

Responsabilidad Penal del Delegante por omisión impropia
en la Contratación Administrativa

Estudiante: Eider Stiefken Morales Vargas¹

Artículo de investigación presentado como requisito para optar el título de:
Magister en Derecho Administrativo.

Tutor: Dr. Juan Carlos Sosa Ruiz

Universidad Santo Tomas
Facultad de derecho y ciencias políticas
Maestría en Derecho Administrativo
Tunja, Colombia
2019.

¹ Personero Municipal de Chiscas, Abogado, neider.014@hotmail.com, Responsabilidad Penal del Delegante por omisión impropia en la Contratación Administrativa.

RESUMEN

En este artículo se hace un análisis dogmático, jurídico y jurisprudencial de las posibilidades de configuración de delitos de omisión impropia imputables al delegante frente a los actos ilegales cometidos por su delegatario en la contratación administrativa, partiendo por establecer el marco jurídico y doctrinal que delimite conceptualmente la conducta de omisión constitutiva de delito en el Derecho Penal Colombiano y sus diferentes clasificaciones aunado a la delimitación del marco jurídico y doctrinal del concepto de delegación en la contratación administrativa.

PALABRAS CLAVES: omisión impropia, delegación, posición de garante, contratación administrativa.

ABSTRACT

In this article a dogmatic, legal and jurisprudential analysis is made of the crime configuration possibilities of improper omission crimes attributable to the delegate against illegal acts committed by his delegate in administrative contracting, starting by establishing the legal and doctrinal framework that conceptually delimits the conduct of omission constituting a crime in Colombian Criminal Law and its different classifications combined with the delimitation of the legal and doctrinal framework of the concept of delegation in administrative contracting

KEYWORDS: improper omission, delegation, guarantor position, administrative contracting

OBJETIVOS

- **OBJETIVO GENERAL:** Analizar de acuerdo al artículo 21 de la ley 1150 de 2007 cuales delitos son imputables al delegante por omisión impropia en la ejecución de la contratación administrativa por actos ilegales cometidos por su delegatario.

- **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**
 - 1- Delimitar el marco jurídico y doctrinal del concepto de omisión impropia en el Derecho Penal Colombiano.
 - 2- Delimitar el marco jurídico y doctrinal del concepto de delegación en la contratación administrativa.
 - 3- Analizar cuales delitos en ejecución de la contratación administrativa pueden ser imputados al delegante por omisión impropia frente a los actos ilegales cometidos por su delegatario.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política en su artículo 211 interpretado de manera taxativa elimina la posibilidad de responsabilizar al delegante por los actos ejecutados por el delegatario al enunciar que dicha figura jurídica lo exime de responsabilidad, pero esta interpretación no se tiene como dogma en la actualidad respecto a la contratación administrativa con la expedición de la Ley 1150 de 2007.

El artículo 21² 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”.

Lo que presento una contradicción entre el texto de la legislación de 2007 y la Carta Política frente a la cual la Corte Constitucional en el año 2008 profirió sentencia de exequibilidad C-693 en la que se dejó sin modificación el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 señalando así 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”.(Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-693)

Lo que genero el punto de partida para pregonar que en los delitos relacionados con la contratación pública se puede predicar la imputación de delitos devenidos de la comisión por omisión del delegante.

Aunque si bien es cierto que el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 estipula las situaciones constitutivas de posiciones de garantía de manera taxativa y no enunciativa limitando a las conductas punibles delictuales que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales, en este artículo de investigación se pretende ampliar este criterio.

El presente trabajo se propone, utilizando para ello un método dogmático jurídico y de análisis jurisprudencial, enunciar el alcance penal de dicha delegación contractual, formulando la siguiente pregunta problema, ¿De acuerdo al artículo 21 de la ley 1150 de 2007 se puede imputar al delegante delitos de omisión impropia

² El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2o y un párrafo del siguiente tenor:

(...) <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> 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.

en la ejecución de la contratación administrativa por actos cometidos por su delegatario?

Para ello se iniciara por establecer el marco jurídico y doctrinal que delimite conceptualmente la conducta de omisión constitutiva de delito en el Derecho Penal Colombiano, sus diferentes clasificaciones y unas conclusiones preliminares, seguidamente se delimitara el marco jurídico y doctrinal del concepto de delegación en la contratación administrativa, para así finalmente proceder a analizar cuales delitos en ejecución de la contratación administrativa pueden ser imputados al delegante por omisión impropia frente a los actos ilegales cometidos por su delegatario.

CAPITULO 1

LA OMISION IMPROPIA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Los delitos de omisión, en general, son aquéllos donde se reprocha por el ordenamiento jurídico una obligación de los funcionarios que el Estado exige que se realice, pero no se hace. O como define Silva Sánchez, “la omisión consiste en la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico”. (Silva, 1986).

En Colombia, por regla general, se tiene univocidad de criterio sobre el concepto de omisión. Por ello, de acuerdo al Código Penal se desprenden diversos aspectos, entre ellos los siguientes:

Primero: La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión (Ley 599 de 2000, art. 25.1).

Segundo: En los tipos de omisión, el deber no incumplido tiene que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley. (Ley 599 de 2000, art 10.2)

Tercero: Es sancionable la conducta de quien teniendo el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica no lo lleve a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, siempre que 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 con la Constitución o la ley (Ley 599 de 2000, art 25.2)

Cuarto: Constituyen también posición de garantía la asunción voluntaria de la protección real de una persona o de una fuente de riesgo dentro del propio ámbito de dominio; la estrecha comunidad de vida entre varias personas; el acometimiento de la realización de una actividad riesgosa por varias personas; y la creación precedente de una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente (Ley 599 de 2000, art. 25.3)

Quinto: Estas últimas posiciones de garantía operan respecto de las conductas que se dirigen contra los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales (Ley 599 de 2000, art. 25)

Sexto: Partiendo del comportamiento humano y de las definiciones típicas, entre nosotros se habla de varias especies de conducta, especialmente las siguientes:

Conducta negativa, pasiva o de omisión. Significa no hacer, abstenerse de actuar, prescindir de realizar algo.

