

FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES ¿HECHOS ATÍPICOS?

ELBERT JOSÉ BRITO ARAUJO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES FRANCISCO DE VITORIA
BOGOTÁ D.C.**

2017

FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES ¿HECHOS ATÍPICOS?

ELBERT JOSÉ BRITO ARAUJO

TESIS DE PREGRADO

**DIRECTOR
DR. JUAN FRANCISCO MENDOZA PERDOMO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES FRANCISCO DE VITORIA
BOGOTÁ D.C.
2017**

Contenido

Introducción

Capítulo I

1. “El fraccionamiento dentro del tipo penal de Celebración de Contratos sin el cumplimiento de requisitos legales”
 - 1.1.El fraccionamiento de contratos estatales
 - 1.2.El tipo penal de contratación sin el cumplimiento de requisitos legales
 - 1.2.1. El sujeto
 - 1.2.2. La acción
 - 1.2.3. El resultado
 - 1.2.4. El bien jurídico
 - 1.2.5. Clasificación del tipo penal
2. La adjudicación de contratos estatales
 - 2.1.El proceso de adjudicación del contrato estatal
 - 2.2.El principio de transparencia en la adjudicación de contratos
 - 2.3.La herramienta del fraccionamiento dentro del proceso de adjudicación
3. Posición jurisprudencial en torno a la tipicidad del fraccionamiento de contratos
 - 3.1.Análisis del tipo penal
 - 3.2.Jurisprudencia colombiana de cara al fraccionamiento de contratos estatales
 - 3.3.Derecho comparado frente al tema
4. El fraccionamiento de contratos como conducta típica

Capítulo II

1. “¿Es el fraccionamiento de contratos estatales un hecho atípico?”
 - 1.1. Crítica a la luz de los requisitos esenciales del contrato
 - 1.2. El Acto y/o Negocio Jurídico
 - 1.3. Requisitos de existencia y validez
 - 1.4. Requisitos de la esencia, naturaleza y accidentales
 - 1.5. Requisitos esenciales de los contratos públicos
 - 1.6. Principios que determinan la ilicitud del fraccionamiento de contratos

- 1.7. Ambigüedad de la norma contractual pública de cara a los requisitos esenciales del contrato estatal y la conducta de fraccionamiento
- 2. Críticas a la luz de concepto y límites del Derecho Penal
 - 2.1. Concepto y finalidad del Derecho Penal
 - 2.2. Límites al poder punitivo: Legalidad y tipicidad
 - 2.3. Un comentario frente a la corriente axiológica-normativista

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El Estado en aras de cumplir con las funciones que erigieron su creación como figura de organización social, necesita ejecutar negocios jurídicos con entes particulares que se especializan en áreas que al Estado le son extrañas, ya sean productos o servicios, y que se hace necesario una interacción entre los sectores público y privado para satisfacer las necesidades de la población. Es también sabido que en frecuentes ocasiones la motivación del servidor público y del contratista para contratar es distante a suplir una necesidad de interés general; por el contrario, ese poder administrativo se desvía para llenar las arcas de “empresarios de lo público” quienes fungen como personas dedicadas a lucrarse del jugoso negocio en que ha mutado la cosa política.

Descrita la penosa situación, cada vez más frecuente, salen a la luz herramientas de control tal como el Derecho Penal para evitar y castigar a quienes incurren en estas conductas que indudablemente tienen un altísimo impacto negativo en la sociedad. Sin embargo, el “ius puniendi”, cuya naturaleza es ser una herramienta que, además de violenta, resulta desgastante; debe reducirse su uso en lo posible, por eso es llamada “ultima ratio”.

La característica del Derecho Penal como última herramienta del Estado para resolver sus problemas de control social está tambaleando por distintos malestares como la superinflación normativa, tasas punitivas supremamente altas, los llamados Estados de Seguridad que van dejando de lado al Estado Garantista, la creciente vigilancia y control excesivo al ciudadano y, la que nos llama la atención en este escrito, el uso del Derecho Penal como herramienta de persecución a sujetos específicos o el llamado Derecho Penal de Autor.

Los funcionarios públicos, en quienes se deposita la expectativa de un comportamiento probo frente a los intereses comunitarios, detentan la capacidad de celebrar tales negocios; sin embargo, tal ejercicio se torna caótico en un ambiente de inseguridad jurídica, como se ha venido diciendo, sobre todo cuando se degenera la norma penal en un arma de persecución política. Resulta realmente incierto para cualquier funcionario público tener certeza en su deber de actuar de cara a la ley toda vez que ella, debiendo ser clara, expresa y delimitada, no lo es lo cual hace confusa la expectativa de conducta que el sistema jurídico le impone.

El estudio propuesto en el presente trabajo es dilucidar si la manera en que el llamado “fraccionamiento de contratos” es adecuado típicamente dentro del delito de Celebración de Contratos sin el Cumplimiento de Requisitos Legales, estipulado en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, cumple con los requerimientos para tenerse como un tipo penal o si, por el contrario, con esta práctica se está infringiendo el principio de legalidad como uno de los pilares del ordenamiento penal.

La globalización y las prácticas económicas han repercutido en generosos cambios, no solo en lo que a estructuras socioeconómicas se refiere sino a la manera en que se concibe la política, instrumentalizándola para fines desviados. Esto genera cambios en la visión garantista que debe observar la norma penal; esto en vista que en la ley 80 de 1993, contrario a lo estipulado en el artículo 56 del Decreto 222 de 1983, no se prohibió expresamente el fraccionamiento de contratos alegando consigo un mayor dinamismo y menor ritualismo jurídico en aras de agilizar el proceso de contratación lo que lastima directamente la obligación de legalidad de los delitos al tratarse este de un tipo penal con una remisión a la norma contractual pública.

Es imperioso recordar que la ley, más específicamente la legalidad de los delitos y de las penas, es garantía de objetividad del buen uso que debe hacerse del Derecho Penal; por tales circunstancias, no puede obviarse aludiendo otro fin; debe entenderse que omitir el principio de legalidad es dar carta blanca para la utilización irracional de un arma con la que cuenta el poder público; es decir, hablar de “practicidad” en esta materia es perseguir los delitos que convengan en determinado momento y a quien le interese en un lugar y tiempo estipulado. Puede eso ejercer una manipulación de gran peso sobre la población, como sucede con el llamado “terrorismo”, para encausar el ejercicio penal a voluntad caprichosa de quien detenta el poder. La legalidad otorga seguridad jurídica, es decir que quienes son perseguidos y juzgados se someterán a una defensa bajo la premisa de que existe una ley previa que prohíbe una conducta y estipula su correspondiente consecuencia.

La existencia de dicha ley debe ser previa a la comisión de la conducta y es el poder legislativo, en representación de la población, quien tiene el monopolio de la producción normativa; en este orden, no puede tenerse como válido en un sano ejercicio de pesos y contrapesos del poder público que cualquier rama del poder expida normas de carácter penal. Así entonces no podría ni el Ejecutivo ni el Judicial crear normas de índole punitivo.

Lo anterior también es salvaguarda para las personas que cometan una conducta reprochable pues debe estar explícitamente contemplada y delimitada en la norma; es decir, que sólo se castigan a personas por ejecutar acciones u omisiones y no por su carácter de persona o las calidades que lo componen en cuanto a éste atributo. Se sancionará como Derecho Penal de Acto y jamás como Derecho Penal de Autor. Esto cobra vital relevancia al momento de evitar “cacerías de brujas” llamadas en nuestros tiempos “lucha contra la corrupción” en donde llama la atención que sólo se castigan a los “políticamente indicados” dejando de lado la racionalidad y eficacia de debe perseguir el ordenamiento jurídico.

No es menos importante es afirmar que el Derecho Penal, como herramienta del poder público, tiene una teleología de interés común de cara al control social que ejerce más no de intereses particulares o de obedecer a lo políticamente correcto en un determinado momento; así funciona una garantía real y obliga con ello a los funcionarios a ejercer controles constantes y no dejar para el final, la ultima ratio, lo que debe estar primero como control político, social, económico, entre otros.

Debe entenderse que el ordenamiento penal es un arma lesiva, peligrosa, agresora de los derechos fundamentales que tiene una persona, en otras palabras, es un mal suministrado a un individuo. Su uso se justifica en dar validez a una norma existente; lo que se busca es mostrar que existe una norma y se encuentra vigente. Lo anterior partiendo de un punto de vista Dogmático Penal Normativista dentro de la teoría de Sistema Social. Se le da tal importancia a la norma toda vez que sanciona la violación de un bien jurídico, aquello que la sociedad ha dotado de valor y a eso le otorga relevancia para observar su cuidado. En un Estado en donde se respeten las garantías fundamentales de los ciudadanos no puede de ningún modo abrirse campo al uso caprichoso de tan peligroso instrumento, por tal motivo debe restringirse al máximo su aplicación.

Ahora bien, como se mencionó, los funcionarios públicos y los particulares que tengan una relación contractual suelen ocasionalmente quebrantar la ley causando detrimentos patrimoniales o de otro tipo al Estado afectando la función pública. Para evitar y castigar dichos comportamientos existen entes de control tales como la Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y, como última medida, la Fiscalía General de la Nación; ello para exponer que la única reacción no debe ser por parte del Fiscal sino que existen varios entes de control y sanción previo y de especial actuación

frente las conductas desviadas. Dado que existen herramientas de índole extrapenal, no puede continuarse resolviendo todo por este último medio sino tomarse en serio la tarea de relegarlo a último mecanismo.

En pro del cumplimiento de la función administrativa y de servir como guía al funcionario, la ley contempla los deberes de quienes fungen en este sector; más específicamente en el tema de contratos estatales y ejecución presupuestal. Existen principios estipulados de manera clara dentro del marco regulativo de la contratación, la ley 80 de 1993 contiene dichos pilares que sirven de lupa para verificar la práctica eficiente y proba de dichos negocios jurídicos.

En el evento del fraccionamiento de contratos, tema que el legislador dejó por fuera tanto en la ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) como en la ley 80 de 1993 (Ley de Contratación Pública), los órganos judiciales y las altas cortes se han dado a la tarea de analizar por medio de los principios que rigen la contratación si existe o no una división de lo que debiera ser un gran contrato en varios. El principio más acudido para justificar esta conducta como desviada es el de Transparencia. El artículo 24 de la Ley de Contratación Pública contempla que todos los actos de la administración serán llevados a cabo bajo este imperativo y, frente a esto, el fraccionamiento quebranta tal mandato pues es considerado como una herramienta de evasión de la Licitación Pública como método de escogencia del contratista para optar por la Contratación Directa a voluntad del funcionario.

Si bien el fraccionamiento de contratos se usa, en ocasiones, para obviar el proceso de selección que por ley se ordena también es cierto que en otros eventos no sólo resulta inofensivo para la función administrativa sino necesario. Sin embargo, la jurisprudencia a llevado a concluir que esta práctica se encuentra proscrita en todos los eventos y que desemboca en el tipo penal de contratación sin el cumplimiento de requisitos legales (art. 410 de la ley 599 de 2000) lo que resulta peligroso por la ambigüedad del delito al carecer de fronteras claras aplicables a la hora de delimitar una conducta punible.

Así las cosas, se propone estudiar en primer lugar el concepto de fraccionamiento de contratos y cómo la jurisprudencia ha tomado dicho concepto para enmarcarlo como tipo penal, a pesar de no estar contemplado expresamente ni en la norma penal ni en la administrativa, para luego comparar dicha postura con un análisis técnico de tipicidad, ineludible para una sana ejecución del órgano represivo del Estado, para terminar

demostrando las falencias de la concepción preponderante y cómo se está manejando sin técnica legislativa esta práctica. A su vez, se hará una breve comparación de la práctica de fraccionamiento con otros delitos para luego concluir que es un hecho atípico que debe ser regulado por fuera del Derecho Penal.

CAPÍTULO I

1. EL FRACCIONAMIENTO DENTRO DEL TIPO PENAL DE CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

Actualmente se tiene al fraccionamiento de contratos como una práctica delictiva contemplada por el artículo 410 del Código Penal Colombiano y cuya posición ha sido reiterada por las altas cortes realizando una inferencia de los principios que contiene la ley de contratación estatal para guiar dicho ejercicio.

Resulta sumamente importante describir de qué se trata el fraccionamiento de contratos, estudiar el tipo penal que lo cobija como delito, entender cómo se realizan los procesos de selección y cómo el fraccionamiento los afecta para luego terminar demostrando que las altas Cortes dan por sentado que se trata de un delito dado que, a través de un análisis jurisprudencial, crearon una serie de requisitos que les permite identificar cuando la conducta incurre en delito o no.

Lo que se pretende en este acápite es partir con la premisa dominante en la práctica jurídica y exponer las razones por las cuales se considera delito. Desde luego que en dicha descripción se advertirá sobre algunos faltantes o ambigüedades que tiene esta posición mayoritaria sin adentrarse aun en el debate de tipicidad que ello merece; es esta primera parte sólo una descripción de la actual tesis del fraccionamiento de contratos.

1.1. EL FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES

En primera medida, el fraccionamiento es la acción y efecto de fraccionar (Diccionario de la Real Academia Española. 2017) que, en otras palabras, es dividir algo en varias partes con el fin de obtener partes más pequeñas. En tratándose de los contratos, es la acción de dividir un contrato en varios. Lo que es un contrato de cierta magnitud es partido en dos o más pedazos mutando en un número plural de negocios jurídicos. Esto es una descripción semántica sobre el fraccionamiento de un contrato para aclarar la naturaleza de esta acción con miras a analizar por qué es tomado como un hecho ilícito por un sector de la doctrina y por la jurisprudencia colombiana.

Teniendo en cuenta lo anterior, doctrinantes nacionales como el profesor Mauricio Rodríguez Tamayo optan por describir la conducta proscrita como: *“fraccionar un contrato estatal con el propósito esencial de eludir los procedimientos de selección dispuestos en la ley 80 de 1993”* (Rodríguez. 2015) siendo de importante atención que en este punto ya se está hablando de la división del contrato como conducta encaminada a soslayar el ordenamiento contractual, también es menester poner de aviso que se está introduciendo un ingrediente altamente subjetivo a la conducta que es el interés de burlar un proceso de adjudicación sin aún mencionar qué es fraccionar y que requisitos viola con ello. De igual modo lo describe el peruano Córdova Schaefer al hablar de fraccionamiento ilícito como *“la división en segmentos de una licitación pública, para excluirla de los efectos de la Ley de Contrataciones, vulnerando los principios de publicidad, moralidad y libre concurrencia de las partes, para beneficiar a un particular en contra del interés público”* (Schaefer, 2012) Esto va encaminando a la visión del fraccionamiento como una herramienta para obviar los procesos de selección que contiene la norma, no se está juzgando el hecho de dividir como tal sino el objetivo particular que con esta segmentación se persigue. En la misma línea el catedrático nacional Jorge Dussán afirma que *“la celebración de varios contratos que, mirados integralmente, podrían haberse ejecutado en uno solo, con el fin de eludir el proceso de licitación pública y así poder seleccionar entre un grupo reducido de proponentes al contratista, según los intereses personales de los funcionarios responsables. Esta práctica desconoce los principios que rigen la buena administración pública, pues la celebración de un solo contrato permitiría obtener mejores condiciones para la ejecución del objeto, no solamente desde el punto de vista económico, sino también de eficiencia y cumplimiento, además de que generalmente encubre conductas dolosas de los funcionarios”*. (Dussán. 2005) dando notoriedad al punto de partida de la posible ilicitud del fraccionamiento: el desconocimiento de los principios que rigen la contratación del Estado en aras de satisfacer objetivos particulares y no generales, celebrando, en vez de uno, varios contratos escapando a lo que obliga la ley de contratación estatal.

Todo lo anterior cobra cierto grado coherencia, si se quiere hablar de reducir esta práctica tal como lo describen estos autores, con la manera en que se le trataba en la anterior ley de contratos; el Decreto-Ley 222 de 1983 establecía que *“Queda prohibido*

fraccionar los contratos cualquiera sea su cuantía. Hay fraccionamiento cuando se suscriben dos o más contratos entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis meses. Lo previsto en el presente artículo no es aplicable a los casos en que exista un único proveedor de bienes o servicios". Nótese que hay una clara delimitación, cosa contraria a la actual norma, frente al concepto y prohibición del fraccionamiento.

En esta línea de argumentación, lo que se proscribe es la Omisión a través de la división de un proceso de selección vr. Gr. la Licitación Pública, para satisfacer fines personales, para ello la ley dotaba de herramientas de identificación de la conducta lesiva tales como unidad de objeto y el aspecto temporal. Esto se reafirma con la posición de Orlando Santofimio cuando dice que *"con el fraccionamiento del objeto del contrato se desconoce la unidad propia de un objeto contractual, definida a partir de proyectos previamente elaborados, o en razón de la naturaleza del mismo, pulverizándolo, sobretodo cuando su precio sobrepasa los límites de la menor cuantía, con el propósito de obtener un número plural de objetos de menor cuantía que permitan la celebración de varios contratos a través de procedimientos de contratación directa"*. (Santofimio. 2000)

Con todo lo descrito puede afirmarse entonces que el fraccionamiento, desde el punto de vista ilícito, es la acción de tomar lo que debería ser un gran contrato, que por su envergadura y cuantía obligaría a seleccionar al contratista por licitación pública o concurso, para segmentarlo y de este modo obtener varios contratos de menor tamaño con la finalidad de poder acudir a la contratación directa como mecanismo de escogencia. No se puede hablar de la infracción sin su componente objetivo que es la división de un objeto contractual junto a la temporalidad descrita y su componente subjetivo que es el interés de contratar directamente para beneficiar a un contratista en particular. También se hace hincapié en que no se tiene, en la actual ley de contratación, prohibición expresa de la conducta derivando esta de un estudio principialístico hecho por las Cortes. Es entonces éste el concepto que se tiene para sostener la tesis actual del fraccionamiento como conducta ilícita.

1.2. EL TIPO PENAL DE CONTRATACIÓN SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

El tipo penal dentro del cual se aloja la conducta de fraccionamiento de contratos es el de Celebración de Contratos sin el Cumplimiento de Requisitos Legales estipulado en el Título XV llamado “De los delitos contra la administración pública”, Capítulo IV “De la celebración indebida de contratos” en su artículo 410 de la ley 599 de 2000 que versa “*El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos , incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes , e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses*”. Del anterior tipo se necesita hacer un análisis para determinar qué alcances tiene y verificar de qué manera se está aplicando para prohiar la conducta del fraccionamiento de contratos. La conducta que acá se tiene como prohibida es la de celebrar o liquidar contratos sin la observancia de los requisitos esenciales del contrato. Arroja claramente el ordenamiento una obligación de hacer que es *ceñirse* a los requisitos esenciales del contrato tanto en el momento de su celebración como en la liquidación, por ende, se castiga la omisión de dicho deber legal. Lo que se pretende con eso es proteger a la administración pública, bien jurídico polivalente y, junto a ella, el interés general; dicho bien jurídico tutelado necesita, para una eficaz protección, un firme apego a la legalidad que es lo que este tipo penal en específico pretende salvaguardar.

1.2.1. SUJETO

En este primer escaño dentro de la estructura del tipo nos interesa identificar quién funge como sujeto activo de la conducta de celebrar contratos sin el cumplimiento de requisitos legales. En primer lugar está el servidor público que detenta la facultad de celebrar contratos y todos aquellos que intervengan en dicho trámite. Son estos sujetos de los cuales se tiene una expectativa conductual de cara al rol social especial que detentan. Recuérdese que los servidores públicos están obligados al cumplimiento de la Ley y la Constitución, del mismo modo serán responsables por omisión o extralimitación de sus funciones por tales motivos están investidos de un rol especial además de su rol general de ciudadanos.

Este sujeto activo de la conducta lleva el peso de un rol general de ciudadano (observancia de las leyes y la constitución) un rol específico (omisión o extralimitación de sus funciones) circunstancias especiales del hecho (celebración y/o liquidación de un contrato público) y conocimientos particulares del sujeto (Saber qué está contratando, por qué lo hace y cómo hacerlo) Estos son los aspectos a analizar si se quiere verificar la responsabilidad del sujeto en la comisión de la conducta. Estos no son más que imposiciones de cara al rol y a las circunstancias cognitivas de quien comete la conducta dada la expectativa de acción que deposita la ley en él.

Se hace necesario aclarar que particulares también responden por esta conducta según lo consagrado en la ley 80/93 en sus artículos 52,53 y 56 ya que están en cumplimiento de funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación del contrato que celebren con entidades estatales y, por tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que es esa materia señale la ley para los servidores públicos. (Corredor. 2011)

De cara al fraccionamiento de contratos se tiene, en la teoría que lo defiende como delito, que servidores públicos y quienes prestan ese servicio se dan a la tarea dividir un contrato omitiendo un deber legal de acato a los requisitos legales esenciales traicionando ese rol especial y dejando de lado el interés general usando sus facultades para la satisfacción de intereses particulares aislados de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que son entre otros, valores esenciales de la administración pública, a mas de sus bienes materiales. (Corte Suprema de Justicia. 2004)

1.2.2. LA ACCIÓN

La conducta desplegada por el sujeto antes descrito es de suma importancia a estudiar toda vez que la legislación penal acoge la figura de derecho penal de acto y no de autor. Los tipos penales describen conductas humanas que en este caso es *celebrar o liquidar* un contrato omitiendo la observancia de los requisitos esenciales. Cabe resaltar que si bien el desvalor de la acción está en no ceñirse a los requisitos esenciales, el delito se comete cuando se ejecuta la acción de contratar o liquidar de esta manera.

Este tipo penal objeto de estudio no exige un resultado concreto que podría ser el beneficio del servidor público o del contratista o que exista un detrimento patrimonial del

Estado de modo alguno que lo que interesa al legislador es que se haya soslayado la legalidad a la que debe estar sujeta la práctica de la contratación; por ende, estamos frente a un delito de mera conducta.

