciendo que la contratación administrativa es el principal instrumento de ejecución del gasto público y por ello estas modificaciones se erigían como un asunto esencial para el correcto devenir de la administración pública y la satisfacción de los cometidos estatales.

Se quiso con esta Ley hacer un proceso contractual más eficiente y transparente priorizando la agilidad y la simplicidad de los procesos así como crear mecanismos para cerrar puertas falsas usadas para afectar la sana competencia e igualdad de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales, resaltando que la piedra angular de la apuesta de dicha ley se avizoró en la reformulación del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos.

Entre otras medidas, se creó la llamada selección abreviada que permite de manera ágil la adopción de decisiones de selección y se redujo a su mínima expresión la contratación directa.

Curiosamente, en su proyecto inicial²¹ que solo constaba de 17 artículos, no se advertía nada respecto al tema de la delegación y la norma que se constituye en la piedra angular de este estudio solo fue introducida en los debates suscitados en el seno del Congreso de la República.

²¹ Gaceta del Congreso 458 del 1º de agosto de 2005

A su turno, con la Ley 1474 de 2011 en primer término, se fortaleció en primer lugar el sistema de interventoría aduciendo que se carecía de un referente legal en materia de supervisión e interventoría de la actividad contractual, que se ha traducido en debilidades en el control y seguimiento del Estado sobre la ejecución contractual.

En segundo lugar se implementó un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido y así proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. Para el efecto se estableció un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

En tercer término, se tomaron medidas para evitar la improvisación en la contratación pública exigiendo que, para la celebración de contratos de obra o de concesión que involucren obras, se deba contar con estudios suficientes de ingeniería básica, con el alcance que establezca el reglamento.

En cuarto lugar, se adoptaron medidas para garantizar la transparencia y la selección objetiva en los procesos de mínima cuantía.

En quinto término, se estableció un sistema de seguimiento a los anticipos imponiendo la obligación del contratista de constituir una fiducia irrevocable con lo que reciba de los mismos, para que sea esta la que garantice que tales recursos se aplicarán exclusivamente a la ejecución del contrato.

Las medidas tomadas por el legislador patrio han tenido un efecto discutible empero y centrándonos en lo señalado en el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, tal disposición ha dado lugar a que se profieran algunas sentencias de carácter penal en las cuales no se exonera de

responsabilidad al ordenador del gasto en delitos de celebración indebida de contratos pese a haber delegado tal potestad en uno o varios subalternos.

Corresponde ahora centrarnos desde una perspectiva administrativa en lo relativo a la delegación toda vez que la norma²² que prevé que la delegación en materias contractuales no exime de responsabilidad supone una amplia problemática en este frente.

3. LA DELEGACIÓN

Conforme con el orden y metodología trazados en los albores de este escrito, se pretende analizar desde una perspectiva propia del derecho administrativo los alcances que tradicionalmente ha tenido la figura de la delegación a nivel general para luego sí aterrizar en la particularización relativa a la contratación administrativa.

3.1. Nociones preliminares sobre la Delegación

En primer término, se debe partir de la premisa que la delegación es un mecanismo para el ejercicio de la función administrativa por medio del cual un órgano o funcionario titular de una competencia o función transfiere a otro órgano o funcionario, de rango inferior, una función o competencia de la que es titular, de forma específica y por un periodo determinado, estando facultado el titular de la competencia o función para reasumirla en cualquier momento. Es de anotar que la implementación de este mecanismo destinado para el desarrollo de la función administrativa debe obedecer a unos parámetros establecidos en la Ley.

²² Ley 489 de 1994 inicialmente y Ley 1150 de 2007

El panorama anterior que pareciera en extremo claro amén de lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta Política sufre un clarísimo sobresalto con la expedición de la Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Mediante el artículo 21 de esta Ley se modificó el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, el cual versa sobre la delegación para contratar, pieza fundamental de este estudio en cuanto a la responsabilidad del delegante. También, esta ley incluyó aspectos relacionados con la desconcentración de funciones y adicionó un segundo inciso al artículo 12 de la Ley 80 donde se consagra que en ningún caso los jefes o representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual por virtud de la delegación.

Ahora bien, la constitucionalidad de este inciso fue estudiada mediante la sentencia C-693 de 2008. Esta jurisprudencia surge debido a que nuevamente se le planteó a la Corte como problema jurídico una posible violación de lo establecido en el artículo 211 de la Constitución. Se debe resaltar que en esta jurisprudencia se estableció que el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el cumplimiento de estas facultades.

Así, esta providencia reitera la jurisprudencia sentada en la sentencia C-372 de 2002, exponiendo las principales conclusiones a las que la Corte llegó sobre la responsabilidad del delegante en materia de contratación de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 211 superior.

Y para sorpresa de no pocos, la Corte prohijó la tesis de que el artículo 211 de la Carta no puede ser interpretado en el sentido de que

la delegación exime de responsabilidad al delegante ya que según la Corte esa sería una visión aislada y descontextualizada.

Aunque agrega que tampoco ello significa que el delegante responde siempre por las actuaciones del delegatario advirtiéndose sí que dentro del articulado de la Carta hay otras disposiciones como las previstas en los artículos 1, 2, 6, 123, 124 y 209 que vistas desde una perspectiva sistemática llevan a la conclusión que siempre en la delegación permanece un vínculo entre delegante y delegatario que se manifiesta en las atribuciones de orientación, vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo, así el delegante siempre responderá por el dolo o culpa grave en el ejercicio de esa orientación, vigilancia y control.

Esa postura de alguna manera va en contravía de la tradicional concepción que la doctrina ha sentado respecto de la delegación la cual se concibe como un traslado de la función administrativa y también el poder de decisión, diferenciándose precisamente de la desconcentración en ese segundo aspecto.

Para DROMI²³, la delegación se diferencia de la desconcentración y la descentralización en que las dos últimas tienen su origen en la ley, en tanto que la delegación requiere un acto administrativo expreso fundado obviamente en la ley.

El mismo tratadista mendocino agrega que en la desconcentración y en la descentralización hay una atribución de competencias al interior pero en el primero, el órgano desconcentrado está jerárquicamente subordinado a las autoridades superiores del organismo, en tanto que en la delegación se transfiere total o parcialmente el ejercicio de la competencia.

²³ Cfr. ROBERTO DROMI. Derecho Administrativo. 5ª Edición. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, páginas 458 y 459

Contrastando con esa pacífica concepción doctrinal, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 21 de la ley 1150 de 2007 y en especial sobre el inciso que se incorporó al artículo 12 de la Ley 80 de 1993 señaló que dicha disposición no desconoce los postulados de la norma superior y por el contrario ratifica lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta, leído sí de manera sistemática con otras normas superiores.

De acuerdo a lo establecido por esta jurisprudencia la norma en cita debe ser entendida en el marco del "*principio de coordinación administrativa*", el cual implica que la jerarquía funcional en la administración pública impone los deberes de vigilancia y control respecto de los subalternos, así medie un acto de delegación de funciones. También, deja claro que en materia de responsabilidad del delegante nos encontramos ante la aplicación del "*principio de responsabilidad subjetiva*" que indica que la responsabilidad de este actor deriva del deber de vigilancia y control que le asiste de la función precontractual y contractual, cuando se ha incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de la funciones referidas.

Hablar que el delegante conserva unos deberes de vigilancia y control pese a la delegación nos sitúa inmediatamente en el ámbito de una posición de garante en materia contractual.

Podríamos entonces concluir que la actual fórmula de la delegación en materia contractual mantiene incólume el rol del garante del ordenador del gasto lo cual deberá analizarse con detenimiento en el marco del derecho penal por las responsabilidades que se pueden derivar de lo anterior.

En principio, es dable mencionar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁴ ha señalado que es perfectamente claro que la Constitución y la ley pueden traer y crear posiciones de garantía, empero, las mismas deben ser delimitadas (art. 25, num. 1º) y por ende se debe tener cuidado en hacerlas extensivas a otros bienes diferentes a los consignados en el párrafo de la norma en cita. Obviamente que antes de acometer cualquier estudio con alcances penales es preciso profundizar en mejor forma todo lo relativo a la figura de la delegación en el derecho administrativo.

3.2. Lineamientos generales de la Delegación en el Derecho administrativo colombiano.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 113 de la Constitución Nacional, la función administrativa está asignada a la rama ejecutiva del poder público y mediante ella se ejerce el Gobierno y la administración del Estado, a través de los instrumentos y categorías determinados por la Constitución y las leyes.

En la doctrina encontramos que el tratadista Jorge Ibáñez, considera que: “La Rama Ejecutiva es aquella faceta del poder público que concentra el mayor vínculo de acciones para lograr la realización de los fines del Estado, pues a su cargo está principalmente el ejercicio de la función administrativa”²⁵

Sobre este aspecto, el profesor Diego Younes Moreno, manifiesta que: “La función administrativa es la realización de los actos jurídicos o materiales, ejecutados de acuerdo con el mandato legal, que producen

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Segunda Instancia 25.536 del 27 de julio de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁵ MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Grupo Editorial Ibáñez y Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2008, página 359

transformaciones concretas en el mundo jurídico. Por ejemplo un nombramiento, la imposición de una sanción disciplinaria, celebrar contratos, conceder licencias o autorizaciones etc.”²⁶

Lo anterior indica que de acuerdo al modelo de administración consagrado en nuestra Constitución, el de Estado Social de Derecho²⁷, en el ordenamiento colombiano el ejercicio de la función administrativa debe estar orientado a satisfacer el interés general de acuerdo a unos parámetros establecidos para tales fines. En tal sentido, el capítulo V del título V de la Constitución fue denominado “De la función administrativa”, y en su artículo 209 consagra los principios que deben regir el ejercicio de este modelo de administración.²⁸

La delegación de funciones, así como los demás principios organizacionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución, establece la forma como pueden distribuirse las competencias dentro de la administración del estado para el cumplimiento de la función administrativa. Su relevancia como instrumento organizacional es destacada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-802 de 2006 al considerar que la misma evita que se “desatienda, diluya o desdibuje la gestión a cargo de las autoridades públicas”²⁹, en la medida en que contribuye al ejercicio oportuno de las atribuciones conferidas a la administración estatal.”³⁰

Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado que la delegación de funciones busca “descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los

²⁶ DIEGO YOUNES MORENO. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá, Temis, 2007, página 44

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2006. M.P.: Álvaro Tafur Galvis

²⁸ Artículo 209 de la Carta Política

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802 de 2006. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

finés del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales”³¹.

Por su parte, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia del 4 de noviembre de 1999 consideró que: “el principio de la delegación de funciones se convirtió, a la luz de dicho artículo, en instrumento de particular importancia para el desarrollo de la actividad administrativa.”³².

De esta manera, de acuerdo a las consideraciones jurisprudenciales antes citadas, la delegación de funciones contribuye al desarrollo oportuno de las facultades otorgadas por la Constitución para el ejercicio de la administración estatal en cumplimiento de los intereses generales³³.

En consecuencia, la delegación es un mecanismo justificado jurídicamente e irrenunciable desde el punto de vista de la gestión administrativa, pues sin el mismo sería imposible el cumplimiento de los fines del Estado. Lo anterior implica entonces que no se puede obstaculizar la delegación por el simple hecho de que en algunas ocasiones se utilice para consumir actos de corrupción, por el contrario, lo que debe hacerse es buscar mecanismos para sancionar a aquellos delegantes o delegatarios que la utilicen como fundamento de actos incorrectos, pero salvaguardarla cuando se emplea simplemente como un instrumento para mejorar la gestión administrativa.

La delegación de funciones administrativas es una forma de organizar la estructura institucional para el ejercicio de la función administrativa, junto con la descentralización y la desconcentración. Estas figuras tienen semejanzas, pues implican una cierta transferencia de funciones

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra

³² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proveído del 4 de noviembre de 1999. Radicación No. 4818. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2006. M.P.: Álvaro Tafur Gálvis

de un órgano a otro, pero presentan diferencias importantes, ya que la delegación y la desconcentración suponen que el titular original de las atribuciones mantiene el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones, mientras que en la descentralización no existe ese control jerárquico, debido a la autonomía propia de la entidad descentralizada en el ejercicio de la correspondiente atribución.

La diferencia básica entre la desconcentración y la delegación es que la primera supone que la transferencia de funciones del órgano superior opera directamente por mandato del ordenamiento, mientras que la delegación, si bien presupone una autorización legal, no opera directamente por mandato de la ley, ya que implica la existencia de un acto de delegación, puesto que la transferencia se realiza por parte del órgano superior. Por ello, mientras que en la desconcentración de funciones, el órgano superior no puede reasumir la función, ya que ésta fue desconcentrada por mandato legal, en cambio, en la delegación, el órgano superior siempre puede reasumir la función, como lo señala el artículo 211 superior. Son elementos constitutivos de la delegación los siguientes: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal; (iv) y que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.

La Ley 489 de 1998 reguló lo relativo a la Delegación señalando que corresponde a una transferencia de funciones por parte de una autoridad administrativa a un colaborador u otra autoridad con funciones afines o complementarias, mediante acto que siempre será escrito en el cual se debe determinar la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

En esa misma disposición legal se advierte que no se puede delegar la expedición de reglamentos de carácter general, funciones que por su naturaleza no son susceptibles de delegación así como las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.

El legislador es muy claro en la Ley 489 de 1998 en señalar que la delegación exime de responsabilidad al delegante y en materia de contratación, el acto de la firma expresamente delegada no exime de la responsabilidad legal, civil y penal al agente principal.

Se comparte plenamente esa advertencia legislativa respecto de la delegación limitada únicamente a la firma de contratos toda vez que esto en puridad no es delegación ya que la sola firma en momento alguno implica haber recibido reales potestades contractuales.

La Corte Constitucional³⁴ con tino señaló la exequibilidad de esta norma advirtiendo que tal disposición legal como tal no se refiere a la delegación administrativa en general, que tiene por objeto la transferencia de funciones administrativas, sino a una figura particular que es la llamada "delegación de firma", en donde no opera propiamente ningún traslado de competencias entre el delegante y el delegado, pudiéndose afirmar que éste tan sólo firma, o suscribe un documento por aquél, tarea material en que se suple al delegante, con finalidades de agilización de la función pública.

Para los efectos de este trabajo ese párrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 que textualmente reza que “en todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal” tiene gran interés toda vez que en principio y leído desprevenidamente podría estar marcando una diferenciación en lo que se refiere a la contratación

³⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-727 de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

administrativa, empero, rápidamente la Corte Constitucional aclaró que tal advertencia se refiere únicamente a la firma que como tal no constituye en manera alguna delegación.

3.3. La Delegación en la Ley 678 de 2001 referente a la Acción de Repetición

La acción de Repetición fue concebida por el legislador de 2001 como una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, *conciliación u otra forma de terminación de un conflicto*. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Esa legislación introdujo una norma que tocó directamente lo relativo a la responsabilidad del delegante en materia contractual, efectivamente el párrafo cuarto del artículo 2º de la Ley en comento formuló la siguiente advertencia: “En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.”

Dicho párrafo fue demandado por considerarse violatorio del artículo 211 de la Carta y, ya entrando en contravía con lo normado en la Ley 489 de 1998, la Corte declaró exequible ese aparte legal demandado tomando una postura aparentemente contraria a la que otrora había defendido. Empero, mal puede pasarse por alto que esta Ley 678 de 2001 se refiere exclusivamente a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado.

Dijo la Corte³⁵ que resultaba razonable la norma demandada al señalar que en materia contractual el delegante podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en la ley 678, con lo cual no se incurre en ninguna infracción al ordenamiento superior, pues la expresión del artículo 211 de la Carta, según la cual "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario", no constituye excusa para que la autoridad pública acuda a la delegación como medio para incurrir de conductas reprochables por el derecho sancionador del Estado.

Independientemente de las bondades que en materia de lucha contra la corrupción pueda tener la advertencia del legislador sobre la delegación contractual, respaldada por la Corte Constitucional³⁶, es claro que se desnaturalizó por completo la delegación figura ésta que –contrario a la desconcentración– siempre conlleva una transferencia de funciones y responsabilidades.

Con la salvedad realizada respecto de los alcances de la Ley 678 de 2001, considero pertinente acometer el siguiente tema.

3.4. Concepto y alcances de la Delegación en materia contractual a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993

Originalmente, el artículo 12° de la Ley 80 de 1993 en consonancia con las normas que prevén la materia en Colombia, dio luz verde a la delegación contractual acuñando la siguiente fórmula: “Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o

³⁵ Sentencia C-372 de mayo 15 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁶ La Corte justifica su postura señalando que “La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidades que acompañe la actuación de los servidores públicos ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación los aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener siempre en cuenta que lo que busca la delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa (C.P., art. 209)”

parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”

Aclarando que posteriormente la expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, la Corte Constitucional declaró exequible dicho artículo mediante sentencia C-374 de 1994.