Surge cuando no se hace, existiendo legalmente el deber de hacer. O, más concretamente, cuando se infringe una disposición que obliga a desarrollar un comportamiento, o cuando se desobedece un mandato que ordena un comportamiento activo. Mientras para la ley es necesario hacer, el hombre la deja de lado y no hace lo que tiene que hacer.

Ejemplo ilustrativo es el artículo 416 del Código Penal., que define el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia como la conducta predicable del servidor público que, sabiendo de la comisión de un comportamiento punible investigable de oficio, «no dé cuenta» de su existencia a la autoridad.

La conducta omisiva se manifiesta y es recogida por nuestra ley de dos maneras: la omisión pura o propia; y la omisión impura o impropia.

La omisión propia o pura se presenta cuando la persona acomoda su conducta a un tipo penal que sanciona el hecho de no hacer algo. El punto de referencia es, entonces, la norma. La ley estima y define como punible el comportamiento omisivo negativo.

Ejemplo, para la omisión propia, el del tipo de omisión de socorro; es decir, cuando por ejemplo un individuo pasa por el lugar de un accidente y, pudiendo ayudar a los heridos, no lo hace.

La omisión impropia, impura, o comisiva por omisión se predica de aquellos eventos en los cuales el autor del hecho, pudiendo cometer el delito con una acción, se abstiene de hacer lo que debe hacer y, teniendo posición de garante, produce el mismo resultado que habría obtenido si hubiera actuado positivamente.

El ejemplo es el de la madre del recién nacido que no le proporciona alimentos y, debido a esto, el bebé muere. (Const arts. 103 y 104.1).

El legislador colombiano, en estos casos, es neutral en la definición central de la conducta sancionable, pues no dice si se debe cometer haciendo o no haciendo.

Así, si se hace, hay responsabilidad; y si no se hace aquello que se debe hacer, también. Lo relevante, no obstante, es la existencia o inexistencia de posición de garantía.

Séptimo: La Corte Suprema de Justicia se ha ocupado a espacio y en detalle del tema, sobre todo en la sentencia de segunda instancia del 27 de julio del 2006, dentro del proceso número 25.536, en la cual explicó varios aspectos para nuestro medio:

“Posición de garante es 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”. (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 25536 de julio 27 de 2006) 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 con los denominados delitos de comisión por omisión, impropia de omisión o impura de omisión. (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 25536 de julio 27 de 2006)

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 relevante es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas. (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 25536 de 2006)

La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1.º 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. (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 25536 de 2006)

Es así que bajo el título de “Acción y omisión”, el artículo 25 del Código Penal del 2000: “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.*

Parágrafo. 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.º y 2.º, 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 traduce 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.

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

El segundo inciso 3.º con sus cuatro numerales, y parágrafo 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 penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales.

Y, desde luego, tal como lo dice el parágrafo 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 y como consecuencia ese bien jurídico es vulnerado, hipótesis en la cual se fundamenta el presente artículo frente a la tesis de que existe la 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, ya que es de carácter restrictivo según el bien jurídico y no según la posición de garante que es lo que fundamenta realmente la posibilidad de cometer el delito de omisión impropia. (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 35899 de 05 de diciembre de 2011)

En la *Gaceta del Congreso* número 189, del 6 de agosto de 1998, se encuentra la “Exposición de Motivos” del proyecto de ley que luego se convertiría en el Código Penal del año 2000. Dice: “Se regulan las situaciones materiales de la imputación del resultado en materia de delitos impropios de omisión.” Con ello se lleva al texto legal las recomendaciones de la doctrina acerca de una regulación expresa de la materia y en lo posible de las llamadas posiciones de garantía. Constitucionalmente rige el principio de solidaridad, el cual, principalmente, viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal (artículos 1. ° y 95 numeral 2. ° de la Carta Política); por lo que la propuesta busca desarrollar tales normas en un ámbito de estrechas relaciones y situaciones jurídicas.”³

Pero como se mencionó en la introducción, en este artículo se pretende ampliar el criterio legal de imputación de la omisión impropia, al delegante en la contratación administrativa por los actos ilegales cometidos por su delegatario y partiendo de que los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, se deben consagrar en una ley que los desarrolle. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, Sentencia T 036/95). En esta medida, los deberes constitucionales constituyen una facultad otorgada al Legislador para imponer determinada prestación, pero su exigibilidad depende de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica, lo cual no cierra totalmente la posibilidad de aplicar un criterio más ampliado. (Oviedo, 2008)

Es así que conforme a aquellas posturas que consideran imposible una tipificación por parte de la ley de todas y cada una de las situaciones que originan la posición de garante, con el argumento de que limitaría el desarrollo de nuevas posiciones de garantía engendradas por el cambio social y la responsabilidad funcional, debe

³ Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. No. 139, agosto 6 de 1988. Pág. 5

recordarse que esta manera de pensar puede favorecer la inseguridad jurídica de esta posición como fruto de una creación jurisprudencial incontrolada. Pero ¿Qué es, entonces, preferible: ¿quedarse corto o pasarse, cuando esto último implica, además, utilización de analogía contra reo?” (Huerta, 1987)

“Es mejor una cláusula general sin posiciones de garantía que el silencio legal o mejor una cláusula general con expresión, aunque sea imperfecta o incompleta de las posiciones de garantía, que una que no las exprese” (Huerta, 1987).

El Código Penal actual trae expresamente consagrada la cláusula general de equiparación, empero, quedan totalmente abiertas las posiciones de garantía.

Además del peligro señalado por la doctrina, resulta, de especial importancia, la amplitud inusitada a que quedan sometidos todos los ciudadanos —garantes todos de todos, en materia de vida e integridad personal— por virtud de lo señalado por el numeral 2.º del artículo 95 de la Carta Política.

En el inciso 2.º del artículo 10.º, de la Constitución Política, que por demás es una norma rectora con las implicaciones señaladas en el artículo 13, lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de legalidad en materia de delitos de omisión. Exige, de manera perentoria, que los deberes se encuentren consagrados en la Constitución o en la ley, entendida esta en sentido material; pero además, tal deber debe encontrarse “claramente delimitado”.