Ahora bien, el hecho de dividir un contrato se encontraría, dentro de la concepción reinante, como una acción encaminada a burlar el proceso de selección del contratista; para lograr tal cometido, el sujeto activo, quebranta los principios que regulan la actividad contractual y, así, celebra y/o liquida el contrato incurriendo en el delito descrito. Lo que debe buscar el ente juzgador es que el servidor haya actuado en menoscabo de los principios y procedido a contratar para que exista la conducta. Es a través de esta inferencia lógica que la ley deposita su confianza en el juez para determinar cuándo el servidor actuó de esta manera.

En este orden de ideas, el fraccionamiento es tenido como una herramienta para la omisión de la norma convirtiéndolo en delito al creerse que con su práctica se excluyen los requisitos esenciales de un contrato estatal.

1.2.3. EL RESULTADO

Se resaltó que se está frente a un delito de mera conducta en cuyo caso el legislador no le confirió importancia al resultado. Lo que interesa en este evento, al juez que realiza el estudio para comprobar el fraccionamiento, es que haya habido una segmentación de lo que debió ser un solo contrato. Si se logra establecer que la partición existió automáticamente se tiene por cierto que se infringieron los principios de la contratación y, si es así, se entiende que se contrató sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales. De este modo, el resultado no es relevante al momento de salvaguardar la legalidad con que deben proceder los servidores públicos, basta con que hayan fraccionado para inferir el delito.

1.2.4. EL BIEN JURÍDICO

Se mencionó que la administración pública es un bien polivalente, éste se concreta en los principios que componen dicha función tales como la transparencia, la integridad, la idoneidad y la rectitud u honradez que deben tener frente a la actividad de la contratación los servidores públicos y los particulares que atienden la invitación de contratar con él. (Corte Suprema de Justicia. 1997) De cara al fraccionamiento de contratos, se tiene que la

celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales está estrechamente ligado al principio de legalidad, cuya conducta emerge como un proceso que desconoce los requisitos necesarios para la validez de un contrato; en otras palabras, la actividad administrativa de contratación se encuentra reglada y no es al arbitrio del funcionario o de quien preste el servicio, por esos motivos se afecta la legalidad cuando no hay apego a la norma de contratación.

1.2.5. CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL

Se ha dicho que de ninguna manera se está frente a un tipo penal completo. Es notoria la remisión que hace el tipo penal al buscar en las normas administrativas e, incluso, en la normativa civil y comercial para definir cuáles son esos requisitos esenciales que deben tener en cuenta las partes contratantes para celebrar y/o liquidar un contrato; es éste un aspecto de vital importancia ya que debe encontrarse en normas extrapenales los fundamentos que erijan la conducta de fraccionar como delito teniendo en cuenta el amplio espectro que cubre la función pública y el interés general. En términos prácticos, se está ante un amplio catálogo de elementos “esenciales” que al ser omitidos, según el criterio del juzgador, se incurre en el delito.

Se habla, en el ámbito doctrinal, de un tipo penal de muy compleja comprensión, que en palabras del profesor Diego Corredor “ *habrá que acudir al estatuto contractual, a sus normas generales, y tener en cuenta la norma general del artículo 13 de la ley 80 de 1993 que expresa: Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley*”. (Corredor. 2011) Conformándose así toda una amalgama de disposiciones “esenciales” compuesta tanto por el derecho privado que regula disposiciones generales a todos los contratos tales como la capacidad, el consentimiento, el objeto y causa lícita y, por otro lado, la norma de carácter público contentivo de los elementos propios y especiales del contrato estatal. Éste último acápite ligado a la manera que disponga el Estado para contratar: licitación o concurso como regla general, selección abreviada y la contratación directa; cada una de ellas tiene su proceso específico para celebrar un negocio jurídico.

Debe decirse que esta posición es fruto de los avances doctrinales que se han dado la tarea de descifrar cuáles son esos requisitos esenciales de la contratación ya que, como se ha dicho de manera reiterada, no están delimitados de manera clara y expresa en la ley. Es posición de la jurisprudencia, aceptada también por la doctrina imperante, que los principios que rigen la contratación son inherentes a tales requisitos, de hecho según esta teoría resultarían siendo lo mismo.

En el caso concreto, al dividir un contrato, se estaría buscando manipular el modo de selección del contratista al transformar el contrato grande en varios pequeños lo que agrede el principio de transparencia y, de allí, parte la jurisprudencia a tomar dicho principio como requisito esencial del contrato y afirmar que la conducta encaja en el tipo penal ya desglosado.

2. LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES

Otorgar o escoger un contratista para celebrar un negocio jurídico conlleva un proceso, dependiendo de las características concretas del bien o servicio, de selección al cual deben ceñirse las partes por mandato legal. Como se viene explicando, si bien los contratos estatales obedecen a parámetros que le son generales a todos los contratos también deben atender a criterios específicos que el estatuto contractual ordena obedeciendo a la cuantía, si es intuitu personae, la tipología contractual, la naturaleza de los bienes que se pretenden adquirir, la razón de la actividad que se pretende cumplir con los bienes y servicios adquiridos, la declaración de licitación desierta, las condiciones de mercado y la urgencia manifiesta. Valga recalcar que la regla general es la licitación pública y que, precisamente es ésta, la que busca omitir el sujeto activo de la conducta cuando opta por fraccionar un contrato quedando facultado para hacer uso de la contratación directa.

2.1. EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

En Colombia y de acuerdo al artículo 2 de la Ley 1150 del año 2007 que fue modificado a su vez por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011; existen diferentes modalidades a ser implementadas por las entidades de carácter estatal al momento de seleccionar algún contratista. Dichas modalidades corresponden a: Licitación Pública,

Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa. Todas estas a su vez están sujetas a los principios definidos en la Ley 80 de 1993: Economía, Transparencia y Responsabilidad.

La licitación pública corresponde al proceso por medio de la cual determinada entidad estatal define una convocatoria abierta al público, bajo condiciones iguales, para que las personas o empresas interesadas presenten sus ofertas en torno al bien o servicio requerido.

Por otra parte, la Selección Abreviada se asocia con una modalidad de selección objetiva del proveedor, ello como respuesta a una serie de requerimientos específicos y ante la necesidad de implementar mecanismos más ágiles y simples que aseguren la efectividad de la escogencia del contratista. Este tipo de evaluación se realiza comúnmente en contratos de adquisición de bienes y servicios con características uniformes, contratación de menor cuantía, contratos como por ejemplo para la prestación de los servicios de salud, entre otras.

En el caso de que se intenten celebrar contratos de menor cuantía (valor que no es superior al 10% de la menor cuantía de la entidad), se ha dispuesto de un conjunto de reglas de vital y obligatoriedad cumplimiento:

- La entidad que requiera la contratación, debe publicar el objeto del mismo, el presupuesto existente, las condiciones técnicas a cumplir; todo ello por un término superior a un día con la intención de que pueda ser referenciado por los actores interesados.
- Los contratistas interesados pueden presentar sus ofertas con un periodo superior a un día después de publicarse la solicitud.
- La entidad estatal podrá escoger el precio menor de las ofertas, siempre y cuando se dé cumplimiento a las especificaciones o requisitos técnicos exigidos.

Por otra parte, los concursos por méritos es una modalidad contractual que se implementa principalmente para la escogencia de consultores y proyectos, en la cual se puede aludir al uso de sistemas de concurso abierto y de precalificación. Bajo esta premisa, debe especificarse que los contratos de consultorías se relacionan con la ejecución de

estudios en torno a proyectos de inversión, diagnóstico, asesorías de índole técnicas, control y supervisión.

Por último, en la contratación directa, la entidad estatal le da a conocer sus necesidades por lo menos dos oferentes, ello con el fin de que establezcan sus propuestas con sus respectivas ofertas. Bajo esta premisa, se resalta el hecho de que esta modalidad de contrato solo es aplicable ante urgencias manifiestas y contratos interadministrativos (Arroyave, 2012).

2.2. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS

El principio de transparencia alude según lo dispuesto por la Corte Suprema a características de claridad, nitidez, pureza y translucidez; siendo desde el ámbito de la actuación administrativa el desarrollo de acciones contractuales “perspicua, tersa y cristalina” (Corte Suprema De Justicia, 2000). Ante esto, la misma Corte hace alusión al hecho que durante los procesos de selección de los contratistas, las licitaciones deben estar a la vista de los interesados; para lo cual se les debe prestar las facilidades conceptuales y de requerimientos sin ningún tipo de limitación, excepto en los casos que se trate de contratos especiales que deben contemplar un nivel de reserva con la intención de salvaguardar y garantizar la aplicabilidad del principio de igualdad.

En lo que respecta al origen del principio de transparencia, este tiene su raíz en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 o también conocido como el Estatuto de Contratación, en el que se establece que todas las actuaciones de quienes estén inmersos en un proceso licitatorio con el Estado deben regirse por los principios de transparencia, económica y responsabilidad; estos a su vez sujetos a los postulados que direccionan la función administrativa:

“Artículo 23º.- De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se

aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Posteriormente, en el artículo 24 de la ley en mención, se define a mayor detalle los aspectos que se deben contemplar para la implementación eficiente del principio de transparencia:

- Derecho de los actores que buscan hacer parte del proceso contractual de controvertir las decisiones y conceptos que se establezcan.
- La actuación de las autoridades deben estar abiertas al público y regidos a su vez por lo dispuesto en el artículo 273 de la Constitución Política de Colombia.
- Ante la solicitud de cualquier persona que demuestre interés, se está en la obligación de entregar copias de las actuaciones del proceso de contratación, definiendo la reserva que ameriten patentes, procedimientos y privilegios.
- En el caso de que existan términos de referencia, se debe establecer los requisitos objetivos que se tendrán en cuenta para la selección del contratistas, las reglas usadas para la escogencia, los costos y calidad de los bienes requeridos, criterios de exclusión, plazos para la liquidación del contrato, entre otros aspectos.
- Dentro de la publicidad en torno a la licitación o concurso se deben incluir las reglas implementadas en el proceso de contratación.
- Las autoridades y sus actuaciones durante el proceso de contratación deben evitar posibles desviaciones o uso de poder para adjudicar las licitaciones.
- No se deben incluir dentro de la celebración o ejecución de los contratos algún nombre del servidor público.

Los criterios anteriormente dispuestos, son a su vez objeto de estudio de la Corte Suprema de Justicia, quien establece que se deben contemplar un conjunto de aspectos que

garanticen la eficacia y eficiencia de la aplicabilidad del principio de la transparencia en la lucha contra la corrupción:

“Se garantiza la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten en el proceso de contratación; los proponentes pueden solicitar que la adjudicación de una licitación se haga en audiencia pública; se puede, así mismo, obtener copia, con las limitaciones legales, de las actuaciones y propuestas recibidas; se elaboran los pliegos de condiciones o términos de referencia con reglas objetivas, justas, claras, completas y precisas que permitan la adecuada confección de las ofertas; se señalan las reglas de adjudicación del contrato en los avisos de apertura de licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia; se motivan los actos administrativos que se expidan, excepto los de mero trámite; se actúa sin desviación o abuso de poder y sin elusión de los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en el estatuto” (Corte Suprema De Justicia, 2000).

Desde el ámbito constitucional, cabe resaltar el hecho de que el principio de transparencia no es abordado o aludido de manera explícita; señalándose tan solo en el artículo 209 algunos criterios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad pero aplicado a la organización de los partidos y movimientos políticos y al manejo del Sistema General de Regalías. Por este motivo, se afirma que el principio de transparencia es en sí reglamentado y direccionado por la Corte Constitucional, aun cuando se trate de un tema que atañe a las mismas actuaciones contractuales del Estado.

Y es que desde la Sentencia C-508 de 2002, la Corte Constitucional enfatizó en la importancia del principio de transparencia que a su modo de ver esta en parte ligado al artículo 209 de la Constitución Política, determinándose normas específicas y de obligatoriedad acatamiento respecto a la contratación estatal, esto sin importar o diferenciar a la modalidad de contrato celebrado (Corte Constitucional, 2002):

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Ahora, aunque existente otras modalidades de contratación como la directa, en la cual no hay un proceso de licitación o concurso; la Corte ha establecido en igual medida que estos deben estar sujetos al principio de transparencia y a ejercicios de control; tema que vuelve a ser enmarcado en el contexto de las Veedurías Ciudadanas para la vigilancia de la gestión pública.

En función de dicha sentencia, se establece que existe una ausencia o soporte constitucional que avale lo dicho por la Sala Constitucional, lo cual en cierta forma le resta validez a los planteamientos que esta haga; más aun teniendo en cuenta que el principio de la transparencia es independiente de la transparencia de la gestión pública. A este hecho, se suma el criterio superficial que le asigna la misma Corte Constitucional a la concepción del principio de transparencia, asegurando que es un contribuyente a las labores de las veedurías:

“La Corte considera que el principio de transparencia en él consagrado es constitucional, pues contribuye a facilitar la labor de las veedurías, ya que sólo garantizando condiciones de acceso a la información necesaria pueden ejercer plenamente sus funciones y formarse panoramas completos sobre aquellos asuntos que constituyen el objeto de vigilancia de las veedurías ciudadanas” (Corte Constitucional, 2003).

La anterior concepción es en parte transformada a partir de la Sentencia C-750 del 2008; momento en el cual la Corte Constitucional define el fin u objetivo del principio de transparencia como:

“El principio de transparencia en la celebración de acuerdos comerciales, garantiza que las operaciones y procedimientos resulten claros y nítidos y, por tanto, exentos de cualquier vicio o fraude, y constituye un principio rector de la función administrativa, orientado a la lucha contra la corrupción, que armoniza con los valores, principios y derechos constitucionales al procurar salvaguardar el interés general. Lo que

se pretende garantizar es la transparencia en la aplicación y expedición de la normatividad al interior de cada uno de los Estado Parte” (Corte Constitucional, 2008).

De acuerdo a dicho enunciado, se puede determinar los elementos claves que están inmersos en el principio de transparencia: garantía de operaciones y procedimientos; claridad en la aplicación de los mismo; eliminación de cualquier tipo de fraude y lucha contra la corrupción. Estos principios pretenden señalar un camino o derrotero por el cual los agentes del Estado deben trabajar en común acuerdo con los particulares interesados en prestar funciones públicas transitorias como lo es contratar con el Estado.

2.3. LA HERRAMIENTA DEL FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS DENTRO DEL PROCESO DE ADJUDICACIÓN

Ahora, por otra parte, debe acotarse que dentro del Estatuto de Contratación Estatal Colombiano existió en su momento una prohibición hacia la herramienta de Fraccionamiento de los contratos, ello bajo lo descrito en el Decreto Ley 222 de 1983 que fue posteriormente derogado por medio de la Ley 80 de 1993, motivo por el cual no puede ser implementado directamente en materia de contratación estatal. Aun así, y aunque no se incluye como tal la herramienta de fraccionamiento, si se encuentra el modelo de Selección Objetiva cuyo criterio que se apoya con al mismo principio de transparencia.

Es a través de este principio de selección objetiva que se define el método de escogencia de los contratistas el cual se debe desarrollar por medio de la Licitación Pública o concurso como regla general, pero existen ciertas salvedades que se dan cuando por motivos de intereses generales es necesario ejecutarlo a través de un proceso distinto. Bajo estas condiciones, se hace uso del fraccionamiento para evitar acudir a la licitación pública o concurso, dividiendo el objeto principal del contrato en varios para lograr que los contratistas ejecuten se escojan a voluntad.

La naturaleza del fraccionamiento de los contratos lo que busca es que determinada entidad contratante divida un proyecto sin ningún tipo de justificación en dos o más contratos, ello con el objetivo de suscribirlo de manera indebida y evitar el proceso licitatorio público o de concurso. Ante este hecho, el Consejo de Estado en la Sentencia del

31 de enero del 2011 por medio de la consejera ponente Olga Melida Valle De La Hoz, afirmó que se puede tipificar el proceso de fraccionamiento cuando existen varios contratos, cada uno de menor cuantía con un mismo objeto, que al sumar sus cuantías representan un valor de contrato que debe estar sujeto a licitación pública o concurso.

Bajo esta consideración, se es enfático que se trata de fraccionamiento de un contrato cuando varios de ellos poseen un mismo objeto. Ante esto, se presenta una nueva restricción, puesto la ley misma no define cuando se trata de un contrato con un mismo objeto, existiendo tan solo consideraciones como la de la consejera De La Hoz, quien considera que un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno.

Por los motivos anteriores, el fraccionar un contrato incurre en la violación al principio de transparencia de la contratación estatal que se referencia en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, acarreando para el servidor público quien lo autoriza y para quienes intervienen en la conjunción de una serie de implicaciones de naturaleza penal y disciplinaria, que se describen en el artículo 410 del Código Penal:

“Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. [Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011](#). El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

“Artículo 33. Circunstancias de agravación punitiva. Los tipos penales de que tratan los artículos [246](#), etc., de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado”.

Así mismo, se le asocia un tipo de responsabilidad disciplinaria al servidor público que participe en procesos de fraccionamientos de contratos, aspecto que esta a su vez

tipificado en el artículo 48 de la Ley 734 del 2002 y que se relaciona con la participación en la etapa precontractual y contractual en detrimento al patrimonio público.

“[.]..Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-818](#) de 2005, en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios”.

3. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA TIPICIDAD DEL FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS

Si es notable el intento de la doctrina por esclarecer el amplio espectro que abarca la carta de requisitos esenciales del contrato también lo es el aporte hecho por la jurisprudencia colombiana para llevar a cabo la adecuación típica del fraccionamiento dentro del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales. Cabe adelantar que ésta es unánime al momento de describir al fraccionamiento como una conducta típica lesiva de los principios de transparencia y selección objetiva toda vez que sea demostrable la unidad de objeto y comprobar que las circunstancias que llevaron a la administración a celebrar varios contratos son ajenas al interés general dando lugar a motivaciones simuladas en aras de ocultar un interés particular. A continuación una exposición de cómo se concibe el tipo penal frente al fraccionamiento pasando luego a una breve línea jurisprudencial tendiente a ratificar lo expuesto en el presente capítulo para terminar con una visión de la división de los contratos en otros países donde se pone en práctica esta conducta para esquivar la ley.

3.1. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

Se ha dicho anteriormente que la conducta de fraccionamiento, para la jurisprudencia colombiana, se adecúa correctamente al tipo penal de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales por la infracción de los principios de

transparencia y selección objetiva. Los principios que contempla la ley 80 de 1993 son entonces, producto de la interpretación judicial, requisitos esenciales del contrato. La sólo conducta de fraccionar desemboca en la comisión del delito por tratarse éste de los de mera conducta por violar la legalidad inherente a las actuaciones del Estado y su función pública.

Basta al juzgador verificar que el sujeto activo esté en cumplimiento de su rol social específico, como servidor público, y que actuó sin la observancia de estos principios soslayando el interés general para declarar la existencia de un delito. Se da por sentado que fraccionar un contrato es equivalente a violar dichos pilares ya que, a visión de la jurisprudencia, si no se ve reflejado el interés general al momento de dividir se incurre en el hecho punible.

3.2. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DE CARA AL FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES

Son distintas las herramientas jurídicas, leyes y sentencias proferidas en torno a los procesos de contratación estatal, el principio de transparencia y el fraccionamiento de contratos. A continuación, se hace una descripción y análisis de las más importantes.

En la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sostuvo que el fraccionamiento de contratos tiene lugar:

“... en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública” (Corte Suprema De Justicia. 2006).

Existe, en la sentencia en mención, la introducción de dos ingredientes necesarios para tener el fraccionamiento como tipo penal: un ingrediente objetivo que se traduce en la

unidad de objeto y otro requisito de corte subjetivo como lo es el interés desviado de esquivar un proceso de selección objetiva. Por otra parte, la misma Corte en el 2006 establece que:

“La interpretación de las causales de contratación directa o el empleo de figuras dirigidas a socavar el principio general, es restrictiva y no admite la analogía, por manera que cuando una determinada situación no encaja en algunos de esos motivos, no es dable buscar interpretaciones acomodadas, arriesgadas o artificiosas en procura de evitar la licitación o concurso.

Solo una interpretación de ese talante permite dar razón a TICIO, puesto que únicamente con cierta candidez se puede aceptar que por tener los elementos de un acueducto una función diferente y específica, y porque la construcción de cada uno de ellos no interfiera con la de los otros, surja la imperiosa necesidad de acudir al fraccionamiento de contratos, pues con esa misma ‘lógica’ se tendría que buscar varios contratistas para la construcción de cada uno de los elementos de una casa de habitación, o elaborar varios proyectos, como gráficamente lo indica el tratadista JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, mencionado por la Juez Tercero Penal del Circuito en la sentencia que es objeto de esta apelación y por la Sala a lo largo de estas consideraciones, para ‘la simple construcción de las paredes del tanque; otro con el pretendido objeto de la dotación de la tubería respectiva; otro destinado a la compra de cemento y piedra para construcción del tanque, etc...’ También resulta ingenuo creer en la conveniencia de escoger varios contratistas para la construcción del acueducto en mención, dizque porque así se pueda ‘establecer responsabilidades con precisión en la ejecución de componente’, cuando, por el contrario, la división de obras y a la asignación de ellas a varios contratistas pueden dificultar su fijación. Tampoco puede admitirse que la mayor exigencia de requisitos y de tiempo en la licitación pública, hubiera implicado sobre costos, olvidándose que una correcta, ágil y limpia dirección del proceso licitatorio permite adelantar un procedimiento en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos, precisamente por el principio de economía (art. 25 de la mencionada ley de contratación estatal) (Corte Suprema De Justicia. 2006)

En lo que hace referencia la citada sentencia, y continuando la línea argumentativa anterior, la Corte hace énfasis en el carácter restringido y especial que tiene la contratación directa como mecanismo de selección amén de la licitación pública como regla general. No deben interpretarse, alega la misma Corte, los parámetros que definen la naturaleza de la contratación directa ya que obedecen a un mecanismo de selección que, en teoría, debería ser menos recurrente su uso. Dice el mismo órgano, que cuando son interpretados estos límites es cuando es juzgador debe percatarse de la existencia de una desviación del interés general hacia la motivación de eludir el mecanismo de selección. Así entonces, se da un apoyo a esta vertiente argumentativa aduciendo que debe pregonarse, a manera de especie de presunción, una unidad de objetos y cuantías en los contratos salvo casos excepcionales, contemplados en la norma contractual, que sean cobijados por la contratación directa.