Esa delegación obviamente no se refería únicamente a la firma de los contratos sino que comprendía una transferencia total o parcial de la potestad para celebrar contratos, licitaciones y concursos, limitándose tal posibilidad de delegación a los funcionarios con cargos del nivel directivo o ejecutivo.

Es la ley 80 de 1993 la que expresamente faculta a los jefes de las entidades públicas para delegar la competencia de realizar licitaciones y concursos y para celebrar contratos a los órganos o servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo. Ésta, tal y como la concibe inicialmente la Ley 80 de 1993, es una típica delegación, es decir una técnica de buena administración mediante la cual el superior jerárquico opta discrecionalmente por traspasar la titularidad de unos poderes de decisión a sus subalternos, para que éstos los ejerzan bajo su propia responsabilidad, eximiendo de responsabilidad en todos los casos al superior jerárquico.³⁷

En la delegación contractual no es la ley la que traslada las funciones de un órgano a otro como normalmente ocurre con el fenómeno de la desconcentración, sino que es el jefe de la entidad, mediante acto administrativo, el que transfiere sus poderes de decisión a otros servidores.

³⁷ Cfr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá, Legis, 1999, página 99

La Ley 80 de 1993 en su artículo 25 numeral 10 autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades estatales para delegar la facultad de celebrar contratos, entendida la de adjudicar, pero sometida a las cuantías que señalen las respectivas juntas o consejos directivos y a los reglamentos que se expidan con tal fin. Tal estipulación en principio dio lugar a que la delegación se hiciera en distintos funcionarios atendiendo a la confianza que el titular de la competencia les tuviera, lo cual originó algunas complicaciones pues se fraccionaba la competencia generando descontrol, el cual continuó incluso con la expedición del decreto 679 de 1994.³⁸

En efecto, en el precitado Decreto 679 se dijo expresamente –artículo 7º- que la delegación podía hacerse para la desconcentración de todos los actos y trámites inherentes a la realización de licitaciones o concursos para la celebración de contratos, caso en el cual no se tendrá en cuenta la naturaleza y cuantía de los mismos, pero sólo para esos trámites, pues prohibía su extensión a la adjudicación o celebración del contrato.

Igualmente, el Decreto 679 de 1994 señaló en su artículo 14 que para la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual, la delegación se limitaba por las cuantías que señalen los consejos o juntas directivas, con lo cual permanecía el obstáculo del texto original de la Ley 80 de 1993.

La problemática reseñada solamente se solucionó dos años después cuando se expidió el Decreto 2150 de 1995 conocido como el Estatuto Antitrámites, el cual permitía la delegación libre, lógicamente distinguiendo entre los trámites de contratación y la adjudicación y ejecución del contrato.

³⁸ Cfr. JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIÉ. La Contratación de las Entidades Estatales. 2ª Edición. Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 1998, página 77

En efecto, el artículo 37 del Decreto 2150 de 1995 preveía que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de los contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. Cabe sí anotar que a nivel municipal y conforme a lo previsto en el artículo 92 de la Ley 136 de 1994, la delegación está restringida a los secretarios de despacho y a los jefes de departamento administrativo.

La delegación como figura jurídica en concepto de SOLANO SIERRA es inversa al acto de avocación³⁹ y ocurre cuando el funcionario competente en el campo contractual, transfiere el ámbito de sus funciones, para desconcentrar la realización de licitaciones o concursos públicos o para celebrar contratos.⁴⁰

La avocación a su turno consiste en un acto concreto por el cual el superior asume la decisión de una cuestión que corresponde a la competencia del inferior. Así, mientras la delegación supone normalmente el traspaso genérico al inferior de una determinada facultad para resolver situaciones similares, la avocación implica tomar una sola decisión del inferior. En otras palabras, cada acto del inferior que decide “per se” el superior constituye una nueva y distinta avocación, mientras que cada acto que el delegado ejerce en virtud de la delegación no importa una nueva delegación, sino la continuación del ejercicio de la misma ya otorgada anteriormente.⁴¹

³⁹ En esta figura, un órgano jerárquicamente superior es quien decide asumir tal ejercicio de competencia, “quitándoselo” al órgano titular e inferior.

⁴⁰ Cfr. JAIRO ENRIQUE SOLANO SIERRA. *Contratación Administrativa*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1994, página 207

⁴¹ Cfr. AGUSTÍN GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo. 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013, página 178

La delegación en materia contractual es el medio oportuno para realizar convenientemente los fines que son el fundamento de las funciones a desarrollar. La delegación atiende los problemas de organización ya que entiende que un solo órgano no podrá al mismo tiempo disponer, crear y obrar por el ente y por ello el Estado ha de tener una organización adecuada que permita una justa proporción entre los órganos y los fines. La delegación se constituye así en el procedimiento a través del cual un órgano traspasa a otro la tarea de ejecutar parte de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido.⁴²

No consideramos que el legislador de 1993 haya sido laxo en materia de responsabilidad contractual toda vez que al momento de erigir como principio el de la responsabilidad advirtió que las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre la administración de bienes ajenos⁴³ y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

Si bien con la Ley 80 de 1993 se procuraba que los sujetos que intervienen en la Contratación tuvieran un campo de acción amplio y flexible como lo requiere el cumplimiento de los cometidos estatales, ello exigía un régimen de responsabilidad adecuado a dichas finalidades ampliándose su ámbito tanto por razón de los sujetos como de sus fuentes, manteniendo, respecto de todas las personas diferentes de la entidad pública, el criterio de la culpa grave o dolo como elemento esencial de su configuración⁴⁴.

Este panorama tuvo un clarísimo giro con la expedición de la norma que a continuación se analiza.

⁴² Cfr. MANUEL MARÍA DIEZ. Derecho Administrativo. Tomo II, Buenos Aires, Omeba, 1965, páginas 41 a 44

⁴³ El artículo 63 del Código Civil establece como culpa grave la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

⁴⁴ Cfr. JAIME BETANCUR CUARTAS. Estatuto General de la Contratación Pública. Medellín, Diké, 1998, página 162

3.5. Concepto y alcances de la Delegación en la Ley 1150 de 2007.

La Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 agregó un segundo inciso al artículo 12 de la Ley 80 de 1993 del siguiente tenor:

“En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.”

El inciso como tal, visto desde una perspectiva tradicional, le asesta un golpe a la delegación en materia administrativa al punto de desnaturalizarla y tornarla una simple desconcentración toda vez que el deber de control y vigilancia si bien se debe ejercer sobre los actos del delegado esto no significa que se deba responder por las acciones y omisiones de ese último sino que, tal y como lo prevé la Ley 489 de 1998, autoriza a que la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Por lo anterior se consideró que tal previsión podría ir en contravía de la regla general de la Delegación prevista en el artículo 211 de la Carta. La Corte Constitucional mediante sentencia C-693 de 2008 se pronunció sobre el tema estableciendo que el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el cumplimiento de estas facultades.

Esta providencia reitera la jurisprudencia sentada en la sentencia C-372 de 2002, exponiendo las principales conclusiones a las que la Corte llegó sobre la responsabilidad del delegante en materia de contratación de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 211 superior, sin embargo, sentó un criterio intermedio entre quienes

consideraban que el artículo precitado de la Carta podía cobijar sin ambage alguno lo relativo a la contratación y los del parecer que en esa materia la delegación no exime de ninguna manera de responsabilidad al delegante.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia antes citada reiteró que el artículo 212 de la Carta no se debe interpretar en el sentido según el cual la delegación exime absolutamente de responsabilidad al delegante, aunque tampoco signifique que el delegante responde siempre por las actuaciones del delegatario ya que con ello se desconocería el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos.

En la referida sentencia C-693 de 2008 nuevamente, tal y como había ocurrido en la C-372 de 2002 la Corte invocando los artículos 1, 2, 6, 123, 124 y 209 superiores concluyendo que la delegación implica la permanencia de un vínculo entre el delegante y el delegatario que se manifiesta en las atribuciones de orientación, vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo lo cual conlleva que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de este tipo de atribuciones.

Es claro entonces conforme a esos derroteros trazados por la Corte el delegante no responde siempre por las actuaciones del delegatario pero tampoco significa, ni mucho menos, que se pueda desentender de cierto rol que sigue ostentando respecto de esa facultad que delegó.

En el fallo en comento se inquiere la Corte si cuando el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 dispone que *“(e)n ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”*, vulnera el artículo 211 de la Constitución.

Al respecto, -la Corte- encontró que dicha disposición no sólo no desconoce los postulados de dicha norma superior, sino que al contrario los desarrolla plenamente conforme al principio de coordinación.

En efecto –dice la Corte-, el principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior sea siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos. En el caso de la norma bajo examen, la función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva, como justamente lo prevé la disposición acusada.

De otro lado, el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores, a que se refiere el artículo 124 de la Carta, conlleva que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones y no por las de otros; principio que resulta contrario al de responsabilidad objetiva de dichos servidores, que implicaría que éstos respondieran independientemente del grado de culpa o dolo de su actuar, y que ha sido rechazada en materia de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal de dichos funcionarios.

La Corte sostuvo en la sentencia C-693 de 2008 que *“no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.”* Así mismo, de manera más general ha explicado que en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 superior, conforme al cual *“Toda persona se*

presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”, en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”.

Distinta de la responsabilidad subjetiva de los agentes del Estado es la responsabilidad objetiva del Estado mismo, que se deduce de la sola presencia de un daño antijurídico causado por sus agentes. Por ello la Corte ha explicado que *“es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes. En el primer caso, como se ha visto, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo.”*⁴⁵

Así las cosas, reiterando la jurisprudencia y el precedente sentados en la Sentencia C-372 de 2002, se declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido según el cual el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones.

Lo decidido por la Corte Constitucional debe cotejarse con los lineamientos generales sentados en la doctrina⁴⁶ respecto de la

⁴⁵ Sentencia C-693 de 2008

⁴⁶ Cfr. GUSTAVO PENAGOS. Derecho Administrativo. Parte General. Tomo I. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1994, páginas 371 y siguientes

Delegación Administrativa en procura de colegir las bondades o desaciertos de esta importantísima decisión.

En primer lugar, es preciso recordar que la delegación consiste en transferir competencias a entes autónomos para que resuelvan en forma independiente y definitiva. Para que esto ocurra debe haber una ley previa y se perfecciona con la decisión administrativa de transferir competencia o función a un delegatario sobre el cual solo se puede ejercer un control de tutela que tiene como consecuencia la revocación de la delegación.

Se insiste, una de las características más relevantes de la delegación es que ésta exime de responsabilidad al delegante y por ende corresponde exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

En pocas palabras, la delegación se debe concebir como una transferencia del ejercicio de la competencia.

La doctrina⁴⁷ ha sido especialmente incisiva en diferenciar a la delegación de la desconcentración con el fin de no confundir estas dos importantes figuras, advirtiendo primeramente que la delegación constituye en lo esencial una técnica transitoria de facultades de los órganos superiores hacia los inferiores en tanto que en la desconcentración la técnica de transferencia opera en forma permanente.

No hay que pasar de soslayo que mediante la desconcentración, el Estado otorga a los entes locales y territoriales, precisas funciones sin perder la facultad decisoria –lo cual si ocurre con la delegación–, lo cual

⁴⁷ Cfr. JUAN CARLOS CASSAGNE. Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1983, páginas 260 a 262

permite aseverar que la desconcentración como tal es antagónica con la autonomía⁴⁸.

La delegación en sí es un medio técnico para la mejor organización y dinámica de la administración pública toda vez que en virtud de ella un órgano administrativo se desprende de la competencia que tiene atribuida para transferirla a otro que por supuesto no la tenía asignada. La delegación como tal no implica una alteración de la estructura administrativa, sólo de su dinámica. Jurídicamente no es un mero “encargo” hecho por el superior al inferior para que realice funciones suyas toda vez que supone “desprendimiento” de un deber funcional.⁴⁹

La delegación puede presentarse en dos formas distintas: delegación administrativa intersubjetiva y delegación administrativa interorgánica. La primera se presenta entre entes públicos, está admitida por las doctrinas españolas e italiana entre otras y en Colombia está prevista en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 489 de 1998. La delegación interorgánica consiste en la transferencia de facultades, por parte del órgano superior al órgano inferior, que pertenecen a la competencia del primero. Como tal, la delegación interorgánica es una técnica transitoria de distribución de funciones.

Si bien la competencia delegada sigue perteneciendo al órgano delegante reteniendo así su titularidad, el delegante no es responsable de los actos y decisiones adoptados por el delegado, dado que este actúa en ejercicio de una competencia que le ha sido válidamente atribuida.

Con base en lo anterior puede aseverar que la norma que autoriza la delegación es una norma “atributiva de competencia”, que comprende simultáneamente a los dos órganos: al delegante, a quien le es atribuida

⁴⁸ Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, página 432

⁴⁹ Cfr. MIRIAM MABEL IVANEGA. Instituciones de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, páginas 278 a 281

la potestad de delegar, y al delegado, quien podrá ejercer válidamente la competencia comprendida en la delegación.

En Colombia, el proveído de la Corte –el C-693 de 2008- que limitó los alcances de la delegación en materia contractual fue objeto de un salvamento de voto⁵⁰, empero infortunadamente y sin profundizar sobre el punto lo cual hubiera sido lo deseable, se limitó a advertir que su discrepancia con ese fallo radicó en que “el suscrito magistrado considera que la norma acusada es inconstitucional por cuanto viola abiertamente el artículo 211 de la Constitución Política que clara y textualmente establece que “La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, ...”, lo cual no admite una interpretación como la que se hizo con el fin de sustentar la constitucionalidad de la no exoneración de responsabilidad del delegante, no obstante que el precepto constitucional dispone lo contrario”.

De manera entonces que con la exequibilidad condicionada señalada en la pluricitada sentencia C-693 de 2008 la responsabilidad del Delegante queda restringida al recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual siempre y cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones.

Lo anterior debe interpretarse de manera armónica con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 en donde se estipula (numeral 5º) que 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.

⁵⁰ Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería

Asimismo, el referido artículo 26 del Estatuto de Contratación prevé que 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 (numeral 1º), amén que los servidores públicos responderán por sus actuaciones y *omisiones* antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

En el campo penal, conforme y lo tiene previsto el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 a quien se le haya encomendado conforme a la Ley la vigilancia de una fuente de riesgo se tendrá como garante.

De lo previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 numeral 5º no cabe duda alguna que el jefe o representante legal de la entidad estatal es el garante de la actividad contractual.

En la práctica, no se entiende que la responsabilidad en la dirección y manejo de la actividad contractual en cabeza del jefe o representante de la entidad estatal señalada por el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 no permita que los ordenadores del gasto busquen la colaboración de sus subalternos en el quehacer contractual, obvio que esto ocurría y ocurrirá precisamente por la complejidad de asuntos que supone la administración pública, empero la delegación suponía –por lo menos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007- que ese concurso de parte de subalternos se acometía con toda la responsabilidad que supone la delegación funcional.

En términos prácticos, aún sin delegación siempre el ordenador del gasto va a responder exclusivamente por faltar a sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual toda vez que resultaba absolutamente inconcebible que aún sin delegar ese jefe o

representante de la entidad estatal acometiera de primera mano todas las gestiones anejas a la contratación estatal.

Es lógico y así lo ha establecido la doctrina⁵¹ que en el Estado por amplia que sea la franquía para delegar, no es viable utilizar esta figura en cualesquiera de sus competencias, toda vez que la delegación ha de referirse a materias que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. Empero, la naturaleza de la actividad contractual no da lugar en momento alguno a considerar que es inviable hacer uso de la figura de la delegación.

Si bien la Ley 1150 de 2007 no prohibió como tal la delegación en materia contractual en la práctica la limita muchísimo ya que el jefe o representante de una entidad estatal al ser advertido que de cualquier manera responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual muy probablemente optará por no hacer uso de esa figura.

Y si la decisión del legislador de 2007 es bastante debatible, la postura acuñada por la Corte Constitucional respecto de la delegación contractual que ciertamente desconoce los derroteros principales sobre los cuales se ha venido edificando la figura de la delegación es igualmente censurable y bien pudo haber estado impregnada de la intención no muy bien disimulada de cerrar las puertas a una de las modalidades más comunes de corrupción administrativa.

En efecto, a lo largo y ancho de la geografía nacional era una costumbre generalizada que el ordenador del gasto y primer garante en temas contractuales delegara en uno o varios de sus subalternos todas las potestades contractuales para así despojarse de tal responsabilidad, empero, la realidad es que seguían muy de cerca, por diversas

⁵¹ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo I, Reimpresión de la Octava Edición, Madrid, Civitas, 1998, páginas 328 y 329

circunstancias, todo el desenvolvimiento de las contrataciones indicando incluso al subalterno delegado la manera como se debía contratar, los tiempos que se debían cumplir y los proponentes a los cuales había que adjudicar, entre otros.

Ahora, con una delegación contractual si se quiere desnaturalizada en virtud de las previsiones normativas respaldadas por la Corte Constitucional, es preciso auscultar su trascendencia en el tema penal y por ende el éxito que pueda tener en la lucha contra la corrupción que día a día se libra desde todas las esferas del poder público.

