



UNIVERSIDAD
ICESI

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS
LEGALES**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SENT. DEL 22.06.2016, R.42930, M.P.:
Eugenio Fernández Carlier. Aprobado Acta N°. 189.**

TRABAJO DE GRADO

**PAOLA AGUIRRE MORENO
JESSICA ANDREA CRUZ BOHÓRQUEZ**

**Asesor de Investigación
YECID ECHEVERRY ENCISO**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHO
SANTIAGO DE CALI
2017**

TABLA DE CONTENIDO

	PÁG.
I. INTRODUCCIÓN	3
II. HECHOS RELEVANTES.....	5
III. ACTUACIONES PROCESALES	9
IV. DIALOGOS ENTRE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y DEMANDANTE	15
V. NOCIONES GENERALES	20
VI. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES	27
VII. ANÁLISIS DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA SENTENCIA.....	39
VIII. BIBLIOGRAFÍA	52

I. INTRODUCCIÓN

A través del estudio de la sentencia de casación proferida en contra del señor ANDRÉS CAMARGO ARDILA, ex director del IDU, siendo este condenado por el delito de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales*, de conformidad con lo previsto en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, anterior Código Penal, modificados por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980, el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, se desarrollarán conceptos soportados en la doctrina y jurisprudencia para la comprensión y análisis de los aciertos y, quizá, inexactitudes del alto tribunal en la decisión proferida.

En consecuencia, para efectos del presente trabajo y siendo la sentencia de casación una decisión que desarrolla amplios temas en materia de derecho sancionatorio y contractual, el eje de discusión se centrará en el delito de *celebración del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales*, el cual nos permite una conexión impecable entre el derecho penal y la contratación pública, siendo este uno de los temas que revisten mayor importancia en la actualidad, como quiera que persiguen la protección de los dineros públicos a través del seguimiento y control de las actuaciones de los servidores públicos.

Si bien este trabajo refiere a aspectos sustanciales del derecho penal y la tipología del punible de *celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales* se pretende, como estudio de caso, identificar y estudiar los fundamentos jurídicos que determinaron la condena del ex director del IDU, comoquiera que en ejercicio de sus funciones omitió la aplicación no solo de principios y requisitos contractuales (Ley 80 de 1993), sino que, además, incumplió un deber constitucional y legal generando daño a un bien jurídico tutelado, lo cual se conoce como “Posición de Garante”.

En este sentido, es claro que todos los elementos fácticos conducen a la culpabilidad del señor ANDRES CAMARGO ARDILA por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin embargo, todas las

actuaciones surtidas reflejaron un absoluto descuido a la “Posición de Garante” que ostentaba el ex director del IDU, lo que curiosamente, el Alto Tribunal desarrolló de forma superficial, concentrándose más en las condiciones que desencadenaron la determinación del tipo penal, como lo fue: (i) Tramitar el contrato 403 de 2000 desconociendo los principios de responsabilidad, planeación y legalidad, puesto que «no debió iniciar un proceso de licitación con unos estudios de diseños no concluidos». Y (ii) Permitir que el pliego de condiciones que sirvió como fundamento del contrato, estipulara «una resistencia inferior del relleno fluido a la contemplada por el diseñador, apartándose de los diseños elaborados por la firma SD&G».

Finalmente, el estudio de la sentencia nos remite hacia los requisitos esenciales del contrato, lo cual, si bien no corresponden a los argumentos de la Corte, nos dirige hacia un ámbito de aplicación mucho más amplio del contrato estatal, identificándose una relación tan estrecha y armónica con el derecho civil, como la mencionada con el derecho penal. Ello para concluir con unas consideraciones finales sobre el caso en particular.

II. HECHOS RELEVANTES

ANDRÉS CAMARGO ARDILA, de profesión ingeniero civil, fue nombrado Director del Instituto de Desarrollo Urbano (en adelante, IDU) el 1º de enero de 1998. Entre sus deberes, se hallaba los de «*[d]irigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del Instituto*», de acuerdo con el *Manual de funciones y requisitos de la entidad*, estipulado por la Resolución 206 de 19 de marzo 1999, que a su vez había sido modificada por la Resolución 2069 de 24 de noviembre de 2000.

Para el 4 de diciembre de 1998, el Fondo Rotatorio de Seguridad Vial del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá acordó con la empresa Steer Davies and Gleave (en adelante, SD&G) la adecuación para el proyecto Transmilenio de Bogotá de la autopista Norte, entre otras vías de la ciudad. En sus diseños, SD&G especificó la utilización del denominado relleno fluido, en resistencia de 60 kg/cm², como material para volver a nivelar las bermas y ampliarlas. Adicionalmente, dejó claro que no se ocuparía de los diseños relacionados con el sistema de drenaje.

Durante esa época, ANDRÉS CAMARGO ARDILA sostuvo una reunión con el entonces Secretario de Tránsito de Bogotá, así como con los representantes de SD&G. Discutieron los alcances de los diseños a cuya elaboración se comprometió la firma. Ninguna inconformidad manifestó el Director del IDU al respecto. Los diseños elaborados por SD&G fueron remitidos de manera progresiva al IDU a partir del mes de octubre de 1999. Lo usual era que los recibiera el Director General.

Para la tramitación y ejecución del proyecto, en lugar de valerse de los especialistas técnicos adscritos al IDU, ANDRÉS CAMARGO ARDILA designó a MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA y Jorge Alberto Ordóñez Caicedo, con quienes suscribió contratos de prestación de servicios el 26 de julio de 1999 y el 17 de febrero de 2000, respectivamente. La primera ejercía como Asesora Técnica y el segundo como Coordinador de Obra.

El pliego de condiciones, que fue publicado en febrero de 2000, lo realizaron MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA y Jorge Alberto Ordóñez Caicedo. Allí fueron modificados los diseños originales, pues se les indicó a los proponentes que el relleno fluido debía contar con un nivel de resistencia de 30 kg/cm², y no uno de 60 kg/cm², como lo había contemplado SD&G. Esto fue consecuencia de una orden directa que MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA le dio a Jorge Alberto Ordóñez Caicedo. El pliego, luego de ser revisado por los asesores jurídicos de la entidad, lo recibió ANDRÉS CAMARGO ARDILA para su aprobación.