Todas esas irregularidades ponen en evidencia, de acuerdo con la Corte, que la contratación directa no es más que una fachada para fraccionar los contratos con abierto desconocimiento de los principios que rigen la contratación administrativa, que muchas veces se usa para liquidar un contrato que no se cumplió o que el mismo se celebró con interpuesta persona o cualquier otra situación que produjere un provecho patrimonial a favor del contratista.

Al año siguiente la Corte Suprema en sala de casación penal admite la configuración del delito, pero plantea algunas excepciones basadas en el interés general. Es decir, para determinar si hubo delito o no, se debe realizar un análisis y determinar, con él, si el funcionario y quienes intervinieron actuaron en pro de los intereses del Estado. Pone especial atención a los móviles que llevaron a los intervinientes a celebrar varios contratos y no uno:

Bien cabe sostener, entonces, que con tal procedimiento el acusado incurrió en fraccionamiento de contratos, fenómeno que tiene lugar, como lo ha dicho la Sala, en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes:

i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así,

ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública (Corte Suprema De Justicia. 2007).

En el 2008 existe otro pronunciamiento del ente en donde habla del fraccionamiento como una práctica reprochable por el ordenamiento penal

4. El fraccionamiento de contratos como modalidad de celebración indebida

En supuestos de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales la Sala tiene dicho que, para la realización del tipo objetivo, es necesario

(i) que el autor ostente la calidad de servidor público y sea el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato, y (ii) desarrollar la conducta prohibida, concretada en la intervención en una de las mencionadas fases del contrato estatal sin acatar los requisitos legales esenciales para su validez.

No se puede pasar por alto que la administración pública cuando desarrolla actividad contractual, como lo dice el Consejo de Estado no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos.

De lo anterior se tiene que en los términos de la Ley 80 de 1993 la contratación estatal es el resultado de estudios, diseños y proyectos requeridos, que llevan a la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia con antelación al procedimiento de selección del contratista o a la firma del contrato.

Dependiendo del monto al que ascienda un contrato celebrado por la administración pública se sigue que las etapas para llegar a la suscripción del contrato pueden resultar más o menos complejas, de modo que los asuntos que implican las más grandes inversiones imponen el trámite de la licitación pública.

De acuerdo con lo que establecía el artículo 3° del Decreto 855 de 1994, vigente para el momento en que tuvieron lugar las contrataciones que dieron lugar al presente proceso, en orden a satisfacer el postulado de selección objetiva del contratista, propósito que el legislador no declina en el trámite simplificado de contratación directa, es menester agotar diversas exigencias impuestas bien en función de los recursos que se van a comprometer a través del contrato, ora por la complejidad del objeto a desarrollar.

De esta forma establece la norma en cita que tratándose de contratos de menor cuantía cuyo valor sea igual o superior a cien salarios mínimos legales mensuales y al mismo tiempo superen el cincuenta por ciento (50%) de la menor cuantía establecida para la respectiva entidad estatal en términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, además de la obtención de por lo menos dos ofertas escritas, debe hacerse de manera antecedente invitación pública a través de un aviso colocado en un lugar visible de la misma entidad por un término no menor de dos días, requisito último que puede obviarse si la necesidad inminente del bien o servicio objeto del contrato no lo permite, de lo cual, en todo caso, debe dejarse constancia escrita.

A su turno, la misma disposición prescribe que la solicitud de oferta debe ser escrita cuando la complejidad del objeto a contratar así lo amerite, al paso que se puntualiza cómo ella debe contener por lo menos la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, las condiciones de pago, los términos para su presentación y demás aspectos que se estime den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende.

Hábilmente algunos ordenadores del gasto, con evidente desconocimiento de los principios que imperan en el proceso de contratación estatal, evitan acudir a la licitación pública mediante el fraccionamiento de la obra a contratar y, por ello, en lugar de hacer una convocatoria abierta y transparente en procura de seleccionar objetivamente la mejor

propuesta, dividen la obra en diferentes niveles y segmentos para con ello tener la facultad de seleccionar directamente los varios contratistas que ejecutarán las obras, las que examinadas en un contexto global constituyen un solo proyecto.

De tal suerte que el fraccionamiento contractual al que se hace referencia es aquel que resulta del examen de una labor en la que el todo se puede consolidar en un solo acto, y que por lo tanto la ejecución de una obra debería ser adjudicada a un solo contratista mediante proceso de licitación pública, pero que con el propósito de eludir tal procedimiento termina siendo entregada en forma directa y segmentada a uno o varios proponentes.(Corte Suprema De Justicia. 2008).

Se continúa, de este modo, con la teoría del sujeto activo como cualquier funcionario que juegue un rol determinante dentro de la celebración del contrato, en cualquiera de sus etapas, que sea responsable de la observancia de las reglas que estructuran la contratación pública ya que esta actividad esta exenta de toda interpretación, improvisación y discrecionalidad por parte de los intervinientes; por el contrario, todo debe ser planificado y previsto en la medida de lo posible lo que cierra el margen de acción caprichosa de los contratantes. Adicionalmente, se hace mención de la prohibición de optar por la contratación directa sin agotar las exigencias que para ello la ley contempla; en otras palabras, hacer caso a los permisos excepcionales que la ley ampara para usarla, entre estos la cuantía.

En este mismo año el órgano vuelve a afirmar del fraccionamiento de contratos que:

Esta figura, se presenta, ha dicho la Corte, en los eventos en los cuales la administración simuladamente divide la unidad natural del objeto, para contratar directamente lo que debió hacer por licitación pública, aplicando un procedimiento menos riguroso contraviniendo las reglas de la contratación estatal, en especial los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva.

Para proclamar su presencia es menester la convergencia de las siguientes condiciones: Que sea predicable la unidad de objeto en los contratos cuestionados y, de ser así, determinar cuáles fueron las circunstancias que llevaron a la administración a

celebrar varios contratos y no uno, estableciendo si la actuación tuvo como norte satisfacer los intereses públicos o por contraste sus motivos fueron artificiosos y orientados a eludir los requisitos contractuales.

Presupuestos que contrario al parecer de la defensa, a juicio de la Sala concurren en este caso, compartiendo los argumentos del Ministerio Público.

Así fluye de la valoración conjunta del contenido del estudio de conveniencia y oportunidad, de las causas y los fines perseguidos con la compra, de las particularidades de los pupitres adquiridos, de la identidad tanto del rubro afectado como del contratista, de la fecha de los convenios y de las particularidades del mismo trámite de contratación directa observado.

Esta ponderación comprueba la presencia de un solo objeto y, por lo mismo, la necesidad de su compra mediante licitación pública. (Corte Suprema De Justicia, 2008).

Esta sentencia acepta la configuración del delito y admite excepciones basadas en el interés público; es decir, al momento del juzgador entrar a evaluar cuáles fueron los motivos por los cuales se celebraron varios contratos y no uno, obedeciendo a la unidad natural del objeto como lo llama la Corte, da cabida a entender también que no todos los fraccionamientos son ilícitos y, por lo tanto, todo depende de si se ajusta o no al interés general que, como se ha venido aduciendo, es muy difícil ponerse de acuerdo en delimitar cuál es. Debe entenderse que la Corte está aceptando que la comisión del delito se infiere de un estudio de las causales de división en conjunto con los principios que rigen la contratación pública; en otras palabras, está aceptando que no existe delimitación alguna en el concepto del delito toda vez que si se logra comprobar que dicha segmentación obedece a la conveniencia general entonces el delito no se cometió. Cabe anotar que es amplia la remisión extrapenal ya que ese interés general va a estar sujeto a lo “políticamente correcto” del momento en que se haga el examen de tipicidad.

La anterior disposición se hace aún más clara cuando la corte acota que: *Aunque el fraccionamiento de contratos no aparece regulado expresamente en la Ley 80 de 1993, como ocurría con las disposiciones legales que le antecedieron; no por ello está permitido*

y, al contrario, la prohibición se infiere implícitamente a partir de reglas y principios como el contenido en el artículo 24, numeral 8, según el cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al mismo tiempo proscribire eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos consagrados en dicho estatuto. Es claro, conforme a lo visto, que cuando un servidor público elude los procedimientos de selección objetiva, por ejemplo, mediante el fraccionamiento de contratos, incurre en un favorecimiento indebido y, por ende, su actuación acarrea las responsabilidades previstas en la misma ley. (Corte Suprema de Justicia. 2009)

Se reafirma la portura cuando, en el mismo año, la el mismo cuerpo colegiado acota que:

Esta figura fue expresamente consagrada en los decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983 proscribiendo el fraccionamiento de los contratos, definiéndola como la suscripción de dos o más negocios jurídicos entre las mismas partes, con idéntico objeto y dentro del mismo término, que la primera normativa estableció en 3 meses y la segunda amplió a 6.

Si bien es cierto que esta modalidad no fue literalmente reproducida por la ley 80 de 1993 ni por sus decretos reglamentarios, ello obedece a su estructura y al deseo del legislador de erradicar la exagerada reglamentación y rigorismo, determinando reglas y principios encaminados a obtener los fines del Estado, de los cuales se deduce la prohibición de la segmentación de contratos y que, como ya se vio, trasluce la interpretación constitucional que se debe hacer de ese cuerpo normativo.

Este fenómeno se presenta, viene reiterando la Sala, cuando pudiéndose compendiar el todo en un sólo acto, se divide en varios, con el objetivo claro de eludir un condicionamiento legal.

En otras palabras, se configura, cuando la administración de manera artificiosa destruye la unidad natural del objeto contractual, a fin de contratar directamente lo que en principio debió regirse por las formas propias de la licitación, o para sujetarse a un

procedimiento menos estricto y riguroso de contratación directa en reemplazo del que se imponía seguir por el factor cuantía, práctica que riñe con las normas que gobierna la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva.

No obstante lo anterior, la valoración de tal conducta en relación con la posible configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, supone realizar un doble ejercicio analítico dirigido a determinar: (i) si resulta predicable la unidad de objeto respecto de los contratos cuya legalidad se cuestiona y, en caso cierto, (ii) cuáles fueron las circunstancias que en concreto llevaron a la administración a realizar varios contratos, pues sólo de allí puede extractarse si la actuación se apoyó en criterios razonables de satisfacción del interés público, o si, en cambio, las razones esgrimidas son sólo artificiosas y dirigidas, por ende, a soslayar las reglas contractuales debidas. (Corte Suprema de Justicia. 2009)

Se ratifica en el mismo año dicha postura y, además, retomando de jurisprudencias anteriores el ingrediente subjetivo de la intencionalidad de un favorecimiento para un contratista, interés que es lejano al bienestar común que busca la contratación:

Acerca del fraccionamiento contractual, ya la Corte ha precisado en varios de sus precedentes cómo este se presenta cuando la administración para eludir la licitación, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas, siendo necesario en tales eventos demostrar: (i) que pueda pregonarse la unidad del objeto del contrato cuya legalidad se cuestiona y (ii) cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos porque sólo así puede establecerse si ello se cimentó en criterios razonables de interés público o si por el contrario los motivos fueron simulados y orientados a soslayar la contratación pública.

Tales supuestos están satisfechos en el presente asunto puesto que, “[...] no se vislumbran razones de recibo que justifiquen de alguna manera la necesidad de ese fraccionamiento que sería la única hipótesis en la que se podría pregonar el fraccionamiento que indudablemente se produjo”. (Corte Suprema de Justicia. 2009)

Pero además, la jurisprudencia del Consejo de Estado claramente ha señalado que el fraccionamiento contractual se verifica no respecto de bienes de un mismo género, sino de la misma especie. Así, las obras civiles son el género, mientras que la especie sería una específica actividad como la construcción de un edificio verificándose el fraccionamiento cuando para su construcción se realizan varios contratos a fin de esquivar la licitación.

Como es sabido, la denominada figura de fraccionamiento se verifica cuando la administración de manera artificiosa deshace la unidad natural del objeto con miras a sustraerse del procedimiento contractual que debía llevar a cabo, adelantando en cambio dos o más contratos a través de trámites menos estrictos, práctica que indudablemente riñe con las normas que gobiernan la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva.

Acerca del alcance y configuración de la figura de fraccionamiento contractual, el Consejo de Estado ha precisado de manera reiterada que la ley no impone, en ningún caso, obligación de celebrar un solo contrato cuando se trata de cosas del mismo género, como sí lo impone cuando se trata de cosas de la misma especie.

Demuestra de esta manera, la Corte Suprema de Justicia, estar de acuerdo con extraer de la conducta de dividir contratos un delito. Sin embargo, se observan inconsistencias o brechas argumentativas que invitan a pensar que si el fraccionar se logra argumentar bajo la capa del interés general no se estaría constituyendo conducta punible alguna. Esto da lugar a serias confusiones de tipo técnico toda vez que, si bien toca remitirse a normas extrapenales para explicar el delito de contratar sin el cumplimiento de requisitos legales, tampoco la norma que subsana ese tipo penal en blanco tiene claridad alguna en cuanto a la conducta cometida y que la determinación de si existe o no conducta delictiva está dada jurisprudencialmente bajo un análisis principialístico cosa que choca completamente con el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Es necesario analizar el hecho que comete el autor esto es la división de un gran contrato el cual tendría que pasar por concurso o licitación pero al momento de fraccionarlo se hace completamente innecesario ya que mutó en varios pedazos y, así, la norma no lo hace susceptible de ese “lleno de requisitos” que se exige ya que sin dividirlo se tendría

que seguir los pasos de la Licitación pero ahora esos mismos no son obligatorios pues se está dentro de la contratación directa; en últimas se está castigando el hecho de partir un contrato y tornarlo en varios, todo en aras de tenerlo como delito en aras del principio de transparencia o, mejor, en un examen de la conducta a través de éste sin la existencia de una prohibición expresa de esta conducta.

No es el objetivo dentro de éste artículo desmentir la amenaza legal existente cuando el Derecho Administrativo establece el canal de comunicación, de cara al fraccionamiento de contratos, con el Derecho Penal para perseguir conductas que buscar hacerle trampa a la ley; acá lo que es cuestionado es la falta de técnica legislativa a la hora de elevar esta conducta a la categoría de tipo; además que con este fenómeno se están infringiendo principios garantistas fundamentales de nuestro modelo estatal.

A simple vista podría pensarse que nos encontramos frente a un paratipo penal, una conducta descrita en un ordenamiento extrapenal pero que hace una remisión directa a esta codificación buscando castigar una práctica afín a su objeto de control. Acá se da una descripción casuística de una conducta humana particular hecha por el legislador, la cual se encuentra legalmente asimilada o referida a un tipo penal, pudiendo o no subsumirse en él, y quedando, cuando se aparte de sus presupuestos estructurales, desprovista de sanción.

En el tema particular, no hay norma que haga mención si quiera del comportamiento objeto de estudio; el legislador la dejó completamente por fuera de la ley de contratos estatales. Su distinción se hace por vía del desarrollo jurisprudencial y es por este mecanismo que se hace un análisis de si hubo o no transgresión del principio de transparencia y luego se pronuncia sobre si existió delito o no. Para hacer un estudio al respecto se hace necesario separar y aclarar los siguientes límites al poder punitivo del Estado:

- Debe de respetar la legalidad estricta: Sólo el legislador está facultado para crear tipos penales y mantener la guarda de la máxima *nullum crimen, nulla poena, sine lege* previa scripta et certa.

- Deber de respetar los derechos constitucionales: El legislador está atado al respeto de los derechos constitucionales siendo el Derecho Penal mismo una herramienta extrema de protección de ellos, también es límite a esa facultad el contenido material de los derechos constitucionales y convenios y tratados de DDHH que sean firmados y ratificados.
- Deber de respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad: Esto encaminado a la real y efectiva creación de un tipo penal que proteja bienes jurídicos con sanciones loables.

3.3. DERECHO COMPARADO FRENTE AL TEMA

En cuanto a derecho comparado, es evidente que en el caso peruano, según lo anotado por Córdova Schaefer en su artículo intitulado “¡Divide y Perderás! La ilicitud en el fraccionamiento de contratos estatales”, el “pitufeo de contratos” constituye en muchos casos una evasión a los requisitos que, por principio de transparencia, la ley le impone a las partes contractuales derivando de ello un delito. Sin embargo, hace la clara anotación que no en todos los eventos esto puede tenerse como un ilícito y trae a colación unas eventuales excepciones a dicha prohibición que, no está de más agregar, se encuentra tipificada en su legislación de contratación pública:

- Estando acreditada la necesidad en la etapa de planificación, la Entidad restringió la cantidad a contratar por no disponer a dicha fecha la disponibilidad presupuestal correspondiente, situación que varía durante la ejecución del Plan Anual de Contrataciones al contarse con mayores créditos presupuestarios no previstos, provenientes de, entre otros, transferencias de partidas, créditos suplementarios y recursos públicos captados o percibidos directamente por la Entidad.
- Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja na necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, siempre que la contratación programada cuente con Expediente de Contratación aprobado, debiendo atenderse la nueva necesidad a través de una contratación independiente.
- Se contrate con el mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o en el caso que concurran procesos de

selección con contratos complementarios, exoneraciones o con procesos bajo regímenes especiales.

- La contratación se efectúe a través del Catálogo de Convenios Marco.
- Se requiera propiciar la participación de las microempresas y pequeñas empresas, en aquellos sectores de donde exista oferta competitiva, siempre que sus bienes, servicios y obras sean de calidad necesaria para que la Entidad se asegure el cumplimiento oportuno y los costos sean razonables en función a las condiciones de mercado.

Así entonces, no es ajena esta problemática a otros países en donde también es caótico vislumbrar cuándo el fraccionamiento constituye delito y cuándo no lo es. A pesar de esto, en el análisis jurisprudencial propuesto, la Corte ha sentado una tesis clara aduciendo que todo fraccionamiento constituye delito pero al traer las circunstancias anteriores ¿se justificaría dicha configuración?.

Para Santofimio es a través del fraccionamiento del objeto del contrato cuando se desconoce la unidad propia de un objeto contractual, definida a partir de proyectos previamente elaborados, o en razón de la naturaleza del mismo, pulverizándolo, sobre todo cuando su precio sobrepasa los límites de la menor cuantía, con el propósito de obtener un número plural de objetos de menor cuantía que permitan la celebración de varios contratos a través de procedimientos de contratación directa (Santofimio. 2009)

Resulta ambiguo el trabajo hasta el momento realizado en materia legislativa frente a la división de contratos toda vez que no resulta clara la protección de los derechos del procesado, como el principio de legalidad en nuestro país, pues si bien las excepciones mencionadas no están contempladas en el ordenamiento nacional si denotan una clara ausencia de lesividad; no hay intenciones fraudulentas detrás de dicho fraccionamiento, a pesar de cumplir con los requisitos que la Corte expone para hablar del fraccionamiento como delito, ya que se hace por cuestiones de eficacia en el mundo de los negocios jurídicos. Otros planteamientos se han formulado en el derecho de otros países como en la Argentina en donde existe una restricción subjetiva temporal en la cual no puede contratarse con el mismo individuo en un lapso de tiempo determinado.

A manera de conclusión, resulta obvio que el fraccionamiento de contratos es en muchos casos una herramienta útil para funcionarios corruptos y sendos carteles de contratación para hacerse con lucrativos negocios con el Estado sin tener que participar de concursos o licitaciones públicas lo que deriva en la escogencia arbitraria de los contratistas llevados por intereses ajenos al interés general. Lo anterior no es óbice para afirmar que sí existen casos en los que esa división no persigue fines fraudulentos, quedando ausente el requisito de lesividad de un delito; esto se traduce en una insuficiente regulación de la figura del fraccionamiento dentro de la legislación de Contratos Estatales y si a esto se le suma que, en Colombia, ni siquiera se le menciona obtenemos como resultado un hecho atípico que pretende la Corte Suprema de Justicia regularlo, de manera incompleta, e implementarlo como un hecho típico en materia penal cuestión que rebasa sus funciones constitucionales y demuestra la grave falencia del órgano legislativo para hacer frente a una situación claramente anti garantista para un procesado en esta materia.

Siendo de esta manera, el derecho penal, la última alternativa en materia de control social y prevención de conductas desviadas, es propuesta de este artículo que el control sea ejercido por vía administrativa regulando la contratación directa o alternativas similares.

En el caso de España, existen herramientas jurídicas que se enmarcan en los procesos de fraccionamiento de la contratación pública. Y es que antes de la Ley 30 de 2007 que se relaciona con los Contratos del Sector Público, existía al igual que en Colombia una Decreto legislativo que permitía el fraccionamiento de los contratos.

Con la entrada en vigencia de la Ley 30 del 2007 y del Decreto legislativo 3/2001150, se establece en el artículo 86 que no se puede fraccionar un contrato con la intención de disminuir su cuantía, eludiendo de dicha forma los requisitos en términos de publicidad y adjudicación (Ministerio De Economía Y Hacienda, 2011).

En concordancia con lo establecido por la Junta Consultiva de Contratación española, el objetivo principal de este conjunto de normativas radica en el impedir o al menos reducir el fraude en los procesos de contratación, en los cuales existen intereses particulares y no estatales. Comparando dicha perspectiva con la colombiana, se visualiza el hecho de que la justicia española de manera clara prohíbe cualquier modalidad de

fraccionamiento de los contratos, ellos sin importar la alusión al tipo de objeto, con lo cual se evita que se eluda a la aplicabilidad de determinadas modalidades de licitación y dilatación del proceso de regulación (Junta Consultiva De Contratación Administrativa, 2009).

Ahora bien, la legislación española permite el fraccionamiento de los contratos, siempre que se requiera que dichas divisiones correspondan a una utilización por separado, quienes en su conjunto pasan a conformar una unidad funcional (más no un objeto); en pocas palabras contratos con objetos de la misma naturaleza pero independientes (Junta Consultiva De Contratación Administrativa, 2009).