La corrupción en la contratación pública puede definirse como la desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extraposicional en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por una administración pública con los particulares⁵².

Hay corrupción cuando el interés personal de quien toma decisiones en el ámbito público sustituye la objetividad en el ejercicio del poder.

La corrupción antes reseñada entendida como abuso de poder se desarrolla en la fase externa de la contratación pública y se materializa a través de actuaciones administrativas como la expedición de actos administrativos precontractuales irregulares o la celebración de contratos públicos corruptos que ocultan intereses malsanos alejados del buen trasegar público y además igualmente se puede desarrollar en la etapa de la ejecución contractual a través de la obtención de beneficios irregulares con cargo al presupuesto asignado a la celebración del contrato público.

⁵² Cfr. CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA. Corrupción y Delitos contra la Administración Pública. Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, página 32

Definidos los alcances de la corrupción en materia contractual, la pregunta que habrá de formularse es si ese deber de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual que conserva el jefe o representante legal de una entidad estatal pese a haber hecho uso de la delegación –que en materia contractual, conforme y lo expresado por la Corte Constitucional tiene un alcance distinto al de la cláusula general de la delegación establecido en el artículo 211 de la Corte- puede siguiendo lugar a predicar la existencia de una posición de garante que permita la punición de omisiones en lo que se refiere a los tipos penales de celebración indebida de contratos, asunto que no se podrá dilucidar sin que previamente se estudie de manera somera esta tipología delictual, previo el acometimiento del análisis relativo a los delitos de omisión impropia.

4. DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Cuando se abordó el tema de la delegación y su ineficacia para que un ordenador del gasto se despoje efectivamente de su posición de garante en lo que a la contratación estatal atañe, es obvio que se pretendía arribar al escenario de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión en aras de establecer los alcances penales que puede tener esta institución del derecho administrativo a partir de la concepción establecida por el legislador y avalada en su momento por la Corte Constitucional.

4.1. Aspectos Generales sobre la Omisión

Entendida la conducta como forma de actuar del ser humano o el comportamiento por él observado bien puede aseverarse que básicamente existen dos maneras de comportarse: Una, llevando a cabo un hacer y otra, dejando de hacer una cosa, absteniéndose de hacer o decir. La conducta como tal, en sus distintas manifestaciones no es una

creación artificial sino un concepto extraído de la vida real que se expresa en el continuo tráfico social.

En tanto que en el tipo activo la tipicidad se verifica mediante la identidad de la conducta realizada con la del tipo legal, en el tipo omisivo surge de la diferencia entre la conducta realizada y la descrita. Se trata de dos técnicas diversas empleadas legislativamente para individualizar conductas prohibidas. Como consecuencia de esta dispar técnica legislativa, la norma que se deduce de un tipo activo asume un enunciado prohibitivo, en tanto que la que se deduce de un tipo omisivo asume enunciado imperativo.⁵³

La omisión surge en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo. Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada ex ante como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico. Bases del juicio de imputación son, pues, la conducta efectiva del sujeto y la pretensión, típicamente establecida, del bien jurídico de recibir una protección positiva y no solo negativa.⁵⁴

Los códigos penales contienen por lo general delitos que sólo pueden cometerse omitiendo la realización de una acción, o sea, realizando un comportamiento distinto de lo mandado por la norma como por ejemplo la omisión de socorro; igualmente contienen preceptos que equiparan en su texto la realización de un hecho con la comisión de otro como por ejemplo el falso testimonio; y fuera de estos casos, se reconoce una categoría de omisiones que no está tipificada expresamente y que consiste en la no evitación de una lesión de un bien jurídico cuya lesión está protegida frente a acciones positivas como por ejemplo el delito de homicidio. Estos últimos casos se designan como delitos impropios de

⁵³ Cfr. EUGENIO RAUL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2000, página 542

⁵⁴ Cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. El Delito de Omisión. Concepto y Sistema. 2ª Edición. Buenos Aires. Editorial BdeF, 2003, página 195

omisión o de comisión por omisión y se sancionan según las penas previstas para el correspondiente delito de comisión.⁵⁵

Ahora bien, conducta es una acepción más restringida que el término hecho por el cual se entiende cualquier acontecimiento de la naturaleza o de carácter humano (voluntario o no), susceptible de producir efectos jurídicos.

El artículo 9° del Código Penal se refiere explícitamente a la conducta punible dejando de lado la concepción del código penal anterior que preveía *hecho* y no *conducta*.

Esa conducta, tal y como se prevé en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, puede ser realizada por acción u omisión.

Hay ocasiones en que el propio tipo penal consagra expresamente una omisión como por ejemplo la omisión de socorro, el prevaricato por omisión, la omisión de denuncia de particular, entre otros. En estos casos estamos frente a los denominados delitos de omisión propia.

Empero, la omisión será impropia cuando no está explícitamente consagrada en un tipo penal y resulta necesario inferirla de un tipo penal previsto en la parte especial. La omisión impropia es conocida recurrentemente con el nombre comisión por omisión.

La diferencia entre delitos de acción y de omisión no reside en el plano prejurídico del comportamiento sino en el normativo de la clase y contenido de la norma infringida: si es prohibitiva de una conducta nociva origina un delito de acción y si es preceptiva de una conducta beneficiosa uno de omisión.

⁵⁵ Cfr. ENRIQUE BACIGALUPO. Manual de Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1994, páginas 223 y 224

No siempre la doctrina ha profesado un interés marcado respecto de la omisión y resulta particularmente difícil encontrar glosas en los clásicos que aborden esta temática, debiéndose recurrir normalmente al acápite de la clasificación de los tipos penales.

MANZINI⁵⁶ advertía que en un cierto sentido todos los delitos son omisivos, porque cada uno de ellos consiste en la inobservancia de un precepto penal. Citando el artículo 40 del Código Penal Italiana confirmaba que cualquier delito puede cometerse mediante omisión toda vez que “no impedir un delito, que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo”.

La omisión –advertía el maestro italiano- no es otra cosa que la abstención de una actividad debida, abstención que la ley considera por sí sola dañosa o peligrosa, esto es, productiva de una situación desfavorable en el mundo exterior, así, la esencia del delito omisivo consiste en la inobservancia pura y simple de un deber jurídico, independientemente de aquello que sea o no sea derivado del mismo.

BETTIOL señalaba que el hecho delictuoso también puede consistir en una omisión señalando que omisión como tal no puede ser considerada como un comportamiento y constituye –hablando con criterio naturalista- una ficción. Añade que la omisión por ser una creación de la ley tiene por ende un carácter normativo.⁵⁷

Este importante tratadista italiano distinguió los delitos omisivos verdaderos y propios como aquellos que se reducen a una omisión sin que sea necesario hallar un evento que derive de ella, de los llamados omisivos espurios que son aquellos en los cuales un evento es ‘consecuencia’ de una omisión.

⁵⁶ VINCENZO MANZINI. Tratado de Derecho Penal. Tomo 2. Buenos Aires, Ediar, 1948, páginas 93 a 95

⁵⁷ Cfr. GIUSEPPE BETTIOL. Derecho Penal. Parte General. Bogotá. Temis, 1965, página 212

Si bien en principio –decía BETTIOL– todos los delitos de evento pueden realizarse a través de una acción o de una omisión el problema realmente radica en la causalidad la cual se explica solo en el terreno normativo toda vez que un determinado comportamiento adquiere la calidad de omisión sólo respecto de una exigencia, de una norma que impone a un sujeto el deber de actuar, en consecuencia la omisión penal solo adquirirá relieve en contacto con una exigencia jurídica.

CUELLO CALÓN⁵⁸ advertía que la omisión es la conducta inactiva siendo ésta una inactividad voluntaria y por ende una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva o en un “no hacer”. Para que esa omisión tenga connotación penal es preciso que una norma penal ordene al omitente que obre, que ejecute un determinado hecho.

Señalaba el jurista de Salamanca que concurren en la omisión tres elementos: i) Un acto de voluntad toda vez que si la inactividad no es voluntaria, si proviene de causa ajena a la voluntad del omitente, de origen patológico, de fuerza irresistible o de causa insuperable no puede hablarse de omisión. ii) Un deber jurídico de obrar ya que sin él no existe omisión ni delito alguno; y iii) La conducta inactiva como tal.

Esos delitos así reseñados consideraba CUELLO CALÓN que eran verdaderos delitos de omisión toda vez que además existen falsos delitos de omisión o delitos de comisión por omisión que consisten en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber de obrar, concretamente en la producción de un cambio en el mundo externo mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer.

⁵⁸ EUGENIO CUELLO CALÓN. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Barcelona. Bosch, 1975, página 336 y 337

En vigencia del Código Penal de 1936 la doctrina patria le daba un alcance muy limitado al tema de la Omisión y particularmente PÉREZ⁵⁹ hablaba de delitos de comisión por omisión y delitos de pura omisión.

Delitos de comisión por omisión son aquellos cuya descripción legal está referida a las abstenciones, a no hacer algo, pero con resultados tan perfectos como los de la conducta positiva, tales infracciones – dentro de las cuales cabe citar aquella de la madre que no amamanta a su hijo lo que conduce a su deceso por inanición-. Se decía que tales infracciones no son omisivas en el preciso significado del término sino activas.

Delitos de pura omisión son aquellos en los que se deja de hacer algo a lo que está obligado el actor por convenios especiales, la ley o el reglamento. De acuerdo con lo anterior en estas conductas no hay una simple inactividad sino la violación de un compromiso como por ejemplo el que no presta auxilio estando en la obligación de hacerlo y pudiendo hacerlo no lo hace, así, quien no tiene ese particular deber y pese a ser acusado de cobarde –en el caso del sujeto que no presta auxilio en una situación de riesgo- no responderá del acto antijurídico.

En este primer acercamiento a la omisión en vigencia del código de 1936 se puede colegir que no existía una clara delimitación entre los delitos de omisión propia y los delitos de comisión por omisión, toda vez que si bien se logra apreciar un interés en lo que pudiera representar una posición de garante –a través de convenios especiales, leyes y reglamentos- se advierte, a mi modo de ver de forma equivocada que delitos típicos de comisión por omisión como aquel de la enfermera que no suministra los medicamentos al paciente que los requiere con urgencia con ocasión de un tratamiento médico de relevancia, no son omisivas como tal.

⁵⁹ LUIS CARLOS PÉREZ. Tratado de Derecho Penal. Bogotá. Temis, 1967, Tomo I, página 513

Ya posteriormente y en vigencia del Código Penal de 1980, autores tan representativos como REYES ECHANDÍA⁶⁰ apenas se referían tangencialmente a los tipos de omisión advirtiendo que son aquellos – los de omisión pura- en los que se describe una conducta negativa, bajo la condición de tener la obligación jurídica de hacer algo como por ejemplo cuando el agente de la fuerza pública se rehúsa a prestar el apoyo solicitado por la autoridad civil.

El trágicamente inmolado maestro señalaba la necesidad de distinguir entre omisión pura o propia de la omisión impropia la cual implica inactividad como medio para lograr un resultado susceptible de obtenerse ordinariamente mediante conducta positiva.

A su turno, ROZO ROZO⁶¹ señalaba que la falta de cumplimiento de la acción que se esperaba puede asumir dos formas. La primera como delitos omisivos puros que son aquéllos en los que el objeto de la prohibición legal es una omisión como tal, sin que sea precisa la obtención de un resultado tangible. Citaba el profesor como ejemplos los reatos de prevaricato por omisión o el abuso de autoridad por omisión de denuncia.

Se advertía también por parte de ROZO ROZO que la segunda forma de falta de cumplimiento de la acción esperada es la de los delitos de comisión por omisión o espurios en donde la omisión es la causa de que se obtenga un resultado antijurídico. Mediante la omisión se realiza el resultado prohibido y por ende dicho evento es consecuencia necesaria de la omisión. El tratadista en cita pone especial énfasis en la transformación en el mundo físico mediante la omisión de una norma ordenadora y de esa manera desobedece una norma prohibitiva. En estos casos la omisión reemplaza a la acción violándose de esa manera

⁶⁰ ALFONSO REYES ECHANDÍA. Derecho Penal. Undécima Edición (Reimpresión). Bogotá. Temis, 1990, páginas 117 y 118

⁶¹ JULIO E. ROZO ROZO. Derecho Penal General. Segunda Edición. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda. 1999, páginas 386 a 389

el deber jurídico de obrar. Advierte que estos delitos son verdaderos delitos de comisión pero a cuyo resultado es posible llegar absteniéndose u omitiendo.

Hoy día con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 hay claridad en que los tipos penales de omisión propia son de mera conducta esto es que no requieren un resultado separado en el espacio y en el tiempo de la conducta. Igualmente, los delitos de omisión propia no admiten tentativa, en cambio, los tipos penales de omisión impropia sí admiten la modalidad tentada, por ello es posible la tentativa de homicidio en comisión por omisión, siempre y cuando sea doloso. Por último, en nuestra legislación, los tipos de omisión propia no admiten la modalidad culposa, en cambio la comisión por omisión u omisión impropia sí admite tal modalidad de la conducta.

4.2. Comisión por Omisión

En primer término, hay que recabar en que delitos de *acción* son aquellos en que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva en tanto que son de *omisión* aquellos en que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo.

En ese orden de ideas, se presentan delitos de omisión impropia o de comisión por omisión⁶² cuando el resultado característico de un delito de acción es generado mediante la omisión del deber jurídico de evitar ese resultado; en esos eventos la ley asimila el no impedir un resultado a producirlo.

Los delitos impropios de omisión son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado de lesión: su problemática sustancial consiste en

⁶² Cfr. JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. Teoría del Delito. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, página 348

establecer cuando no evitar el resultado es punible, pues equivale a la producción activa del mismo. En los delitos propios de omisión esta equivalencia está expresamente establecida en la ley. En los impropios de omisión no está establecida o sólo lo está de una forma muy general. Los delitos propios de omisión están tipificados en la ley y pueden contener un simple mandato de acción (por ejemplo denunciar) o un mandato de evitar un resultado.⁶³

A diferencia de los propios delitos de omisión, la doctrina denomina impropios delitos de omisión a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara. Como consecuencia de que la estructura omisiva es aquí equiparada a una estructura activa, requiere una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa. Sus autores son siempre calificados, pues la ley no se limita a construir tipos enunciando la norma deducida de modo imperativo, sino que, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la situación típica.⁶⁴

El concepto de comisión por omisión se ha definido como el relativo a una clase de realizaciones típicas caracterizadas, en primer lugar, por la equivalencia con lo comisión activa de delitos de resultado. Además, por no aparecer expresamente determinadas en preceptos legales de descripción negativa sino, más bien, por haber de derivarse su punibilidad de preceptos legales de descripción positiva, que una primera pero inexacta impresión revelaría como comisivos.⁶⁵

En los delitos de comisión por omisión el sujeto activo debe estar jurídicamente obligado a impedir un resultado típico o sea a evitar que

⁶³ Cfr. ENRIQUE BACIGALUPO. Ob. Cit., página 226

⁶⁴ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. Ob. Cit., página 547

⁶⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Ob. Cit., páginas 450 y 451

se produzca un resultado lesivo respecto de un bien o a vigilar ciertas fuentes de riesgo o peligro para el bien jurídico.

Se podría decir aunque no de manera muy técnica que el delito de omisión impropia es una modalidad del tipo activo⁶⁶ ya que se desprende del tipo de comisión encontrando en este sustento legal pues el tipo activo es amplificado en su aplicación a los supuestos de comisión por omisión, o sea cuando el sujeto no impide el resultado típico que estaba jurídicamente obligado a evitar, según las previsiones del artículo 25 del Código Penal.

El ordenamiento jurídico equipara el no evitar un resultado a causarlo siempre y cuando el agente tenga el preciso deber jurídico de evitar el daño o atender situaciones de riesgo para el bien que podían originar ese resultado.

Una muy clara distinción, reiteramos, entre los delitos de omisión propia y los de comisión por omisión es que mientras los primeros no exigen en su estructura típica un sujeto activo cualificado, los segundos necesariamente precisan de un autor especial pues sólo puede serlo el denominado garante.

Los delitos de Omisión Impropia exigen entonces un sujeto activo cualificado que es el garante, un resultado lo cual implica que es imposible predicar esta modalidad delictual de los delitos de mera conducta y un dolo el cual se expresa en el conocimiento de la posición de garante, conocimiento de la situación de riesgo para el bien jurídico protegido y la voluntad de no llevar a cabo la acción debida o esperada.

Si se desconoce que se es garante o que el bien jurídico se encuentra amenazado no habrá dolo y podrá presentarse un error que en cuanto a

⁶⁶ Lo correcto es diferenciar el tipo activo doloso del tipo omisivo doloso

su vencibilidad son predicables las mismas reglas que cuando se trata de una conducta activa.