Sin embargo, es claro que la Constitución y la ley pueden traer y crear otras posiciones de garantía, empero, las mismas deben ser delimitadas (artículo 25, numeral 1.º). Pero también hacerlas extensivas a otros bienes diferentes a los consignados en el párrafo: no puede desconocerse, de antemano, la facultad configuradora del legislador en materia de creación de tipos penales.

En la *Gaceta del Congreso* número 432, del 11 de noviembre de 1999 —ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes y pliego de modificaciones—, se observa cambio en la redacción de la norma, que finalmente quedó en los términos en que fue consignada en la ley 599 del año 2000.

En la definición adoptada por el Código Penal, de las cinco circunstancias “constitutivas de posiciones de garantía” fijadas en un comienzo, solo fueron trasladadas las cuatro finales. Y la primera («Cuando así lo establezca la constitución o la ley») fue acogida en la definición genérica de la *posición de garante*, en cuanto dice que se entiende por tal que el agente tenga a su cargo la protección de un concreto bien jurídico, o la vigilancia de una fuente de riesgo,

conforme a la Constitución o a la ley. (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso N° 25536)

Desde otro ángulo, el Derecho comparado permite arribar a la conclusión aquí obtenida en cuanto la primera parte del artículo 25 del Código Penal no constriñe su alcance a determinados bienes jurídicos. Así, por ejemplo: la comisión por omisión pasó a integrar la legislación brasileña apenas en 1984, con la reforma de la parte general (Ley Federal 7.209/84). En la doctrina el primer autor a estudiar la omisión fue Tobías BARRETO⁴. (Rojas, s.f)

Art. 13 — El resultado, de que depende la existencia del crimen, solamente es imputable a quien le dio causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no habría ocurrido.[...]

Relevancia de la omisión

§ 2.º — La omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber actuar delega a quien:

- a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia;*
- b) de otra forma, asumió la responsabilidad de impedir el resultado;*
- c) con su comportamiento anterior, creó el riesgo de la ocurrencia del resultado.*

Lo relevante es la violación de un precepto prohibitivo de cierto resultado producido en razón de la inacción de quien estaba jurídicamente obligado a impedirlo. La cuestión no es indagar si la omisión es causal, sino cuando es ilícita, cuando el no impedir el resultado equivale a causarlo⁵. (Rojas, s.f)

Desde Heleno Fragoso, se entiende que lo que da vida al ilícito es la violación del deber jurídico de impedir el resultado. Junto a la norma prohibitiva implícita en la ley penal relativa a los crímenes comisivos, surge, también implícita, la norma que impone al agente el deber jurídico de activarse, impidiendo el resultado. Cuando se comete un crimen omisivo, el autor no cumple dos normas, la principal y la accesoria, la principal de no matar alguien y la accesoria del deber evitar el resultado muerte.⁶ (Rojas, s.f). Según, Nesse, Heleno, & Lições, ésta es la norma que impone el deber activarse, constituyendo el agente en garante de la no ocurrencia del resultado. La transgresión de esa norma implícita es que completa el crimen

⁴ Delitos por omissão», in Estudos de Direito, vol. 1, principio 215-239.

⁵ SIQUEIRA, Galdino, Tratado de Direito Penal, José Konfino, p. 288

⁶ COSTA, Álvaro Mayrink, Direito Penal, Forense, vol. 1, tomo 2, p. 111.

comisivo por omisión. Actualmente, la teoría normativa es la mayoritaria en Brasil. (Rojas, s.f).

Sin embargo, no se trata de un juicio normativo sobre la antijuridicidad de la omisión, y sí de adecuación típica mediante un juicio normativo. Tanto esto es exacto que mismo reconocida la tipicidad de la omisión, el hecho típico puede ser declarado lícito.

Los presupuestos de la tipicidad de un delito comisivo por omisión son relacionados de la siguiente forma en Brasil: I) poder actuar; II) evitabilidad del resultado; III) posición de garante, sin restricción del bien jurídico a proteger.

I) Algunos apuntan que el orden de los verbos del párrafo 2.º es invertida: solamente aquel que puede debe actuar⁷, y no el contrario. Con esta redacción, la posibilidad de actuar conforme el derecho se desplaza de la culpabilidad para a tipicidad, y pasa a ser elemento del tipo de omisión impropia. Poder actuar debe ser parte integrante del tipo.

El dispuesto en el párrafo 2.º es elemento del hecho de tipo, dado constitutivo del tipo penal de la comisión por omisión, que debe ser añadido a todos los tipos comisivos cuando se trata de la forma de comisión por omisión y la relevancia de la omisión depende de la suma de dos exigencias, del poder y del deber actuar⁸

II) La omisión es una no interferencia en el curso causal dejándose que las condiciones presentes actúen libremente, produciendo el resultado negativo. La omisión como causa solo puede ser relevante se constituye una condición necesaria a la realización del evento.

III) El deber impedir el resultado, de actuar, creaba la posición de garante, que puede avenir de una norma jurídica, de sometimiento particular del agente a ese deber, o de comportamiento suyo que le imponga obstar aquél.

La revisión de nuestra ley y del estudio acabado de transcribir de la Corte Suprema de Justicia, permite extractar las siguientes conclusiones frente a los tópicos problemáticos de los delitos de comisión por omisión:

1. El autor de un delito de comisión por omisión, clase de delito que se muestra como especial, solo puede serlo quien tiene posición de garante, en virtud de las varias fuentes ya señaladas.

⁷ SANTOS, Juárez Cirino, Direito Penal, Lumen Juris, p. 206

⁸ REALE JÚNIOR, Miguel, Instituições de Direito Penal, Forense, p. 261

2. El dolo en estos delitos emana del artículo 22 del CP. Por tanto, es menester que el agente conozca su posición de garante; que sepa cuáles son sus deberes con base en ella; que comprenda la situación de riesgo en que se encuentra el bien jurídico; y que voluntariamente realice una conducta y se abstenga de desplegar aquella que le corresponde.

3. Según el principio de la determinación típica y además por el origen muy determinado de la estructura misma de la comisión por omisión en lo que a la causalidad atañe la posibilidad de realización de delitos de mera actividad en comisión por omisión debe estimarse excluida (Silva, 1986)

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. (Jeschek, 1981.p. 851)

4. 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 (apropiación de bienes o recursos del Estado) y la omisión, por lo tanto, no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva. Dicha relación se da cuando la acción omitida 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.