En el caso de Argentina, el fraccionamiento de los contratos está fundamentados en el Decreto 436 de 200 o también denominada Ley de Contabilidad pública, en el cual se prohíbe el uso de dicha técnica para eludir o evitar la aplicación de los montos máximos que se fijan en dicho reglamento y en el que se definen además los procedimientos de selección (Presidencia De Argentina, 2000).

Sumado a lo anterior, se define otro hecho tipificante del desdoblamiento o fraccionamiento de los contratos, el tiempo de contratación

“Se presumirá la existencia de desdoblamiento de las contrataciones, cuando en un lapso de tres (3) meses contados a partir del dictado de un acto administrativo que autorice un llamado por cualquiera de los procedimientos contractuales previstos o (...) cuando se autorice otro llamado para seleccionar bienes o servicios de carácter habitual y regular, que además fueren de similar naturaleza, especie o afinidad comercial y no contingente respecto de un mismo destino” (Contaduría General De La Provincia De Buenos Aires, 2007).

Por su parte, en Ecuador el fraccionamiento de los contratos está reglamentado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, quien ha definido de forma explícita que el objeto de un contrato no puede ser subdividido en cuantías menores, ello con el fin de evitar los procedimientos establecidos por la ley.

Ante ello, y tras la evaluación de procesos de subdivisión de la contratación, la Contraloría General del Estado debe determinar si existe perjuicio al Fisco y si se debe remover al funcionario de su cargo, esto sin que se exima al mismo de los perjuicios civiles y penales a los que hubiese lugar (Asamblea Constituyente, 2008)

4. EL FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS COMO CONDUCTA TÍPICA

El objetivo, en esta parte del estudio, es obtener una primera premisa, la cual funge de tesis actual, frente al fraccionamiento de contratos como hecho ilícito para hacer un correcto paralelo con las críticas que a esta figura se hacen por diversos sectores doctrinales con miras a demostrar la insostenibilidad de los argumentos hasta el momento descritos.

Lo cierto es que ni la normativa penal ni la administrativa hace referencia alguna a la figura de fraccionamiento de contratos, ni implícitamente. Esta conducta, que fue proscrita por la anterior legislación contractual, no se introdujo en la ley 80/93 argumentando, con ello, un mayor dinamismo jurídico y menos ritualismo. Como se explicó al principio, es cierto que el Estado necesita de la asociación con particulares para el cumplimiento eficaz de labores u obras que le son ajenas a su especialidad y, por tales circunstancias, se hace indispensable que realice negocios jurídicos con particulares expertos en esas áreas; el meollo del asunto salta a la luz cuando en la normativa penal, con el deber a un principio de legalidad, acoge una figura como la segmentación de contratos para prohijarla como un delito por mera deducción fruto de un análisis de principios administrativos.

En este orden de ideas, se tiene por delito una conducta que no aparece explícita ni implícitamente mencionada en ninguno de los dos ordenamientos legales; por el contrario, es la germinación de todo un estudio de principios contemplados en la ley contractual vigente para así inferir cuáles son los requisitos esenciales que se infringen cuando un funcionario o el contratista deciden optar por el fraccionamiento.

La Corte Suprema de Justicia aduce que es necesario agrupar tres requisitos para hablar de fraccionamiento de contratos como una conducta típica de celebración indebida

de contratos; el primero es la división de un gran contrato en varios sin justificación obediente al interés general, en segundo lugar, debe predicarse una unidad frente a la naturaleza del objeto contractual y, en tercer lugar, que haya evasión al proceso de licitación pública e incursionar al proceso de selección directa.

Frente al caso concreto, se tiene como conducta la acción de dividir lo que sería un contrato, que por su cuantía y objeto, cuya escogencia del contratista debiera ser mediante licitación pública para que el producto, varios contratos de menor cuantía, puedan ser otorgados por medio de selección directa. Aunado a esto se encuentra un ingrediente subjetivo de falsa motivación toda vez que los móviles del pitufeo contractual son distintos a perseguir un interés general; por el contrario, se tiene por objetivo escoger libremente al contratista sin las talanqueras impuestas por una licitación pública. Por último, se tiene este interés privado de trucar el método de escogencia como transgresor del principio de transparencia consagrado en la ley 80 de 1993. No se actúa con fidelidad a la norma, por ende, en el entendido que los principios son elementos esenciales del contrato según esta tesis, viola la legalidad que protege el tipo penal de contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales pues lo que busca este tipo penal, acuña la Corte, es que la contratación del Estado se ciña a las reglas para cerrar el alberdrío del funcionario.

Esta conducta aborda a un sujeto activo calificado pues estamos hablando de funcionarios públicos y particulares que en el evento especial cumplen transitoriamente este tipo de funciones. No exige resultado, se castiga la mera conducta: fraccionar. A pesar de hablar de una eventual motivación adecuada para dividir un contrato siempre, la Corte, se inclina a interpretar dicha segmentación como delito; así se evidenció en el compendio jurisprudencial acá aportado.

No hay lugar a duda que la doctrina probable es la tendencia a observar al fraccionamiento de contratos como típica dentro de la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos esenciales. Debe hacerse hincapié en la visión de esta práctica como una herramienta para facilitar la corrupción estatal; al cumplirse los requisitos antes mencionados, los cuales tienen un amplísimo margen de interpretación por parte de juzgador, se tiene por sentado que existió fraccionamiento contractual. Debe evidenciarse que no existe jurisprudencia alguna que declare dicha conducta como lícita, es decir, que a

pesar de abrir el espacio interpretativo a la posibilidad de no incurrir en el delito, en la práctica nunca ha sucedido.

Ante tan preocupante situación de la ambigüedad normativa, se hace necesario en este momento dar a conocer cuáles son las críticas que recaen sobre ésta teoría y de las cuales nacerán las propuestas del presente trabajo.

CAPÍTULO II

1. “¿ES EL FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES UN HECHO ATÍPICO?”

Con fundamento en las normas civiles y comerciales, en tratandose de contratos a nivel general, estos tienen una serie de requisitos de existencia y validez tales como capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita; por otra parte, están los concernientes a su esencia y naturaleza, también aquellos que le son meramente accidentales. Es unánime la definición de los conceptos antes mencionados por parte de la jurisprudencia, doctrina y las leyes como para pretender obviarlos o adentrarlos en oscuros terrenos de ambigüedad al querer tornar algo delimitado y difuminarlo.

Son, los requisitos esenciales de un contrato, pautas de obligatorio seguimiento para que un negocio jurídico nazca a la vida jurídica y produzca eficazmente los efectos para los cuales fue creado; no en balde se tiene por cierto que son estos elementos los que dan la génesis y el final de una relación contractual; del mismo modo, moldean la figura contractual a la que las partes se someterán diferenciando si se trata de un contrato de arrendamiento, compraventa, leasing, entre otros.

Es realmente engorroso identificar el tipo contractual sin el seguimiento de dichos elementos que lo configuran, lo que puede terminar degenerando el contrato deseado en cualquier otro acto jurídico. Sin bien es cierto que la norma administrativa da amplitud de margen para configurar cualquier tipo de contrato también lo es que, a parte de los elementos comunes a todos los contratos, estos contratos públicos tienen elementos que los dotan de dicha naturaleza pero que hablar de principios dentro de esos elementos no es más que forzar la entrada en algo que no está hecho a su medida.

Es objeto de éste capítulo analizar bajo lupa si los principios son elementos esenciales para que los contratos tengan existencia, validez y una naturaleza definida o, si por el contrario, este ejercicio analítico de principios no es más que una carta abierta para interpretar la norma y definir de ese ejercicio la existencia o no de un delito.

Es imperioso demostrar, para criticar a esta tesis del primer capítulo, cuáles son los elementos esenciales de un contrato tales como la capacidad, un consentimiento libre de vicios, un objeto y una causa lícita; también serán desglosados aquellos elementos de la esencia y naturaleza contractual pública y, por último, si existen elementos accidentales a ese tipo de contratos. Todo lo anterior, además de aclarar si los principios contemplados en la ley 80 de 1993 pertenecen a este rubro, con miras a establecer si con el fraccionamiento se está infringiendo alguno de estos elementos esenciales para darle nacimiento y efectos a un negocio jurídico de carácter estatal.

Una vez establecido si existe una omisión o trasgresión real, con el fraccionamiento contractual, al catálogo de requisitos legales que debe acatar quien hace negocios desde o con el Estado pues a la luz de aclarar desde la base de las obligaciones y sus fuentes, además de un análisis desde la teoría del acto y negocio jurídico, si se viola la legalidad que

busca tutelar el tipo penal objeto de estudio. Continuando la misma línea, se encausará la crítica a demostrar cómo choca, la tesis que sostiene al fraccionamiento como conducta típica, con los límites que un Estado garantista reconoce ante su aparato punitivo; tales límites se encuentran en el principio de legalidad en todas sus expresiones.

Un estudio de los tipos penales en blanco y cómo debe realmente hacerse una adecuación típica de este delito ayudarán a demostrar el sin sentido de la tesis planteada por la jurisprudencia colombiana; todo ello para desembocar en la indiscutible ambigüedad de la norma analizando su conducta, estructura, elementos integrantes, función o teleología y un análisis desde la postura normativista de la teoría del delito.

La conclusión inevitable es la antítesis a la tesis expuesta en el capítulo primero, postura que sostiene en órgano judicial colombiano y concordante con algunos ordenamientos extrajeros, pues es claro a todas luces que el fraccionamiento de contratos es una conducta atípica que no encaja en lo descrito por el artículo 410 del Código Penal Colombiano como contratación sin el cumplimiento de requisitos esenciales. Sin embargo, este trabajo no puede simplemente enunciar las críticas que desde varios sectores de la doctrina se arrojan a la postura de las altas Cortes; es menester dar con una propuesta que, a través de este estudio, se haga lógica en cuanto a los lineamientos garantistas dogmáticos que deben defenderse de la peligrosa inflación normativa penal.

1.1.CRÍTICA A LA LUZ DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Es en este momento en el cual se hace necesario especificar cuáles son esos requisitos de los que se ha venido haciendo mención y han sido tergiversados por la postura jurisprudencial colombiana al desdibujarlos para adicionar los principios administrativos dentro de ellos. Se determinará cuáles son para luego demostrar cómo es inexacto el intento por encasillar los principios de la contratación dentro de ellos; se hace necesario entonces realizar dicho ejercicio con cada elemento por separado.

Para dar el paso mencionado se hace menester hacer la explicación frente de la teoría de los actos y/o negocios jurídicos y, con ello, dar paso a cuáles son los requisitos

para que un acto jurídico tenga existencia, validez y eficacia en el tráfico jurídico. También se aclarará qué son los requisitos de la esencia o naturaleza específica de los contratos en general para luego se hacer énfasis en los contratos estatles de cara a esta teoría.

Con lo anterior se pretende demostrar cómo los principios que coordinan la acción contractual del Estado no pueden entrar como requisitos legales esenciales para satisfacer estos tres pilares que necesitan los actos jurídicos para entrar efectivamente en el tráfico jurídico y generar los efectos deseados por las partes pues existe una clara lejanía entre lo que se pretende con la actual norma de contratación y lo que se está juzgando penalmente lo que nos lleva a finalizar con una crítica hacia la ambigüedad del estatuto contractual al omitir cuáles son esos requisitos legales esenciales cuya omisión se pretende perseguir.

1.2.TEORÍA DEL ACTO Y/O NEGOCIO JURÍDICO

A modo de aclarar este título es importante precisar que se habla tanto del negocio jurídico como del acto jurídico como los medios o la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos (Ospina, 2005. P.17); tenido por algunos doctrinantes que el primero es necesariamente multilateral encaminado a la autorregulación de intereses y el segundo de naturaleza unilateral con miras a la producción de unos efectos. No está de más adicionar que esta separación es considerada innecesaria por una amplia mayoría pero que acá se incluye para efectos de abarcar por completo el tema.

Dentro de esta concepción se tiene que los sujetos de derecho interactúan dentro de un marco legal, para la satisfacción de sus necesidades, que es el orden público y que éste es el límite a la autonomía de la voluntad privada a la cual, dependiendo del modelo político acogido por un país, se le otorga cierto margen de acción; ya sea amplio o restringido. Se explica que el amplísimo campo de acción, en Colombia, de la voluntad privada está dada exclusivamente dentro de los límites que el legislador le haya señalado expresa y concretamente, que es en lo que consiste el concepto racionalista del orden público legal e inmutable (Ospina, 2005. P. 13)

No es posible pretender imponer una estática al natural devenir que tienen las comunicaciones humanas y las formas en que los sujetos de derecho las ejecutan. Si algo demuestra la historia es que todo va cambiando, nuevas necesidades aparecen, otras ya no existen y la manera de satisfacerlas va mutando con el tiempo. Esto, como se dijo, tiene mucho que ver con la filosofía política imperante toda vez que legislaciones arcaicas pretendían encerrar en un marco normativo todas las formas de realizar actos jurídicos para asegurar, con ello, la prevalencia del Derecho sobre la autonomía de la voluntad privada. Esto fue lo que pretendió la anterior legislación de contratación estatal al sujetar al funcionario a unos modelos preestablecidos de los cuales no se podía salir.

Actualmente, con la L. 80/93 se otorgó un amplio margen de acción al representante del Estado y al contratista mismo para establecer el modelo contractual que convenga según las necesidades y con la debida observancia de esos principios que rigen la contratación pública; de hecho, la nueva teleología del estatuto es vislumbrar al mismo contratista como un colaborador del Estado en el cumplimiento de sus funciones de cara al interés general, por ello la extensión que se le hace en cuanto a su responsabilidad en cuanto al tema.

Debe entenderse que dicho límite, bien aplicado, es necesario tanto para asegurar la convivencia de los individuos como para el progreso social. Sin esos frenos generales, los individuos se verían expuestos al egoísmo e inescrupulosidad obvia de quien sólo busca satisfacer intereses propios a toda costa por lo que es necesario obligarlos a acatar el interés general. Son estos principios generales de orden público los que sirven de guía y límite para garantizar un actuar coherente con los fines que persigue la sociedad.

Ahora bien, en tratándose de actos jurídicos hay que tener en cuenta que estos se diferencian de los actos humanos. En primer lugar, por la naturaleza de sus agentes; uno es llevado a cabo por un sujeto de derecho y el otro por el hombre. En segundo lugar, por la capacidad de obrar; acá está la diferencia entre la capacidad jurídica que versa en la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y, por otro lado, está la capacidad para intervenir por sí mismas en el tráfico jurídico que es lo que atañe a la validez de los actos. Por último, está lo atinente al criterio y forma de apreciación del proceso de desarrollo del acto mismo.

Debe tenerse en cuenta que el Derecho acepta que las personas jurídicas tengan capacidad para intervenir en dicho tráfico jurídico, a pesar de no ser personas naturales, y que los actos que ellas celebren estén dotadas de entera validez; sin embargo, se hace claridad sobre cómo ejercen dicha participación y es por medio de un representante quien es el que ejecuta dicho ejercicio a nombre de la “ficción”.

Dentro de este proceso de desarrollo de los negocios jurídicos es que yacen los elementos esenciales que son dos: la manifestación de voluntad de uno o más sujetos de derecho y el objeto jurídico a que dicha manifestación se endereza (Ospina, 2005. P. 28) En cuanto a la manifestación de voluntad tenemos que, en primer lugar, está la erupción intrínseca del agente y luego la manifestación de ella, sea esta formal o informal, dependiendo si las leyes imponen formalidades a dicho acto jurídico para generar los efectos de existencia. Por eso es que la manifestación debe ser clara e intelegible, además de estar libre de todo vicio del consentimiento. Frente al objeto del acto tenemos lo concerniente a que la mencionada manifestación vaya inequívocamente dirigida a la producción de unos efectos jurídicos; acá el ordenamiento se pone en marcha pues tutela ese objeto de cara a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. De ser contrario a lo establecido por el orden público se entiende ineficaz.

Téngase en cuenta que las partes manifiestan su voluntad encaminada a conseguir un objeto jurídico y eso hay que diferenciarlo del fin práctico que persiguen. Por tales motivos debe tenerse clara la diferencia entre el acto jurídico y el acto humano. Como lo comenta Ospina Fernández, en el acto humano siempre hay un fin práctico que se confunde con el objeto de la voluntad, en el proceso de desarrollo de todo acto volitivo se inicia con la parte intelectual, en la cual la mente concibe la idea de la acción y la combina con otras que obran como móviles en pro y en contra de aquella. El acto jurídico, por ser voluntario, obedece al igual que el acto humano a un fin práctico pero que por medio de acto se busca dicho fin por medio de una operación jurídica; por ello se distingue entre ese contenido práctico de dicha operación (el objeto) y los móviles que inducen a la celebración del acto y que constituyen su causa (Ospina, 2005. P. 33-34)

Lo anterior invita a analizar que existe entonces una obligación de licitud de tal objeto, por ejemplo el hecho de contratar a un sicario para que cometa un homicidio sería

un acto cuyo objeto es ilícito; pues se observa que si bien existe un fin práctico éste no puede tenerse como un objeto jurídico lícito (efecto jurídico) y un acto de dicha naturaleza estaría viciado de nulidad.

Son tres clases de elementos a observar dentro del objeto de los negocios jurídicos: los propios de la esencia, los de la naturaleza y los accidentales. En primer lugar, con la esencia, se quiere referir a la declaración que debe hacerse por los participantes frente a qué tipo de contrato se está encaminando el negocio; es decir, aquello que pretenden desarrollar jurídicamente y cómo lo van a hacer. Es de este modo como se distingue un contrato de compraventa a uno de arrendamiento, el hecho de hacer un mal uso de tal declaración podría causar que se degenerara uno en el otro sin ser esta la finalidad pretendida por las partes. En segundo lugar, están los elementos propios de la naturaleza que se traducen en los efectos secundarios, accesorios si se quiere, a los perseguidos por los elementos esenciales pero su manifestación no es óbice para que se puedan aplicar *opera legis*; tal es el evento de resarcir los perjuicios en caso de incumplimiento (Ospina, 2005. P. 36) y, por último, encontramos aquellos elementos que le son accidentales, es decir, enteramente dispositivos por las partes ya que su inclusión o no queda al albedrío de los concertantes *vr.* Gr. las arras en un contrato.

Téngase por entendido que es necesario, frente al objeto del negocio jurídico, constituir un contenido específico el cual es asignado por los agentes o la ley misma que los exige o complementa. No puede confundirse el objeto con aquello que llaman algunos como “fin práctico” pues ésta no sería más que la causa, lo que lleva a los intervinientes a cruzar voluntades, ni tampoco tenerlo como equivalente al objeto material o cosa sobre la cual recae el contrato. Téngase el objeto como la manifestación de reglas de autorregulación de intereses vertidas por las partes dentro del acto jurídico para la producción de unos efectos; estos son producidos por el contenido específico que estos incluyan.

En este orden de ideas se entiende que el Estado, quien tiene personería jurídica, realiza negocios jurídicos a través de sus representantes que, a su vez, están facultados por la ley para ejecutar dichos actos; a esto le llamamos competencia, adoptando el amplísimo margen de acción que le otorga la L.80/93 toda vez que no encierra su actuar contractual a

modelos específicos con ritualismos exactos sino que deja al arbitrio de los agentes la escogencia del modelo negocial a implementar. Lo anterior es incoherente frente a la norma penal pues se está castigando el no seguimiento de las solemnidades propias de un contrato pero formulando una ley contractual plenamente abierta y con una teleología antiformalista en aras de ajustarse al dinamismo de los negocios modernos.

No puede entenderse cómo una ley de contratos que resulta inexacta en el tema de los elementos esenciales, como se han explicado anteriormente, es blanco de remisión directa de un tipo penal cuyo bien jurídico a tutelar es precisamente la legalidad. Es ya sabido que el fraccionamiento no se encuentra proscrito por el estatuto de contratación, con el argumento de hacer menos compleja la norma pero que se continúe exigiendo, a través de la aplicación de los principios de la L. 80/93, que no sea aplicado o, mejor, que el juzgador evaluará si dicho fraccionamiento resulta acorde a dichos axiomas para verificar la ocurrencia de un delito.

Es evidente el alejamiento que surge de esta posición de cara a la teoría general del negocio jurídico pues no hay una remisión a una norma exacta sino ambigua en este tema dejando así la duda que aborda a todos los estudiosos de este tema: ¿cuáles son dichos elementos esenciales que deben observarse para la celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal? Por tales motivos, a continuación, se expondrán los requisitos que dan existencia al negocio jurídico y, luego, los que dotan de validez a este para luego adentrarnos en las condiciones propias de la esencia y naturaleza.

1.3.REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ

Se habla que el negocio jurídico como fuente de las obligaciones debe cumplir con ciertas condiciones para su existencia en el tráfico jurídico y que ese acto, una vez existente, sea apto para producir los efectos para lo cual fue concebido, es decir su validez.

Vale decir que no son los mismos requisitos para ambos postulados. Cuando un acto tiene vicios que atañen su existencia es entendido como nada ante el Derecho, que nunca nació. Estas condiciones de existencia son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto jurídico y la forma solemne (Ospina, 2005. P. 84) y, por su parte, la validez, cuya falta desemboca en la nulidad sea esta absoluta o relativa, requiere que haya capacidad jurídica, ausencia de vicios en la voluntad, objeto y causa lícita. Se advierte entonces que a falta del cumplimiento de lo antedicho la consecuencia jurídica son una serie de sanciones al acto jurídico: la inexistencia y la nulidad.

En primer lugar, el consentimiento es el requisito fundamental para la existencia de todo acto jurídico sea este unipersonal o por medio de concurso de voluntades. Se entienden dos categorías que son los unipersonales simples, aquellos que emanan de una sola persona por sus propios medios, y los unipersonales complejos cuya configuración dependen del acuerdo de órganos colegiados; ejemplo de los simples sería un testamento y de los complejos la que emite una asamblea de socios. Se entiende entonces que el consentimiento abarca desde el acto individual de motivación, luego de exteriorización y, finalmente, la fusión de dichas actuaciones personales de los agentes; dicha confluencia se entiende compuesta por una propuesta y una aceptación. En principio dicha manifestación del consentimiento es libre, puede hacerse de la manera que los intervinientes tengan a bien para llegar al consensualismo, las solemnidades de las que en este punto se señalan son de fines probatorios frente al acuerdo. En excepciones se tiene el formalismo mediante solemnidades definidas por la ley para actos específicos y los formalismos que son netamente voluntarios por las partes. No es menos importante señalar que dicho consentimiento debe ser libre de error, fuerza o dolo en caso de adolecerlos se entenderá el consentimiento como viciado causando nulidades.