Es importante aclarar que el delito de omisión impropia o de comisión por omisión, a diferencia del delito de omisión propia, se puede perpetrar tanto de forma dolosa como culposa. En los delitos omisivos, en los casos que se admita la modalidad culposa (homicidio, lesiones) el deber de cuidado hace referencia a las medidas de precaución necesarias para no olvidar ni dejar de realizar una actividad de salvación o de apoyo y fomento de bienes jurídicos.

Aquí cabe reseñar que BARBOSA CASTILLO⁶⁷ advierte que desde perspectivas subjetivistas y normativistas radicales, la distinción entre acción y omisión resulta irrelevante. En el primer caso, el reproche se orienta hacia la decisión consciente de infringir una norma de deber o de cuidado, por lo que resulta superflua la forma como se manifieste esa actitud de la voluntad; en el segundo caso, la falta de fidelidad al derecho se expresa con la creación de un riesgo desaprobado, consideración normativa que permite prescindir de la idea mecanicista que diferencia acción y omisión. Desde ambas perspectivas, todo delito en últimas se manifiesta como una omisión al cumplimiento de un deber.

4.2.1. Comisión por Omisión en el Código Penal de 1980.

Este estatuto punitivo (el Decreto Ley 100 de 1980), consagró en su artículo 19 lo siguiente: El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Así mismo, el artículo 21 de este estatuto, señaló que cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo. El Código Penal de 1980, sin

⁶⁷ Cfr. GERARDO BARBOSA CASTILLO en Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Varios autores. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, página 217

embargo, sobre los demás aspectos estructurales propios del delito de comisión por omisión, conservó absoluto silencio legal.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ advertía que este tipo de delitos se produce en eventos en los que se penaliza en una misma disposición legal tanto una acción generadora de un resultado como la omisión de evitarlo, dando origen a una figura mixta. Además, se encuentra un amplio número de mandatos no sancionados expresamente en la ley, cuya transgresión se castiga acorde con el marco penal de los tipos de comisión y son los tipos de comisión impropia o de comisión por omisión, ejemplos de los cuales serían los derivados de los artículos 189, 279, 323, 331 y ss., pues también el homicidio, las lesiones personales, la tortura o el incendio, pueden ser realizados mediante omisión.⁶⁸

Incluso desde antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley de 1980, algunos aseveraban que la omisión consistía en un juicio de relación, y precisamente en un juicio de contrariedad entre una conducta y una norma que imponía un comportamiento determinado. De esa forma, la omisión consiste esencialmente en un *non facere quod debetur*, es decir, en el no cumplimiento, por parte de un sujeto, de una determinada acción que era de esperarse con base en el mandato de una norma cualquiera.⁶⁹

La Corte Suprema de Justicia de conformidad con las previsiones del artículo 21 del Código Penal de 1980 dio cabida a la teoría de posición de garante. Así, abordó específicamente el tema de la participación en los delitos de omisión impropia o comisión por omisión cuando estableció que tanto el autor como el cómplice deben tener la obligación legal de impedir el resultado típico: “Es lo que se desprende del inciso

⁶⁸ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Temis, 1994, páginas 385 y 386

⁶⁹ Cfr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ. Manual de Derecho Penal, Medellín, Edijus, 1975, páginas 148 y 149

segundo del artículo 21 del Código Penal de 1980 -norma aplicable por la fecha de ocurrencia del hecho, y que no distingue entre autor y partícipe-, de acuerdo con el cual, ‘Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo’.”⁷⁰

4.2.2.Comisión por Omisión en el Código Penal de 2000.

Por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación se abrió paso un proyecto del año 1998 que regulara las materias penales desde una perspectiva dogmática acorde con los desarrollos de la época y así se expidió la Ley 599 de 2000 que reguló expresamente y con más técnica el tema de la comisión por omisión.

En el proyecto original, el artículo 25 advertía expresamente que la acción u omisión se excluyen por caso fortuito o fuerza mayor; igualmente, se preveía la expresión ‘pudiendo hacerlo’ que finalmente fue sustituida por la de ‘estando en la posibilidad de hacerlo’.

De la misma manera, dentro de la enunciación de las posiciones de garantía se hacía referencia expresa que era constitutiva de éstas ‘1. Cuando así lo establezca la Constitución o la ley’ aclarándose posteriormente en un párrafo cuales eran las posiciones de garante que solo tendrían efecto para la ley penal respecto de los delitos que atenten contra la vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales excluyéndose el referido numeral primero lo que ilustraba con claridad la posibilidad de penar con base en omisiones impropias cualquier tipo penal de resultado de la parte especial del código siempre que el sujeto pasivo fuera garante por virtud de la Constitución o la ley.

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de abril de 2003, radicación 12.742.

Igualmente, en el proyecto original la injerencia se definía de manera más simplista describiendo esta posición de garante como la creación precedente de una situación de peligro.

El texto del artículo 25 tal y como quedó consignado en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 aparece con la ponencia para primer debate y pliego de modificaciones presentado a la Cámara de Representantes y visible en la Gaceta del Congreso número 432 del jueves 11 de noviembre de 1999⁷¹.

Se justificó el cambio en la redacción como una redefinición de las posiciones de garantías que tradicionalmente se han manejado y que estaban orientadas a la llamada teoría formal, la cual se quedaba demasiado corta frente al importante contenido social de la Carta Política el cual se extrae del principio de solidaridad y del artículo 95 de la Constitución relativo a los deberes y obligaciones de las personas y del ciudadano.

Se advertía en ese pliego de modificaciones –el cual en su justificación ciertamente no brilla por su claridad- sobre la necesidad de limitar la cláusula de transformación contenida en el inciso 2° del artículo 21 del Código Penal de 1980 que hablaba de un ‘deber jurídico’ el cual podía constituirse en una posición de garantía que afecte indiscriminadamente a todo ciudadano, por lo cual era necesario limitar los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 25 a unas muy concretas situaciones o relaciones sociales que justifiquen la comisión por omisión. Advertía por último el legislador que las demás personas –no garantes- en quienes no confluyan tales criterios, simplemente podrá predicarse de ellos una omisión de socorro.

⁷¹ Cfr. JAIRO LÓPEZ MORALES. Antecedentes del Nuevo Código Penal. Bogotá, Doctrina y Ley. 2000, páginas 601 y siguientes

Esa redacción final ha dado lugar a no pocos equívocos sobre el ámbito de aplicación de los delitos de omisión impropia y por ello tratadistas de la talla de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ sostienen que por prohibición expresa de la ley (C.P., art.25, párrafo) otras conductas distintas a las que protegen la vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales no admiten tal modalidad de la conducta.⁷²

En sentido parecido, GÓMEZ PAVAJEAU⁷³ sostiene que la omisión impropia no tiene un alcance general como sí lo tiene en otras legislaciones, habida cuenta que es la misma ley la que debe señalar cuando tiene aplicación la fórmula jurídica del ‘dispositivo amplificador’ del tipo de la comisión por omisión, concluyendo que caben estos delitos en aquellos contra la vida e integridad personal, libertad individual, libertad y formación sexual, administración pública y eficaz y recta impartición de justicia. Nótese como este tratadista amplía el marco de acción restringido del artículo 25 e introduce dos bienes jurídicos cuyas infracciones serían susceptibles de ser imputadas a título de omisión impropia.

4.3. Posición de Garante.

El garante es el sujeto activo de los delitos de comisión por omisión, es un sujeto cualificado.

Según ZAFFARONI, la nota diferencial de los impropios delitos de omisión consiste en que, al tener una estructura equiparable o paralela a la activa, sus autores no son indiferenciados, sino que se hallan, respecto del bien jurídico, en lo que la doctrina llama posición de garante.⁷⁴

⁷² Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Temis, 2002, página 323

⁷³ Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Intervención y Omisión. Bogotá, Giro Editores, 2005, página 183

⁷⁴ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. Ob. Cit., página 548

Como garante se puede tener a aquel sujeto que tiene el deber jurídico de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados.

La posición de garante no es un elemento de la autoría exclusivo de los delitos impropios de omisión, aunque también en los delitos tipificados en los que se exige evitar un resultado el omitente es garante. La posición de garante puede surgir de dos diversas situaciones: 1. La emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo; y 2. La emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro.⁷⁵

Existen dos clases de garantes, unos que responden del resultado lesivo de un bien jurídico, como si ellos mismos lo hubiesen causado, y otros que responden de una omisión propia o pura (generalmente de socorro) agravada por el resultado (omisiones puras de garante). Esto indica que no se es garante de todo lo que en cualquier lugar y momento le suceda al bien jurídico protegido sino que debe mirarse en cada caso concreto, dependiendo del contenido del bien jurídico, cuál es el alcance de tales funciones de protección y vigilancia.

En los delitos de comisión por omisión el resultado producido pertenece al tipo objetivo, por ello son delitos de resultado. El garante que no cumple con su deber, responde como si hubiese causado el resultado.

Para saber en una situación concreta si un sujeto es garante o no, tendremos que acudir a las fuentes de tal posición.

Las fuentes de la posición de garante son la Ley en cuyo caso puede referirse a cualquier bien jurídico tutelado en el Código Penal, y las

⁷⁵ Cfr. BACIGALUPO. Ob. Cit., páginas 230 y 231

fuentes materiales (Asunción Voluntaria, Estrecha Comunidad de Vida, Comunidad de Riesgo e Injerencia) las cuales solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales.

4.3.1. Posición de Garante en el Código Penal de 1980.

El artículo 19 del Código Penal del Decreto Ley 100 de 1980 disponía que el hecho punible podía ser realizado por acción y omisión. A su vez, el artículo 21 de esta misma obra señalaba que nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ advertía que en los delitos impropios de omisión el autor debe ser determinado por el juez individualizando sus características conforme a los modelos legales y, más concretamente, con base en la llamada posición de garante como criterio general. Esta posición suponía en el agente una especial relación con el bien jurídico que se derivaba de dos tipos de situaciones básicamente: en primer lugar, cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos frente a los riesgos que puedan afectarlos y, en segundo lugar, cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo.⁷⁶

El inciso segundo del artículo 21 del anterior Código Penal consagraba una cláusula de equivalencia entre una omisión (que hubiese evitado un resultado) y la acción que normalmente lo causa. En Colombia se ha adoptado el sistema de la cláusula general de transformación o “equiparación”, no obstante, las llamadas posiciones de garantía se han regido por un sistema de “*numerus apertus*”, quedando, sin duda

⁷⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Ob. Cit., edición de 1994, páginas 386 y 387

alguna y como corresponde a un tipo abierto, en manos del operador jurídico el señalamiento de las situaciones y relaciones especiales que dan origen a las posiciones de garantía.

Al señalarse la expresión deber jurídico se debía entender que tal alocución era más amplia que la de un deber legal, es decir que no solamente nacen de la ley, sino que pueden surgir de otras fuentes ya que el ordenamiento jurídico no solamente está compuesto de leyes, por lo tanto la posición de garante no solamente surgía de la ley sino también del contrato e incluso del hecho precedente.

4.3.2. Posición de Garante en el Código Penal de 2000.

El elemento más característico de la omisión impropia es precisamente el sujeto activo en posición de garante, el cual se encuentra determinado en otras normas complementarias al tipo penal y que por lo mismo obran como elementos de reenvío. La posición de garante se encuentra constituida por el conjunto de circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; estas circunstancias específicas hacen para el derecho, que quien omite salvaguardar el bien sea asimilado a autor del hecho punible o a partícipe del mismo.⁷⁷

La postura de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ sobre el particular reconoce que el legislador del año 2000 asumió una teoría mixta o formal-material. El tratadista identifica que la posición de garante surge cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos frente a los riesgos que puedan afectarlos como en los deberes de protección surgidos de relaciones familiares o de ámbitos de convivencia, por la

⁷⁷ Cfr. JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. Teoría del Delito, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, páginas 360 y 361

comunidad de riesgo o por asunción voluntaria. También surge cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo como sucede con los deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos o injerencia, con las obligaciones surgidas de los riesgos creados por otras personas que se encuentran dentro del ámbito de influencia de quien omite y, los deberes surgidos del control de fuentes de riesgo que operan en el propio ámbito de dominio del agente.⁷⁸

A su turno, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de julio de 2006 con ponencia del doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, proceso 25.536, fijó su posición respecto a si la legislación penal colombiana de 2000 acogió una fórmula de *numerus apertus* o *numerus clausus* en lo que atañe a la posición de garante optando por la primera cuando la posición de garante tiene su génesis en la Constitución y en la ley y por la segunda cuando esas posiciones de garante obedecen a los fenómenos conocidos como al ámbito de dominio, la comunidad estrecha de vida, la actividad plural arriesgada y la injerencia, las cuales solo serán admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales.

Posición de garante es pues, conforme lo ha delimitado la jurisprudencia, la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado

⁷⁸ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Ob. Cit. Edición del año 2002, páginas 325 y 326

con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1° y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el principio de solidaridad, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura.

Bajo el título de “Acción y omisión”, el artículo 25 del Código Penal de 2000 —Ley 599— dice:

“La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones;

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PAR.—Los numerales 1°, 2°, 3° y 4° solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”.

Como se percibe con facilidad, el artículo consta de dos partes:

La primera —incisos 1° y 2°—, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional posición de garante, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta cuando tiene el deber jurídico de impedir un resultado jurídico y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.⁷⁹

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante.

La segunda —inciso 3° con sus cuatro numerales, y párrafo— alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la posición de garante comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser permeado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad la

⁷⁹ Cfr. JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Legis, páginas 55 a 70

“creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 5° del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el párrafo del artículo, esos cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales. Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente.

4.4. Jurisprudencia Constitucional sobre la Comisión por Omisión y la Posición de Garante.

La Corte Constitucional en Sentencia de Tutela SU-1184 de 2001 con ponencia de Eduardo Montealegre Lynett sentó su postura muy particular sobre el asunto toda vez que su enfoque partió de orientaciones dogmáticas de corte funcional radical cuyo mayor exponente a no dudarlo es GUNTHER JAKOBS. Empero y más allá de las justificadas réplicas que pueden realizarse a la luz de nuestro ordenamiento jurídico que prevé como fundamento basal de la antijuridicidad la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente

tutelado por la ley penal, lo cierto es que en tal decisión se aborda lo relativo a la posición de garante de la siguiente manera:

“Si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa – vg. facilitando el hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida- o mediante una omisión – vg. no colocando el seguro de la entrada principal-. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.”

La sentencia pretende abordar la temática desde un muy discutible funcionalismo radical y de alguna manera desechó la teoría formal del deber jurídico plasmada en el artículo 21 del Decreto Ley 100 de 1980 lo cual resulta ciertamente inaudito.

4.5. Jurisprudencia Penal sobre la Comisión por Omisión y la Posición de Garante.

Con una postura que pudiera catalogarse como funcional moderada toda vez que no deja de lado la concepción de que la tarea del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, en una muy interesante sentencia ya citada previamente⁸⁰ y producida dentro de un proceso

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio de 2006. Radicado 25.536. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón

que se adelantó en contra de una juez civil municipal de Barranquilla por el punible de peculado culposo originado por la pérdida de unos títulos judiciales señaló que existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo.

Igualmente existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal, la libertad individual y la libertad y la formación sexuales, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propia ámbito de dominio, o mantiene una estrecha comunidad de vida con otros, o emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

En el caso estudiado por la Corte se confirmó una sentencia condenatoria por el punible de peculado culposo en la modalidad de comisión por omisión con base en la posición de garante que ostentaba la Juez sobre la custodia y cuidado de los títulos judiciales que reposaban en su despacho.

Para la doctrina⁸¹ los jefes de la Administración en todas sus dependencias se encuentran en una posición de garante frente a otras personas que ejercen descentralizada, desconcentrada y delegadamente la función administrativa. Tienen que evitar en lo que sea posible que estas desvíen la función pública. Si están enterados y tienen conocimiento de lo que está sucediendo y no actúan pudiendo hacerlo, dentro del propio ámbito de dominio, incurrirán en comisión por omisión a título de dolo. Si por falta de seguimiento y control, no conocen lo que sucede, y sucede, siendo previsible o cognoscible,

⁸¹ Cfr. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Delitos contra la Administración Pública. 2ª Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, página 144

incurrirán en comisión por omisión a título de culpa si la respectiva infracción contempla dicha modalidad de imputación subjetiva.

Desde el año 2002 la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal a partir de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 ha predicado posición de garante en cabeza del jefe o representante legal de la entidad estatal:

“Dentro de ese contexto normativo, entonces, es el gobernador del departamento el garante del cumplimiento íntegro del ordenamiento jurídico en los actos de la administración seccional; de modo que tiene la obligación de responder por los asuntos de su competencia con apego absoluto a la Constitución y a la ley, especialmente en relación con aquellos que giran en torno a la custodia y destinación de los recursos que le pertenecen.