Con base en esos trabajos, ANDRÉS CAMARGO ARDILA, mediante resolución 0109 de 31 de enero de 2000, abrió el proceso de licitación para seleccionar al constructor encargado de habilitar la calzada de la autopista Norte desde el sector de la calle 80 (Los Héroes) hasta la calle 176, y posteriormente la calle 186. Antes de agotarse el procedimiento, ANDRÉS CAMARGO ARDILA suscribió la adición al pliego de condiciones de 2 de marzo de 2000, por medio de la cual suprimió el verbo “*complementar*” alterando la facultad que se le imponía a la empresa constructora de replantear los diseños, pero además se hicieron las siguientes modificaciones sustanciales:

Lo relacionado con la consulta del pliego, adquisición, pago y retiro, fresado y colocación del pavimento asfáltico, equipo mínimo disponible, al igual que equipo calificable, se corrigieron algunos aspectos de la localización y replanteo por cantidades y valor unitario, las excavaciones para la conformación del subrasante, las demoliciones, el transporte del material sobrante, los rellenos, la sub-base granular, base granular, concreto asfáltico, estructuras de concreto, acero de refuerzo, pavimento en concreto rígido, sardineles, obras de alcantarillado, obras de acueducto, obras para red de energía eléctrica y canalización para red de teléfonos. El 30 de marzo de 2000, firmó un contrato con Integral S. A. Silva Carreño y Asociados S. A. Silva Fajardo y Cía. Ltda., representada por los ingenieros Germán Silva Fajardo, Álvaro Silva Fajardo y Federico Restrepo Posada, para que ejercieran la interventoría técnica, administrativa y

financiera de la obra.

Esta compañía presentó informes al IDU en los cuales puso de presente, entre otras anomalías, que los diseños de SD&G no incluían drenajes, por lo que debían completarse antes de proceder a la fase de construcción. Alertó también sobre la modificación de los esquemas originales respecto de la calidad del material de relleno fluido surtida en el pliego de condiciones, es decir, del cambio de 60 kg/cm² a 30 kg/cm². No obstante, la licitación fue adjudicada el 25 de mayo de 2000 por parte del director ANDRÉS CAMARGO ARDILA a la firma Constructores Conciviles S. A. (en adelante, Conciviles), que el 1º de junio de ese año suscribió con el IDU el contrato de construcción de obra número 403 para la adecuación del proyecto Transmilenio en la autopista Norte.

Entre el 6 de junio y el 5 de julio de 2000, se adelantaron varios comités técnicos de seguimiento. En algunos de ellos, los funcionarios competentes del IDU insistieron en que la obra debía adelantarse conforme a los diseños (esto es, sin drenajes). El constructor, por su parte, sugirió aumentar la resistencia del relleno fluido que se utilizaría. A ninguno de esos comités asistió ANDRÉS CAMARGO ARDILA. Sin embargo, él recibía información acerca de la obra por varios canales, por ejemplo, las reuniones de la Junta Directiva que se llevaban a cabo por lo menos una vez al mes y la comunicación permanente que sostenía con el Subdirector del IDU Carlos Alberto Torres Escallón, persona que sí asistía a los comités técnicos y le informaba a su superior acerca de los aspectos presupuestales y cronológicos de los trabajos.

El 24 de noviembre de 2000, la interventoría elaboró un oficio enviado al constructor, en el que insistió, con base en los estudios adelantados por los expertos en pavimentos, en que debía emplearse un relleno fluido con superior resistencia a la indicada en el pliego de condiciones. El Director Técnico de Construcciones, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, que al tenor de la Resolución 0959 de 13 de septiembre de 1999 suscrita por ANDRÉS CAMARGO ARDILA tenía la obligación de consultar con sus superiores las decisiones relacionadas con la modificación de las

condiciones contractuales, rechazó la solicitud de cambio de material, tras aducir que ello crearía mayores costos al contrato. En la obra, en consecuencia, fue utilizado relleno fluido de 30 kg/cm². Esto ocasionó daños graves y prematuros en el pavimento de rehabilitación de la calzada, que fueron estimados por el Tribunal Superior de Bogotá en \$108.622.563.622.

ANDRÉS CAMARGO ARDILA dejó de ser Director del IDU el 14 de enero de 2001. Lo sucedió María Isabel Patiño Osorio. El 15 de febrero de 2001, la empresa constructora y la interventoría presentaron ante el IDU una petición conjunta en la cual reclamaron que se respetaran los diseños originales en lo que respecta a la calidad del relleno fluido (es decir, que se usara de 60 kg/cm² y no de 30 kg/cm²), así como pusieron de presente la necesidad de realizar diseños de drenajes para la rehabilitación de la vía. En respuesta a dicha solicitud, la directora María Isabel Patiño Osorio firmó el contrato adicional de 21 de febrero de 2001, por medio del cual dispuso la utilización del relleno en el nivel de resistencia previsto por los diseños originales de SD&G (60 kg/cm²), al igual que la realización de las obras de drenaje necesarias para la adecuada implementación del proyecto.

III. ACTUACIONES PROCESALES

Teniendo en cuenta que la sentencia de casación solo analizó la situación jurídica del señor ANDRÉS CAMARGO ARDILA, se hará únicamente alusión a las actuaciones procesales del condenado.

1. La Fiscalía Especializada en Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía General de la Nación abrió investigación penal, vinculando mediante indagatoria, al señor ANDRES CAMARGO ARDILA.

2. Cerrada la investigación se acusó al señor CAMARGO ARDILA como autor de los delitos de *peculado culposo y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales*, de conformidad con lo previsto en los artículos 137 y 146 del Decreto Ley 100 de 1980, anterior Código Penal, modificados por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980; el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 32 de la Ley 190 de 1995.