En segundo lugar, el objeto jurídico no es más que el contenido del acto; lo que las partes persiguen con este, ya sea crear, modificar o extinguir vínculos jurídicos. Sin la introducción de éste el acto jurídico se entiende inexistente. Dicho objeto tiene unos requisitos para darse como eficaz: que sea un objeto posible, esto es que pueda darse en un plano real, debe estar de acuerdo con las leyes naturales; de ser imposible, el objeto, se reputa inexistente el acto. También que sea un objeto determinado, es la claridad que debe

existir frente a las prestaciones a las que habrá lugar con el negocio. Por último, el objeto debe ser lícito; como es ya sabido, la autonomía de la voluntad privada se encuentra sometida al imperio de la ley y las buenas costumbre por lo que las prestaciones como tal no pueden contrariar dichos preceptos so pena de castigarse con nulidad absoluta. No se está hablando del fin de dichas prestaciones sino de la esencia misma de ellas, de la finalidad se encarga la causa lícita.

Para finalizar, la causa hace referencia a los fines perseguidos con las prestaciones que nacen a raíz de la manifestación de voluntades. Esto es el motivo que induce la manifestación de voluntad, ante tal definición se habla de causa impulsiva y determinante; no existe distinción entre la causa abstracta de las obligaciones contractuales y los móviles subjetivos y concretos de la voluntad de los agentes. Dicha motivación no puede estar sustentada en fines inmorales o contrario a las buenas costumbres y el orden público. La sanción para la causa ilícita es la nulidad absoluta que pone fin a los efectos jurídicos que haya liberado el acto e, incluso, actúa retroactivamente destruyendo los efectos que este haya ocasionado (Ospina, 2005. P. 278-279)

En resumidas cuentas, todo negocio y/o acto jurídico debe tener, para no reputarse ineficaz, cumplimiento de requisitos de existencia y validez so pena de incurrir en las sanciones explicadas. Lo anterior es de vital importancia pues, como veremos, con ocasión del tipo penal que habla el Art. 410 del Código Penal no existe una clara delimitación en la norma contractual frente a estos elementos llamados esenciales, siendo este mismo estatuto el que hace una remisión a las normas civiles y comerciales para comprender la gran generalidad de la disposición contractual. En el evento del fraccionamiento la cuestión se torna aun más caótica toda vez que surgen los interrogantes: ¿Se entiende un contrato celebrado bajo esta modalidad como nulo o inexistente? ¿Cómo castigar la celebración, ejecución o liquidación de un contrato que jamás nació a la vida jurídica?

1.4.REQUISITOS DE LA ESENCIA, NATURALEZA Y ACCIDENTALES

Se ha analizado que los negocios y/o actos jurídicos, además de cumplir con unas condiciones generales a todos, también deben introducirse en ellos cláusulas que permitan el óptimo entendimiento y ejecución de las prestaciones que acorden las partes para arribar a los fines que se persiguen. Si bien estábamos en el terreno que versaba sobre la existencia y la validez, ahora nos adentramos en las pautas específicas que hacen del acto jurídico identificarse dentro de cierto tipo concreto; es decir, son aquellos elementos que han de incluirse si se quieren producir los efectos deseados.

En materia contractual, se habla de requisitos de la esencia haciendo referencia a los elementos que deben integrar el acto jurídico para que este produzca los efectos esperados y no degeneren en otro tipo contractual o, peor aun, no genere efecto alguno. Caso de lo anterior es fijar el precio y la cosa en una compraventa. Por otro lado, se tienen los requisitos naturales del contrato los cuales son, a diferencia de los esenciales, aquellos que por el tipo de contrato específico se entienden incluídas dentro de él, se encuentren estipuladas por las partes o no. Tal es el caso de saneamiento por evicción. Para finalizar, en una compraventa encontramos que existen unos requisitos accesorios o accidentales los cuales son incluídos voluntariamente por los agentes, sin obligación alguna de hacerlo, movidos por intereses particulares. Tal es el evento de un pacto de retroventa.

Ya empezamos a adentrarnos en el tipo de negocio jurídico concreto que es el contrato. Este no es más que la herramienta fruto del concierto de voluntades de cara a un contenido jurídico con miras a la autorregulación de intereses particulares de cada partícipe. Es indiscutible la importancia, como se ha dicho a inicios del presente texto, que tienen los contratos para satisfacer necesidades en la vida moderna de cualquier persona, sea esta natural o jurídica, todos necesitan de los contratos para intercambiar productos y servicios. Por tales motivos, el Estado como persona jurídica que es y sus obligaciones frente a los asociados, no escapa ante el uso de esta figura para cumplir con sus funciones.

Dicho lo anterior y reconociendo lo expresado en el art. 13 de la L. 80 de 1993 hace alusión a las normas civiles y comerciales bajo las cuales se regirán la celebración de contratos públicos; es decir, la ley misma realiza el enlace teorico-práctico aceptando que los contratos estatales no son extraños a los desarrollos dogmáticos que en materia de actos y/o negocios jurídicos, como género, se han realizado para esclarecer y delimitar la

naturaleza de un contrato como especie. Ahora bien, existegran variedad de contratos en el tráfico jurídico, todos moldeables para satisfacer los intereses de las partes; ejemplo de ello tenemos la compraventa, el leasing, mutuo, el arrendamiento, entre otros. Unos son típicos, quela ley los regula, y otros resultan atípicos. Esto no afecta en nada la validez o existencia sino la causación de los efectos concretos, su óptima ejecución y feliz liquidación.

Dichos requisitos de la esencia del contrato pueden encontrarse en la norma o no, ellos lo hacen perteneciente a un tipo contractual delimitado; en el evento de la compraventa, como contrato típicado, reposa en el art. 1849 de Código Civil Colombiano tanto su definición como los requisitos que lo erigen. No sucede lo mismo en un contrato de leasing, que es atípico, pero que la costumbre mercantil ha adoptado y reconocido como práctica válida y común en el comercio siendo de amplio conocimiento su concepto y elementos necesarios que lo integran. Como se ha dicho antes, el actual estatuto contractual otorgó plena libertad creadora al agente público y a los contratistas de moldear el negocio jurídico que a bien tuvieran para actuar en concordancia con las progresivas prácticas económicas modernas sin incluir talanqueras que relentizaran el necesario dinamismo negocial que el Estado requiere para cumplir con sus funciones.

Así las cosas, ni la teoría general de los negocios y/o actos jurídicos ni la teoría de los contratos encierran o se toman la tarea de limitar la autonomía de la voluntad privada al extremo de exigir ciertos modelos contractuales sino que acepta la existencia de innumerables modelos de contrato para satisfacer intereses; esto no sucedía con la anterior ley de contratación pública que, en efecto, sí limitaba esta potestad del servidor público y le imponía modelos de contratos y cláusulas a las cuales debía sujetarse sin haber lugar al arbitrio de éste. Queda, actualmente, muy claro que la nueva norma sí permite que las partes escojan el mejor modelo para la satisfacción de sus intereses, teniendo claro que priman los intereses del Estado por su función pública. Podemos concluir así que los elementos de la esencia de un contrato estatal dependen de lo que quiera llevar a cabo el Estado por medio de esta herramienta, si es adquirir un lote para el funcionamiento de un hospital público entonces tendría que recurrir al modelo contractual de la compraventa e incluir los elementos de la esencia de tal contrato, cosa y precio, para adquirir la titularidad del bien. Se entenderían allí las conocidas consecuencias de incumplimiento, que son

elementos ya propios de la naturaleza de la compraventa, y ya quedaría a disposición las cláusulas accidentales que el Estado disponga, como una póliza, etc.

Con el objetivo de enlazar los actos jurídicos en general con la teoría de los contratos como especie de estos y desembocar en los contratos públicos es necesario tener en cuenta que al hablar de requisitos legales esenciales, el tipo penal en cuestión, dejó de lado toda esta compleja teoría y al igual que lo hizo el estatuto contractual. No hay remisión alguna a cuáles son esos requisitos esenciales.

Estamos frente a una norma penal que protege la legalidad con la que se confecciona un contrato pero que hace una remisión genérica a una ley de contratación que omitió completamente advertir cuáles eran esos elementos esenciales; más allá va el error o falta de técnica legislativa cuando analizamos la abismal diferencia entre las cosencuencias, ya explicadas, que conlleva en materia contractual la inexistencia o nulidad de un acto y lo que en materia penal se quiere sancionar como no observancia de un requisito legal, condición jurídica que no se encarga de explicar por ningún rincón de la norma. Mientras el ordenamiento penal dice que la actividad contractual debe ceñirse férreamente a pautas legales establecidas, el ordenamiento contractual público habla de dinamismo y amplio margen de acción negocial. Si bien la norma de contratos públicos hace la remisión de acato a los requisitos establecidos por la ley civil y comercial, no es de difícil intuición que ello no es lo que se está persiguiendo con la conducta de “dividir un gran contrato en varios pequeños” como se define coloquialmente el fraccionamiento de contratos, el cual no está prohibido por la ley 80/93.

Es válido afirmar que si el agente público tiene dicha libertad de disposición resulta, además de contradictorio, ridículo imponer sanciones penales por el uso de una potestad que una ley específica le está otorgando, máxime cuando el ordenamiento penal es Ultima Ratio y se está persiguiendo, con él, la comisión de una conducta que ni siquiera está proscrita en la ley remitida. Si a eso le incluimos que se difumina la seguridad jurídica al plantear que mediante un análisis principialístico se logra deducir si la conducta fue delictuosa o no, ni qué decir entonces con el axioma de legalidad de los delitos que debe obedecer nuestra legislación. Resulta lógico, y puede observarse en el estudio jurisprudencial planteado en el primer capítulo, afirmar que si existe dicho análisis para

entender si hubo fraccionamiento y, de ser así, determinar cuáles fueron los móviles que sustentaron dicha decisión; en otras palabras, el fraccionamiento no siempre resulta punible pues existen móviles válidos que si son bien sustentados ayudan a convencer al juzgador de la validez de la justificación, como sucede con la urgencia manifiesta.

Resulta preocupante, teniendo una norma teleológicamente dinámica y antiritualista, que se castigue la omisión de solemnidades no delimitadas en ningun apartado legal y que, pisoteando el principio de legalidad en todas sus expresiones, mediante un estudio bajo los principios de contratación se determine a capricho del juez si existe delito o no. Pero bien, ya explicado el punto de los elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales de los contratos, habiendo aterrizado toda esta teoria al terreno de la contratación pública, es momento de estudiar cuáles serían dichos requisitos que llegasen a tenerse como “esenciales” para la celebración de un contrato eficaz, es decir, que sea existente y válido.

1.5.REQUISITOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Una vez examinada la teoría general del negocio y/o acto jurídico, vistos cuáles son esos elementos que le son comunes a todos y sin los cuales no pueden ni existir ni tener validez en el tráfico jurídico, se hizo mención de tales argumentos ante una especie de negocio jurídico que es el contrato demostrando cómo se configura éste a través de los requisitos de existencia y validez pero también cuáles son los efectos que generan dependiendo de la esencia del contrato y, con ella, la naturaleza propia y los accidentales para finalizar explicando cómo, por la especificidad del asunto, se entienden contratos estatales debido a la esencia misma de los contratos y que adquieren su propia naturaleza.

El contrato estatal, sin importar si se rige por el disposiciones de orden privado, no pierde tal estatus; son regidos por normas especiales dado que, como lo contempla el art. 2 de la L.80/93 las entidades estatales están ampliamente facultadas para celebrar contratos, los tipos que requiera para satisfacer sus necesidad, en concordancia el art. 3 de la misma ley observa que no hay modelos contractuales pre-establecidos. También el Consejo de Estado ha afirmado que “la L. 80/93 sí prescribe, con claridad y precisión meridianas, que en los contratos estatales deben acudirse a las disposiciones comerciales y civiles

pertinentes, en los asuntos no previstos por el propio estatuto de contratación estatal” (Consejo de Estado, 2005)

Es de anotarse que el referido artículo 13 hace, en primer lugar, una remisión a la ley comercial antes que a la civil y, como lo anota el profesor Mauricio Rodríguez Tamayo: *“pues si se piensa con lógica negocial, el contratista está movido por fines de lucro, de obtener utilidades mediante negocios con el Estado; por tales razones, lo contratos estatales se reflejan más en este ordenamiento dejando así al ordenamiento civil en un segundo plano a falta de claridad en la norma comercial”* (Rodríguez, 2015. P. 250-251)

Es pertinente entonces llegar al punto de los requisitos de existencia y validez de estos, que son los verdaderos requisitos esenciales que debe tener para reputarse eficaz. Una vez claro el orden de consulta, primero la norma contratual pública, después la norma comercial y, por último, la norma civil) debe acotarse que los requisitos son exactamente los mismos que hemos venido estudiando toda vez que, ya fue mencionado antes, la ley de contratos no se refiere a ello y fue necesario acudir al ordenamiento privado para llenar tal vacío; incluso, en este tema, más al civil que al comercial. Siendo las condiciones de existencia totalmente similares a las ya desglosadas en este escrito, se encuentran algunas variaciones o, mejor, características específicas dentro de la validez que sí valen la pena recalcar.

De hecho, el mismo Consejo de Estado ha manifestado que: *“en términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: 1) la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de las particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos, 2) la observancia de los procedimientos de selección del contratista, 3) la licitud del objeto, 4) la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con las desviación de poder y, 5) la ausencia de vicios respecto del consentimiento”* (Sentencia del 29 de agosto de 2007. Mauricio Fajardo Gómez)

Puede tenerse el requisito de capacidad como la competencia para celebrar contratos públicos por parte del servidor público que cuente con dicha potestad legal y el particular que, además de capacidad legal para intervenir por si mismo en el tráfico jurídico, esté exento de inhabilidades e incompatibilidades. En cuanto a la licitud del objeto, la ausencia de vicios en el consentimiento y licitud de la causa se piensa que con la exposición en los acápites anteriores se agotó completamente el tema pues no resulta nada nuevo que agregar. Sin embargo, en cuanto al otro punto que aporta el Consejo de Estado intitulado “la observancia de los procedimientos de selección del contratista” definitivamente es algo que incluye esta nueva normativa y que merece ser desglosado, además por ser la piedra angular para definir la división de los contratos.

El Estado manifiesta su voluntad de contratar cuando, a través de estudios previos, vislumbra la necesidad de satisfacer alguna carencia y, dependiendo el objeto a contratar el cual es arrojado por los estudios mencionados de cara a las necesidades nacientes, hace pública su intención; vemos cómo va generando el ámbito volitivo y su correspondiente intencionalidad de concretarlo. Es luego, cuando ya se estableció un método de escogencia, que se surte un proceso de selección del contratista y ambos manifiestan o exteriorizan la intención de contratar, conciertan voluntades.

Bien lo anota Rodríguez Tamayo cuando afirma que el servidor público se encuentra sujeto a normas espaciales contempladas en la Ley 80/93 al estar limitado en cuanto a la escogencia del contratista pues debe observar un riguroso procedimiento para su selección. En la actualidad y con la reforma de la Ley 1150/07 el legislador le ha dado prioridad al objeto del contrato para arrojar unas reglas de escogencia. De obviarse los prescrito en la ley se incurriría en nulidades, es decir, atacaría la validez del contrato. La mencionada ley se ocupó de desglosar esos procesos de selección del contratista: 1) Licitación pública, 2) Selección Abreviada, 3) Concurso de Méritos, 4) Contratación Directa, 5) Contratación de Mínima Cuantía; así entonces, dependiendo del objeto y las condiciones de celebración se determinará cuál será el proceso para escoger un contratista idóneo (Rodríguez, 2015. P. 253-254)

No está de más recordar que, como se hizo notar en los contratos privados, en los contratos públicos existen solemnidades que son atinentes a su perfeccionamiento. Estos

son los actos preparativos, los constitutivos y los afirmatorios. Los primeros obedecen al orden de la autorización legal para contratar, los estudios de prefactibilidad, los conceptos jurídicos y técnicos que hagan posible la legalidad y conveniencia de la contratación, la elaboración del pliego de condiciones. Los constitutivos son la adjudicación, la promesa de compra cuando hay lugar y la confección del documento del contrato; en cuanto al perfeccionamiento son el registro presupuestal del contrato celebrado y aprobación de las garantías que debe prestar el contratista (Rodríguez, 2015. P. 254)

Sumado a esto, en el artículo 41 del estatuto de contratación pública, se preceptúa que para la ejecución del contrato celebrado se necesitará de la aprobación y la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal correspondiente, salvo que se trate de recursos provenientes de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto, también el contratista debe estar al día con sus aportes al sistema de seguridad. En otras palabras, los requisitos de ejecución resultan siendo la aprobación de la garantía si se necesita, el certificado de disponibilidad presupuestal salvo el caso de vigencia futura y la acreditación de estar al día por parte del contratista con parafiscales concernientes a Seguridad Social, SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar. Por último están los requisitos de publicidad y el pago de tributos correspondientes a la celebración del acto jurídico.

Es tangible que los contratos estatales comparten los requisitos generales que hacen característico a todo negocio jurídico y al contrato mismo como especie del anterior; sin embargo, guarda sus diferencias en cuanto a la esencia y naturaleza de quien los celebra, la administración y su potestad de actuar en cumplimiento del bienestar general, trae como consecuencia la introducción de elementos particulares a cada tipo de contrato toda vez que revisten el carácter de público. También puede observarse que se adicionan solemnidades que, además de salvaguardar la teleología que tiene la administración, buscan garantizar la correcta destinación de los dineros del Estado y la transparencia ante los asociados.

Causa una particular duda el hecho de la Selección Objetiva como criterio o elemento esencial de la formación del contrato como lo tiene descrito el autor citado acogiendo la tesis del Consejo de Estado. Este elemento en particular atañe a la manera como se desarrolla el consentimiento en la administración, según lo que ya se estudió en

este texto, nace en primer lugar una necesidad por cubrir, luego se erigen unos estudios para optar por posibles soluciones, el funcionario público debe ser competente para adelantar los trámites correspondientes a la etapa de conformación del contrato; es decir, escoger el modelo de selección del contratista, expedir la invitación a participar de la licitación o concurso, confeccionar un pliego de condiciones, tener disponibilidad presupuestal, etc.

Si bien, dentro del presente estudio, se ha defendido la tesis de la autonomía de la voluntad privada en cuanto a la libertad que el individuo goza para escoger libremente, dentro del marco legal, la manera como satisface sus necesidades y cómo realiza sus actos comunicativos con otros para lograr su cometido, debe también acotarse que el funcionario no dispone del mismo espacio. Este último se encuentra mucho más limitado con ocasión de ostentar la calidad de servidor público. Esto para explicar por qué no puede, el agente, escoger libremente a su voluntad con quién celebrar el acto jurídico sino que debe someterse a un proceso de escogencia reglado; eso en aras de defender tres axiomas que contiene la Ley 80/93 que son transparencia, publicidad y selección objetiva.

Ante el primer principio, transparencia, se tiene que tener claro el espíritu de altruísmo y beneficencia, porteccionista del interés general y garante de la cosa pública que posee al contrato estatal; su primera finalidad es satisfacer necesidades generales, en beneficio de los asociados; garantizarle a los asociados cada uno de los derechos que en la Constitución Política reposan. Todas estas necesidades se cubren con fondos públicos que son recaudados a través de entidades del Estado que reciben los aportes de los contribuyentes. Esto como razón del por qué se tiene tanto cuidado y diligencia con la administración de las arcas del Estado y por qué éstas sólo pueden ser invertidas en el funcionamiento de lo público; para todos. No es posible entonces concebir que la contratación tenga un afán de lucro por parte de la entidad contratante y mucho menos del funcionario, no puede por ningún motivo aludir a razones de intereses personales ni para contratar ni para escoger contratista pues recordemos que se celebran estos negocios jurídicos en aras del interés general. La transparencia versa sobre toda esta construcción teleológica del Estado Colombiano y su modelo concebido en la Constitución Política.

En cuanto a la publicidad se tiene por cierto que todo momento o etapa dentro del contrato, desde los estudios previos hasta la liquidación, son de carácter público; esto es que cualquier ciudadano puede conocer a detalle cómo se realizó el proceso de contratación y cuánto se invirtió en el proyecto. Tiene el derecho de conocer, el asociado y los entes, todo lo que abarque las etapas de celebración ejecución y liquidación del contrato. Esto en razón de apoyar la concepción de transparencia que tiene el Estado y a través de la publicidad se garantiza que no haya oscuridad alguna respecto a la gestión que el respectivo funcionario realiza abriendo así la posibilidad que cualquiera pueda fungir de vigilante de la cosa pública pero también participar de ella; se busca la inclusión con esto, que cualquier ciudadano interesado pueda ejercer el control sobre las actividades de la administración y también participar de los negocios que esta pretenda llevar a cabo.

En cuanto a la selección objetiva es la observancia de parámetros ajenos a las motivaciones subjetivas inherentes en todo ser humano y dirigir el accionar contractual del Estado hacia los fines que éste persigue, todo en pro del interés general. El Estado, de acuerdo a su función contemplada en la carta política, no puede tenerse para satisfacer fines particulares sino que actúa en beneficio de todos los asociados. Teniendo en cuenta tal necesidad y la dificultad de apartar las motivaciones personales de las objetivas, la ley contempla una serie de reglas de acuerdo a cada tipo de contrato para que el funcionario y el contratista se acojan a esos modelos de selección.