5. La comisión por omisión culposa también es factible, siempre que, entre otras cosas, se esté frente a delitos que admiten la modalidad culposa, por ejemplo, el homicidio (art. 109 CP), las lesiones (art. 120 CP), el peculado (art. 400 CP) y el favorecimiento de la fuga (art. 450 CP). Si de acuerdo con nuestra legislación la culpa surge cuando el autor omite el deber de cuidado objetivo, con lo cual, y otras cosas, produce un resultado evitable (art. 23 CP), hay responsabilidad a ese título si la persona no ha querido conocer el alcance y contenido de sus deberes o si, conociéndolos, no hace con diligencia todo lo necesario para, en realidad, efectivizarlos e impedir consecuencias lesivas.

CAPITULO 2

LA DELEGACION EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Partiendo de lo general a lo particular de acuerdo con lo señalado en el artículo 113 de la Constitución Política, se iniciará definiendo la función administrativa como aquella que se encuentra asignada en cabeza de la rama ejecutiva del poder público y cuya finalidad es ejercer el Gobierno y la administración del Estado, a través de los instrumentos y categorías determinados por la Constitución y las leyes.

El profesor Diego Younes Moreno, señala que: “La función administrativa es la realización de los actos jurídicos o materiales, ejecutados de acuerdo con el mandato legal, que producen transformaciones concretas en el mundo jurídico. Por ejemplo, un nombramiento, la imposición de una sanción disciplinaria, celebrar contratos, conceder licencias o autorizaciones etc.” (Moreno, 2007)

La Corte Constitucional en la Sentencia C-802 de 2006 enuncia lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución, el cual establece un marco general de atribuciones que le permite al Estado cumplir con su función administrativa por medio de la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones, esta última, evita que se “desatienda, diluya o desdibuje la gestión a cargo de las autoridades públicas”, en la medida en que contribuye al ejercicio oportuno de las atribuciones conferidas a la administración estatal.” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-802 de 2006.)

Aunado a lo anterior, 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 fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales” (Corte Constitucional, Sala plena Sentencia C-561 de 1999)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, sección primera considero 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. (Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicación No. 4818)

En síntesis, de acuerdo a la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado se puede decir que la delegación de funciones contribuye al

desarrollo oportuno de las facultades otorgadas por la Constitución para el ejercicio de la administración estatal en cumplimiento del interés general.

Por otra parte se tiene que en distintas oportunidades la Corte Constitucional se ha ocupado de estudiar la figura de la delegación de funciones administrativas. Así, en sentencia C-581 de 1.999 sobre lo que se entiende por delegación de funciones sostuvo que: "(...) La delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de transferencia de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia."⁹ (Núñez, 2011).

En sentencia C-382 de 2.000, dijo que: "La delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley." (Corte Constitucional, Sala plena Sentencia C-382 de 2.000)

Adicionalmente en Sentencia C-802 de 2006 se definió la delegación: "Es una figura, además, consagrada en el artículo 209 de la Carta Política como un instrumento de gestión de las autoridades administrativas en general; y en los artículos 196 inciso 4 y 211 de la norma superior, como reglas que forman parte de la arquitectura funcional de la Rama Ejecutiva y de la administración central, que hacen alusión, incluso, a la delegación de funciones presidenciales. La jurisprudencia constitucional ha sostenido en relación con estas disposiciones, que "la delegación, es una técnica de manejo administrativo (...) que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general y otras de manera específica (...)" (Corte Constitucional, Sala plena Sentencia C-802 de 2006)

Así mismo, el Consejo de Estado se ha pronunciado también en varias decisiones sobre el concepto de delegación de funciones administrativas. Desde antes de la expedición de la Constitución de 1991, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de febrero 14 de 1990, sostuvo que: "Para el Diccionario de Uso del Español, delegar es "autorizar una persona a otra para que obren en representación suya en algún asunto". A manera de sinónimos la misma obra indica la relación siguiente: apoderar, dar atribuciones, autorizar, dar carta blanca, cometer, comisionar, confiar, dejar, (poner) al cuidado de, deferir,

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

diputar, empoderar, encargar.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Proceso No. 722)

Posteriormente, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con ponencia del consejero Libardo Rodríguez, consideró que: “La delegación de funciones es una institución jurídica mediante la cual el funcionario u organismo competente transfiere, específica y temporalmente, a uno de sus subalternos una determinada atribución. Pero para ello es necesario la correspondiente facultad de delegación (...)”¹⁰(Núñez, 2011. p. 17).

En sentencia del 9 de agosto de 1999 el Doctor Manuel Santiago Urueta Ayola, manifestó: “No es este el caso de la delegación de funciones, la cual implica un traslado de competencias que convierte a la autoridad delegataria en titular y responsable del ejercicio de las mismas, de manera tal que la autoridad delegante, si quiere modificar o revocar los actos del delegatario, debe reasumir las funciones. En el caso de la delegación de funciones existe traslado de funciones de una autoridad a otra, con cierto grado de autonomía en su ejercicio, lo cual no sucede en el asunto bajo examen, dominado por el principio del control jerárquico, en donde a través del juego de los recursos de la vía gubernativa, la decisión queda en manos del superior jerárquico. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación No. 3995)

Por lo tanto, la delegación administrativa implica: i) el ejercicio, por parte del delegatario, de las atribuciones propias del funcionario delegante; ii) que la autoridad delegante pueda reasumir en cualquier momento la competencia o funciones delegadas; y, iii) la existencia de autorización legal previa al acto de delegación que deriva de la cláusula general establecida en el artículo 2 de la Ley 489 de 1998, salvo que exista prohibición expresa para delegar. Se concluye así que la Ley 489 de 1998 consagra como cláusula general la autorización legal para que las autoridades administrativas deleguen funciones o asuntos específicos, en todos los casos que no estén expresamente prohibidos y cuando no figuren en el artículo 11 de esa misma Ley. (Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Bogotá Radicación Número: 11001-03-28-000-2012-00043-00)