No se trata del cumplimiento de cualquier papel dentro de la Administración, sino del rol de garante de primer orden en el desarrollo de las tareas de la administración seccional, pues al fin y al cabo es su representante legal y el ordenador del gasto.”⁸²

La Corte en sentencia del 5 de noviembre de 2008⁸³ igualmente ha sido clara en predicar la posición de garante que ostenta el ordenador del gasto respecto de todos los trámites contractuales y además explica los alcances que tendría la delegación respecto de esa posición de garante dando lugar incluso a inaplicar el principio de confianza.

“Pero aún, si en gracia de discusión se conviniera con la defensa en cuanto a la existencia del acto de delegación respecto de funciones privativas a cargo del Presidente de la Cámara de Representantes,

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de septiembre de 2002. Rad. 17.392. M.P.: Fernando Arboleda Ripoll

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Radicado 18.029. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez

ello tampoco comporta los efectos que se plantean en cuanto, como ya se ha dicho, la delegación no exonera de responsabilidad al representante legal de la entidad en cuanto a los deberes de control y vigilancia de los actos delegados”

La providencia en cita se apoyó además en el pronunciamiento de la Corte Constitucional C-693 de 1998 que es el relativo a Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007.

Tanto para la Sala Penal de la Corte⁸⁴ como para la opinión dominante en la doctrina penal contemporánea⁸⁵, no hay lugar a la aplicación del principio de confianza cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás.

Tampoco es procedente el reconocimiento de este principio en los casos en los que el procesado está obligado por los referidos deberes especiales y son otros quienes incurren de manera activa en comportamientos culposos e incluso dolosos para la producción del resultado típico. De ahí que el principio de confianza se ha convertido en un límite corrector de la tradicional teoría de la prohibición de regreso, que predicaba que *“cuando una persona realiza una conducta dolosa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento de esta última”*⁸⁶.

⁸⁴ Cf., entre otras, sentencias de 9 de febrero de 2005, radicación 21547, y 28 de septiembre de 2006, radicación 24031.

⁸⁵ Cf., entre otros, Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, § 24, 25; Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 533; Cerezo Mir, José, *Obras completas I. Derecho penal. Parte general*, Ara, Lima, 2006, p. 569; y Velásquez V., Fernando, *Derecho penal. Parte general*, Comlibros, Medellín, p. 606.

⁸⁶ Sentencia de 4 de abril de 2003, radicación 12742.

En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 3 de octubre de 2007⁸⁷, sostuvo que la imputación por la intervención imprudente de un individuo en un hecho doloso cometido por terceros era posible en los delitos contra la administración pública, en la medida en que quien viola el deber de cuidado tenga la obligación jurídica de evitar el resultado y exceda los límites del riesgo permitido.

Lo anterior significa que el principio de confianza no puede regir en aquellos casos en los que la persona se encuentra en una posición de garante respecto del objeto material del bien jurídico, ni cuando fomenta de manera perceptible la realización del delito doloso, creando un peligro intolerable que se concreta en el resultado típico debido a la intervención dolosa de terceros.⁸⁸

Resulta claro colegir además que conforme al pensamiento acuñado por la Corte, hay posición de garante para el ordenador del gasto respecto de todo el trámite contractual, responsabilidad ésta de la cual no hay lugar a liberarse –según la Corte Constitucional, Sentencia C-693 de 2008- pese a haber operado la delegación habida cuenta de lo dispuesto por el legislador en la Ley 1150 de 2007.

Aparte, se puede predicar comisión por omisión respecto de cualquier delito de resultado previsto en el Libro Segundo del Código Penal siempre y cuando la posición de garante se derive de una previsión legal o constitucional y por ende no se puede hacer una interpretación limitada de las previsiones normativas consagradas en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000. Así es necesario auscultar si las infracciones consagradas en la Ley Penal que tienen que ver con la contratación estatal permiten esta modalidad de imputación.

⁸⁷ Radicación 28326.

⁸⁸ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 2009. Radicado 32.053. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca

5. DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

El primer campo de acción de este estudio en lo que al derecho penal especial se trata se restringe a los delitos de celebración indebida de contratos ubicados en el capítulo cuarto del título XV del libro segundo del Código Penal vigente advirtiéndose sí desde ya que tal perspectiva no es totalmente estricta habida cuenta que en pos de ubicar escenarios de penalización de conductas habrá de otearse otros ilícitos atentatorios contra el bien jurídico de la administración pública.

5.1. Interés Indebido en la Celebración de Contratos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 409 del Código Penal se configura este reato cuando un empleado oficial desborda, por razones personales o subjetivas, los marcos del interés general en el proceso de formación del contrato, en su celebración o durante la ejecución del mismo, esto es que desconoce la garantía de objetividad que debe dominar toda su actuación como vocero de los intereses generales en las actuaciones contractuales.

Esta conducta punible está descrita como interesarse en provecho propio o de un tercero, por parte de un servidor público que interviene en la contratación administrativa.⁸⁹

FERREIRA advierte que haciendo la exégesis del cohecho que tipificaba el artículo 162 del Código de 1936, el doctor BERNAL PINZÓN⁹⁰ anotaba que fue tomado malamente del artículo 400 del Código español, pues en este tema se castigaba al empleado oficial que por razón de sus

⁸⁹ Cfr. ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ. Régimen Penal de la Función Pública. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997, página 111

⁹⁰ Cfr. JESÚS BERNAL PINZÓN. Delitos contra la Administración Pública. Bogotá, Temis, 1965, páginas 136 y ss.

funciones interviene en un contrato, previo concierto con el particular contratista y con fraude al Estado, palabras estas últimas que faltaron en la tipificación realizada por el legislador colombiano.⁹¹

MOLINA ARRUBLA señala que según la redacción que observa este tipo penal, la conducta ejecutiva consiste en interesarse, que, como dice GÓMEZ MÉNDEZ⁹² “es actuar con miras a la obtención de un determinado resultado favorable al propio agente o a un tercero”. Así, pues, estamos aquí frente a un tipo penal abierto, el cual no ha sido ajeno a muchas críticas de un amplio sector doctrinal, encabezado por PÉREZ⁹³, quien considera que el vocablo interesarse es una palabra genérica que atenta contra la seguridad jurídica de los coasociados, criterio compartido por MOLINA ARRUBLA.⁹⁴

Para nosotros, allende las explicables críticas, es claro que lo que la norma penal pretende combatir son todos aquellos actos de desvío de poder en las actuaciones bilaterales propias de los negocios jurídicos del Estado traducida en la posibilidad de que los servidores públicos actúen motivados por razones de orden personal.

A partir de la concepción que el Consejo de Estado ha desarrollado sobre la desviación de poder así es como mejor se entiende y concibe el tipo penal de interés indebido en la celebración de contrato y por ello se ha insistido que el principal problema del desvío de poder es fundamentalmente probatorio en virtud de las artimañas a las que acude el servidor público para demostrar una perfecta legalidad formal de sus decisiones.

⁹¹ Cfr. FRANCISCO JOSÉ FERREIRA D. Delitos contra la Administración Pública. Tercera Edición. Bogotá, Temis, 1995, página 109

⁹² Cfr. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ. “Delitos contra la Administración Pública” en Derecho Penal Especial de autores varios. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, página 96

⁹³ Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ. Derecho penal: partes general y especial. Tomo III. Bogotá, Temis, 1984, página 275

⁹⁴ Cfr. CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA. Delitos contra la Administración Pública. 2ª Edición. Bogotá, Leyer, 1998, página 295

El principal efecto del desconocimiento del principio rector y básico del interés general es la configuración de una situación de abuso de poder que en materia administrativa se traduce en la causal de nulidad por desvío de poder, esto es, por desconocer el operador del derecho las finalidades previstas en el ordenamiento jurídico administrativo respecto de las decisiones que le corresponde adoptar.

El Consejo de Estado sobre la desviación de poder ha enseñado que cuando ésta se alega, corresponde al actor la carga de la prueba, el deber de demostrar que la decisión ha sido tomada en vista de un fin distinto a aquel por el cual la facultad fue otorgada a la autoridad que la profiere. Si la anterior circunstancia resulta en el proceso debidamente demostrada significa que la competencia administrativa ha sido desviada de su fin legítimo, con lo cual el acto administrativo se torna ilegal, es decir, se ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad que lo amparaba. Adicionalmente, y si de acuerdo con las previsiones del artículo 177 del C.P.C. incumbe a las partes probar el ‘supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’, tiene el actor la carga de la prueba de la existencia de la desviación de poder, prueba que en el caso de ser plena y suficiente, necesariamente conducirá a la declaratoria de nulidad solicitada. Es de anotar que en tratándose de la desviación de poder, no existe una tarifa legal de prueba, razón por la cual resulta válido cualquier medio probatorio que sea ‘útil para la formación del convencimiento del juez’ a términos del artículo 175 del C.P.C.⁹⁵

En estos casos de desviación de poder contractual, el negocio jurídico tiene una apariencia externa de legalidad, empero su *iter desviatorio* se produce en el interior, no propiamente de la administración, sino de aquellas personas naturales que llevan su representación. Razón ésta que hace que su estudio y juzgamiento deban penetrar las barreras de

⁹⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Bogotá, D.C. Cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). CONSEJERO PONENTE : DOCTOR DELIO GOMEZ LEYVA

lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, en la subjetividad del servidor público que suscribe o interviene en el contrato.

Ante la dificultad que implica adentrarse en la subjetividad propia de quienes actúan desviadamente, la doctrina⁹⁶ ha elaborado lo que se denomina los síntomas denunciadores del desvío de poder, que no son más que elementos indiciarios para su configuración probatoria, entre ellos podrían estar la contradicción del acto con medidas anteriores o posteriores, la motivación excesiva, insuficiente o contradictoria, la alteración de los hechos, la decisión ilógica, la precipitación, la desigualdad de tratamiento a los interesados, entre otros.

Lo anterior no resulta en absoluto extraño para el derecho penal que desde tiempos inmemoriales ha venido reclamando un mayor esfuerzo de parte del operador judicial para demostrar de manera adecuada los elementos cognoscitivos y volitivos que estructuran el dolo⁹⁷.

Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha constituido problema importante en la configuración del delito de interés indebido en la celebración de contratos el poder identificar el alcance del concepto de interés que el legislador ha establecido como elemento rector de la conducta del tipo que nos ocupa; en ese sentido se ha pronunciado precisamente identificándolo materialmente con el desvío de poder que proscribe permanente en la Constitución Política como acción contraria al interés público o general y que en asuntos

⁹⁶ Cfr. JOSÉ CRETILLA JR. Anulación del Acto Administrativo por Desvío de Poder. Río de Janeiro, Edit. Forense, 1978, página 108

⁹⁷ *"La necesidad de que los juristas se esfuercen por sistematizar y racionalizar la aplicación práctica de los conceptos que construyen parece indiscutible, con independencia de que tales esfuerzos provengan del Derecho material o del Derecho procesal. Sirvan para recalcar esta idea, ... dos citas: afirma KLAUS VOLK que 'la justicia no sólo depende del concepto jurídico-material, sino también de la manera en cómo éste es llevado a la práctica'; trasladada esta afirmación al ámbito de la determinación procesal del dolo, añade WOLFGANG FRISCH que 'el desarrollo de una dogmática adecuada para la constatación del dolo es mucho más necesario que todas las precisiones del concepto material'"* (RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS. El Dolo y su prueba en el derecho penal. Barcelona, Bosch, 1999, págs. 20 y 21)

administrativos, lleva a la nulidad de los actos y negocios donde se incurra en el mismo. Al respecto y de manera muy clara ha sostenido lo siguiente la corporación:

“...la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de los moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por el influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos, que se ha procedido indignamente por obra de ese apremio. Lo más posible, en estas circunstancias, es que se produzca lo que los autores llaman un ‘desdoblamiento de la personalidad del funcionario’, quien actuará dentro de la esfera oficial, con exigencias propias al servidor público, pero orientado por logros personales.”⁹⁸

En fallo posterior se reiteró el anterior concepto, recalcando su ánimo desviatorio independiente de otras circunstancias:

“El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o funciones”⁹⁹

El interés indebido en la celebración de contratos es un tipo penal de mera conducta, por lo tanto, no se requiere un perjuicio concreto al bien jurídico del erario de la administración pública para su

⁹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de junio de 1982, M.P.: Gustavo Gómez Velásquez

⁹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de septiembre de 2000. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

consumación; lo que se sanciona es la prevalencia del interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, en contravía de los principios y fines que rigen la administración pública.

Más recientemente la Corte puntualizó sobre el interés al que se refiere el legislador penal al tipificar esta conducta:

“...es el que nada tiene que ver con los fines de la contratación estatal, debe ser personal, mezquino, arbitrario, oculto e injustificado, gobernado por propósitos o inclinaciones personales; ventaja particular que puede ser de cualquier índole, esto es, económica, ideológica, filosófica, familiar, política, de amistad o enemistad, que incumpla uno de los fines fundantes del Estado social como es el interés general. No es entonces cualquier interés el que se penaliza, sino la ilegítima inclinación hacia una persona o entidad, alejándose del bien común.”¹⁰⁰

De manera que lo que caracteriza este primer delito de celebración indebida de contratos es la desviación de poder de parte del servidor público que interviene en cualquiera de las etapas contractuales, lo cual permite diferenciarlo de manera puntual de otra de las infracciones penales relacionadas con la contratación estatal.

La segunda posibilidad delictiva del Capítulo Cuarto del Título XV del Libro Segundo del Código de las Penas corresponde a:

5.2. Contratos sin Cumplimiento de Requisitos Legales.

Como complemento del delito de interés indebido en la celebración de contratos, esto es, de la sanción penal al desvío de poder, que como anotábamos se sustenta principalmente en el elemento finalístico o

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de octubre de 2014, Radicado 34.282, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

teleológico de los negocios jurídicos, el legislador ha establecido otro tipo penal cuya base sustentadora no es propiamente la finalidad del Estado, sino la legalidad de actuaciones, procedimientos, contenido u liquidación del contrato objetivamente considerada y calificada.

Se debe poner de presente sí que el legislador elevó a conducta punible, no toda infracción o desconocimiento al principio de legalidad del contrato del Estado, sino de manera exclusiva y particular aquella relacionada con las exigencias centrales o esenciales para cada uno de los momentos contractuales indicados.

Este delito según CORREDOR BELTRÁN¹⁰¹ es un tipo penal en blanco de muy compleja comprensión, que ha llevado a que se considere por algunos como la introducción de un tipo penal indeterminado, constituyéndose esto en infracción clara al principio de la tipicidad, ya que esta clase de tipos son aquellos en que la ley, traicionando la reserva y determinación constitucional de las prohibiciones penales, delega en el juez la facultad de identificar las conductas punibles limitándose a indicarle un vago camino para hacerlo, que es lo que FERNÁNDEZ CARRASQUILLA ha denominado “tipos en blanco absoluto” o de “reenvío genérico” y lo que en dogmática corriente se conoce como “tipos super-abiertos”¹⁰²

A estas muy estructuradas críticas sale al paso SANTOFIMIO GAMBOA¹⁰³ señalando que los delitos de celebración indebida de contratos son, por su misma naturaleza, tipos penales en blanco ya que resulta difícil para el legislador, dadas las complejidades del contrato del estado, precisar todas las conductas constitutivas de ilícito a partir del contrato estatal y si no fuera así se correría el riesgo de dejar por

¹⁰¹ Cfr. DIEGO CORREDOR BELTRÁN en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Varios Autores. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, páginas 315 y 316

¹⁰² Cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Principios y normas rectoras del derecho penal. Bogotá, Leyer, 1998, página 172

¹⁰³ Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, página 68

fuera irregularidades o ilegalidades trascendentales y se desprotegerían de esta manera el interés general, el patrimonio público y los bienes del Estado. Según el parecer de este tratadista el legislador no tuvo otra alternativa que la de hacer descripciones genéricas que se pueden concretar con la aplicación, entre otros, del derecho administrativo, civil y comercial, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, como es obvio con dificultades que deben solucionarse en cada caso concreto.

Para FERREIRA los tres modelos típicos del capítulo sobre la contratación indebida se refieren a una misma situación conflictiva de intereses del empleado oficial y su incompatibilidad para contratar con el Estado o la incapacidad de contratar con quien es inhábil para hacerlo.¹⁰⁴

Este reato según MARTÍNEZ LÓPEZ hace referencia a contratos afectados de invalidez por omisión, en su trámite, celebración o ejecución de requisitos legales esenciales, no obstante que lo que se sanciona, al igual que en Interés Indebido en la Celebración de Contratos, son los propósitos o intereses ilícitos de servidor público.¹⁰⁵

MOLINA ARRUBLA advierte que ese servidor público, finalmente, tramite, celebre o liquide un contrato administrativo, sin observancia de los requisitos legales esenciales nos indica que estamos en presencia de un tipo penal en blanco, toda vez que hemos de remitirnos al ámbito del derecho administrativo contractual, para conocer qué se entiende y cuáles son, esos requisitos legales esenciales.¹⁰⁶

Resulta así importante relieves que la Sala de Casación Penal de la Corte ha decantado los tres momentos del proceso contractual indicando su importancia para efectos penales:

¹⁰⁴ Cfr. FERREIRA DELGADO. Ob. Cit., página 111

¹⁰⁵ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ. Ob. Cit., página 113

¹⁰⁶ Cfr. MOLINA ARRUBLA. Ob. Cit., página 298

“...el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, por su parte, encuentra realización cuando se tramita, celebra o liquida inobservando el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sin que el legislador hubiera previsto para la configuración de este delito lo relativo a los requisitos legales esenciales para la ejecución del contrato, pues de la celebración del contrato hace un salto a la fase de liquidación, y deja la materia propia de la ejecución a la descripción del delito de interés indebido en la contratación, o cualquier otro delito que pueda tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc.”¹⁰⁷

Más recientemente la Corte puntualizó sobre este aspecto:

“La Sala considera del caso aquí reiterar esa postura, pues, ciertamente, ninguna explicación razonable tendría que el legislador, al tipificar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, hubiese empleado los términos “tramitar”, “celebrar” y “liquidar” para definir las fases en cuyo ámbito se estructura la conducta punible, indicando así que el primero de ellos no se refiere a todo el proceso contractual sino solamente a una parte de él, no otro que el correspondiente a la etapa precontractual, porque de ahí en adelante solamente decidió tipificar el ciclo propiamente contractual y el atinente a la liquidación.