La imputación contra ANDRÉS CAMARGO ARDILA, en lo que al delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* se refiere, consistió en lo siguiente:

(i) Tramitar el contrato 403 de 2000 desconociendo los principios de responsabilidad, planeación y legalidad, puesto que «*no debió iniciar un proceso de licitación con unos estudios de diseños no concluidos*».

(ii) Permitir que el pliego de condiciones que sirvió como fundamento del contrato estipulara «*una resistencia inferior del relleno fluido a la contemplada por el diseñador, apartándose de los diseños elaborados por la firma SD&G*».

Lo anterior, bajo el entendido de tener, «*en su calidad de Director del IDU y como ingeniero civil, la necesidad de estudiar con seriedad y ponderación los estudios presentados por la firma SD&G*». Y lo hizo, además, con el fin de «*favorecer los*

intereses de [ASOCRETO], la cual reúne a las firmas [...] que vendieron el producto denominado relleno fluido al constructor».

3. Apelada dicha resolución por la defensa de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante providencia de 11 de diciembre de 2006, decidió confirmar la calificación.

Para la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, la conducta objeto de reproche se circunscribió a *«cambiar los diseños que había elaborado la firma SD&G y utilizar un material no previsto sino recomendado e incluido con posterioridad».*

En cuanto a ANDRÉS CAMARGO ARDILA, manifestó lo siguiente:

(i) «Permitió la ejecución del contrato en franca oposición a lo recomendado por el diseñador».

(ii) Utilizó «diseños incompletos», desconociendo «los principios de planeación, legalidad y responsabilidad».

(iii) «Autorizó modificaciones al diseño original del constructor, sin justificación alguna».

Y *(iv) «[c]onocía la inexistencia de diseños definitivos, requisito de obligatorio cumplimiento para abrir licitaciones, suscribir el contrato y ejecutar obras del objeto contractual»¹*; todo con la intención de favorecer los intereses de ASOCRETO.

Esta resolución quedó en firme el 2 de abril de 2007.

4. Correspondió la etapa siguiente al Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, pero debido a medidas de depuración adoptadas por la Sala Administrativa

¹ *Ibidem.*

del Consejo Superior de la Judicatura, la actuación procesal fue remitida al Juzgado Cuarenta y Cinco Penal de esta misma ciudad y, luego al respectivo Juzgado de Descongestión creado para tal efecto, Despacho que al emitir fallo el 10 de octubre de 2012 dispuso:

4.1. Condenar a ANDRÉS CAMARGO ARDILA como autor de los delitos de *peculado culposo* y *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* a ochenta y cinco (85) meses de prisión y sesenta y cinco coma cinco (65,5) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

4.4. Condenar al sentenciado a la inhabilidad intemporal para ejercer derechos y funciones públicas y para celebrar contratos con el Estado prevista en la Carta Política.

4.5. No concederle la suspensión condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad ni la prisión domiciliaria.

4.6. Y, por último, no condenar en perjuicios, dado que los reclamantes iniciaron acciones ante otras jurisdicciones.

Según el *a quo*, como ANDRÉS CAMARGO ARDILA «*tenía que dirigir, coordinar y controlar las decisiones técnicas de los proyectos del Instituto, [...] resulta claro que no puede excudarse [sic] su compromiso penal en que tenía el IDU demasiados contratos, o en que estas funciones fueron encomendadas en el manual de funciones a otros funcionarios*».

5. Apelado el fallo por la defensa de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, al igual que por el Fiscal, el Ministerio Público, el abogado del IDU y el actor popular, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 30 de agosto de 2013, decidió:

5.1. Declarar desierta la apelación del actor popular.

5.3. Decretar la extinción y la consecuente cesación del procedimiento por

prescripción de la acción penal en relación con la conducta punible de *peculado culposo* seguida contra ANDRÉS CAMARGO ARDILA.

5.4. Disminuirle a ANDRÉS CAMARGO ARDILA a sesenta (60) meses de prisión y a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa la pena como autores responsables de la conducta punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

5.5. Revocar parcialmente la sentencia en lo relativo a los perjuicios y, en su lugar, condenar a ANDRÉS CAMARGO ARDILA y otros, por los daños ocasionados con la realización de la conducta punible, al pago solidario de \$108.622'563.622 a favor del IDU.

5.6. Confirmar el fallo impugnado en todo lo demás que no fue objeto de modificación.

De conformidad con el *ad quem*, **(i)** «funcionalmente era responsabilidad de ANDRÉS CAMARGO ARDILA estar atento a los trámites que se adelantaban en los contratos a cargo del IDU, sin que haya lugar a esgrimir como argumento defensivo que la multiplicidad de contratos en los que el instituto era parte le hacía imposible direccionarlos y supervisarlos en debida forma»²; **(ii)** «permitió que se celebrara la licitación con diseños insuficientes»³; **(iii)** «avaló la implementación del relleno fluido en 30 kg/cm²»⁴; y **(iv)** «tuvo conocimiento [...] de la inobservancia de los requisitos legales al momento de ofrecer la licitación con un pliego de condiciones que no se ajustaba a los diseños contratados con SD&G»⁵;

6. Contra la sentencia del Tribunal, el apoderado de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, interpuso, a la vez que sustentó recurso de casación.

² Folio 164 del cuaderno II del Tribunal.

³ Folio 167 ibídem.

⁴ Folio 173 ibídem.

⁵ Folio 180 ibídem.

7. La Sala, en la providencia CSJ AP3505, 25 jun. 2014, rad. 42930, dispuso no admitir las demandas de casación, dado que no reunían los requisitos de lógica y argumentación exigidos de vieja data por la jurisprudencia.

Así mismo, ordenó remitir copias a fin de *«determinar si hay mérito para investigar disciplinaria o penalmente a los servidores judiciales que se establezca, tuvieron responsabilidad en el extravío parcial de las diligencias»*⁶.