Hasta el momento parece haber claridad frente a estos tres principios de la contratación contemplados en el estatuto del año 1993 sin que exista lugar a dudas de que es éste el comportamiento adecuado para cualquier funcionario y contratista que decidan llevar a cabo un contrato de esta envergadura. Nada parece más cierto que apoyar la tesis frente al acato de estos tres deberes por parte de los agentes participantes es apenas lógico y plausible que esto se haga. Sin embargo, es deber por nuestra parte hacer algunas aclaraciones del por qué la falta de técnica legislativa y su consecuente superinflación normativa están causando graves atropellos a las garantías de los procesados dentro del marco normativo penal.

1.6.PRINCIPIOS QUE DETERMINAN LA ILICITUD DEL FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS

Continuando el camino argumental, es a través de los principios que se determina si el fraccionamiento fue ejecutado con motivaciones fraudulentas o si estuvo sustentado en razones valederas; recuérdese que no existe prohibición al respecto y que en el análisis jurisprudencial que acá se aporta se deja claro el ejercicio a realizar para determinar si existe conducta punible o no. Ya hemos visto que la selección objetiva, por parte de la doctrina y del mismo Tribunal superior de lo contencioso administrativo, es tenida como uno de los elementos esenciales del contrato estatal; además, cuando se viola este principio consecuentemente se trasgreden otros tales como la transparencia y la publicidad. Ahora bien, estos tres axiomas se encuentran contemplados en la L.80 de 1993 como principios que guían la contratación.

Debe entenderse que si bien existen axiomas que guían una conducta, informan una estructura, determina el modus operandi y resuelven dudas respecto a un marco normativo, también están los requisitos técnicos que son contenidos dentro de un acto para éste ser eficaz. No es equivalente el concepto de requisito a principio. La naturaleza del primero es ser condición y la segunda es ser guía. En otras palabras, cuando se habla de requisitos legales se está refiriendo a las necesidades documentadas sobre el contenido, forma o funcionalidad del contrato; aquello que resulta ineludible o imprescindible para germinar el contrato. En cuanto al principio, tenemos que son axiomas o fundamentos los cuales son proposiciones claras, evidentes e incuestionables que resultan universalmente válidos. Mientras el requisito es una condición impuesta por la ley, el principio es un fundamento universalmente aceptado y dado por cierto. Así, el requisito tiene como finalidad la correcta confección del contrato para su optima ejecución y claridad, etapas que se han analizado acá y que no hay lugar a duda que lo buscado es la correcta integración de las reglas de autorregulación de intereses de las partes lo que brinda, en primer lugar, que el contrato exista y, luego, que contenga las prestaciones propias que convengan las partes para satisfacer sus motivaciones iniciales determinantes para la celebración del acto. En el evento de los principios, se tienen para dar dirección, interpretación e integración; estos se

usan para encaminar hacia dónde debe dirigirse la actividad contractual, qué busca, su teleología de interés general, suplir insuficiencias, aclarar, entre otros.

De este modo, si bien la legislación de contratos contiene unos principios que buscan guiar dicha actividad, lo cierto es que no existen en tal estatuto norma alguna que haga referencia taxativa a requisitos legales esenciales. También es cierto que existe la remisión a la ley comercial y a la ley civil lo que también resulta incompleto pues aquellos elementos esenciales a todos los negocios jurídicos en general no pueden rellenar vacíos que tienen estos actos jurídicos específicamente en cuanto al faltante de elementos que debieron estipularse con claridad de acuerdo a la esencia y naturaleza de cada contrato estatal. De acuerdo con la falta de técnica normativa, la doctrina administrativa y el Consejo de Estado, han señalado que es suficiente realizar la práctica principialística para darse cuenta cómo era el proceso correcto a seguir y que, con el fraccionamiento de contratos, si se violan los principios enunciados.

Al no tener delimitados esos elementos esenciales integrantes del contrato estatal dada su esencia y naturaleza, se dieron a la tarea de confundir principios y requisitos para subsanar esa falencia; no se tuvo en cuenta la grave consecuencia que penalmente eso acarrea. Sin entrar aun a desglosar el tipo penal, se advierte que este protege la legalidad de los actos jurídicos en tratándose de contratación. A pesar de ello, sectores a favor arguyen que la nueva ley es más dinámica, le deja más campo de acción al funcionario y es menos ritualista. Es gigantesca la contradicción entre lo que busca proteger el tipo penal y la nueva teleología de la norma contractual, se está persiguiendo una conducta para la cual entonces se está facultando y si el contra argumento fuese que “mediante la aplicación de los principios se infiere la comisión de una conducta punible” entonces retrocederíamos en el campo, además del principio de legalidad, de los ritualismos y su teleología no sería la que afirma ser.

Surge un importante interrogante en esta parte del estudio ¿Atenta el fraccionamiento contra los requisitos o contra los principios? Veamos, en tratándose del tipo pena contemplado en el artículo 410 del C.P. puede colegirse que existe un verbo rector que es la omisión de acatar los requisitos elementales o esenciales que constituyen un contrato público y lo hacen eficaz en todas sus etapas; también existe un sujeto activo de la

conducta que resulta siendo el funcionario público y el contratista por la función pública que ejerce en ese momento, y de igual modo encontramos un sujeto pasivo de la conducta que es el Estado. El bien jurídico tutelado por la ley penal es la legalidad.

Cuando hablamos de fraccionamiento de contratos nos referimos a la segmentación de éstos, es decir, a la división de lo que debería ser un gran contrato en varios de menor envergadura. Hasta ahí hemos definido una conducta; dicha acción no encaja con el verbo rector contemplado en la norma penal. No se están obviando requisitos, se está dividiendo un gran contrato en varios y, cada uno de estos pequeños actos jurídicos, celebrados bajo la observancia de tales elementos esenciales que la ley exige para la existencia y validez de los contratos.

Ahora bien, el tipo penal no habla de un ingrediente subjetivo, como antes se contemplaba, de favorecimiento o apropiación. Simplemente se limitó a describir una conducta omisiva y que atenta contra la legalidad de un negocio jurídico, no más. En las distintas jurisprudencias que en este estudio fueron expuestas, se advierte que la conducta de fraccionar hay por *intención* la de un favorecimiento a un contratista en particular por parte del funcionario encargado para que la selección de su interesado se haga efectiva, obstruyendo así la participación de otros posibles contratistas. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha reiterado que con este actuar se está lesionando el interés genral. Dicho interés es, en la mayoría de las ocasiones, complejo de demostrar. En cada caso concreto, el juzgador entra a analizar si el funcionario obró de acuerdo a ese interés o no; de eso podemos deducir dos cosas: la primera es que no todo fraccionamiento resulta ilícito para las Altas Cortes, recuérdese que no está proscrito, y en segundo lugar que saber si una decisión fue correcta o incorrecta roza mucho con lo *políticamente correcto* del momento; no existe objetividad alguna para determinar si el funcionario actuó de acuerdo al bienestar general o no, pues se recuerda que de igual modo el contrato se celebró así sea en pequeñas cuotas y sobre todo más confuso es aún cuando se está en presencia de una norma contratual abierta, que no exige modelos, pero termina siendo objeto de remisión penal para salvaguardar la legalidad.

Se ha acotado antes que el estatuto contractual no especifica cuáles son esos elementos esenciales del contrato estatal, es sólo a través de vía jurisprudencial que se ha

querido introducir la teoría de los principios de la contratación como tales. Sin embargo es menester recordar que esto atenta de manera grave contra el principio de legalidad al convertirse el tipo penal en un tipo en blanco de reenvío genérico, es decir, que hace una remisión a una norma de carácter extra penal pero que dicha norma no es, en lo más mínimo, específica y sólo termina generando ambigüedad. Recuerdese que es deber del legislativo expedir normas ciertas, claras y de manera escrita; en ellas no debe haber lugar a confusiones pues son garantías del individuo, de los asociados, de los procesados ante el incalculable poder punitivo que sin estas garantías resultase irracional, inidóneo y abusivo.

Puede concluirse que, los requisitos esenciales, no están estipulados en ningún rincón del estatuto contractual y que, ante este claro vacío normativo y con la existencia de una remisión del ordenamiento penal a esta ley, se ha intentado por la vía jurisprudencial aclarar la oscuridad sin tener en cuenta el daño a las garantías que funcionan de límites al Derecho Penal y que la Constitución Política acoge. Ese acto violatorio surge cuando se quiso asimilar los requisitos con la palabra principio o fundamentos.

1.7.AMBIGÜEDAD DE LA NORMA CONTRACTUAL PÚBLICA DE CARA A LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO ESTATAL Y LA CONDUCTA DE FRACCIONAMIENTO

Una vez expuestos los razonamientos que llevan a la conclusión indiscutible del vacío legal existente en la norma administrativa, es imperioso dilucidar cómo algunos sectores de las doctrinas han arrojado propuestas de “manejo” ante tal situación. Son numerosas las soluciones propuestas por quienes no están de acuerdo con la salida señalada por el Consejo de Estado y prohienda por la Corte Suprema de Justicia toda vez que subsiste el problema de fondo, la atipicidad de la conducta.

No es posible, dicho por la doctrina penal en su mayoría, que se tenga por obvia una conducta que, a través de la aplicación de principios, se analice si resulta típica o no. Las proposiciones traídas a colación en el presente estudio van encaminadas a jugar un papel de relleno como reflejo del interés de lograr algo de claridad al momento de remitirse a la ley de contratos estatales para verificar cuáles son tales requisitos que se incumplen con la

comisión del tipo penal. El tipo de soluciones a través de la interpretación para el Derecho Penal son inadmisibles pues tiñen de subjetividad una garantía de objetiva.

En el anterior estatuto de contratación el Decreto 222 de 1983 se contemplaba una definición clara y expresa de la conducta de fraccionamiento de contratos, existen proponentes, como el profesor de Derecho Administrativo Francisco Cuello Duarte, que advierten la necesidad de describir la conducta dentro de la ley quien argumenta que ni siquiera el objeto del contrato, el cual es el blanco directo del fraccionamiento, está descrito en la Ley 80 de 1993 ni sus modificaciones posteriores. Dicho concepto, arguye el tratadista, está desarrollado por el Consejo de Estado siendo la consecuencia de su comisión la declaración de nulidad absoluta del contrato a la luz de los artículos 44 y 45 de la L. 80/93 por violación del principio de transparencia que contempla dicha ley (Cuello, 2002, p. 110)

Según esta posición la solución está en introducir el término de fraccionamiento de contratos, tal como estaba proscrita en el anterior estatuto, en la nueva normativa para restringir su práctica. Dicho antídoto resulta insuficiente para resolver el problema normativo penal que nos concita; si bien traería más claridad al entender cuál es la figura rechazada, no abarcaría todo el alcance de las consecuencias penales, sólo serviría al juzgador de lo contencioso administrativo a identificar cuándo ha sucedido el fraccionamiento en consonancia con la violación del principio de transparencia, lo que poco o nada aporta a resolver la atipicidad de la división de los actos jurídicos dentro del tipo penal que habla el art. 410 C.P. pues un principio general no es equiparable a un elemento legal que ampara la existencia y validez del acto. Ese requisito, contrario a la interpretación de principios, debe ser claro e inequívoco para tenerse como arribo de la remisión que hace el tipo penal en blanco. Deja también la duda sobre cómo castigar la celebración de un acto cuyos efectos son nulos.

El profesor Rodríguez Tamayo explica el fraccionamiento como una conducta proscrita dirigida a dividir un contrato estatal con el propósito esencial de eludir los procedimientos de selección dispuestos en la ley. El autor reconoce la suficiencia de la prohibición general de eludir los procesos de selección de contratistas en el numeral 8 del artículo 24, al preceptuar “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y

ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto” (Rodríguez, 2015, p. 342) agrega que el fraccionamiento es un mecanismo ilegal que pretende obviar las normas legales para la escogencia de los contratistas; tal evento se prueba con la existencia de varios contratos debidamente perfeccionados, que tengan por objeto las mismas prestaciones, dentro de un margen de tiempo cercano. No es posible predicar el fraccionamiento en contratos celebrados con procesos de selección surtidos en vigencias anuales diferentes (Rodríguez, 2015)

Si anteriormente la solución era introducir la prohibición de fraccionar dentro del estatuto de contratos estatales, ésta nueva propuesta nos dice que las cosas están bien tal como fueron contempladas. El autor, sin inmiscuirse en temas de responsabilidad penal, sostiene que si bien no está proscrita de manera taxativa, es comprensible por medio de la prohibición contemplada con el principio de selección objetiva; para él todo fraccionamiento es ilegal y persigue la evasión de los procesos licitatorios para adjudicar “a dedo” un contrato. En materia probatoria aguega que es suficiente demostrar una unidad natural del objeto, una sumatoria de los contratos fraccionados y una temporalidad lógica en cuanto al perfeccionamiento de estos.

Otros estudiosos del tema, como Diego Corredor, expone varias teorías a su vez respaldadas por otros doctrinantes, quienes a falta de claridad sobre los anhelados e imprecisos elementos esenciales del contrato estatal, se dan la tarea de recorrer varios caminos para contribuir con encontrar algo de luz en toda esta oscuridad. El autor en mención concuerda con nuestra tesis de la clasificación del tipo de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales dentro de los llamados tipos penales de reenvío genérico o un tipo penal en blanco absoluto. De igual forma hace mención de la importancia de resaltar la discordancia entre la teleología dinámica de la ley de contratación pública y el ritualismo cuyo cumplimiento persigue el poder punitivo a través de una ley penal ambigua; lo dicho ha despertado, en el autor, el interés de buscar alternativas de aplicación de la norma para aliviar un poco los graves síntomas que causa la continua lesión al principio de legalidad pues los requisitos elementales exigidos no existen.

En su artículo titulado “Reflexiones en torno al tipo penal de la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales”, el profesor Corredor, enumera una serie de posibles respuestas ante la magna ambigüedad que arroja al tipo penal en mención; dichos vacíos y silencios que guardó el legislador para delimitar cuáles son esos límites, son los que nos ponen en esta tarea de encontrar posibles soluciones al problema y, más aun, cuando se habla de una conducta que no se encuadra en lo descrito por el tipo penal como el evento del fraccionamiento de contratos.

En primera medida propone acudir al estauto contractual y verificar que, según cada tipo de contrato estipulado, si existen o no requisitos legales para cubrir el faltante con la remisión legal a las normas de carácter comercial y civil en materia. Advierte el escritor al afirmar que se presenta un serio inconveniente al tratarse de contratos que son celebrados en el exterior o deban ejecutarse en el exterior; tampoco cuando es financiado por organismos multilaterales de crédito o personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional (Corredor, 2000) Por otro lado, el hecho de que la norma objeto de remisión haga, a su vez, otra remisión deja claridad la postura que estamos ante un tipo penal abierto de reenvío genérico; no se observan los principios de legalidad y de reserva de ley en materia penal con dicho postulado.

De acuerdo a la posición de Gómez Méndez quien propone dirigirse a la norma civil y comercial coligiendo que son, de conformidad con el artículo 1501 del Código Civil, los que consulten capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita (Gómez, 2000, p. 214) per, como se ha hecho mención anteriormente, no se satisface con esto la exigencia de los requisitos especiales dada la naturaleza específica de contratos estatales que estos ostentan. Si bien podría tenerse en cuenta para darle un alcance de existencia y validez al acto jurídico celebrado, tratándose de elementos comunes a todos los contratos, no abarca todo el ámbito de contratos públicos sobre todo en sus puntos específicos.

La solución, de carácter provisional pues se hace evidentemente necesaria una reforma que brinde claridad y solidez al tipo penal, para el autor del artículo en mención es tener en cuenta el objetivo de la ley de contratos estatales de cumplir con las finalidades negociales de la administración, de su permiso amplio a escoger las formas contractuales

que a bien tenga el funcionario y el contratista para satisfacer sus intereses, además del espíritu dinámico que posee el estatuto toda vez que busca adaptarse a las cambiantes formas de hacer negocios del mundo globalizado impidiendo que, por formalismos, se formen talanqueras que entorpezcan en óptimo actuar negocial.

De lo anterior puede inferirse que para los practicantes del derecho de los contratos públicos es más clara la cuestión que para los jueces penales cuya materia no resulta recurrente y, por lo tanto, ese espíritu abierto es desconocido o por lo menos incomprendido. Se buscan parámetros fijos a los cuales remitirse, por parte de los penalistas, para construir a través de la teoría del tipo un hecho punible. Este planteamiento era mucho más sencillo en canjaba con el enfoque de la anterior legislación tal y como el profesor corredor acota en su artículo: “En efecto, la legislación anterior era minuciosa en los detalles, en las cláusulas, principios y requisitos que se debían consignar en el contrato. Había que redactar inclusive la minuta por anticipado en una licitación y en ella se incluían todos los datos pedidos por la ley, en forma detallada y exagerada; llegando a traer consecuencias de tal magnitud al contrato que no atendiera esas formalidades que podían representar la nulidad misma del proceso” (Corredor, 2000) De igual forma, plantea el por qué ésta no es una solución viable dado el inmenso subjetivismo que quedaría impreso en las decisión en materia: “Se reafirma en consecuencia que la nueva legislación es más amplia, ofrece más posibilidades a los administradores de la cosa pública, les reconoce mayor capacidad, mayor autonomía, les da más independencia, pero fundamentalmente, acepta que los funcionarios estatales, además de ser competentes para desempeñar su trabajo, saben hacer los contratos, actúan de buena fe y por tanto, se les deja actuar con mayor holgura, sin imponerles modelos o minutas de contratos de los cuales no se podían salir. En lo anterior mejoró la legislación es el criterio unánime de los expertos en contratación administrativa. Mas debemos preguntamos: ¿los que manejan estos asuntos en la perspectiva penal o disciplinaria administrativa conocen y son conscientes de este cambio de orientación en nuestra legislación? “ (Corredor, Ibíd.)

A pesar de fomentar un ejercicio anti ritualista en la celebración de contratos estatales, estos son de carácter solemne y, dependiendo de factores como la cuantía, se hace necesario acatar formalidades plenas diferentes de las ya contempladas por los

ordenamientos civil y comercial; son estos requerimientos fruto de la naturaleza específica de este tipo de contratos.

Es necesario aclarar que estas posiciones son producto de un análisis amparado por el conjunto de principios administrativos a favor del Estado, es decir, la desembocadura termina siendo una tesis quizás acorde con las finalidades del Estado, con la utilización de poder punitivo para asegurar los intereses de éste; lo que causa una desviación de los fines reales del Derecho Penal y de la pena en sí misma. Esto no sería diferente a instrumentalizar al individuo en pro del Estado bajo la excusa de ser este la representación del interés general máxime cuando, es sabido, el alto grado de politización que tienen los poderes públicos en una mal manejada democracia como la colombiana amén del populismo penal, la inflación normativa, las persecuciones políticas, entre otras figuran que desdibujan el verdadero norte a seguir por la disciplina penal.

Debe tenerse claro que es el Estado para el hombre y no al revés, que el primero es una invención para el bienestar del segundo; que la democracia mal manejada sólo lleva a la politización de instituciones que deberían ser totalmente objetivas y más cuando detentan un poder tan peligroso como el punitivo. Con el planteamiento actual del tipo penal pareciera prevalecer más un interés de perseguir un autor que un acto lesivo como tal.

2. CRÍTICAS A LA LUZ DEL CONCEPTO Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL

De acuerdo al orden propuesto en el presente estudio, se ha puesto en primer lugar la explicación de la teoría preponderante de acuerdo a los fallos de la Corte Suprema de Justicia para encasillar el comportamiento de fraccionar contratos estatales como un delito dentro del tipo penal de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales; se hizo aclaración sobre qué es exactamente la conducta y cómo es interpretada por el ente judicial para determinar la comisión de un punible.

Allí se plasmaron las ideas que corroboran la posición jurisprudencial dominante y se demostró que esa teoría es apoyada por diversos sectores de la doctrina nacional e internacional. No es de extrañar entonces que, a pesar de los numerosos cuestionamientos a esta posición, se continúe impulsando una visión que atropella las garantías básicas que

fungen de barrera al inconmensurable poder punitivo que detenta el Estado o sus representantes.

Posteriormente en acápites contiguos se quiso explicar cómo, desde la misma teoría general de los actos jurídicos, se están incurriendo en errores doctrinales al tergiversar los requisitos de la esencia y la naturaleza de los contratos; también se siguió el hilo explicativo, frente al mismo tema, de los negocios jurídicos hasta desembocar en el contrato estatal sólo para encontrar que el tipo penal de contratación sin el cumplimiento de requisitos legales no contiene una alusión a dichos preceptos sino que hace un reenvío genérico propio de un tipo penal en blanco absoluto, los cuales no son apoyados por la doctrina penal considerándolos violatorios del principio de legalidad en todas sus expresiones.

Así las cosas, se ha comprobado cómo la conducta de fraccionamiento de contratos resulta siendo delito gracias a su forsoza inclusión dentro de un tipo penal en blanco al cual le cabe todo, no hay certeza alguna frente a lo que éste tipo penal busca. El comportamiento de dividir un contrato no está incluído dentro del tipo penal mencionado y se está endilgando a través de un juicio interpretativo como temporalidad, posible unidad de objeto, suma de cuantías e identidad de contratista para determinar si se fraccionó un contrato o no; siempre suponiendo que se hizo con la finalidad de eludir un proceso de selección como la licitación pública.

Una cosa es dividir y otra cosa es omitir un requisito del contrato. Estaríamos ante dos conductas distintas, dos verbos rectores que difieren entre sí pero que los recoge un mismo tipo penal. Es por ello que en esta parte del estudio se harán unas claridades finales para concluir la atipicidad del fraccionamiento de contratos que reposa dentro de un tipo penal que tampoco es lógica su existencia teniendo en cuenta los ya mencionados vacíos legislativos al respecto y el apoyo, por mi parte, de un Derecho Penal mínimo, como verdadera Ultima Ratio.

Puede considerarse trivial tratar un tema aparentemente básico dentro del estudio del Derecho Penal como su concepto mismo y la función que éste ejerce; sin embargo, concepto y función varían según la óptica o posición dogmática que el analista adopte.

Debe hacerse claridad que acá se prohija un sistema normativista del delito y que, de acuerdo a esta vertiente, se recoge un concepto de Derecho Penal y la función que éste debe cumplir. No es una puerta abierta a perder las fronteras de esta investigación sin embargo se hace necesario aclarar este punto con miras a establecer por qué en Colombia se están presentando fenómenos que distan del propósito último que debe perseguir esta rama.