Dígase, adicionalmente, que si bien, como lo expuso el Procurador Delegado, el principio de legalidad que gobierna la contratación impone predicar la configuración del mencionado ilícito cuando se desconocen los axiomas tutelares de esa clase de actuaciones

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003, Expediente 14.699. M.P.: Fernando Arboleda Ripoll

estatales, tales como planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, lo cierto es que el mismo principio de legalidad únicamente tolera la imposición de sanciones penales cuando el comportamiento del agente se enmarca estrictamente en una descripción típica previamente establecida por la ley.

Si tal situación no acontece, la conducta devendrá atípica por la no realización de todos sus elementos descriptivos, siendo deber del juzgador en ese caso abstenerse de formular juicio de reproche alguno contra el sujeto pasivo de la acción penal.”¹⁰⁸

Ahora bien, el principio de legalidad resulta de vital importancia para estructurar esta infracción, toda vez que no puede ser desconocido ni por las autoridades ni por los particulares investidos de facultades administrativas, cuando les corresponde adelantar trámites contractuales. En este sentido, el estudio de legalidad del contrato estatal significa comprometerse en un análisis de las bases sistemáticas normativas de principios y valores que orientan y vinculan cualquier actuación de la administración pública. La contratación estatal se encuentra siempre sujeta al principio de legalidad y por ende no existe espacio para la arbitrariedad administrativa. Sin excepción todos los aspectos relacionados con el contrato estatal se vinculan al contexto normativo, sea éste de derecho administrativo, civil o comercial.

Sin embargo, el legislador no señala de manera expresa cuáles son los requisitos esenciales para las instancias contractuales tuteladas por la norma penal, siendo insuficiente la remisión al artículo 1501 del Código Civil. Por lo anterior, se ha venido acogiendo la postura que cuando el funcionario no ajusta su actuar oficial a las precisas etapas y formalidades legales esenciales atinentes a la contratación estatal

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2012. Proceso 37691 M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

queda incurso en el punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* previsto en el artículo 410.

Se estructura ese tipo penal cuando un servidor público en ejercicio de sus funciones desatiende los requisitos legales atinentes a un contrato, específicamente en tres eventos, a saber: (i) cuando lo tramita sin cumplir los requisitos propios de esa fase contractual, (ii) cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los inherentes a la fase pre-contractual, y (iii) cuando liquida el contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto¹⁰⁹.

El incumplimiento de los principios que informan la función pública y, más específicamente, la contratación estatal puede, entonces, configurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Esta afirmación, sin embargo, amerita una precisión. No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador.

Lo anterior porque si no fuera así el tipo penal previsto en el artículo 410 devendría inconstitucional ante la indeterminación de sus elementos descriptivos, es decir, se apartaría del principio de tipicidad estricta que constituye componente de principio de legalidad, a su vez, integrante de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política.

Tal alcance interpretativo fue, precisamente, el que llevó a la Corte Constitucional a declarar exequible el artículo 410 del Código Penal en la sentencia C-917 de 2001 frente al cargo consistente en tratarse de

¹⁰⁹ Cfr. Sentencia del 18 de diciembre de 2008, radicación 19392.

una norma penal en blanco, cuyo reenvío no aparecía en ella de forma clara e inequívoca.

Consecuente con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene determinado que los requisitos legales esenciales a los cuales se refiere el artículo 410 del estatuto punitivo, según la fase contractual respectiva, son¹¹⁰:

1) Previos a la celebración del contrato:

- a. Competencia del funcionario para contratar.*
- b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar.*
- c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.*
- d. La licitación o el concurso previo.*

2) Concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular:

- a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos.*
- b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista.*
- c. La firma del contrato por las personas autorizadas.*

3) Posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el mismo la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado:

- a. La aprobación por parte de la entidad competente.*
- b. El pago del impuesto de timbre.*
- c. La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto.¹¹¹*

Desde luego que la anterior enunciación no se puede tomar como taxativa toda vez que dependiendo de la tipología contractual pueden aparecer otros elementos que por su especial connotación deben de ser catalogados como esenciales y por ende trascendentales al momento de estructurar un juicio de reproche penal.

¹¹⁰ Cfr. Sentencia del 6 de octubre de 2004, radicación 16066.

¹¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil nueve (2009). Radicado No. 31.654.MM.PP.:María Del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán

Vale la pena resaltar que algunos sostienen que este delito admite la modalidad de tentativa, puesto que se trata de un delito de resultado el cual no sería otro que la producción de un acto jurídico contrario a la ley¹¹², criterio que ciertamente no se comparte toda vez que el tipo penal solo exige para su producción tramitar, celebrar o liquidar contratos situación que a todas luces constituye una simple actividad y en momento alguno supone la existencia de un resultado para la verificación de la infracción descartándose por ende la posibilidad de aplicar el dispositivo amplificador de la tentativa.

Doctrinariamente se ha establecido de viejo cuño que el presente delito no admite tentativa por ser de mera conducta: “La tentativa no cabe, debido a que los trámites de una contratación con el Estado tienen diversas etapas y en cualquier momento en que el empleado oficial intervenga lo agota. Igual sucede si se trata de interés ilícito en un contrato, pues el primer acto de acción interesada que haga, lo consuma. Del mismo modo si contrata sin observar los requisitos esenciales a su existencia o validez, porque el primer acto de intervención en ellos completa el delito.”¹¹³

El tema de los delitos de resultado y de mera conducta ha sido objeto de reiterados estudios. Los delitos de mera actividad se contraponen a los delitos de resultado, hasta el punto que cada uno de ellos carece de sentido sin el otro; esto determina que el estudio de cualquiera de los dos no pueda realizarse si no es a partir de la cuestión que los separa: esto es, la falta del resultado que define a los delitos de mera actividad.

¹¹² Cfr. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, página 368

¹¹³ FRANCISCO JOSÉ FERREIRA D. Delitos Contra la Administración Pública. Tercera Edición. Bogotá, Temis, 1995, página 113. En el mismo sentido relativo a que se trata de un tipo de mera conducta ya que el tipo se perfecciona con la ejecución de la acción “tramitar” descrita en la norma, sin que se exija, en el proceso de adecuación típica, la producción de determinados eventos o resultados: PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1997, página 221

Dentro de la clasificación de los tipos penales, desde el punto de vista de su contenido, encontramos los de mera conducta y los de resultado. Los primeros de acuerdo con JESCHECK¹¹⁴ se caracterizan porque la descripción se agota en una acción del autor que no requiere la producción de un resultado en el mundo exterior que sea separable espacio-temporalmente.

La contrapartida de los delitos de mera actividad o mera conducta son los delitos de resultado. En ellos, la conducta está separada en el tiempo (así sea unos pocos segundos) del resultado. Aclarando sí que cuando se habla de resultado, se está haciendo referencia a un resultado naturalístico.

Por lo anterior, la diferencia entre los delitos de mera conducta y los de resultado estriba en el hecho simple de que en los segundos existe un resultado naturalístico separado de la conducta respectiva, en tanto que en los delitos de mera actividad no es necesario para la consumación del tipo la presencia de tal resultado. La importancia práctica de tal distinción radica en la posibilidad de punir la omisión (lo cual es solo predicable en los delitos de resultado), la importancia de la relación de causalidad y particularmente de la imputación objetiva del resultado así como en el terreno de la tentativa, toda vez que ante la imposibilidad de fraccionar el *iter criminis* mal se puede admitir dicho dispositivo amplificador.

Con relación al delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales no se percibe de la descripción legislativa un resultado naturalístico separado de las conductas tramitar, celebrar o liquidar por lo que nos inclinamos a concebir a dicha infracción como de mera actividad.

¹¹⁴ HANS-HEINRICH JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero. Barcelona, Bosch, 1981, página 357

La Corte ha sentado su postura en esta discusión de la siguiente manera:

“En delitos de mera actividad como el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la lesividad de un comportamiento se predica de un resultado valorativo, esto es, de analizar la infracción al deber en función del objeto de protección (en este caso, de los principios de la contratación con entes del Estado, como el de transparencia).”¹¹⁵

De otro lado, este delito bien podría haberse rotulado como omisión de requisitos esenciales en la celebración de contratos con lo cual nadie discutiría si se está frente a un delito de omisión propia. Además, de vieja data la doctrina ha considerado que se trata de un delito doloso de omisión.

“La contratación administrativa está sometida a determinados requisitos y formalidades (Ley 80 de 1993) que deben cumplir tanto la administración pública, como la persona natural o jurídica que interviene como parte contratante. Algunos de dichos requisitos y formalidades son esenciales para la validez jurídica del contrato o sea para que produzca los respectivos efectos legales. Con relación a estos requisitos, la conducta omisiva del servidor público consiste en no exigirlos, no aportarlos o no advertir que faltan en la respectiva tramitación o ejecución del contrato. Como en todo tipo penal de omisión, la acción exigida debe ser física y mentalmente posible para el autor.”¹¹⁶

La Corte ha tomado partido en este tema señalando que efectivamente el delito en cuestión corresponde a un tipo omisivo:

¹¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de diciembre de 2011. Radicado 37.941. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca

¹¹⁶ ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ. Régimen Penal de la Función Pública. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1998, página 114

“En efecto, si bien es cierto la Corte ha puntualizado que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales “... *tutela el principio de legalidad de la contratación administrativa, es decir, la tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales con apego a los principios y reglas establecidos en la ley*” también ha resaltado insistentemente cómo ese andamiaje legal tiene por finalidad última resguardar “... *los principios constitucionales que gobiernan la función administrativa toda, esto es, los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, declarados en el artículo 209 Superior*”¹¹⁷.

“...*debe insistir la Sala en que la tutela penal se impone para sancionar la omisión **consciente** de las exigencias legales con miras a dar ‘... al traste con los principios de moralidad, economía, imparcialidad, publicidad y selección objetiva, esenciales a los contratos administrativos, y de ese modo obtener ventajas particulares manipulando la contratación pública’.*”¹¹⁸

En tanto que en el tipo activo la tipicidad se verifica mediante la identidad de la conducta realizada con la del tipo legal, en el tipo omisivo surge de la diferencia entre la conducta realizada y la descrita. Se trata –en criterio de Zaffaroni– de dos técnicas diversas empleadas legislativamente para individualizar conductas prohibidas. Como consecuencia de esa disparidad técnica, la norma que se deduce de un tipo activo asume un enunciado prohibitivo, en tanto que la deducida de un tipo omisivo asume enunciado imperativo.¹¹⁹

¹¹⁷Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de abril de 2008 radicación 27724, donde se ratifica la tesis expuesta en sentencia del 23 de septiembre de 2003, radicado 17089

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de julio de 2010, Radicado 28.508, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez

¹¹⁹ Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2000, página 542

En la Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades la norma que se deduce del tipo es claramente prohibitiva de la misma manera que la que se deduce del Interés Indebido en la Celebración de Contratos, esto es que está prohibido interesarse personalmente y por fuera de los fines estatales en los contratos en los cuales se interviene y que, de la misma manera, está prohibido contratar haciendo caso omiso del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En sentido contrario, la norma que se deduce del Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales no es prohibitiva sino imperativa es decir que en los contratos de la administración pública se deben acatar todos aquellos requisitos legales esenciales so pena de incurrir en una infracción legal.

Por encima de las normas de valoración (que son las que reconocen a un objeto de la realidad como un bien jurídico) se encuentran precisamente las normas de determinación mediante las cuales se trata de determinar la voluntad y conducta de los seres humanos en un sentido que evite la lesión de los bienes jurídicos.¹²⁰

Las normas de determinación revisten dos formas, prohibiciones y mandatos. Se prohíben todas las acciones que lesionan bienes jurídicos o se imparte un mandato que obliga a quien se encuentra en determinada situación las acciones que sean precisas para evitar la lesión de un bien jurídico.

De las prohibiciones se deducen los tipos de delito de acción y de los mandatos se deducen los tipos de delito de omisión.

¹²⁰ LUIS GRACIA MARTÍN en el marco de la Cátedra de Teoría del Delito en la Maestría en Derecho Penal llevada a cabo en la Universidad Santo Tomás de Bogotá del 19 al 21 de marzo de 2015.

La connotación omisiva del reato de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales así como su condición de ser de mera conducta y no de resultado son características de suyo relevantes para los objetivos planteados en este estudio.

No hay que pasar por alto que para voces muy reputadas como la de REYES ALVARADO¹²¹ la omisión surge como tal solo en plano valorativo para destacar que determinadas personas desplegaron una actividad diversa de aquella que jurídicamente les era exigible de manera que se reprocha el no haber realizado lo que era legalmente exigible, como por ejemplo –en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales– haber contratado directamente cuando por ley lo que correspondía era adelantar una licitación pública.

El legislador es el que decide si en la confección de los tipos penales destaca una acción concreta que debe ser realizada, restringiendo así considerablemente la libertad de actuación, o si prefiere prohibir una determinada actividad otorgando con ello una mayor libertad de conducta, pero en el fondo en todos los delitos de omisión existe una acción, sólo que ella es jurídicamente reprochable en cuanto no era la conducta que del sujeto se esperaba.

En el mismo sentido JAKOBS¹²² ha sostenido que el derecho penal moderno no toma como punto de referencia movimientos corporales de individuos o la ausencia de los mismos, sino el significado del comportamiento de las personas, con lo cual la diferenciación entre movimiento y no-movimiento es solamente técnica. Para este autor el concepto penal clave es el de deber y la distinción entre acción y omisión afecta una cuestión secundaria toda vez que la configuración de la sociedad, a cuyo mantenimiento debe contribuir el derecho penal, no cristaliza en naturalismos como la diferenciación entre comisión y

¹²¹ Cfr. YESID REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. Bogotá, Temis, 1994, página 46

¹²² Cfr. GÜNTHER JAKOBS. Acción y Omisión en Derecho Penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, páginas 34 y 35

omisión, sino en instituciones, como la que se basa en una posición solamente negativa o la basada en un status positivo.

Para STRUENSE¹²³, si uno vuelve la atención a la determinación más precisa de la conducta en los tipos penales y los revisa para la comprobación de la punibilidad en el caso concreto se advierte que la cuestión de “delimitación” entre actuar y omitir ni siquiera aparece. Los actos descritos cometidos u omitidos deben subsumirse entonces sin mayor revisión en los tipos penales que entran en consideración. El punto de vista según el cual un actuar puede cumplir un tipo de omisión, y un omitir, uno de comisión, no requiere ni permite otro procedimiento pues, respecto de la punibilidad, decide únicamente la subsunción en los elementos del tipo; de su definición debe surgir si bajo ellos cae un actuar, un omitir, o ambos, y si están dados los demás presupuestos del delito.

Con esa última línea de pensamiento no resultaría relevante la conclusión respecto a la naturaleza omisiva o comisiva del delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales pero sí se debe insistir en su condición de delito de mera actividad en lo que atañe a los efectos prácticos del presente trabajo, *advirtiendo sí que para nosotros la infracción en comento se corresponde con un tipo omisivo propio*.

La última modalidad comportamental tradicional de la Celebración Indebida de Contratos es la de:

5.3. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades

La existencia de inhabilidades e incompatibilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el

¹²³ Cfr. EBERHARD STRUENSE. Actuar y Omitir. Delitos de Comisión y de Omisión. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, página 29

interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad.

Lo que se persigue con este régimen es la mayor transparencia y pulcritud en el manejo de las decisiones públicas y, sobre todo, en el destino de los recursos del erario con el propósito que éstos no se trasladen a sujetos que puedan caracterizarse legalmente por estar incursos en conflicto con el interés general.