8. La Corte Constitucional, en fallo CC SU-635/15 de 7 de octubre del año pasado, dispuso por mayoría (en decisión con cuatro -4- salvamentos y cuatro -4- aclaraciones de voto) lo siguiente:

8.1. Conceder la acción de tutela que presentó ANDRÉS CAMARGO ARDILA contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

8.2. Revocar *«exclusivamente en lo que corresponde al señor ANDRÉS CAMARGO ARDILA»*⁷ el auto CSJ AP3505, 25 jun. 2014, rad. 42930.

8.3. Ordenar a la Sala de Casación Penal *«que admita la demanda de casación interpuesta por el abogado del señor ANDRÉS CAMARGO ARDILA»*⁸.

8.4. Y habilitar *«los términos de prescripción de la acción penal con respecto al señor ANDRÉS CAMARGO ARDILA para que se sigan contabilizando desde el momento en que sea notificada esta decisión a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia»*⁹.

9. El 26 de octubre de 2015, la Secretaría de la Sala Penal recibió las diligencias

⁶ Folio 174 del cuaderno I de la Corte.

⁷ Reverso del folio 287 ibídem.

⁸ Ibídem.

⁹ Ibídem.

provenientes del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá. Este despacho, en decisión de 23 de octubre, había ordenado la libertad de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, tras aducir que el fallo de segunda instancia del Tribunal *«ha perdido “ejecutoria y firmeza” en razón a la revocatoria que sobre la inadmisión de la demanda de casación ha realizado la Corte Constitucional en sede revisión de tutela en proveído del pasado 7 de octubre de 2015»*¹⁰.

10. El 24 de noviembre de 2015, una vez obtenida toda la actuación original, se declaró *«formalmente ajustada a derecho la demanda de casación presentada por el defensor de ANDRÉS CAMARGO ARDILA que no fuera admitida en el auto de 25 de junio de 2014»*¹¹. Y, al día siguiente, se precisó que la Corte Constitucional, en el fallo CC SU-635/15, *«como efecto propio de (o inherente a) su decisión, rompió la unidad del proceso»*¹² en lo que atañe de manera exclusiva a la situación jurídica de dicho procesado.

¹⁰ Folio 211 ibídem.

¹¹ Folio 333 ibídem.

¹² Folio 1 del cuaderno II de la Corte.

IV. DIALOGOS ENTRE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y DEMANDANTE.

De acuerdo al problema jurídico planteado por el abogado del señor CAMARGO ARDILA, la Corte hace un análisis sobre cada uno de los cargos propuestos y expone otras apreciaciones de fondo acerca de las controversias planteadas y que no permitieron adoptar el criterio propuesto por el Procurador Delegado.

Frente al cargo más importante propuesto, la Sala Penal del máximo Tribunal realiza un estudio inmerso en las obligaciones que tenía el señor ANDRES CAMARGO ARDILA por la sola condición de Director General del IDU y las que eran propias del cargo, esto es, la obligación de “*dirigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del IDU*” establecidas dentro del manual de funciones.

Para la Corte no es acertado escudar la responsabilidad del condenado argumentando el *principio de confianza legítima y buena fe*. Toda vez que, su obligación no era validar los vistos buenos y proceder a firmar mecánicamente los contratos, sino por el contrario tiene la responsabilidad de verificar las actividades funcionales delegadas a sus subalternos y, más aún, cuando, les impuso el deber de informar a los superiores las actuaciones y además no delegó el acto de firmar los contratos ni la ordenación del gasto.

Adicionalmente, resaltó que dentro de la función de coordinar – principio de coordinación administrativa- se encuentra la delegación, por ende, quien delega siempre responde por dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilar, controlar y orientar al delegatario, frente a la función delegada. Aunado a ello, el deber *ineludible de observar, estudiar, examinar y controlar la verificación de los requisitos legales esenciales de que demanda la observancia de los principios de planeación y responsabilidad*. Asimismo, resalta que frente a las obligaciones de controlar y dirigir supuestos técnicos es cumplir con los principios de

responsabilidad, planeación y legalidad de la contratación. En ese sentido, cuando el Director tramitó y celebró el contrato de obra sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales vulneró los principios de la contratación antes señalados. Concluyendo, que le correspondía verificar la corrección de las tareas realizadas por los demás funcionarios que él había asignado y constatar que cumplía con los requisitos mínimos por la ley, al omitir esa obligación de no adoptar los correctivos oportunamente, dadas sus facultades de dirección, coordinación y control, asumió el resultado típico de la *omisión voluntaria y consciente*. Toda vez que, no requería de mayores esfuerzos para percatarse de las irregularidades y aun así no lo impidió, por el contrario, abrió la licitación, modificó el pliego de condiciones mediante adenda y firmó el contrato causando una incidencia notoria en la situación presupuestal del IDU. Lo anterior, por incumplir *intencionalmente* sus deberes funcionales.

Para la máxima Sala de colegiados, quedo claro que la posición del Tribunal Superior del Distrito Capital, como el Juez de primer grado, dieron credibilidad a los testimonios que sostenían que los daños eran insuficientes y con ellos pudo concluir el Tribunal que *los diseños presentados por SD&G carecían de idoneidad para iniciar la obra*. Por otro lado, en referencia a la eliminación mediante adenda de la palabra complementar, para la Corte no es relevante en el entendido de que la misma no fue objeto de imputación fáctica dentro de la resolución de acusación. Pero aún más allá de la interpretación que se le puede dar a dicho actuación, *si comporta en un inicio del elemento cognitivo del dolo en cabeza del procesado acerca de los aspectos técnicos del proyecto*.

Con relación al cambio de resistencia del relleno fluido, si es una atribución objetiva que para el análisis de la Corte los argumentos propuestos por el defensor de ninguna manera desvirtúan la verdad del enunciado fáctico ateniendo a la variación en el pliego de condiciones con relación al relleno fluido de 60 kg/cm² a 30 kg/cm². Por el contrario, afirma que no encontró error alguno en las afirmaciones del Tribunal de segunda instancia, toda vez que el material modificado en curso del proceso de licitación, *no era apto para ser utilizado como*

base para pavimentos rígidos sometidos al alto tráfico vehicular, lo que aunado a la ausencia de adecuado sistema de drenaje confluyeron en los daños ocasionados.