2.1.CONCEPTO Y FINALIDAD DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal, como expresión general, está tergiversada y es usada en diferentes caminos que tiene como punto de partida un derecho sancionador pero ¿qué es realmente el Derecho Penal? En primer lugar, se entiende por este concepto el conjunto de normas expedidas por el legislador para reconocer una sanciones penales frente a violaciones de bienes jurídicamente tutelados; éste sería el llamado Derecho Penal Objetivo comprendiendo por esto todo el conjunto de normas que componen la legislación penal. Por otro lado, tenemos al poder punitivo del cual gozan las instituciones facultadas para perseguir y sancionar a todo aquel que sea someramente considerado infractor; sí, así de amplio y peligroso es este concepto, a pesar de la credulidad de muchos, que busca vigilar y castigar a cuanto sospechoso esté a su alcance, este es el Derecho Penal Subjetivo. Por último, está el tramo encargado de estudiar estos fenómenos sancionadores, los frenos que a él deben tenersele, pronunciarse de cara a los retos de actualizar esta rama jurídica y desarrollar su doctrina a fondo; es ésta la llamada Ciencia Jurídico Penal.

Cada una de estas facetas del saber penal están representadas por organismos o sujetos que fungen como protagonistas de su práctica. Del primero, la ley penal, tenemos como cabeza al Poder Legislativo en manos del Congreso de la República que se encarga de expedir las leyes; sólo él, quien detenta la voluntad popular y representa cada uno de los sectores de la población, está en la facultad de elaborar normas penales. No puede, en principio, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial inmiscuirse en esta tarea tan delicada que constitucionalmente ha sido encargada a los representantes de la sociedad. Estas normas se asimilan más claramente con la figura de los axiomas constitucionales de ley cierta y escrita. Lo anterior, en tratándose de principio de legalidad, deja claro cuando se

estudia el principio de legalidad de los delitos y de las penas como un límite al cruel poder punitivo que se analizará a continuación.

En cuanto al poder persecutor, punto sumamente delicado en la materia, lo que mejor lo representa son los entes policivos. Acá los conceptos más comunes son vigilancia, persecución, selección y coherción. Existen instituciones que están facultadas constitucionalmente para el ejercicio de esas labores siempre y cuando se observen ciertos límites que son garantías reconocidas tanto a nivel constitucional como supra constitucional. La Policía Nacional con todas sus ramificaciones, los cuerpos de investigación y los centros de reclusión. Así las cosas, es apenas obvio acotar que estas instituciones tienen finalidades peligrosas que ponen en riesgo y muchas veces violan garantías fundamentales de los ciudadanos. Derroteros como la seguridad, la estabilidad, el statu quo, la normalidad, siempre traeran consigo la permanente y eterna tensión entre los derechos garantizados y los cedidos al Estado. Ejemplo de esto es el borroso Estado de Derecho que ha quedado luego de las ambiciones por un Estado de Seguridad. La selectividad y extralimitación de los poderes entregados son inborrables, siempre tienden y van a tender a desbocarse, a ser más y más irracionales.

Queda en último lugar por explicar el trabajo de los filósofos, criminólogos, penalistas doctrinantes, en fin, de cada una de las ramas científicas que contribuyen a enriquecer la Ciencia Penal pues cabe anotarse que ésta se alimenta necesariamente de numerosas asignaturas para responder a los retos que el devenir diario le plantea. Es sumamente importante este acápite del Derecho Penal toda vez que su visión como ciencia es el puente más óptimo que tienen las letras de los códigos con la realidad. He allí la verdadera eficiencia de una legislación. Nuestra constitución es abiertamente liberal, garantista de derechos humanos y políticos propios de una república basada en el Estado Social y Democrático de Derecho; es una carta pluralista e incluyente, lo cual a simple vista es una obviedad pero que en la práctica a los ciudadanos y las instituciones que los controlan se les hace muy difícil de asimilar. Este brazo del Derecho es el que nos garantiza que esa legislación observe parámetros racionalistas de la cuestión pública y no al irracionalismo propio máxime en una rama jurídica que desierta tan sensibles pasiones en los seres humanos.

Así vamos armando, cual rompecabezas, con las distintas fases del Derecho Penal un concepto global. Ya sabemos que tiene una parte como ley, una parte como poder represor y, por último, una parte como saber o ciencia. Son variados los fenómenos que influyen en cada uno de estos vectores que toma la rama penal, son particularidades que marcan una tendencia frente a las consecuencias generadas. Si vemos el aspecto represivo encontraremos que las diferencias sociales, los intereses gremiales, las ambiciones políticas y otros fenómenos relacionados señalan una tendencia de este tramo; si tenemos en cuenta que hablamos del poder punitivo veremos que es un arma constatatadamente eficaz. Con ella puede sustraer a cualquier individuo “incomodo” para el normal funcionamiento del “sistema”. Es un poder que tiende, obediente a la naturaleza del ser humano, a desbordarse y desembocar en abusos.

El Ius Puniendi, como fuerza violenta institucionalizada, por su misma naturaleza es abiertamente opresora de Derechos Fundamentales de los asociados; desde las vigilancias, seguimientos, requisas, pesquisas e incluso la eliminación misma de sujetos en aras de garantizar el cumplimiento de la Constitución y la Ley se amoldan para degenerar ese interés público en algo más particular. Incluso, dejando de lado el tema motivacional puede observarse que los seres humanos son heterogéneos y que el rechazo a la diversidad es generalizado; es decir, características como la intolerancia al otro conllevan a aplicar métodos para persuadir u obligar a homogenizarlo, esta no es más que la propuesta de “normalizar a los individuos” pero también porque así es más óptimo el control que se pretende ejercer sobre ellos.

Estas instituciones, de control punitivo, son de carácter violento. Se agreden unos derechos para salvaguardar otros y este es un poder que avidentemente tiende a descontrolarse, a usarse caprichosamente.

Sin embargo es más inocente proponer eliminar estas instituciones toda vez que son necesarias para combatir a la criminalidad, más aún cuando esta misma con el pasar del tiempo va evolucionando a pasos agigantados haciendo cada vez más compleja su detección e identificación. No puede entonces el Estado prescindir de estos organismos pero si puede mantener sólo los necesarios y bajo estrictas medidas de control; un claro ejemplo de ello era la existencia de la pena de muerte en el terrotorio colombiano, primer se

creyó eficaz para combatir el mito de la comisión de ciertos delitos que fue desmontándose con el tiempo y al llegar el reconocimiento de la Dignidad Humana quedó sin sostén alguno derivando en su prohibición.

En ese orden de cosas, concluimos con lo obvio, el poder necesita control. Allí se erige el Poder Legislativo como contrapeso a esa potestad del ejecutivo para el ejercicio de estas facultades violentas. La ley edifica diques para contener todo ese caudal de irracionalidad al que tienden esas agencias del poder represor. El Legislador, como institución encargada de emitir las leyes que rigen las relaciones de los asociados, representan amplios sectores de la sociedad con miras en expedir normas populares, legítimas y válidas. Esto garantiza inclusión y prevalencia del interés general, ese se supone es el sentido de la democracia pero hay que analizar sus efectos más profundos, sobre todo en una sociedad lastimada por la corrupción, la inequidad y la ignorancia como lo es la población colombiana.

La cuestión funciona básicamente así: el ser humano tiende a buscar el poder, para llegar a esta meta requiere derrotar a varios adversarios que compiten por él, como el sistema de escogencia del ganador es la democracia representativa. Este mecanismo asegura, contemplado de esta forma en la Constitución Política, que todos los sectores de la sociedad participen igualitariamente en las elecciones libres convocadas para escoger a sus representantes en los escaños del poder público legislativo y ejecutivo. Ahora bien, esos candidatos suelen valerse, además de las ya consabidas estrategias corruptas como la compra de votos, del populismo para captar la mayor votación posible.

Sumamente peligrosa se vuelve la situación cuando se analiza a la sociedad colombiana. Una población cuyos índices de educación son deficientes no entenderá los malestares normales a los que constantemente estará sometido cualquier sociedad; esto se agrava cuando existen líderes que quieren imponer su moral individual sobre la generalidad o por medio de la utilización de los medios masivos de comunicación cuyo papel como herramienta de control para el poder es indiscutible.

Todo lo anterior desemboca en el llamado populismo legislativo. Esos candidatos mencionados sólo buscan elegirse y si la población está moldeada por los medios de

comunicación o por un líder en especial, los electores sólo buscarán la solución que emane de su emocionalidad, que suele ser la cura menos acertada, y esa solución es la que propone cualquier candidato en su campaña para hacerse con el escaño público sin importar la efectividad de lo que promete y posteriormente gestiona en el gobierno.

No menos importante es el poder judicial, una rama del entramado público que está para prestar servicios legales para la solución de los conflictos que se presenten en una sociedad. Claramente es el juez penal quien se encarga de verificar si la acusación que presenta un ente investigador se acomoda a lo que la norma y la constitución plantean; sin embargo sufre la misma enfermedad que el legislativo: presión social y mediática. Sus fallos, con frecuencia, son proferidos bajo presiones indescriptibles soportando desde protestas públicas y noticias desinformantes hasta intimidaciones para acoplarlos a lo políticamente correcto de momento.

Por último se encuentra la visión de la disciplina penal como ciencia. También es un tramo que sufre sus embates como los demás expoliados. V. Gr. quienes hacen aportes a la academia simplemente con miras a obtener puntajes y ascender en la Rama Judicial como aspirante a cargos públicos. Suma importancia detentan quienes hacen el ejercicio de construir la Ciencia del Derecho Penal; edificarlo a partir de axiomas, ordenarlos a través de normas, darle rumbo con un proceso y verificarlo con excelsos fallos sustentados en investigaciones serias y coherentes al respecto. Se ubica en esta parte quizá la más fundamental de las vertientes del Derecho Penal, es la impresión de racionalidad de ésta práctica pero la más descuidada: no gana elecciones ni ejerce poder político ni otorga cargos públicos; simplemente cumple el deber honesto de toda ciencia, buscar la verdad.

El nacimiento del término “derecho penal” mucho tiene que ver con el surgimiento del Estado de Derecho explicando ese paso que se dio de acatar la voluntad del soberano a someterse a un orden legal; de allí la germinación del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* y es el propio Feuerbach quien acuña la expresión de principio de legalidad (Bustos, 2005) Von Liszt, quien fue el primero en hacer un tratamiento sistemático del Derecho Penal semejante al actual que sugiere: “conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (Von Liszt, 1914. P. 1) Así es como el objeto del Derecho Penal Objetivo es

explicar sistemáticamente el conjunto de reglas y procedimientos para referirse a los delitos y sus correspondientes penas.

Por su parte, es claro que nuestro modelo de Estado moderno tiene como fundamento el Estado Absolutista; éste, que concentraba todo el poder representado por el monarca cuyo poder era de origen divino, se basaba en dogmas indiscutibles de carácter teológico. Posteriormente, los primeros pregoneros del Estado Moderno surgen, movimientos iluministas se hacen sentir y, con ello, la imposición de una ética estrictamente humana se comenzó a volver tendencia. Aquí nacen dos pilares, aportes de Beccaria, que son la prevención y la necesidad como atributos de la ley penal; esta existe para cubrir una necesidad general, proteger la armonía del contrato social.

2.2.LÍMITES AL PODER PUNITIVO: LEGALIDAD Y TIPICIDAD

De cierto modo, con la explicación anterior, se abarcó cada una de las ramas de acción que componen todo lo que es llamado como Derecho Penal; sin embargo, en el presente acápite, es menester aclarar que hablamos del Derecho Penal como barrera de contención de la irracionalidad. Esto es afirmar que el ordenamiento penal es construido a través de obediencia a fundamentos científicos válidos en la búsqueda de acatar los fines de las penas contempladas en la norma.

Si bien existe una fuerza represiva que busca aplicar vigilancia y castigo también existe un freno a esa peligrosa potestad; en el caso objeto de estudio en esta investigación, el fraccionamiento de contratos estatales, el mayor freno que existe es el principio de legalidad que es infringido, como ya se explicó, al introducirse como un tipo penal abierto en blanco el cual no tiene una remisión exacta y su aplicación es sumamente ambigua hasta para los mismos entendidos en el tema.

Continuando con el hilo argumentativo, es el principio de legalidad en todas sus expresiones la talanquera más grande habría de tener este tipo penal al querer encajar la conducta de pitufeo de contratos dentro de él. Si bien los tipos penales en blanco son aceptados por amplios sectores de la doctrina universal es también sabido que la remisión

debe tener precisión y claridad, cosa que no sucede en este evento. Del principio de legalidad, conquista del Estado Moderno fojado por los fundamentos de la Ilustración y la separación misma de poderes, se profesan: la legalidad que exige la existencia de una ley previa "*Lex Praevia*" que habla de la vigencia de la ley en el momento de la comisión de la conducta; la legalidad que se refiere a la certidumbre "*Lex Scripta*", a la prohibición de basar fallos condenatorios en costumbres o principios generales de derechos sino en leyes que están escritas; y la "*Lex Stricta*" versa sobre la claridad y precisión que debe contener la ley penal.

Así las cosas, el principio de legalidad como el pilar quizá mas importante en todo nuestro ordenamiento, se ve incurso en varias afirmaciones semánticas o en un amplio margen de acción si se quiere. Toda ley que erige un tipo penal debe ser de previa aprobación al momento de la comisión de la conducta prohibida. Toda ley penal, por cuestión de certidumbre, publicidad y transparencia, debe constar por escrito. Toda ley que haga típica una conducta debe enfocar con claridad qué es lo que prohíbe y delimitar esa conducta muy bien, tanto así que sea imposible abstraer conductas distintas dentro de lo descrito.

Si bien es indiscutible que existe un tipo penal que castiga la omisión dolosa del lleno de los requisitos legales para celebrar, ejecutar y liquidar contratos públicos, la conducta de división de contratos no encaja en cuanto al verbo rector que se tiene dentro del tipo objetivo. Como ya se expuso a comienzos del capítulo, nuestra posición es que no son verbos equivalentes y que si bien, en ocasiones, se busca cambiar el método de escogencia por medio del fraccionamiento, en otros eventos, lo que se busca es ajeno a esta ánimo selectivo. Además de este inconveniente se tiene también que la norma penal que contiene el verbo rector no proyecta cuáles son esos requisitos esenciales al contrato estatal por lo que se queda corta y una remisión al ordenamiento legal administrativo de hace necesaria para comprender el alcance del tipo; ahora bien ¿Y si tampoco en dicho compendio administrativo existe referencia alguna a explicitar cuáles son los requisitos de los contratos? La respuesta a ello es simple: Como no existe referencia alguna frente a cuáles son, los altos tribunales han teorizado el por qué la conducta de fraccionamiento de contratos constituye delito encajándola forzosamente dentro del tipo de contratación sin el

cumplimiento de requisitos legales; es allí, como se plasmó en la línea jurisprudencial del primer capítulo, agregando circunstancias para definir cuándo el fraccionamiento desemboca en ilicitud y cuándo no.

En ese orden de ideas es tangible cómo esta disposición viola el principio de legalidad en toda su expresión y cómo se ha vuelto en un arma de persecución caprichosa en manos de quien detente el poder. Si las normas jurídicas ayudan a moldear el comportamiento del ciudadano es válido afirmar entonces que la norma en cuestión sólo representa una pesadilla para quien haga las veces de contratante y de contratista en asuntos públicos toda vez que no hay delimitación de lo prohibido.

Nos vamos ahora al ejercicio interpretativo que realizan las cortes, actividad que también choca con el axioma de legalidad, que viene violando la taxatividad derivada de la legalidad pues no pueden existir interpretaciones analógicas. El fraccionamiento de contratos como conducta no proscrita en el ordenamiento administrativo contractual puede ser legal o ilegal, dependiendo si encaja o no en las condiciones descritas por las Cortes, puede llegar a guardar gran similitud con una acción dolosa omisiva de cumplir requisitos legales pero una cosa es ser y otra parecer. Un contrato celebrado por vía de contratación directa y que se tenga por válido traduce que cumplió los requisitos legales respectivos; en nada afecta, hablando del tema de la eficacia de los negocios y actos jurídicos, que las partes contratante opten por un mecanismo u otro. Sólo tenemos un tipo penal que termina violentando la legalidad que él mismo busca proteger, ya que pretende perseguir a un ciudadano por celebrar, teniendo en cuenta que si el método de escogencia determina la eficacia del negocio jurídico, un contrato que jamás nació a la vida jurídica. Tremenda confusión está siendo generada al no comprender qué son requisitos de los contratos, a nivel especial y general, ya que se está explicando el tema al acomodo de quien esté juzgando y eso sí que patea el ya tan mencionado principio de legalidad. Además recuérdese que por principio de *“in dubio pro reo”* todas las dudas frente al análisis típico subjetivo como objetivo deben entenderse favorables al procesado más no estar propagando analogías *“in malam partem”*.

Las leyes contienen tipos penales las cuales son supuestos de hecho. Se encaja un hecho fáctico del mundo real en un supuesto legal que acoge lo fáctico. Esto último es el

supuesto que es la conceptualización de un pragma conflictivo y esto es lo que habilita el uso del poder punitivo que a la vez debe ser contenido para no ser aplicado a discreción en expresiones como las de derecho penal de autor, derecho penal para el enemigo o el ejercicio arbitrario de la función policial. El derecho penal de acto tiende a querer ser eliminado y para ello debe borrarse la tipicidad legal cayendo en la selectividad fabricando tipos por analogías.

Estas conquistas se han ido difuminando dada la tendencia a erigir Estados de Seguridad instrumentalizando el Derecho Penal para fines políticos. En palabras del maestro Fernández Carrasquilla “tiende a configurarse como un recurso de la administración coactiva y de la intervención ideológica que ejercen los gobernantes sobre las conductas sociales. Y ante la creciente inseguridad que vive el planeta, crece también la demanda social de más eficaces protecciones... Por eso no ha de sorprender que los gobiernos traten de adquirir creciente influencia sobre la administración de la justicia penal, pues esta muestra hoy más claramente su aptitud para la realización de fines políticos y para la tutela de los intereses de gobernantes de turno que estos pretenden identificar siempre con los intereses legítimos de la colectividad” (Fernández, 2014. P. 275)

Sigue la enfermedad su curso cuando, en temas de tipicidad, buscamos el punto generador de conflicto. Existe entonces un tipo objetivo conglobante que busca resolver la lesividad causada por una conducta, un conflicto que ha nacido por la afectación real a un bien jurídico. Lo que busca protegerse es la relación de disponibilidad con ciertos objetos, la posibilidad de uso de cara a la autorrealización de cada quien. Es el Derecho quien tutela tales bienes jurídicos, el Derecho Penal lo recibe, no se los anda inventando pues están contemplados en la Constitución. Ahora bien ¿Es la legalidad un bien jurídico? ¿Existe una ruptura o afectación real a la legalidad con el fraccionamiento de contratos?

Es obvio que toda esta relación no es clara y que en este evento la norma penal se está inventando un bien jurídico pues no existe claridad alguna de cómo se está rompiendo esa relación de disponibilidad del Estado con la legalidad pues se habla de una puesta en peligro abstracto de un bien nacido a través de interpretaciones jurisprudenciales y no de un rango Constitucional. Simplemente estamos ante un tipo penal que no debería existir, si se

quiere apoyar la expresión de Derecho Penal mínimo, lo que aseguraría la prevalencia del garantismo que si promueve nuestra carta política.

En cuanto a las interpretaciones debe acotarse que son un grave peligro pues eliminan la certeza imprescindible que debe existir siempre en el ordenamiento penal, en continuidad con el pensamiento del profesor Fernández quien aduce: *“Particularmente en el Derecho Penal democrático no existe ningún valor que le permita al juez el sentido literal posible del texto de las leyes incriminadoras o reducir el de las desincriminadoras, que es el sentido usual o técnico de sus palabras en su máxima capacidad significativa”* (Fernández, 2014. P. 281)

En reiteradas ocasiones se ha dicho en el presente escrito que estamos frente a un tipo penal en blanco con reenvío genérico; esto significa que es una norma que no describe a plenitud la conducta prohibida y que para entender su alcance hay que remitirse a otra norma fuera del ordenamiento penal, sin embargo en tratándose de la especie de reenvío genérico lo que se genera es una total confusión pues al ordenamiento objeto de remisión tampoco hace una descripción satisfactoria de la conducta o de los elementos que la componen.

En este tema interfiere de gran manera la técnica legislativa y la teología que se le impregne a dicha tarea. Otra herramienta indiscutible para asegurar la objetividad en esta temática es la de adoptar un sistema de pensamiento dogmático; esto asegura un solo norte para la legislación y evita los peligrosos eclecticismos que poco contribuyen a la certidumbre jurídica. Ya hemos ido conociendo las consecuencias de las penosas improvisaciones legislativas y más aun cuando llevan a interpretaciones ampliamente laxas de cara a los axiomas que sostienen y, a la vez, frenan el ejercicio del poder punitivo.

Se evidencia que se presenta un choque entre el principio de legalidad, de rango constitucional, ya que es el legislador quien tiene la potestad indelegable de legislar en materia penal sin embargo se observa, en los eventos de tipos penales en blanco, cómo esta facultad es ejercida en parte, algunas veces mayor y otras de menor manera, por otros entes del poder público vr. Gr el aparato administrativo cuando es dotado de funciones especiales por el mismo Congreso de la República.

Si bien es cierto que el legislador no puede abarcar todas las materias a plenitud, ni puede pretenderse que la ley penal sea actualizada constantemente o que esté incluyendo temas que son fluctuantes, también es cierto que no puede expandirse la figura de las remisiones indiscriminadamente sino que por el contrario debe ser una figura reglada que sólo opere en ocasiones especiales.