La delegación en síntesis es definida como un mecanismo por medio del cual un funcionario transfiere a otro funcionario, una función o competencia de la que es titular, de forma específica y por un periodo determinado, estando facultado para reasumirla en cualquier momento, que permite desarrollar la gestión pública

¹⁰ Concepto No. 1220 de septiembre 6 de 1990. Consejero ponente: doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 372. Extractos de Jurisprudencia. Octubre, noviembre y diciembre de 1990, Primera Parte, pp. 91 y 92

conforme a los principios de eficacia, economía y celeridad, como respuesta a la necesidad de los servidores públicos que no siempre pueden cumplir directamente todas las funciones asignadas por la Constitución, la Ley y los reglamentos y aún tienen a su cargo la representación de las entidades públicas. (Núñez, 2011)

Ahora bien, el marco jurídico para iniciar el estudio de la delegación de funciones en el ordenamiento jurídico colombiano inicia de en el siguiente orden:

En primer lugar, con la expedición de la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se estableció el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia. En cuyo artículo 12 estipulo los lineamientos de la delegación para contratar, autorizando a los jefes y representantes legales de las entidades estatales para delegar la celebración de contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en funcionarios que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo dentro de las entidades. Adicionalmente el numeral décimo del artículo 25 de esta misma ley estableció que los jefes o representantes de las entidades podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el citado artículo 12, de acuerdo a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos (Ley 80 de 1993, arts. 12 y 25).

En segundo lugar en el Decreto 679 de marzo 28 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993, se halla en su artículo 14 el desarrollo de lo establecido en el numeral décimo del artículo 25 del Estatuto de contratación de la administración pública, estableciendo los actos específicos del proceso de contratación que podrán adjudicar los jefes o representantes legales de las entidades estatales, estipulando las cuantías determinadas para las entidades que no posean órganos directivos, una cuantía especial para el Ministerio de Defensa Nacional y que los delegatarios no podrán subdelegar en otros funcionarios la realización de los actos objeto de delegación. (Decreto 679, 1994, art. 14).

Posteriormente el artículo 12 de le Ley 80, el Decreto 1985 de 1995 y el artículo 14 del Decreto 679 de 1994 fueron subrogados estableciendo 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 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.” (Decreto Ley 2150, art. 37)

Pero el marco normativo en materia de delegación se encuentra contenido en la Ley 489 de 1998, donde se desarrollan los presupuestos consagrados en los artículos 209 y 211 de la Carta Constitucional.

Esta Ley, en sus artículos 9 a 14 contempla el concepto de delegación, los requisitos para la delegación, las prohibiciones para delegar algunas funciones, los actos del delegatario, la delegación de funciones presidenciales y la delegación entre entidades públicas. Así, como se anotó, el artículo 9 establece en qué consiste esta figura en virtud de lo dispuesto en la Constitución, específicamente quienes pueden delegar y deja claro que esta figura existe con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 constitucional y en la misma Ley 489. (Ley 489 de 1998)

Esta Ley consagra los requisitos de la delegación, inequívocamente es necesario que este sea por escrito, que en él se debe determinar la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos que se delegan. (Ley 489 de 1998, art. 10)

También se establece un límite o prohibición legal para la aplicación de la figura de la delegación de funciones, y se contempla que no se podrá delegar la expedición de reglamentos de carácter general, las funciones o atribuciones recibidas en virtud de una delegación y las que por mandato Constitucional o legal no se pueden delegar. (Ley 489 de 1998, art. 11)

Ahora bien, resulta fundamental para este artículo lo regulado frente al régimen de los actos del delegatario, ya que además de establecer los requisitos a los que se encuentran sometidos se incorpora la cláusula de exclusión de responsabilidad para el delegante, así como la posibilidad de reasumir la función delegada incorporada en el artículo 211 constitucional. También es de vital importancia lo plasmado en el párrafo, toda vez que en él se consagra lo relacionado con la responsabilidad por la delegación del acto de firma en materia de contratación estatal, aspecto medular que será estudiado más adelante en forma detallada. (Ley 489 de 1998, art. 12)

Además, regula la delegación de funciones presidenciales, dejando claro cuáles funciones pueden ser delegadas y a que funcionarios puede delegar el presidente de la República las funciones consagradas en el artículo 189 de la Constitución. (Ley 489 de 1998, art. 13)

Finalmente, en el 2007 fue expedida la Ley 1150, 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, y 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 por lo establecido 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 quedaran exonerados de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual por virtud de la delegación. (Ley 1150 de 2007)

En ese orden de ideas la normatividad que desarrolla la figura de la delegación de funciones en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido esbozada en su desarrollo desde el año 1993 hasta el 2007. Con lo cual, se puede concluir que la legislación ha evolucionado paulatinamente desde una exención casi absoluta de responsabilidad del delegante hasta la configuración de cada vez más excepciones a esta regla, en donde cabe resaltar la ley 1150 de 2007. No era entonces la finalidad del constituyente ni del legislador inicialmente que el delegante pudiera llegar a tener una responsabilidad amplia, por el contrario, la intención inicial era establecer la imputación de responsabilidad como una excepción, situación que al parecer ha venido cambiando dada la utilización de esta figura para la comisión de actos ilegales.

CAPITULO 3

RESPONSABILIDAD PENAL DEL DELEGANTE POR OMISION IMPROPIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Si bien la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de estudiar lo atinente a las distintas responsabilidades que pueden derivarse de los actos relacionados con el ejercicio de la delegación de funciones administrativas, en este estudio nos ocuparemos de fondo sobre lo referente a la responsabilidad que le asiste al delegante cuando se hace uso de la figura de la delegación para contratar consagrada en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, modificado y adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007.

Para tal efecto, se analizará la exención de responsabilidad del delegante consagrada en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política, de acuerdo a lo establecido en los citados artículos 12 de la Ley 80 de 1993 y 21 de la Ley 1150 de 2007, así como lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y lo consagrado en el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001. Esto, con el propósito de plantear los límites formales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico a esta exención de responsabilidad dispuesta en el artículo 211 superior para el delegante, los fenómenos que representan límites materiales a esta y el planteamiento de figuras que deben ser tenidas en cuenta para que el delegante se exima de responsabilidad en materia de la delegación en el ejercicio de la contratación estatal.