Frente al conocimiento de la situación típica del señor CAMARGO ARDILA, la Sala Penal, desestimó los argumentos presentados por el togado aduciendo que de los testimonios valorados en la sentencia de segunda instancia quedó claro que, el Director General del IDU *no fue ajeno a la labor asignada a sus subalternos respecto de los hechos de este proceso penal*, pues conoció de manera contante los costos, calidad (de 60 a 30 kg/cm²) y el área en el que debía utilizarse, todo esto, a través de sus subalternos. Pues esto, debía ser contemplado en la Junta Directiva a la cual pertenecía el condenado.

Ahora, sobre el interrogante de *¿tuvo ANDRÉS CAMARGO ARDILA la intención de favorecer los intereses de ASOCRETO?*, indica la Corte que con relación a los pronunciamientos de vieja data se ha señalado que el ingrediente subjetivo se extrae de la misma realización objetiva del tipo, esto es, *de los actos que condujeron a la vulneración de los principios de la contratación administrativa*. Esto se trata del principio de legalidad de la contratación, *cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente este tipo penal*, así el resultado favorezca a la administración y genere desventajas para el contratista. A demás resalta la Corte de cierre que, *licitar para el contrato con diseños ambiguos e incompletos y permitir el cambio de calidad en el relleno fluido con afectación de los principios de responsabilidad, legal y planeación (...) lleva inmerso un favorecimiento al firmarse en convenio para el contratista en esas condiciones*. Asegundando que, con esto se ocasionó un detrimento al erario público como consecuencia de la calidad de la obra y presupuesto, cuando se actuó de manera voluntaria y consciente se materializan la tipicidad subjetiva de la conducta por la cual se condenó al inculpatado.

En relación a la condena en perjuicio tasada por el Tribunal de segunda, por medio del cual revocó la sentencia de Ad Quo, para la Sala Penal se encuentra

ajustada a derecho y contrario a los argumentos esbozados por el demandante no se desconoció garantía judicial alguna al considerar que los argumentos propuestos a la parte civil y no las del Juez de primera instancia se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico. Estos argumentos, los soporta la Corte cuando indica que la sentencia de primera línea fue apelada no solo por el apoderado del señor ANDRÉS CAMARGO ARDILA, sino por las demás partes de mismo proceso como lo fueron los demás condenados, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público y el IDU como parte civil, situación jurídica que le permitió al Ad Quem analizar toda la sentencia y pronunciarse sobre otras categorías como tipicidad, antijurídica y culpabilidad. Es ese sentido, el grupo colegiados del Tribunal Superior se manifestó sobre los aspectos impugnados, especialmente sobre la solicitud debatida por la parte civil referente a *la falta de condena y perjuicios que pidió al Tribunal revocar la decisión acatada [...] así como reparar el daño que producto de los ilícitos han generado a la administración pública en detrimento de sus arcas*”.

Del mismo modo, para el máximo Tribunal la decisión de condenar en costas al señor CAMARGO ARDILA, se encontró válidamente sustentada en el fallo de segunda instancia. Añadió que, la imputación de la conducta de peculado culposo como la de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, eran en materia de perjuicios, susceptibles de idéntico pronunciamiento condenatorio con la diferencia que el primero tenía un resultado material o exterior y el segundo un tipo valorativo, referente a los principios de la contratación estatal a las cuales era posible atribuirle la misma consecuencia jurídica en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Por otro lado, la Corte aborda la materialidad de los hechos punibles investigados (imputación al tipo objetivo) y lo relativo al conocimiento que de estos tenía ANDRÉS CAMARGO (tipicidad subjetiva).

Con relación al tipo objetivo se resaltan dos elementos importantes a saber (i) *tramitó el contrato de obra 403 de 2000 sin contar con diseños completos,*

*claros y suficientes y (ii) permitió que en el pliego de condiciones se modificara la calidad de resistencia del relleno fluido (de 60 kg/cm² a 30 kg/cm²) que sería utilizado en la construcción. Con relación al primero la Sala Penal no solo tuvo en cuenta los argumentos esgrimidos por Ad Quem, sino que también resaltó lo indicado por otros testigos expertos para concluir que el contrato carecía de las características mínimas requeridas para tal efecto y *las pruebas recaudadas demuestran sin lugar a duda que la licitación fue celebrada y el contrato tramitado con base en insumos insuficientes, inidóneos e incompletos.**

Frente al segundo elemento se tiene que, la improvisación, los desaciertos y los errores no fue imposibles de advertir. Confrontando el contenido de los estudios con el pliego de condiciones se evidenciaban las modificaciones sustanciales, que por lo demás ostentaban un significado económico para presupuesto del contrato y de la entidad. Estas operaciones de contrastación no le demandaban al acusado ANDRÉS CAMARGO ARDILA conocimientos técnicos especializados. La simple comparación ponía al descubierto la gran diferencia entre el pliego de condiciones y los estudios originales, con la cual no era viable adelantar la licitación: tenía que resolver el problema de identidad de materia y de presupuesto que presentaban antes de adoptar esa decisión o de firmar el contrato.

De la imputación de tipo subjetivo, es relevante para la Corte que el conocimiento por parte del procesado de lo ocurrido en el trámite y la firma del contrato, que permite dar por establecido que su conducta fue consciente y voluntaria, que no fue ajeno ni ignoraba lo que ocurría y hacían sus subalternos, se deriva del siguientes registros probatorio, que da cuenta acerca de la comunicación e interrelación ente el Director General y los Funcionarios del IDU, y que se evidencia la especifica entrega de información sobre el proyecto de transmilenio.

V) NOCIONES GENERALES

a) Definición de Bien jurídico.