Un servidor público realiza esta conducta cuando estando legalmente impedido, por inhabilidad o incompatibilidad, interviene en la tramitación, aprobación o celebración de contrato administrativo, en ejercicio de sus funciones o cuando en dicho trámite interviene persona también impedida, con el conocimiento y aprobación de aquél, como contratar a nombre de la administración pública, con pariente, otro servidor público, o con quien no está en ejercicio de derechos y funciones públicas.¹²⁴

Para MOLINA ARRUBLA es evidente que aunque la figura en estudio no contempla ni elementos descriptivos ni elementos subjetivos del tipo, entre los varios elementos normativos que el tipo encierra, cuando se alude al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades se debe entender como lo hace ARENAS¹²⁵, aquellas disposiciones en las que está determinada una sanción, pero cuyo precepto no aparece formulado sino como una prohibición genérica que deberá ser concretada y actualizada por un reglamento, una orden de la autoridad o una ley.¹²⁶

¹²⁴ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ. Ob. Cit., página 107

¹²⁵ Cfr. ANTONIO VICENTE ARENAS. Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte Especial. Tomo II. Reimpresión de la 6ª Edición. Bogotá, Temis, 1989, página 53

¹²⁶ Cfr. MOLINA ARRUBLA. Ob. Cit., página 291

La incompatibilidades son, por regla general, para quienes desempeñan o desempeñaron un cargo público, para contratar con el Estado; esto con el fin de mantener la transparencia, imparcialidad y moralidad de la misma por el conflicto entre los intereses generales y los intereses particulares que en la mayoría de los casos se refieren a la relación laboral, al parentesco, a vínculos afectivos o de matrimonio.

Las inhabilidades, por el contrario, resultan por lo general imputables al posible contratista o particular que desee acceder a un cargo público. Se tratan de consideraciones personales definidas por el legislador que limitan su posibilidad de acción dentro del tráfico jurídico.

FERREIRA sostiene que la inhabilidad para la contratación nace de las cualidades o condiciones de la persona misma que piensa contratar con el Estado, porque, dadas ciertas situaciones que la ley prevé, está incapacitado para hacerlo.¹²⁷

Las inhabilidades e incompatibilidades son de estricto derecho, de interpretación restrictiva, de régimen taxativo y expreso y de imposible interpretación o aplicación analógica.¹²⁸

Las especiales conductas descritas por el legislador como inhabilidades o incompatibilidades contractuales configuran el contenido del artículo 408 de la Ley 599 de 2000 cuando el servidor público responsable de la contratación permita que un sujeto inhabilitado o incurso en incompatibilidad participe en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato.

Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la incorporación de este delito en el ordenamiento jurídico tiene unas

¹²⁷ FERREIRA DELGADO. Ob. Cit., página 106

¹²⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de octubre de 1996, exp. 925, C.P.: Roberto Suárez Franco

razones particulares que deben ser tenidas en cuenta para su entendimiento:

“Lo que el legislador quiere garantizar con la punición de conductas violatorias del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades es la absoluta transparencia en el acto de contratar por parte de los servidores públicos, la imparcialidad, equidad y el buen nombre de la administración.

La tradicional división de los tipos penales, ampliamente difundida y desarrollada por la doctrina general, al punto de constituirse en fundamental noción de derecho penal, no requiere en sí de nuevos desarrollos jurisprudenciales en el punto específico; y no es misterio que conforme a esa doctrina dominante el tipo penal descrito como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades es delito de mera conducta que consiste en intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación de dicho régimen legal.

En otras palabras, el delito se consuma con la sola gestión del servidor público a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente.”¹²⁹

Como bien se puede colegir del anterior extracto jurisprudencial, este delito es de mera conducta y no de resultado, situación que deberá ser tenida muy en cuenta al momento de estudiarse su posible modalidad omisiva.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 11 de marzo de 1997. Radicado 11.601, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

Las inhabilidades e incompatibilidades se encuentran recogidas en la Ley 80 de 1993, en la Constitución Política y particularmente en el Acto Legislativo 01 de 2004 que adicionó el artículo 122 constitucional con un inciso nuevo, el quinto; la Ley 734 de 2002, el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, la Ley 610 de 2000, la Ley 489 de 1998, la Ley 617 de 2000, Ley 136 de 1994, Ley 689 de 2001 y, Ley 863 de 2003.

Recientemente el legislador adicionó una cuarta infracción al capítulo relativo a la Celebración Indebida de Contratos. Efectivamente, mediante el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 se introdujo el delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia, el cual no tiene como sujeto calificado a los servidores públicos sino que se dirige a aquellos oferentes que en procesos licitatorios, subastas públicas, selecciones abreviadas o concursos se concierten con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual.

La celebración indebida de contratos en las modalidades de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos y acuerdos restrictivos de la competencia son tipos penales de comisión y no prevén en su estructuración típica (artículos 408, 409 y 410A de la Ley 599 de 2000) la modalidad de la omisión.

Ahora bien, cabe preguntarse si un ordenador del gasto que haya delegado dicha potestad en uno o varios de sus subalternos podrá ser procesado y condenado penalmente por la inobservancia del régimen legal y constitucional de inhabilidades o incompatibilidades o por haber celebrado un contrato omitiendo sus requisitos legales esenciales o por haberse presentado una desviación de poder en alguna de las etapas contractuales.

Tal interrogante deberá ser absuelto a partir de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 la cual prevé que “en ningún caso,

los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual” eso sí “en el entendido según el cual el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones” tal y como quedó consignado en la Sentencia C-693 de 2008.

La pregunta que necesariamente debe formularse consiste en inquirirse si se omiten de forma dolosa o gravemente culposa los deberes de control y vigilancia de la actividad contractual por parte de un ordenador del gasto que previamente delegó las potestades contractuales podría conllevar responsabilidad penal de conformidad con las previsiones normativas descritas en los artículos 408 a 410 del Código Penal.

6. REQUISITOS PARA IMPUTAR UN TIPO PENAL A TÍTULO DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Con base en las posturas acuñadas por la Corte, algunos despachos judiciales dentro de los cuales vale destacar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia han ido más allá de reconocer posición de garante contractual en cabeza de los ordenadores del gasto pues predicán además que la delegación tal y como hoy día la prevé el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 no afecta en nada dicha posición de garante y de dicha posición de garante han irradiado consecuencias respecto de delitos de celebración indebida de contratos.

Efectivamente, en una providencia en la cual se confirma un fallo en cabeza de un ex alcalde de Armenia, no solo se condena una omisión respecto del punible de peculado sino que, además, tal censura se extendió al delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales arguyéndose para ello que el autor “..a pesar del conocimiento y experiencia adquirida a través de sus cargos omitió ejercer el deber de vigilancia que le correspondía como administrador del municipio.”¹³⁰

Pronunciamientos como el señalado cada vez son más frecuentes en los estrados judiciales patrios amén que hay un sector de la doctrina criolla que predica que la comisión por omisión tiene cobertura sobre las tres figuras típicas de la celebración indebida de contratos¹³¹ y por ello resulta necesario realizar las siguientes precisiones:

Aunque para algunas voces aisladas es posible predicar comisión por omisión en delitos de mera actividad¹³², a la luz de lo normado en el artículo 25 del Código Penal no debe caber duda alguna que el ámbito de aplicación de los delitos de omisión impropia está restringido a los delitos de resultado. En efecto, el legislador fue elocuente al expresar: “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica...”.¹³³

Para el caso de los delitos de Celebración Indebida de Contratos, tal y como se analizó en líneas precedentes es imposible predicar que en la descripción típica de dichos delitos esté previsto un resultado y el punible de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales que sería el que pudiera dar lugar a mayores controversias, es en realidad un

¹³⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA. SALA PENAL. Sentencia de Julio once (11) de dos mil once (2011). Rad. 63-001-60-00059-2009-01252. Magistrada Ponente: Claudia Patricia Rey Ramírez

¹³¹ Cfr. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Delitos contra la Administración Pública. 2ª Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, páginas 369 y 370

¹³² JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal. Universidad Externado de Colombia. 2001, página 22

¹³³ Cfr. JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Legis, 2002, páginas 157, 195 y 238

delito de omisión propia lo cual conduce a hacer inane cualquier discusión sobre ese resultado ya que resulta intrascendente para la omisión impropia.

La imposibilidad de predicar la omisión impropia en los delitos de mera conducta en donde el bien jurídico tutelado es la administración pública se desprende tal y como lo advertimos, de la fórmula adoptada expresamente por el legislador en el artículo 25 del Código Penal mas no así del bien jurídico tutelado toda vez que en delitos de resultado como el peculado, si es viable está particular forma de imputación. Empero, al parecer ese no fue el pensamiento expresado en algún momento de la discusión legislativa:

“Se introduce otra limitante: no todos los delitos conocidos como de resultado originan omisión impropia: sólo aquellos que tienen que ver con los derechos individuales más cercanos a la dignidad humana, tal y como ocurre con la vida y la integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexual. Los bienes jurídicos mencionados no pueden ser entendidos por su mera ubicación formal, sino en sentido material, pues delitos contra la vida e integridad personal que se encuentran dentro del título de Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, o la tortura que está dentro de otras garantías pertenecientes a la libertad individual, quedan cobijados por las posiciones de garantía”¹³⁴

SILVA SÁNCHEZ toma partido en esta discusión señalando que por razones derivadas de la función de garantía de la ley penal expresadas en el principio de la determinación típica y además por el origen muy determinado de la estructura misma de la comisión por omisión en lo

¹³⁴ GACETA DEL CONGRESO, Número 280, páginas 64 y 65

que a la causalidad atañe la posibilidad de realización de delitos de mera actividad en comisión por omisión debe estimarse excluida.¹³⁵

JESCHEK explica lo anterior señalando que la consumación del delito de omisión impropia requiere la producción del resultado típico. Debe constatarse pues, por ejemplo, la muerte del lesionado en el homicidio imprudente por omisión de la acción de salvación o en otro ejemplo, la muerte de la víctima por no impedir el atentado homicida.¹³⁶

Además del resultado se requiere un sujeto activo el cual no es otro que el que ostenta la posición de garante, figura ésta ya reseñada en líneas precedentes.

El sujeto pasivo es quien tiene el derecho a ser salvaguardado de los riesgos que se ciernen sobre él.

La conducta la cual consiste es un no actuar lo cual no se traduce en una pasividad absoluta puesto que se trata de la omisión de una acción determinada. Además, para que exista omisión el garante ha de tener capacidad concreta de actuar, en la medida que nadie está obligado a lo imposible.

En la omisión el sujeto responde en la medida que teniendo capacidad de acción, no implica la producción de un resultado.

En la omisión no hay causalidad por ello se hablaba anteriormente de una causalidad hipotética empero lo correcto es predicar imputación objetiva. La relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, por lo tanto, no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva. Dicha relación se da cuando la acción omitida

¹³⁵ Cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. El Delito de Omisión, Concepto y Sistema. Barcelona, Bosch, 1986, página 352

¹³⁶ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Volumen Segundo. Barcelona, Bosch, 1981, página 851

hubiera evitado el resultado producido. Existe así una infracción del deber de actuar cuando el omitente hubiera reducido con su acción claramente el peligro que corría el bien jurídico.¹³⁷

Para JESCHECK, la imputación objetiva del resultado típico se basa, en los delitos de omisión impropia, en que en lugar de la causación del resultado por un hacer positivo tiene lugar la no evitación del mismo en contra de un deber de garante.¹³⁸

De cualquier manera, consideramos que habiendo alguna duda razonable respecto de la evitación del resultado por la acción omitida no debería haber imputación del mismo a la omisión.

FORERO RAMÍREZ señala que el dolo en los delitos de omisión impropia supone conocimiento de la posición de garante, conocimiento de la situación típica entendida como la situación de riesgo para el bien jurídico protegido y voluntad de no llevar a cabo la acción debida.¹³⁹

Para LUZÓN PEÑA la culpa en los delitos omisivos hace referencia a la infracción del deber objetivo de cuidado respecto de las medidas de precaución necesarias para no olvidar ni dejar de realizar una actividad de salvación o de apoyo y fomento de bienes jurídicos.¹⁴⁰

7. EL PECULADO, EL PREVARICATO Y LA OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA

¹³⁷ Cfr. ENRIQUE BACIGALUPO. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá, Temis, 1994, página 230

¹³⁸ HANS-HEINRICH JESCHECK, Ob. Cit., página 863

¹³⁹ Cfr. JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Legis, 2002, páginas 164 y 165

¹⁴⁰ Cfr. DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA. Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid, Ed. Universitas S.A., 1996, página 499 citada por JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Legis, 2002, páginas 166

El aciago panorama que presenta la omisión impropia en los delitos de Celebración Indebida de Contratos cambia radicalmente al cotejarse con la previsión legal relativa al ilícito de Peculado delito éste que al reclamar –en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000- una apropiación en provecho propio o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, nos sitúa en el marco de un delito de resultado.

MARTÍNEZ LÓPEZ señala, previa cita de las enseñanzas de ZAFFARONI sobre la antijuridicidad material¹⁴¹ que el peculado por apropiación es delito de daño o lesión y para efectos de antijuridicidad ésta se valora en el perjuicio económico que sufrió la administración pública al punto que cuando dicha lesión no es cuantificable o el perjuicio no existe o no es valorable, se trata de conducta inocua no punible por falta de antijuridicidad material.¹⁴²

Sobre la condición del peculado como delito de resultado no hay unanimidad de criterios. GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU¹⁴³ adhieren sin reparos a quienes pregonan dicha característica del peculado, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia expresó en algún momento todo lo contrario al señalar que este delito contra la Administración Pública, “de acuerdo con el contenido del tipo que lo recoge, es de mera conducta, por cuanto describe como punible el simple comportamiento del servidor público de apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones

¹⁴¹ Cfr. ZAFFARONI. Ob. Cit., página 480 de la Edición de 1986

¹⁴² Cfr. ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ. Régimen Penal de la Función Pública. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997, páginas 33 y 34

¹⁴³ Cfr. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, página 268

en que éste tenga parte, independientemente del resultado que se pueda producir”¹⁴⁴.

La Corte en pronunciamiento posterior sostuvo que el punible de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, como quiera que se consuma cuando el bien jurídico es apropiado, es decir, cuando mediante un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, se evidencia el ánimo de detentarla, situación que da lugar a que no sea “factible hablar en esta oportunidad de la configuración del peculado por apropiación en grado de tentativa, toda vez que la conducta se entiende consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de sus recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre efectivamente a disfrutar o gozar de aquellos, basta con el hecho de impedir que el Estado siga disponiendo de los recursos confiados al servidor público.”¹⁴⁵

Empero lo anterior, no son pocas las ocasiones en que la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad del dispositivo amplificador de la tentativa respecto del punible de peculado¹⁴⁶.

En idéntico sentido, MARTÍNEZ LÓPEZ sostiene que el peculado por apropiación es delito de resultado y producido éste el hecho punible se considera realizado. Comoquiera que consumación es apropiación del bien entendida como tal cuando jurídica y materialmente éste ingresa al dominio y libre disposición del usurpador o un tercero, el proceso de dicha apropiación es fraccionable, lo que hace posible la tentativa,

¹⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de junio de 2011 producida dentro del radicado 36.387. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero

¹⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de octubre de 2012, radicado 38.396. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero

¹⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de marzo de 2010, radicado 32.763. M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Sentencia del 16 de septiembre de 2009, radicado 30.780. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez. Sentencia del 21 de julio de 2010, radicado 34.453. M.P.: Javier Zapata Ortíz

siempre que en la realización imperfecta del hecho, los actos ejecutivos sean inequívocos de la intención de hacer propios bienes ajenos.¹⁴⁷ Con similar postura se pronuncia HIGUITA RIVERA.¹⁴⁸

Aunque en puridad de verdad, para que un tipo penal admita la tentativa no se requiere –como sí ocurre con la comisión por omisión– que se trate de un delito de resultado.

Para determinar el ámbito objetivo del dispositivo de la tentativa, es preciso partir, en cada caso concreto, de la base típica, como punto de origen. Cuando la Ley excepcionalmente erige en tipos delictivos conductas humanas que ontológicamente no son otra cosa que resoluciones manifestadas, actos preparatorios o actos de tentativa, es conceptualmente imposible ampliar la base típica de dichos delitos, pues todos los actos anteriores a los que recoge dicha base carecen de naturaleza ejecutiva.

La base típica representa la idea del delito perfecto. La ampliación típica que se logra en virtud de este dispositivo, no acrecienta el tipo en todos sus elementos sino que, cubriendo la función para que fuera creado, alarga sólo su contorno y dimensión temporal. Así, fácil es afirmar que los actos que implican un principio de ejecución de un delito caen dentro del dispositivo de la tentativa, en tanto que quedan fuera de su ámbito aquellos que solamente preparan su ejecución.¹⁴⁹

Bajo los anteriores parámetros no nos cabe duda que el peculado admite la tentativa en todos aquellos eventos en donde más allá de actos preparatorios, hay un principio de ejecución pero no se alcanza a llegar al resultado de la apropiación por causas ajenas a la voluntad del

¹⁴⁷ Cfr. ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ. Régimen Penal de la Administración Pública. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, página 33

¹⁴⁸ Cfr. LINA MARÍA HIGUITA RIVERA. La Responsabilidad Penal del Servidor Público. Medellín, Diké, 2001, páginas 77 y 78

¹⁴⁹ Cfr. MARIANO JIMÉNEZ HUERTA. Ámbito Conceptual de la Tentativa. Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, páginas 111 a 119

autor quien además y como es obvio, había obrado con conocimiento y voluntad es decir, con dolo.