Como se dejó anotado anteriormente, el artículo 21 de la ley 1150 realizó varias modificaciones al artículo 12 de la Ley 80 de 1993, dentro de esas modificaciones especialmente interesa a este artículo el segundo inciso que fue incorporado a la norma que regula la delegación para contratar, el cual es 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.” (Ley 1150, artículo 21)

Inciso sobre el cual la doctrina ha sostenido:

“La ley trae una estipulación novedosa en cuanto a la delegación en materia de contratación, consistente en hacer responsable a los jefes y representantes legales de las entidades estatales de las actuaciones que puedan cumplirse en los asuntos que hayan delegado. Es, aparentemente, una inversión especial de la

responsabilidad y se traslada al delegatario, pero aquí permanece en el delegante. (Ley 1150 de 2005 artículo 21)

Pero cabe precisar que la norma lo que hace es mantener el deber de control y vigilancia del delegante, por lo cual, su responsabilidad no va hasta la actuación del delegatario en los aspectos de la competencia que éste recibe, sino en lo relacionado con el control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del contrato y que correspondan a sus funciones jefe o representante legal, pero en ejercicio del control que le corresponde a un superior jerárquico. El delegatario sigue siendo responsable de la actuación a su cargo, asume la responsabilidad propia de la ejecución de la actividad que correspondía aquél, pero el delegante tendrá el deber de vigilar y controlar que las obligaciones se cumplan con respeto de la normatividad propia del contrato y que las obligaciones que se vayan cumpliendo, se realicen con diligencia, eficiencia, idoneidad y eficacia. Es el sentido de la responsabilidad del delegante, pues no podría la ley atribuirle responsabilidad por la actividad que no ha desarrollado.” ¹¹ (CADRFJC, 2018)

Se denota que esta disposición acogió el criterio expuesto por la citada ley 678 de 2001, toda vez que es posible anotar que: “Ya con la ley 678 de 2001 se había introducido en cierta forma esta regulación de la responsabilidad del delegante al establecer que y prescribiendo una solidaridad entre el delegante y el delegatario para efectos de la acción de repetición (Ley 678 de 2001 artículo 2º, parágrafo 4º).

En el examen de constitucionalidad de dicha norma, la Corte Constitucional sentenció condicionadamente el alcance de dicha disposición al indicar que el delegante sólo puede ser considerado responsable cuando en la delegación su conducta pueda ser calificada de dolo o culpa grave, lo cual es propio de la responsabilidad de los funcionarios al tener del artículo 90 de la norma Superior. Por tanto, si el delegante usa la delegación como una manera de esconder su responsabilidad para inducir al delegatario a que adopte decisiones que él no hubiera querido asumir, quedaría dentro de dicha previsión, de lo contrario, el delegatario respondería de su actuación. (Corte Constitucional, Sala plena Sentencia C-693 de 2008)

Ese fue el criterio que expuso la Corte en la sentencia citada:

¹¹ (PALACIO HINCAPIÉ, J. Á. 2010) La Contratación de las Entidades Estatales. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2010. Págs. 86 – 88

La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (Const., artículo 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario. (Corte Constitucional, Sala plena Sentencia C-372 de 2002)

Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 va más allá porque hace responsable al delegante de sus obligaciones de control y vigilancia que son propias de quien tiene la dirección y control de la actividad, sin que se le pueda obligar a asumir obligaciones que son propias del rol del delegatario.” (CADRFJC, 2018)

En el campo doctrinal se destaca el análisis realizado por la profesora Rocío Araújo, ya que plantea una serie de cuestionamientos sobre la responsabilidad de los agentes estatales cuando media un acto de delegación:

- “1. Si el acto de delegación constituye una forma para que el delegante se exonere de la responsabilidad que puede generar la actuación contractual.
2. Si tanto el delegante como el delegatario responden por las decisiones que se adopten al interior del proceso contractual.
3. Si el delegatario de funciones contractuales responde exclusivamente por los actos que produce y el delegante por las labores de dirección, supervisión y control.
4. Finalmente, ha existido la pregunta acerca de los casos en que puede haber una corresponsabilidad.” (Araujo, 2011)

Así las cosas, y luego de esbozar los argumentos expuestos, la profesora basada en las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, concluye que la responsabilidad en materia de delegación puede darse de acuerdo a la intervención del delegante o del delegatario en tres eventos:

- 1- De acuerdo con lo previsto en el artículo 211 de la constitución, el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegatario, al ejercer la función de que trata la delegación otorgada, sin la participación del delegante.
- 2- De acuerdo con lo que se desprende del parágrafo 4 del artículo 2 de la ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegante, cuando éste utiliza al delegatario como un mero instrumento de su conducta. (Araujo, 2011)

- 3- También dice el profesor Araujo (2011) con fundamento en la norma antes citada puede existir concurso de dolo y/o culpa grave de delegante y delegatario en la conducta que ocasiona el daño antijurídico, cuando los dos agentes estatales han obrado de común acuerdo y en forma contraria al principio de legalidad y del Estado de derecho.”

Es decir que el delegante debe observar que el acto de delegación cumpla con todos los requisitos legales, pues de lo contrario no habría cumplido con sus funciones en la división del trabajo. En este sentido, no se puede excluir la responsabilidad del delegante si el acto no es delegable, si se delega respecto de una autoridad no competente para recibir las funciones o si existe prohibición expresa para delegar.

Además, no se puede excluir la responsabilidad del delegante respecto de aquellas directrices específicas dadas por el mismo al delegatario, especialmente cuando las mismas son constitutivas de delito, como, por ejemplo, cuando el delegante ordena al delegatario la celebración de un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Y, por último, si el acto de delegación cumple con todos los requisitos legales y no existe ningún acuerdo ilícito entre el delegante y el delegatario, la responsabilidad del delegante solamente podría ser por el incumplimiento de deberes especiales de vigilancia y control, pero en este caso su responsabilidad no podrá ser por acción sino claramente por omisión.