Se trata de un concepto acuñado desde 1834 por al menos dos de los más importantes tratadistas en materia penal, Birbaum y Binding. En tal virtud, para poder establecer que es un bien *jurídico* colectivo, es preciso proponer anticipadamente el concepto general de *bien jurídico*. En tal sentido diremos, como lo enseña la doctrina, que *“bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable solo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.”*¹³ En tal sentido, es bien sabido que todo delito protege un determinado objeto, ese objeto es de carácter jurídico y, como enseña la doctrina *“Por objeto jurídico se entiende el bien protegido por el derecho y que precisamente por esa razón, se denomina bien jurídico, es decir, el quid que la norma, con la amenaza de la sanción, trata de proteger contra posibles agresiones.”*¹⁴

De otro lado, sostiene la doctrina alemana que: *“Todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso de la pena pública.”*¹⁵

Ahora bien, sabiendo que los anteriores tratadistas plantearon sus posturas desde hace ya buenos años, se quiere recoger brevemente el planteamiento un tanto reciente del profesor español, Tomas S. Vives Antón, quien en su obra Fundamentos del Sistema Penal, al referirse al concepto de Bien Jurídico sostiene: *“El concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la*

¹³ ROXIN Claus, DERECHO PENAL, Parte General, Tomo I. Pág. 63. Edit. Civitas 1997.

¹⁴ ANTOLISEI Francesco, MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, Pág. 123. Edit. Temis, 1998.

¹⁵ JESCHECK Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal, Parte General. 5ª Edición, Pág. 7, Edit. Comares S.L, 2002.

dogmática penal, pues todo en él se discute: desde su condición intra o extra normativa hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad de servir de límites a los posibles excesos del legislador. [...] En consecuencia, se afirma que <<la configuración del orden que ha de proteger el Derecho Penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes. La suma de todos los bienes jurídicos no forma ‘el orden social’ sino que constituye sólo un sector de éste que, además, sólo se puede caracterizar si es que se conocen los límites del orden social. Sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en un bien jurídico, y el interés público no siempre se refiere solo a la conservación de bienes>>”¹⁶ (Subrayas nuestras)

En consecuencia, sin ánimo de pretender interpretar a quienes por décadas han enseñado esta materia, se puede advertir que el concepto de Bien Jurídico recoge básicamente la definición de ámbito de protección a un “interés”, “objeto” o “bien” que la sociedad individualmente concebida, así mismo como el conglomerado social que surge a partir de la teoría del Contrato Social, exige para el normal y correcto desarrollo de sus derechos fundamentales. El bien jurídico es entonces la fuente de interpretación de los tipos penales como conductas legalmente reprochables.

En ese sentido, véase lo dicho por Carlos Mario Molina Arrubla quien dijo: *“el bien jurídico no es más que un valor social que, por su trascendencia y significado para la pervivencia del grupo social, en cuanto, el legislador ha considerado necesario proteger con la norma jurídica.”*¹⁷

Esos bienes jurídicos, lo ha dicho la literatura, pueden clasificarse en bienes jurídicos de carácter individual, que son aquellos que protegen objetos o intereses que no superan la esfera personal –individual- del ciudadano y bienes jurídicos

¹⁶ VIVES Antón, Tomás S, Fundamentos del Sistema Penal, 2ª Edición, Pág. 799, Edit. Tirant Lo Blanch, 2014.

¹⁷ MOLINA Carlos Mario, Delitos Contra la Administración Pública, Cuarta Edición, primera reimposición, Pág. 17, Edit. Leyer Ltda. 2005.

colectivos o universales. A continuación, entraremos a explicar en qué consisten estos últimos:

b) Bienes Jurídicos Colectivos

Como acabamos de decir, los bienes jurídicos protegen un determinado objeto que reviste interés para los ciudadanos, sea que se conciban como sujetos individuales o porque se les considere como un ente social que, al sumarse todos esos intereses individuales, terminan por exhibir un interés común o colectivo.

“Existen bienes jurídicos del particular (bienes jurídicos individuales) (por ej., la vida la libertad y la propiedad), dentro de los cuales constituyen un subgrupo los bienes jurídicos altamente personales (por ej., la integridad corporal, el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (por ej., la protección de secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario, la autenticidad de la moneda).¹⁸

De otro lado, pero en el mismo sentido, encontramos que *“por regla general el injusto penal se presenta como una afección de bienes jurídicos, es decir, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (p. ej. de la vida, la integridad corporal, el patrimonio **o también un bien jurídico de la generalidad como la moneda o la administración de justicia**)”¹⁹*(Negrilla nuestra)

En un tono mucho más específico en la materia de Bienes Jurídicos Colectivos, encontramos que: *“Dentro de los bienes jurídicos protegidos son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas. **A aquellos que sirven a los intereses de muchas personas –de la generalidad- los denominaremos bienes jurídicos***

¹⁸ JESCHECK Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. 1, Pág. 353, Edit. Bosch, 1981.

¹⁹ ROXIN Claus, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Pág. 91, Edit. Grijley

colectivos o universales.²⁰(Negrillas y subrayas nuestras). En ese mismo sentido, el profesor alemán enseña un método para establecer cuando se está frente a un bien colectivo mediante el uso de herramientas que él denomina “*no exclusión en el uso*”, “*no rivalidad en el consumo*” y la “*no distributividad*”; la primera hace alusión a que se está frente a un bien colectivo pues “*nadie puede ser excluido de su uso*”. Siguiendo tenemos que se sabe que está frente a este tipo de bienes universales pues el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impide que otro individuo lo pueda usar o disfrutar. Y finalmente, se dice que “*un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir este bien en partes y asignar una porción de este aun individuo*”. Finalmente, el mismo profesor enseña que: “*Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada uno de los miembros de la sociedad...*”²¹

Nótese pues que el tratadista germánico ofrece unas pautas a partir de las cuales se puede, en nuestro entorno y para lo que nos ocupa en este estudio, entender cuáles son los bienes jurídicos que protege nuestro código penal colombiano a través de los tipos penales diseñados por el legislador y poder establecer cuáles de ellos se consideran colectivos o universales.

c) Definición y/o conceptos de “Administración Pública”.

En la Constitución Política se encuentra descrito dentro del capítulo V - De la Función Pública, un pequeño referente a la “Administración Pública”, el cual establece que:

“ARTICULO 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,*

²⁰ HEFENDEHL Roland, ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. (Artículo tomado de “Anales de Derecho – Universidad de Murcia. Núm. 19, 2001, Págs. 147 – 158)

²¹ Ib. Ídem.