Se trata al mismo tiempo de impedir que tal técnica se convierta en un arma de completa arbitrariedad en manos de la autoridad administrativa, que es precisamente lo que se quiere evitar con el principio de legalidad de los delitos y la única posibilidad de compatibilizar ambos puntos de vista es partiendo de la distinción entre la ley penal autónoma y la ley penal dependiente. Para ello es necesario que la materia prohibida (concreción del desvalor de acto de la norma) aparezca por lo menos fijada en su núcleo esencial por la ley penal en blanco y que la disposición se encargue exclusivamente de señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios sin llegarse a suplantarse de manera alguna al tipo penal. Esto en aras de garantizar la autonomía de la norma penal, esto es evitar que se convierta en un accesorio de la otra disposición (Bustos, 2005. P. 68-69)

Con este orden se observa la clara accesoriedad, además de los numerosos problemas ya relatados, que sufre la norma penal del art. 410 de nuestro código. No es un tipo penal autónomo de ninguna manera y bajo la interpretación que hacen las Cortes tiende a ser más una herramienta o accesorio del Estatuto de Contratación a disposición de éste en cuanto el juzgador en materia considere conveniente su aplicación. Cosa nefasta y chocante con las garantías conquistadas a través del pensamiento moderno.

En el evento del fraccionamiento de contratos como conducta de contratación sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales se observa claramente la aplicación subsidiaria de la norma penal a una conducta que puede o no ser ilícita, veredicto que depende de una interpretación judicial, pues no está proscrita por el Estatuto de Contratación y, como la norma penal no contiene ninguno de esos requisitos esenciales, queda atada a lo que los entes administrativos entiendan por tales pues, como ya se anañizó, ni siquiera obedecen a los parámetros generales de los negocios y/o actos jurídicos; es decir, el panorama es completamente oscuro, totalmente inconstitucional.

Podría pensarte que el problema es netamente una cuestión de falla en la técnica legislativa pero, a consideración nuestra, el problema va más allá. Estamos frente a intereses particulares que benefician a amplios sectores del poder, estamos frente a un arma que resulta conveniente mantenerla funcionando, estamos hablando de selectividad, en fin, estamos hablando que la mejor opción para respetar esos valuartes traídos de la Ciencia Penal es borrar por completo tal disposición legal.

La propuesta del presente escrito resulta siendo la abolición. Si bien a quedado clara la exposición de la pésima práctica de llevar al fraccionamiento de contratos a convertirlo en delito de acuerdo a interpretación de las altas Cortes, es menester en estos momentos señalar la inutilidad de continuar con estos tipos penales. No solo es insuficiente para demostrar una utilidad de cara a la función que cumple, corta para comprobar una lesividad ante un bien jurídico, siempre abierta a interpretaciones sobre su intencionalidad y la visión que se tiene sobre un Derecho Penal mínimo en sus poderes y amplio es sus garantías.

Habiendo demostrado la atipicidad del fraccionamiento de contratos, dado que no encaja en los componentes o ingredientes del tipo de penal contemplado en el artículo 410 del Código Penal Colombiano y que dicho tipo es fruto de una pésima técnica legislativa sumado a que es un carta abierta para aplicar el poder punitivo caprichosamente a dedo, queda la pregunta frente a la solución que debe plantearse a un problema que varios doctrinantes han invitado a resolver.

Teniendo en cuenta todo el hilo conductor que nos llevó a concluir esa atipicidad se brindará una propuesta con la presente investigación para darle tratamiento a la problemática presente.

2.3.UN COMENTARIO FRENTE A LA CORRIENTE AXIOLÓGICA-NORMATIVISTA

Se ha sostenido dentro de este escrito que, meramente con fines de claridad y sin interés de apoyar matriculismos, ha de entenderse que tomamos una posición frente a las diferentes escuelas de pensamiento que abordan a la Ciencia Penal; sin embargo, lo que acá

se busca es la manera cómo entender esa Ciencia bajo un objeto de la misma para poder entenderla como tal, también es necesario, con ello, la inclusión de un paradigma, de una estructura, de unos axiomas, una teleología y procedimientos para otorgarle dicho rango.

A pesar de haber recurrido, para explicar la atipicidad del fraccionamiento de contratos, a la teoría tradicional imperante debe acotarse por nuestra parte que nos mostramos de acuerdo con la nueva tendencia liderada por el profesor Jakobs con su nueva Escuela de Bonn, la cual no pretende ser etiquetada como perteneciente a uno u otro movimiento o línea de pensamiento como han hecho muchos al llamarlos “funcionalistas” sino, por el contrario, lo que ha pretendido es ofrecer una teoría completamente nueva en donde el Derecho tenga esa verdadera connotación científica y no sea necesario la constante recurrencia a otras ciencias para explicarlo.

Si bien el Principio de Legalidad no se restringe en cuanto a su aplicación de cara a este tema de sistemas de pensamiento si nos puede brindar, esta explicación, un acercamiento al entendimiento de por qué no puede ser tipificado el fraccionamiento de contratos y que la solución a dicho problema no yace dentro de la legislación penal sino a otras ramas jurídicas como el Derecho Disciplinario, entre otros. Recuérdese que el Derecho Penal no existe para solucionar todo tipo de problemas que se presentan en la sociedad sino que es el último mecanismo de reacción que tiene todo el ordenamiento jurídico para hacer frente a un conflicto.

La propuesta de Jakobs busca responder a la crisis epistemológica causado por el eclecticismo desembocando en la necesidad de una nueva teoría del delito construida a partir de conceptos como sociedad y de derecho relacionándolos por medio de procesos de comunicación entre ambos ya no concibiendo al delito como ontos sino como producto de un complejo entramado de relaciones de comunicación que participa en pie de igualdad con las demás relaciones comunicativas de la sociedad; en otras palabras, el delito es una mera definición normativa, no tiene una entidad ontológica, es algo creado y definido lógicamente dentro de una norma. (Grosso, Manuel. 2006)

El injusto no está definido por fuera de la norma, no depende de las características ni de los efectos de la conducta desplegada, todo está en la valoración que el sistema social le

otorgue y eso lo expresa a través de la norma; ésta no hace más que recoger un valor al cual el sistema ha dotado de importancia y, por ello, le otorga tal rango de protección. Esos valores son creados por la sociedad, así como los procesos de comunicación mismos. Nada de esto puede enmarcarse dentro de procesos naturales sino de pura creación humana. Son procesos de comunicación entre personas dentro de un sistema.

El delito es entonces un fenómeno valorativo derivado de una mala proceso de comunicación. El sistema de valores de una sociedad lo califica, a dicho proceso comunicativo, como negativo. Recuérdese que la ley penal no se incumple, por el contrario, se cumple *vr. Gr.* “El que matare a otro...” y está contemplado dentro del ordenamiento jurídico toda vez que la vida está dentro de los valores de una sociedad y es protegida por la norma.

Así las cosas, el delito resulta siendo una modalidad de comunicación no deseada y la pena sería la medida encaminada a recuperar los cauces normales de ese proceso de comunicación una vez le es demostrado a la persona que el defecto comunicativo es imputable como su responsabilidad dada la culpabilidad como criterio de imputación subjetiva. (Ibíd. 2006)

El conflicto empieza cuando se opta por un proceso de comunicación no deseado pues lo que sucede es que la norma tiene unos canales habilitados por medio de los cuales se espera, de acuerdo a rol dentro del sistema, que la persona los acoja y haga caso de esa expectativa. Cuando se desvía y usa otros medios de comunicación que no están permitidos se hace acreedor de una sanción, de una pena; ésta no busca, ni puede hacerlo, resarcir el daño causado sino advertir sobre la existencia y vigencia de una norma que prohíbe tal conducta. En otras palabras, el delito se traduce en un cuestionamiento a la vigencia de esos canales comunicativos avalados por la norma.

La norma es quien crea y define el delito; nada ni nadie puede ir más allá de eso, ni menos darle onticidad, el delito simplemente es un ente lógico recogido en la norma por su pragma conflictivo. No es correcto afirmar que por estar avalado por la norma, se puede tipificar lo que se desee e incluso tolerar abusos o regímenes totalitarios pues, como vimos, son los valores de una sociedad los que se ven reflejados en el ordenamiento jurídico, ello

es el principio de conocimiento invocado por Niklas Luhmann al acotar que es posible conocer los valores preponderantes dentro de una sociedad al estudiar sus leyes pues estas gozan de validez toda vez que se basen en ellos. Ejemplo de lo anterior, en nuestro caso, son los valores contemplados en la Carta Política y que vemos cómo se encuentran protegidos por el ordenamiento penal.

A nuestro parecer, el normativismo contribuye a brindar una garantía de humanismo al hacer a un lado la voluntad caprichosa de los hombres y darle paso a los principios normativos para que conduzcan el destino de la sociedad; es la manera más objetiva de hacer las cosas. En palabras del profesor Grosso García: *“la consolidación material de un sistema social rigurosamente sometido al imperio de un orden normativo, que positivice esos valores fundantes dándoles un carácter imperativo para todos, que se pueda lograr que esos principios del humanismo dejen de ser mera retórica y se conviertan en pretensión legítima de los pueblos, exigibles a sus gobernantes”* (Grosso, Manuel. 2006. P. 58)

Esta breve exposición para defender la importancia de un sistema normativo sólido y coherente, alejado del capricho de los hombres por lo cual no estamos de acuerdo con la propuesta del profesor Roxin frente al componente fluctuante de la política criminal para conceptualizar el delito y su alcance; ello, más aún en un país como el nuestro, comporta serios riesgos para las garantías de los sujetos convirtiéndolos en blanco de arbitrariedades tal como sucede al condenar a una persona por el fraccionamiento de un contrato.

Esos abusos son los que se pretenden subsanar con la acogida de un sistema valorativo-normativo pues eleva a un rango superior, o por lo menos más seguro, los valores que identifican a una sociedad; esos valores propios se convierten en principios normativos imperativos delimitados y, con ellos, normas penales que advierten sobre su vigencia junto a las consecuencias jurídicas de dichas normas.

Un sistema de este tipo favorece la tesis acá propuesta toda vez que promueve un positivismo sistemático, es enemigo de la suposición y del arbitrio de funcionarios judiciales. Se pretende acabar con esto la confusión del delito y del pecado. No es lo que a una persona o personas con poder les parezca qué deba o no ser un delito, es lo que la

norma define claramente como tal. Sería el imperio de las leyes, del acato al principio de legalidad que tanto se hiere al penalizar conductas como el fraccionamiento de contratos.

El hecho que se proponga un sistema normativista no quiere decir que se deje de lado la funcionalidad humana, por el contrario la garantiza; asigna a cada quien, según su elección propia, el rol social que lo cubre y con él una expectativa de conducta. El fraccionamiento no existe como delito en nuestro código penal, por lo tanto no es delito. Ni está descrito, ni se menciona acaso como posible infracción a un valor social; simplemente no existe ni debe dársele vida máxime si aunamos a toda esta explicación todo el conjunto de principios penales ya enuncionados en el devenir de esta investigación y que se mantienen con vida en este sistema normativista.

Así es como debe comprenderse esta propuesta, como una estructura que asegura y da claridad sobre los delitos y las penas; que no busca darles una explicación óptica, simplemente las describe como creaciones humanas que son advirtiéndole el cuidado que debe tenerse con el uso de la fuerza toda vez que esta potestad está sometida al imperio de la ley y no a la voluntad de los hombres.

Nótese que, desde el principio, se esgrimieron cada uno de los argumentos que sostienen al fraccionamiento de contratos, partiendo de su definición semántica, como una posible conducta típica dependiendo si con él se cumplen unos requisitos fruto del juicio valorativo del juzgador y no de normas establecidas bajo los parámetros exigidos por una buena técnica legislativa obediente del principio de legalidad en todas sus expresiones. Es necesario que eleven prohibiciones como la de los tipos penales de reenvío genérico a rango normativo imperativo (aunque ya exista una obligatoriedad de legalidad de los delitos) puesto que se ha demostrado que con el poder punitivo se debe ser muy cauteloso llegando a rozar con el juego a la defensiva frente a la constante posibilidad de aplicarlo arbitrariamente.

CONCLUSIONES

Existe una tesis actual frente al tratamiento que debe darle el juzgador a la conducta de fraccionamiento ilícito de contratos estatales, dicha postura afirma que existe una modalidad de segmentar contratos que resulta lesiva para los intereses jurídicos de la administración de justicia; más específicamente, atentativo de la legalidad que debe distinguir a los Actos y/o Negocios Jurídicos que los agentes del Estado lleven a cabo. Esta tesis es creada y defendida por las Altas Cortes colombianas quienes, a través de la interpretación de unos principios generales que rigen la actividad contractual pública terminan por inferir la existencia de unos presupuestos que, de cumplirse, conllevan a deducir la existencia de un delito.

Como se expuso en el primer capítulo, la Corte Suprema de Justicia erigió una tesis basada en tres requisitos para configurar el fraccionamiento ilícito de contratos estatales. El primero de ellos es la posibilidad de pregonar la unidad de objeto respecto de los contratos cuya legalidad se cuestiona y, en segundo lugar, identificar cuáles fueron las circunstancias que en concreto llevaron a la administración a realizar varios contratos para verificar si la actuación se apoyó en criterios razonables de satisfacción de un interés general o si todo fue un artificio para soslayar la ley buscando escoger el contratista a voluntad (Corte Suprema de Justicia, 2009)

A pesar de esta claridad hecha por el órgano de cierre judicial, debe entenderse que existen eventos en los cuales el fraccionamiento no resulta ilícito sino, por el contrario, se hizo necesario para salvaguardar ese mismo interés general. Sin embargo antes de continuar, es importante hacer hincapié en el detalle mencionado: todo depende de un ejercicio analítico del juzgador bajo esos parámetros esgrimidos por la Corte para determinar si la división contractual fue lícita o no pues debe recordarse que en ningún rincón de la norma dicha práctica se encuentra proscrita.

Existen eventos en los que el fraccionamiento de contratos no desemboca en una ilicitud, ejemplo de eso es lo expuesto por la Corte en el año en curso en la casación del proceso penal seguido contra Manuel Troncoso Álvarez: *“el fraccionamiento puede ser viable frente a razonables motivos de interés público. Y precisamente en este caso se encuentra que fueron plausibles las motivaciones que condujeron al fraccionamiento del contrato, a partir de lo expuesto por el procesado en su indagatoria, en tanto revela motivos de interés público que justificaron la división”*. Continuando con la siguiente afirmación que sostiene lo anterior: *“Las razones expuestas por el procesado y ratificadas por el interventor de los dos contratos objeto de análisis, son compatibles, ciertamente, con una motivación guiada por el interés público de ejercer un eficiente control a la actividad de vacunación y de optimizar recursos administrativos y logísticos del departamento, modificando el modelo anterior consistente en suscribir un contrato por cada municipio del departamento para, en vez de ello, dividir su territorio en dos zonas, siguiendo unos criterios de orden geográfico y demográfico razonables”* (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Así las cosas, se da por sentado que existe una conducta que puede o no ser un delito y que para determinar tal cuestión están los requisitos que impone la Corte Suprema para que el juzgador verifique la existencia de una ilicitud. Dicho ejercicio se hace necesario toda vez que la práctica no está prohibida ni en la ley penal ni en la contractual pública. Es una conducta que existe dentro del marco de los negocios jurídicos que celebra el Estado y que no necesariamente siempre busca un detrimento a los derroteros fijados por la institución.

Los doctrinantes de lo contencioso administrativo parecen apoyar la postura de la Corte y del Concejo de Estado, asimilan que existe una clara e indebatible teleología del Estatuto de Contratación Pública para procurar trámites más expeditos, menos ritualismo jurídico, mayor celeridad y dinamismo en concordancia con las nuevas tendencias negociales de mundo. Por otro lado, los pensadores de la rama penal miran con un poco más de escepticismo ante tal ambigüedad pues si bien resulta cierto lo afirmado por los doctrinantes anteriores también es bien delicado el problema que emerge de tal solución propuesta si se mira a través de los axiomas que componen el pensamiento que construye a su vez nuestro ordenamiento penal.

Lo anterior se debe a que estamos frente a una conducta que, a su vez, es enmarcada dentro de un tipo penal que está incompleto; es decir, la descripción de la conducta típica se queda corta para brindar una comprensión del alcance del tipo. Esto se debe a que ni en la norma penal ni en la norma contractual aparecen delineados cuáles son esos requisitos legales esenciales para contratar. Como se estudió, no es una remisión exacta del Código Penal pues el Estatuto de Contratación sólo contiene principios jurídicos de carácter general que pretenden guiar el accionar negocial pero que de ninguna manera pueden fungir como requisitos esenciales pues dicho concepto es hijo del Derecho Civil y Mercantil, más específicamente de la teoría general de los actos y negocios jurídicos por lo que no se puede en ningún escenario tratar de confundirlos con los principios normativos. Tal confusión es propiciada por las mismas Cortes y, por ello, se dedican a vislumbrar presupuestos que de cumplirse se tendría entendida la comisión de un delito. Esto explica la gran preocupación por parte de los profesores de Derecho Penal pues tal solución sólo resulta agresora de las garantías que debe respetar el poder punitivo.

Si lo anterior resulta un problema para las garantías de la persona, es igual de preocupante el Legislador expida normas de tal ambigüedad y oscuridad toda vez que es su exclusiva responsabilidad, como representante directo de la sociedad, el emanar normas bajo una técnica legislativa impecable máxime cuando se habla de la contención del poder punitivo en cabeza de las instituciones del Estado. Como son las mismas personas quienes son inconscientes de dicho peligro, terminan por exigir cada vez más y más delitos con

penas mayores sin entender que este juego sólo termina estando en su contra; más aun en una democracia tan enferma como la colombiana en donde prima la sed de poder que el bienestar general, eso solo degenera en inflación penal y desgaste de la justicia.

Todo este entramado de intereses particulares, de manipulación, de selectividad para aplicar el poder punitivo termina por enfermar a la administración de justicia misma. Ante tales problemas, siempre propios de la naturaleza humana, se trae a colación la propuesta Normativista del profesor Günther Jakobs que, además de reconocer los principios garantistas que sirven de base al Derecho Penal, busca normativizar cada una de las garantías de la persona junto a una gran exigencia técnica para lograr imputarle a una persona determinada norma. Esto lo logra quitándole onticidad a la norma y reconociéndola como un simple pronunciamiento lógico y cuya función es denotar la vigencia de un orden.

Esta sería la solución más loable para eliminar la subjetividad de cara a este y otros tipos penales que son asidero de violaciones a garantías fundamentales que el mismo Derecho Penal debe proteger del vasto ejercicio del poder punitivo. Sólo las normas deben guiar el destino de los hombres. Con todo esto, el fraccionamiento, en aras del axioma de Ultima Ratio, no debe ser una conducta tipificada dentro del Código. Además de ser atípico actualmente, es una conducta que no vale la pena incluir como delito habiendo más ramas del Derecho que pueden hacerse cargo de cualquier anomalía que de él se desprenda toda vez que no cumple con los requisitos para erigirse a nivel de tipo penal.

Bibliografía

ARROYAVE, JOSÉ. Contratación pública o estatal. ABC JURÍDICO. 2012

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública R. O. 395. 2008. Recuperado de:

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991). Constitución Política de Colombia, art. 209.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Introducción al derecho penal. Temis. 2005

CONCEJO DE ESTADO. 2005. MP. Maria Elena Giraldo Gómez. Rad. 63001233100020020071902.

CONCEJO DE ESTADO. 2007. MP. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 15324

CONGRESO DE COLOMBIA. (1993). Ley 80 (28, octubre, 1993) Por el cual se expide el Estatuto General de

CONGRESO DE COLOMBIA. (1993b). Ley 80 (28, octubre, 1993) Por el cual se expide el Estatuto General de

CONGRESO DE COLOMBIA. (2002b). Ley 734 de 2002: por la cual se expide el Código Disciplinario Unico. Bogotá D.C.

CONGRESO DE COLOMBIA. (2011). Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Bogotá D.C.

CONTADURÍA GENERAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. (2007). Reglamento de contrataciones, Resolución 300 de 2007

Contratación de la Administración Pública, art. 23.

Contratación de la Administración Pública, art. 24.

CÓRDOVA SCHAEFER, JESÚS. Divide y Perderás. Revista Gestión Pública y Desarrollo. Perú. 2012.

CORREDOR BELTRÁN, DIEGO. Reflexiones en torno al tipo penal de la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000

CORTE CONSTITUCIONAL. (2002). Sentencia C-508 (3, julio, 2002). M. P. Alfredo Beltrán Sierra

CORTE CONSTITUCIONAL. (2003). Sentencia C-292 (8, abril, 2003). M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2008). Sentencia C-750 (24, julio, 2008). M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2000). Proceso N° 17088 (19, diciembre,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2006). Sentencia de única instancia de 23-03-06, Rad. 21.780. 2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2006b). Magistrado Ponente: JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS. Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006). Proceso No 19815.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2007). Ponente: Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. Bogotá, D.C., veintiocho de noviembre de dos mil siete. Proceso No 26857

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2008). Magistrado Ponente: YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Bogotá, D. C., jueves, quince (15) de mayo de dos mil ocho. Proceso No 29206.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2008b). Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil ocho. Proceso No. 26061.

CUELLO DUARTE, FRANCISCO. Contratos de la administración pública. ECOE ediciones. 2009

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. Concepto y límites del derecho penal. Temis. 2014

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000

GROSSO GARCÍA, MANUEL. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Ibañez. Bogotá. 2006

http://www.compraspublicas.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_sobi2&catid=2&Itemid=16

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. (2009). Informe 1/09 (25, septiembre, 2009).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. (2011). Real Decreto Legislativo 3/2011 (14, noviembre, 2011).

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. Teoría general del contrato y el negocio jurídico. Temis. Bogotá. 2005

PRESIDENCIA DE ARGENTINA. (2000). Decreto 436 (30, mayo, 2000). Sobre contratación pública.

RODRÍGUEZ TAMAYO, MAURICIO. Contratos estatales en Colombia. Librería Jurídica Sanchez LTDA. 2015

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME. Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000

VELASQUEZ VASQUEZ, FERNANDO. Derecho penal parte general. Temis. 2009

VON LISZT, FRANZ. Citado por Juan Bustos Ramírez en Concepto y Límites del Derecho Penal. 2014.