Por lo anterior, el delito solamente podría en este último caso imputarse como una omisión y con los requisitos que para tal efecto señala la doctrina:

- 1- Se requiere la imputación del incumplimiento de una acción esperada específica, la cual debe entenderse como: “una conducta que, desde una perspectiva ex ante, se estima objetivamente apropiada -más aún, necesaria- para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva” (Silva, 2003)

En el caso de la determinación de la responsabilidad del delegante no es suficiente la imputación de un acto ilegal al delegatario, además se debe establecer la atribución de la omisión del acto de vigilancia y control sobre su conducta (la del delegatario).

- 2- Se debe probar que el delegante tenía la posición de garante respecto de los actos del delegatario, ese deber de vigilancia y control específico sobre su conducta.
- 3- Se requiere la imputación subjetiva de la conducta de omisión al delegante, lo cual implica que haya conocido o pudiera haber conocido sobre la circunstancia irregular. Por lo anterior, no podrá tener responsabilidad el delegante si actuó en virtud de un error propiciado bien sea por una falsedad del delegatario o de alguien que actúe en complicidad con el mismo o por medio de un error que haya tenido otro funcionario. (Núñez, 2011)

En este sentido, tendrá que excluirse la responsabilidad si el delegante omitió adoptar una conducta específica porque actuó engañado por el delegatario o con base en un informe errado de un supervisor de la misma entidad o de un interventor que señala que no existía ninguna irregularidad en la actuación del delegatario.

Ahora bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia es un ejemplo al confirma un fallo en contra de un ex alcalde de Armenia, condenado por una omisión respecto del punible de peculado y además, extendió el juicio de reproche al delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales sustentando 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.” (Tribunal Superior De Armenia, Sala Penal. Rad. 63-001-60-00059-2009-01252) lo que implica que más allá de reconocer posición de garante contractual en cabeza de los ordenadores de gasto, también lo responsabiliza de la delegación tal y como hoy día la prevé el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 en donde la posición de garante ha generado consecuencias respecto de delitos de celebración indebida de contratos.

No obstante lo anterior, esa posición de garante conservada pese a darse la delegación, no es suficiente para imputar una eventual omisión impropia en el delito de interés indebido en la celebración de contratos o contrato sin el lleno de los requisitos legales toda vez que estas conductas punible no son de resultado sino de mera conducta, esta imposibilidad se sustenta en la posición adoptada por el legislador en el artículo 25 del Código Penal pero no del bien jurídico tutelado (administración pública) toda vez que, en delitos de resultado como el peculado, si es viable está particular forma de imputación (omisión impropia).

Finalmente, para la configuración del delito de peculado en comisión por omisión del delegante, de acuerdo con los artículos 25, 397, 400 del Código Penal se requiere lo siguiente:

“La delegación que hace un funcionario sobre su subalterno, por medio de la cual este último realiza actos de corrupción (contratación sin el lleno de los requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos), aprovechándose de las funciones delegadas (contratación administrativa), para apropiarse de los recursos públicos.

En este caso, si el delegante omite realizar las funciones de control y vigilancia que le competen como superior, inicialmente se puede configurar un peculado culposo por comisión por omisión. Si el delegante tiene conocimiento de los actos de corrupción que realiza su subalterno y omite realizar los actos para impedir la apropiación, teniendo la posibilidad de hacerlo, se le puede imputar un peculado por comisión por omisión, como cómplice o como coautor. Si la idea del acto de corrupción surge del delegante y es el delegatario quién la ejecuta, el delegante sería un determinador, y el delegatario sería un autor”. (Abello, 2017)

CONCLUSIONES

El servidor público titular de la actividad contractual, ostenta la posición de garante en lo que a este medio de ejecución de la función administrativa corresponde. Y si bien de acuerdo al artículo 26 de la Ley 80 de 1993, numeral 5° puede delegar dicha responsabilidad, conserva el deber de vigilancia y control sobre la misma conforme al inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, ya que responde en su posición de garante de la actividad contractual, lo que en materia penal implica que aun al haber delegado sigue teniendo esa carga funcional, pese a que es un instrumento a favor de la eficiencia en el ejercicio de la contratación administrativa, pese a que no se puede exigir a un funcionario que ejecute por su propia mano todos los actos que conllevan su cargo, si se puede exigir la responsabilidad penal del servidor público titular de la actividad contractual, con o sin delegación, fundada en sus deberes de control y vigilancia de la contratación administrativa.

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 visto de manera preliminar 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.

En caso que mediante una celebración indebida de contrato o contrato sin cumplimiento de los requisitos legales se genere 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 delegado al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, esa posición de garante que de cualquier manera ostenta el delegante pese a haber delegado sus potestades contractuales, permite atribuirle a título de dolo o culpa el delito peculado por omisión impropia en el marco de la contratación administrativa.

Lo anterior en razón a que el peculado, a diferencia de los delitos de celebración indebida de contratos y contrato sin el lleno de los requisitos legales, 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.

Cabe resaltar que si el delegante omitió adoptar una conducta específica porque actuó engañado por el delegatario o con base en un informe errado de un supervisor de la misma entidad o de un interventor que señala que no existía ninguna irregularidad en la actuación del delegatario tendrá que excluirse la responsabilidad.

Es por esto que los jueces y magistrados 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 en el ejercicio de sus funciones omitan el recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

REFERENCIAS

Araújo R. (2011) La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011.

Abello J. (2017). El peculado por comisión por omisión en Colombia. Pensamiento jurídico N° 45, ISSN 0122-1108, Enero-Julio, Bogotá. Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/67825/1/65671-334061-1-PB.pdf>.

Bacigalupo E (1994). Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá, Temis. Congreso de Colombia (16 de julio 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. [Ley 1150 de 2007] DO: 46.691

----- (24 de julio de 2000), Por la cual se expide el Código Penal [Ley 599 de 2000] DO: 44.097

----- (29 de diciembre de 1998), Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [Ley 489 de 1998] DO: 43.464.