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.”

Concepto que se ha sido desarrollando por la jurisprudencia y la doctrina a lo largo de la historia jurídica en Colombia.

En ese orden se tiene que, *“el concepto de “Administración Pública” aparece de manera transversal a todos los poderes públicos, habida cuenta que no sólo el ejecutivo realiza tareas puramente administrativas, sino que también lo hace el Legislativo y el Judicial.”*²²

Por otro lado el profesor MOLINA es acertado en señalar *“que una interpretación literal del concepto de Administración Pública, podría llevar a equívocos y confusiones, como que el nombre mismo del título daría a entender que éste sólo solo se ocupa de las acciones realizadas dentro de lo que suele llamarse la rama administrativa o ejecutiva, cuando en verdad los tipos penales aquí previstos se refieren a cualquiera de las ramas del poder público, entendiéndose que, efectivamente, algunas de las conductas descritas en este título, por ejemplo el peculado, la concusión o el cohecho – por citar algunos eventos-, pueden ser realizados por personas que pertenezcan indistintamente a las ramas ejecutivas y jurisprudencial, e incluso, a la legislativa.”*²³ Incluso señala que puede llegar hasta los *–medios de control-*.

²² GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, Delitos contra la administración pública, tercera edición, pág 52. (argumento igualmente sustenta por Libardo Rodríguez R en su libro Derecho administrativo General y colombiano pag. 22)

²³ MOLINA ARRUBLA, Carlos, Delitos Contra La Administración Pública, cuarta edición, primera impresión, Pág. 18. Editorial Leyer

No obstante lo anterior, gracias a la elaboración de códigos como el de 1936 hasta la fecha, ya se puede hacer referencia al concepto de Administración Pública, tal como el que ofrece “BERNAL PINZON, para quien, la expresión *administración pública utilizada por el legislador, debe entenderse como “el conjunto de funciones ejercidas por los varios órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad”*.²⁴” Por ende, a modo de conclusión se indica que este concepto “*hace referencia a las diversas ramas del Poder Público, de una parte; y que cuando se habla de la Administración Pública no solo nos referimos a los órganos de la Administración, sino también a la función administrativa.*”²⁵

En ese sentido, queda claro que a la luz de la doctrina y la jurisprudencia la Administración Pública debe entenderse como todos los órganos que ejercen funciones administrativas y no como competencia exclusiva del ejecutivo o rama administrativo. Esto, entendiendo que en todas las ramas del poder (legislativa, ejecutiva y judicial) ejercen actividades desconcentradas, delegadas y descentralizadas a través de los organismos públicos, que pueden ser unipersonales o colegiados, para cumplir los fines del Estado de conformidad con las asignaciones judiciales²⁶.

Lo anterior, se sostiene de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Constitución Política. Toda vez que, todas las ramas del poder público “*tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de sus fines*” (subraya nuestras)

En concordancia con lo antes mencionada frente al artículo 209 de la Constitución Política, tenemos que la función administrativa se desarrolla con

²⁴ MOLINA ARRUBLA, Carlos, Delitos Contra La Administración Pública, cuarta edición, primera impresión, Pág. 20. Editorial Leyer

²⁵ MOLINA ARRUBLA, Carlos, Delitos Contra La Administración Pública, cuarta edición, primera impresión, Pág. 22. Editorial Leyer

²⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos, Delitos Contra La Administración Pública, cuarta edición, primera impresión, Pág. 21. Editorial Leyer

fundamento a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, económica, celeridad, imparcialidad y publicidad, que del buen uso que hagan los funcionarios se desprende las buenas costumbres de la Administración²⁷. Ahora, el quebrantamiento de los mencionados principios acarrea consigo la vulneración del bien jurídico tutelado de la Administración Pública, el cual pueden ser sancionados según el Título III Delitos contra la administración pública del Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980).

²⁷ Sentencia de la corte suprema de justicia, sala de casación 13922, 19 de mayo de 1999. M.P. Jorge Anibal González Gallego.

VI. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES.

A. ELEMENTOS OBJETIVOS.

I. SUJETO ACTIVO.

Lo primero que ha de señalarse es que del estudio del aspecto objetivo del tipo se tiene que el sujeto activo es cualificado y singular, por lo que requiere de una característica especial como es que el servidor público (*empleado oficial según el Decreto Ley 100 de 1980*) que dentro de sus funciones deba intervenir en el trámite, celebración y liquidación de un contrato estatal²⁸ para que se materialice la conducta típica, sin olvidar que eventualmente pueden ser sujetos activos del delito los contratistas, interventores, consultores y asesores al considerar que son particulares que ejercen funciones públicas²⁹.

Por otra parte, este delito admite la coparticipación para la determinación, complicidad y coautoría en caso de concurrencia plural de la condición *intra neus*³⁰.

II. SUJETO PASIVO.

Por otro lado, se tiene que el sujeto pasivo es Estado, representado por la administración pública, quien finalmente soporta la ofensa u agresión³¹ de quien ejerce el comportamiento delictual.

²⁸ PABÓN PARRA Pedro Alfonso, Código Penal Esquemático, Pág. 414, Edit. Doctrina y Ley. 2006.

²⁹ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, Delitos contra la administración pública, tercera edición, pág 402.

³⁰ PABÓN PARRA Pedro Alfonso, Código Penal Esquemático, Pág. 414, Edit. Doctrina y Ley. 2006.

³¹ MOLINA ARRUBLA, Carlos, Delitos Contra La Administración Pública, cuarta edición, primera impresión, Pág. 336. Editorial Leyer.

III. CONDUCTA: VERBOS RECTORES.

El verbo rector que comporta el delito es determinado, compuesto y alternativo debido a que se debe tramitar, celebrar o liquidar contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, que además tiene elementos descriptivos debido a que la ejecución de la conducta debe darse en ejercicio de las funciones públicas que ejerza la persona.