Volviendo al resultado, éste en el delito de peculado es la afectación del patrimonio estatal elemento éste indispensable para predicar la existencia como tal de un peculado ya que de lo contrario carecería de antijuridicidad material. Tan cierto es lo anterior que dependiendo del resultado efectivo se realiza el proceso de graduación de pena conforme y se colige de lo dispuesto por el legislador en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

CANCINO¹⁵⁰ sobre el particular advierte que peculado consumado, sin daño efectivo, es tan absurdo como decir que puede haber humo sin fuego, o sombra sin cuerpo que lo proyecte, o tejado sin paredes o puntales de sustentación toda vez que es requisito indispensable para el proceso de adecuación típica que el sujeto activo establezca que el bien objeto de la apropiación ha permitido la real disponibilidad de la misma, es decir que para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe o se ponga en peligro la recta funcionalidad de la administración pública. Agrega que el transcurso del tiempo no ha introducido variantes en el nombre del ilícito, pero tampoco en la categoría del bien lesionado, aunque para nuestro mal, hoy se ha convertido en verdadera plaga que tal parece no se le combatiera, cuando son tan ingentes los esfuerzos del Estado por ensayar siempre su drástica represión.¹⁵¹

Si bien es distinto que un delito sea de resultado o de mera conducta a que sea de peligro o de lesión, esta última condición nos puede conducir a una conclusión respecto a cuál es el resultado que reclama esta infracción. *“Siendo el peculado un delito de daño, y no de peligro, para la*

¹⁵⁰ Cfr. ANTONIO JOSÉ CANCINO en Lecciones de Derecho Penal. Varios Autores, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, páginas 95 y 96

¹⁵¹ Cfr. ANTONIO JOSÉ CANCINO MORENO. El Peculado en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Temis, 1983, páginas 47 y 48

administración pública, es necesario para su existencia que se haya verificado por lo menos un daño apreciable para aquella.”¹⁵²

Para la configuración de este reato debe haber una efectiva apropiación de algo y si no, la atipicidad es perfectamente viable. Todos los autores están de acuerdo en que apropiarse es comportarse frente a la cosa uti dominis, es decir, ejerciendo sobre ella actos de dominio incompatibles con el título que justifica su tenencia.¹⁵³

En efecto, -dice BAYARDO BENGUA¹⁵⁴-, “el peculado, como la apropiación indebida, importa una verdadera inversión del título de posesión. Allí donde la conducta del funcionario tenedor de la cosa no implique ni subjetivamente (por ejemplo, porque está ausente la voluntad consciente de tenerla como propia), ni objetivamente (v.gr., por no consumir la cosa, o no enajenarla, etc.), acto alguno que pueda confundirse con la conducta de un propietario, falta la inversión del título y, por ende, no puede hablarse de peculado”

Es verdad, como lo observa BERNAL PINZON¹⁵⁵, que nuestra ley no explica de qué manera se puede producir la apropiación, pues es uno de los delitos configurados a forma libre, precisamente porque no indica como se puede llegar a ese resultado. Pero también es verdad, que la apropiación no puede confundirse con ciertas modalidades operativas que no denuncian el dolo de quedarse con los bienes públicos para cumplir con ellos fines que solo tiene derecho de ejercer su propietario. Y para el efecto del peculado, propietario es la administración oficial a través de los organismos competentes para decidir en cada caso el destino o la aplicación de tales bienes. El apoderamiento tiene siempre

¹⁵² SILVIO RANIERI. Manual de Derecho Penal. Tomo III. Bogotá, Temis, 1.975, página 250

¹⁵³ Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Bogotá, Temis, 1968, página 197

¹⁵⁴ FERNANDO BAYARDO BENGUA. Derecho Penal Uruguayo, Tomo II, Montevideo, FCU, 1963, página 172

¹⁵⁵ Cfr. JESÚS BERNAL PINZÓN. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá, Temis, 1955, página 25

maneras propias de revelarse, tanto en los delitos contra la propiedad como en los delitos contra la administración pública¹⁵⁶

Esas precisas maneras de revelarse en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente es lo que nos permite aseverar que el peculado sí es un delito de resultado y como tal permite la modalidad omisiva impropia que en muchas ocasiones va aparejada con una actividad contractual.

Si bien el resultado típico ha de distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido, en el caso del peculado el resultado no es esa afrenta a la administración pública sino, la afectación efectiva del patrimonio estatal, o mejor el empobrecimiento del erario y el consecuente enriquecimiento del autor o de un tercero.

Analizado lo anterior en conjunto con las conclusiones parciales de los demás acápite podemos colegir que cuando se produce en el marco de una contratación administrativa un resultado lesivo al erario imputable a un ordenador del gasto que si bien delegó aún conservaba posición de garante es perfectamente viable objetivamente pregonar la ocurrencia de un Peculado por Apropiación en modalidad omisiva impropia enrostrable a dicho servidor público.

Aún más, comoquiera que el peculado admite modalidad culposa, no es difícil concluir que si el delegante incurrió no en dolo sino en culpa grave en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia de la actividad contractual, podrá responder de Peculado Culposos a título de comisión por omisión.

¹⁵⁶ LUIS CARLOS PEREZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Bogotá, Temis, 1.968, págs. 197 y 198

Y, en lo que atañe al Prevaricato, el artículo 414 del Estatuto de las Penas señala que incurrirá en punición el servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones.

Para GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU el prevaricato, como delito que es contra la Administración Pública, reprime el desacato de los servidores públicos que por acción u omisión traicionan el fiel cumplimiento de sus funciones y el recto desempeño de las mismas. Esto significa, sin que ello sea definitivo, que el prevaricato por omisión es un delito de infracción a deberes oficiales.¹⁵⁷

Para FERREIRA este reato es un abuso de autoridad por omisión que adoptó otro nombre y es de múltiple modalidad omisiva: por omisión o reticencia, por rehusamiento que es lo mismo que la denegación, y por retardamiento o ejecución tardía e inútil del acto funcional.¹⁵⁸

Auscultado lo anterior, el Peculado por Apropiación en modalidad omisiva impropia que se puede endilgar del servidor público ordenador del gasto que pese a haber delegado conservaba posición de garante en el marco de una contratación administrativa es perfectamente posible que concurse con un prevaricato por omisión en razón a que dicho delegante –dolosamente- omitió su deber de control y vigilancia respecto del delegatario que cumplió funciones contractuales, debiendo en consecuencia reasumir lo que otrora había delegado.

8. CONCLUSIONES

El jefe de la entidad estatal u ordenador del gasto es el responsable de toda la actividad contractual y conforme a ello tiene posición de garante

¹⁵⁷ Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, GÓMEZ PAVAJEAU. Ob. Cit., página 462

¹⁵⁸ Cfr. FERREIRA DELGADO. Ob. Cit., página 139

en lo que a este trámite atañe. Lo anterior se colige nítidamente del contenido del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, numeral quinto.

Si bien puede delegar dicha potestad, conserva esa posición de garante toda vez que –conforme a lo normado en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007- en todo caso responde por el recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, lo que en la práctica significa que seguirá respondiendo casi de la misma manera como lo hacía previo a haber delegado ya que nadie le puede exigir a un funcionario que ejecute por su propia mano todos los actos anejos al decurso contractual y por ende la responsabilidad estatal de los jefes o representantes de las entidades estatales, con o sin delegación, siempre está fincada fundamentalmente en sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Esa particular consecuencia de la delegación que no se corresponde con los lineamientos tradicionales de dicha figura administrativa fue abrazada por el legislador de 2007 en pro de combatir la corrupción en lo que a la contratación administrativa atañe. Pese a que *prima facie* tal concepción pudiera antojarse contraria a lo establecido en el inciso segundo del artículo 211 de la Carta Política, su exequibilidad fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia numerada 693 de la anualidad de 2008.

No obstante lo anterior, esa posición de garante conservada allende la delegación, no es suficiente para imputar una eventual omisión en los delitos de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades así como en el de interés indebido en la celebración de contratos toda vez que estas dos conductas punibles no son de resultado sino de mera conducta situación que impide, al tenor de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 25 del Código Penal, predicar una comisión por omisión.

En lo referente al punible de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales no solo es inviable predicar la comisión por omisión por no ser un delito de resultado sino, y particularmente, por que éste en realidad es un delito de omisión propia.

Sin embargo, en caso que una celebración indebida de contrato conlleve además una apropiación de bienes del Estado de empresas o instituciones en que ésta tenga parte o de bienes o de fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se haya confiado al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, esa posición de garante que de cualquier manera ostenta el ordenador del gasto pese a haber delegado sus potestades contractuales, permite enrostrarle al autor a título de omisión impropia un peculado por apropiación.

Lo anterior en razón a que el peculado, a diferencia de los delitos de celebración indebida de contratos, sí es un delito de resultado y tal y como está construida la omisión impropia en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 queda sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo lleva a cabo, estando en posibilidad de hacerlo.

Comoquiera que el peculado admite modalidad culposa, si la omisión a sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual en que incurre el delegante obedece a culpa grave en el ejercicio de dichas funciones, se podrá estructurar una responsabilidad penal con base en lo establecido en el artículo 400 del Código de las Penas que prevé el Peculado Culposos.

La responsabilidad penal de dicho delegante que responde por peculado doloso podrá concursar con el delito de prevaricato por omisión por

razón a esa inobservancia dolosa en el recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Creemos que tal postura no corresponde a una visión *de lege ferenda* y por el contrario, esa es la correcta y actual consecuencia de la ostentación de una posición de garante en cabeza del jefe o representante de la entidad estatal en el marco de la contratación administrativa la cual se mantiene pese a la delegación. Los operadores judiciales cuentan así con una poderosa y efectiva herramienta para la lucha contra la corrupción que aunque limitada a aquellos eventos en que la ilegítima actividad contractual conlleve una apropiación de bienes del erario, permite perseguir y castigar a los servidores públicos que incurriendo en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones omitan el recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

9. BIBLIOGRAFÍA

ANTONIO VICENTE ARENAS. Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte Especial. Tomo II. Reimpresión de la 6ª Edición. Bogotá, Temis, 1989

ENRIQUE BACIGALUPO. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá, Temis, 1994

GERARDO BARBOSA CASTILLO en Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Varios autores. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002

FERNANDO BAYARDO BENGUA. Derecho Penal Uruguayo, Tomo II, Montevideo, FCU, 1963

JESÚS BERNAL PINZÓN. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá, Temis, 1955

JAIME BETANCUR CUARTAS. Estatuto General de la Contratación Pública. Medellín, Diké, 1998

GIUSEPPE BETTIOL. Derecho Penal. Parte General. Bogotá. Temis, 1965

ANTONIO JOSÉ CANCINO en Lecciones de Derecho Penal. Varios Autores, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003

ANTONIO JOSÉ CANCINO MORENO. El Peculado en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Temis, 1983

JUAN CARLOS CASSAGNE. Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1983

CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA. Corrupción y Delitos contra la Administración Pública. Bogotá, Universidad del Rosario, 2008

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proveído del 4 de noviembre de 1999. Radicación No. 4818. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Bogotá, D.C. Cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). C.P.: Diego Gómez Leyva

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de octubre de 1996, exp. 925, C.P.: Roberto Suárez Franco

DIEGO CORREDOR BELTRÁN en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Varios Autores. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802 de 2006. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2006. M.P.: Álvaro Tafur Gálvis

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-727 de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Segunda Instancia 25.536 del 27 de julio de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de abril de 2003, radicación 12.742.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 11 de marzo de 1997. Radicado 11.601, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de junio de 1982, M.P.: Gustavo Gómez Velásquez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de septiembre de 2000. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 2008. Radicado 27.724. M.P. Javier Zapata Ortiz

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de octubre de 2014, Radicado 34.282, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003, Expediente 14.699. M.P.: Fernando Arboleda Ripoll

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2012. Proceso 37691 M.P. María del Rosario González Muñoz

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil nueve (2009). Radicado No. 31.654.MM.PP.:María Del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de diciembre de 2011. Radicado 37.941. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de julio de 2010, Radicado 28.508, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de junio de 2011 producida dentro del radicado 36.387. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de octubre de 2012, radicado 38.396. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de septiembre de 2002. Rad. 17.392. M.P.: Fernando Arboleda Ripoll

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Radicado 18.029. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 2009. Radicado 32.053. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de marzo de 2010, radicado 32.763. M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 16 de septiembre de 2009, radicado 30.780. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 21 de julio de 2010, radicado 34.453. M.P.: Javier Zapata Ortiz

JOSÉ CRETILLA JR. Anulación del Acto Administrativo por Desvío de Poder. Río de Janeiro, Edit. Forense, 1978

EUGENIO CUELLO CALÓN. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Barcelona. Bosch, 1975

JULIO DE ZAN. La Ética, los Derechos y la Justicia, Montevideo, Mastergraf, 2004

MANUEL MARÍA DIEZ. Derecho Administrativo. Tomo II, Buenos Aires, Omeba, 1965

ROBERTO DROMI. Derecho Administrativo. 5ª Edición. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996

RODRIGO ESCOBAR GIL. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá, Legis, 1999

FEDERICO ESTRADA VÉLEZ. Manual de Derecho Penal, Medellín, Edijus, 1975

EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS. La Corrupción de Agente Público Extranjero e Internacional. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003

FRANCISCO JOSÉ FERREIRA D. Delitos contra la Administración Pública. Tercera Edición. Bogotá, Temis, 1995

JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Legis, 2002

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo I, Reimpresión de la Octava Edición, Madrid, Civitas, 1998

JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. Teoría del Delito. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003

ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ. “Delitos contra la Administración Pública” en Derecho Penal Especial de autores varios. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, página 96

ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, página 368

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Intervención y Omisión. Bogotá, Giro Editores, 2005

AGUSTÍN GORDILLO. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo. 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013

LINA MARÍA HIGUITA RIVERA. La Responsabilidad Penal del Servidor Público. Medellín, Diké, 2001

MARIANO JIMÉNEZ HUERTA. Ámbito Conceptual de la Tentativa. Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002

MIRIAM MABEL IVANEGA. Instituciones de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013

GÜNTHER JAKOBS. Acción y Omisión en Derecho Penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 200

HANS-HEINRICH JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero y Segundo. Barcelona, Bosch, 1981

JAIRO LÓPEZ MORALES. Antecedentes del Nuevo Código Penal. Bogotá, Doctrina y Ley. 2000

VINCENZO MANZINI. Tratado de Derecho Penal. Tomo 2. Buenos Aires, Ediar, 1948

ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ. Régimen Penal de la Función Pública. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997

CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA. Delitos contra la Administración Pública. 2ª Edición. Bogotá, Leyer, 1998

JUAN MANUEL NAVARRO CORDÓN Y JOSÉ LUIS PARDO. Historia de la Filosofía, Madrid, Anaya, 2009

PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1997

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIÉ. La Contratación de las Entidades Estatales. 2ª Edición. Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 1998.

GUSTAVO PENAGOS. Derecho Administrativo. Parte General. Tomo I. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1994

JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal. Universidad Externado de Colombia. 2001

LUIS CARLOS PÉREZ. Tratado de Derecho Penal. Bogotá. Temis, 1967, Tomo I

LUIS CARLOS PÉREZ. Derecho penal: partes general y especial. Tomo III. Bogotá, Temis, 1984

KARL RAIMUND POPPER. En Busca de un Mundo Mejor. Barcelona. Paidós, 1994

MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Grupo Editorial Ibáñez y Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2008

RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS. El Dolo y su prueba en el derecho penal. Barcelona, Bosch, 1999

SILVIO RANIERI. Manual de Derecho Penal. Tomo III. Bogotá, Temis, 1.975

YESID REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. Bogotá, Temis, 1994

ALFONSO REYES ECHANDÍA. Derecho Penal. Undécima Edición (Reimpresión). Bogotá. Temis, 1990

JULIO E. ROZO ROZO. Derecho Penal General. Segunda Edición. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda. 1999

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000

JAIRO ENRIQUE SOLANO SIERRA. Contratación Administrativa. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1994.

JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. El Delito de Omisión. Concepto y Sistema. 2ª Edición. Buenos Aires. Editorial BdeF, 2003

EBERHARD STRUENSE. Actuar y Omitir. Delitos de Comisión y de Omisión. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996

TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA. SALA PENAL. Sentencia de Julio once (11) de dos mil once (2011). Rad. 63-001-60-00059-2009-01252. Magistrada Ponente: Claudia Patricia Rey Ramírez

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Temis, 1994

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Temis, 2002

DIEGO YOUNES MORENO. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá, Temis, 2007

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2000