----- (03 de agosto de 2001), Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición [Ley 678 de 2001] DO: 44.509

Contraloría auxiliar de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva [CADRFJC] (2014), Auto no. 103 “por medio del cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal dentro del proceso 200-2014 del municipio de san juan de uraba – antioquia” recuperado de <Http://Www.Cga.Gov.Co/Procesosmisionales/Responsabilidad-Fiscal/Tabla%20Informativa%20Fallos%20y%20Archivos%20Ejecutoriados5/CARF-SAN%20JUAN%20DE%20URABA-ADMN-200-14-AUTO-103-02-11-18-FALLO%20CON%20RESPONSABILIDAD%20FISCAL.Pdf>

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-581 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. [Antonio Barrera Carbonell] Bogotá, 1999. Expediente D-2302

------. Corte Constitucional, Sentencia C-382 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. [Antonio Barrera Carbonell] Bogotá, 1999. Expediente D-2552

------. Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. [José Cepeda Espinosa] Bogotá, 2006. Expediente D-6158.

------. Corte Constitucional, Sentencia C-561 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. [Alfredo Beltrán Sierra] Bogotá, 1999. Expediente D- 2376

------. Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. [Álvaro Tafur Galvis] Bogotá, 2006. Expediente D- 6284

------. Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. [Marco Gerardo Monroy Cabra.] Bogotá, 2008. Expediente D- 7077

------. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal N° 25536 C-802 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. [Álvaro Orlando Pérez Pinzón] Bogotá, 2006. Radicación 25536.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. [Manuel Santiago Urueta Ayola] Bogotá, 2006 Radicación No. 4818.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Consejera ponente: Dra. [Lucy Jeannette Bermudez] Bogotá, 2013. Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00043-00

Flórez (2016), La delegación en la contratación administrativa y su trascendencia en la estructuración de delitos de omisión impropia, recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2133/Velasquezjuan2016.pdf?sequence=1>

Forero J. (2002). El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Legis.
Huerta S. (1987). “Problemas fundamentales de los delitos de omisión” Madrid, pág. 138.

Moreno D. (2007). Curso de derecho administrativo. Temis. Bogotá, pág. 44.
Forero, J. (2002). (1Ed.) El delito de omisión en el nuevo código penal. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Legis.

Méndez A, Gómez A. (2004). Delitos contra la Administración Pública. 2ª Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Núñez C. (2011) Delimitación de la Responsabilidad del Delegante, a través del principio de confianza, Facultad de Jurisprudencia. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Recuperado de <https://mx.123dok.com/document/1y93nndy-delimitacion-de-responsabilidad-del-delegante-a-traves-del-principio-de-confianza.html>

Oviedo M. (s.f). “La posición de garante” Ed. Ediciones ciencia y derecho, Bogotá, Pág. 138.

Perdomo J. (2001). El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal. Universidad Externado de Colombia.

Presidente de la Republica (05 de diciembre de 1995), Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. [Decreto-Ley 2150 de 1995] DO: 42.137

República de Colombia. Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 211. [Título VII, Cap. 5].

----- Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 103. [Título IV, Cap. 1].

-----Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 104. [Título IV, Cap. 1].

-----. Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 1. [Título I, Cap. I].

-----. Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 95. [Título I, Cap. 5].

-----. Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 113. [Título V, Cap. 1].

----- Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 209. [Título VII, Cap. 5].

----- Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 196. [Título VII, Cap. 1].

----- Constitución política de Colombia [Const.] (1991), Artículo 305 [Título XII, Cap. 3].

Congreso de Colombia. Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 10. 2 [Titulo X Capitulo]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 10. 2 [Libro I Título I Capitulo Único]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 25.1 [Libro I Título I Capitulo Único]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 25.2 [Libro I Título I Capitulo Único]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 25.3 [Libro I Título I Capitulo Único]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 25 [Libro I Título I Capitulo Único]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 13. [Libro I Título I Capitulo Único]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 22 [Libro I Título I Capitulo Único]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 109 [Libro II Título I Capitulo II]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 120 [Libro II Título I Capitulo II]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 416 [Libro II Título XI A Capitulo Único XI A]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 400 [Libro II Título XI A Capitulo Único XI A]

----- Código Penal [Ley 599 de 2000] Artículo 450 [Libro II Capitulo XII capítulo VII]

Palacio H. (2010) La Contratación de las Entidades Estatales. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2010. Págs. 86 – 88

Rojas L, Niño L, Brito A, Caballero F, Perez A, Zamora R, Rodriguez A, Arce A, Sidarriafa V, Michalska B, Erman B, Galain V, Rincon J. (s.f). Sistemas penales comparados. La comisión por error. Recuperado de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12126/Comisi%C3%B3n.pdf?sequence=2>

Silva J. (1986). El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona: Ed. Bosh, 1986, P. 306.

Silva J. (2003). El delito de omisión, concepto y sistema, B de F, Buenos Aires, 2003. Pág. 361.

Tribunal Superior de Armenia, Sala Penal. Magistrada Ponente: Dra. [Claudia Patricia Rey Ramírez] Armenia, 2011. Sentencia. Rad. 63-001-60-00059-2009-01252.

REFERENCIAS INTERNACIONALES.

Câmara Dos Deputados (7 de dezembro de 1940), Código Penal [Decreto-Decreto-Lei Nº 2.848] recuperado de <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-normaatuizada-pe.pdf>

Câmara Dos Deputados (21 de Outubro de 1969) - Decreto-Lei nº 1.004, Recuperado de <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>

Jescheck, H / Weigend, T. (2001). Tratado de Derecho penal. Comares. Granada, Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2133/Velasquezjuan2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Órgao Oficial Do Instituto De Ciências Penais Do Rio De Janeiro Conjunto Universitario Candido Mendes, (1947). Revista de direito penal. Nº 26 JULHO - DEZEMBRO 1979. Recuperado de <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP26.pdf>.

Rojas L. Niño L, Brito A, Caballero F, Perez A, Zamora R, Rodriguez A, Arce A, Sidarriafa V, Michalska B, Erman B, Galain V, Rincon J. (s.f). Sistemas penales comparados. La comisión por error. Recuperado de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12126/Comisi%C3%B3n.pdf?sequence=2>

Reale M. (2009). Instituições de direito penal: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

Siqueira G. (1947) Tratado de direito penal; parte geral, Rio de Janeiro : Konfino Editor, 1947, p. 288.

Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Múnich, (1998). Código Penal Alemán. (Claudia López Díaz). Universidad Externado de Colombia. (Obra original publicada en 1871), recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf

Tobías Barreto (s.f) "Delitos por omissa, in Estudios de Direito, Vol. 1, Principio de 215-239.