No obstante lo anterior, al momento de los hechos la legislación aplicable al imputado se determinó de conformidad con lo establecido en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, el cual tenía inmerso dentro de la tipicidad del delito la descripción taxativa del verbo denominado *provecho* para sí, para el contratista o un tercero, verbo que ha sido eliminado con la reforma que se realizó a través del Decreto 141 de 1980 y más adelante con el Código Penal del 2000, aduciendo Gómez Méndez y Gómez Pavajeau que “[s]e introduce una muy importante variante, en cuanto se elimina el ingrediente subjetivo del tipo penal que decía: “con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”. Por lo tanto en el nuevo Código Penal bastará con tramitar, celebrar o liquidar un contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales para incurrir en la conducta sancionada penalmente; ya no se requerirá probar el ingrediente subjetivo, esto es, el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero.”³²

Así mismo Corredor señala que “cuando se hizo referencia a que los requisitos que el servidor público debía permitir en el adelantamiento del trámite, celebración o liquidación del contrato debían ser los tenidos como “esenciales”³³,

³² GÓMEZ MÉNDEZ Alfonso, GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, Delitos contra la administración pública, tercera edición, Págs. 401 y 402

³³ CORREDOR BELTRÁN, Diego, Lesiones de Derecho Penal – Parte Especial, Artículo “Celebración indebida de contratos”, Segunda edición, Publicado por la U. Externado de Colombia, Pág. 340.

MOLINA ARRUBLA, Carlos, Delitos Contra La Administración Pública, cuarta edición, primera impresión, Pág. 18. Editorial Leyer

pues ya no es necesario que la conducta este estrictamente ligada al verbo “provecho ilícito”, ya que para autores como MOLINA ARRUBLA *“ya no es necesario que todo este arquetipo comportamental se cumpla con esa especial intencionalidad de ánimo, sino que basta la mera omisión objetiva de los tales requisitos especiales, para que la conducta pueda reputarse como típica”*

De lo anterior, puede concluirse entonces que la modificación realizada por el legislador trajo consigo problemas interpretativos debido a los vacíos normativos, pues como bien lo dicen tratadistas como MOLINA, GOMEZ – GOMEZ, ARBOLEDA – RUIZ y CORREDOR, es un ***tipo penal en blanco***.

Una vez identificado que el delito objeto de análisis trata de un tipo penal en blanco, es necesario determinar los elementos esenciales del contrato estatal. No obstante, es importante precisar el concepto que sobre esta tipología ha manejado la Corte Suprema de Justicia al respecto:

De acuerdo con el artículo 410 del Código Penal de 2000, el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se estructura cuando un servidor público, por razón del ejercicio de sus funciones, tramita, celebra o liquida un contrato sin observar los requisitos legales esenciales.

Por razón de sus funciones el servidor público tiene conocimiento que al celebrar un contrato estatal debe observar las exigencias legales esenciales establecidas en la norma vigente para la fecha de su celebración, o, de lo contrario, incurrirá en una conducta punible que lesiona la administración pública. La base constitucional de la responsabilidad penal se encuentra en los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta Política “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 (...)”.

Esa es la razón para que, en procura de determinar el contenido y alcance de los ingredientes del tipo, se realice una hermenéutica sistemática con los valores superiores, acorde con los principios que regulan la función pública y la contratación estatal previstos en los artículos 209 de la Constitución y 23 de la ley 80 de 1993.

En torno a dicha conducta, la jurisprudencia ha sostenido de manera uniforme que existen tres formas alternativas en su realización: (i) el incumplimiento de los requisitos legales sustanciales en la tramitación de los contratos, que cubre todos los pasos que la administración debe observar hasta su celebración; (ii) la falta de verificación de la presencia de los presupuestos previstos en la ley de contratación estatal para su perfeccionamiento, que incluye constatar los atinentes a la fase precontractual, y (iii) la inobservancia de los presupuestos relacionados con la liquidación³⁴.

5. Ahora bien, dado el reenvío normativo que hace el propio legislador respecto a los “requisitos legales esenciales” es claro que estamos frente a un tipo penal en blanco. De manera pues que, para integrar la norma, es preciso acudir a la disposición legal vigente en la que se establezcan tales requisitos³⁵.

d) El contrato estatal

³⁴ Sentencia del 18 de diciembre de 2006 (radicado 19.392).

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. MAGISTRADO PONENTE, AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN. APROBADO ACTA N°. 138. Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009).

Para fortalecer los elementos de la contratación analizados en la sentencia objeto de estudio, es necesario remitirse a los conceptos básicos del contrato estatal. Para el efecto, iniciaremos con el régimen jurídico aplicable. Al respecto, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece para los contratos estatales, a excepción de materias expresamente reguladas por la referida ley, la aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles.

Posterior a la identificación del régimen jurídico aplicable a los contratos estatales, como primera medida debemos revisar su conexión con los contratos privados.

Para la determinación e identificación del contrato estatal, es necesario remitirse al concepto de contrato que instituye la Ley 80 de 1993 y el Código Civil. La primera considera que *“son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad³⁶”*, por su parte, el artículo 1495 del Código Civil establece una definición general de contrato, como *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”*.

En este sentido, ampliamente ha considerado la doctrina y la jurisprudencia que estos conceptos no son diferentes, y por el contrario presentan una conexión, específicamente, en ser generadores de obligaciones a partir de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, a pesar de tener estos elementos comunes, como primera diferencia se identifica en la composición de los extremos contractuales, caracterizándose el contrato estatal por requerir que un extremo contractual sea una entidad estatal.

³⁶ Artículo 32, Ley 80 de 1993.

Ahora bien, como criterios comunes se encuentran los elementos esenciales del contrato, los cuales se rigen por las disposiciones del Código Civil en su artículo 1502.

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

En este sentido, es ampliamente conocido que, nos encontramos frente a requisitos de existencia y validez del contrato, los llamados elementos esenciales, comoquiera que permiten que el contrato nazca y produzca efectos para las partes.

Los elementos esenciales que traen las disposiciones en materia civil son aplicables al contrato estatal, puesto que, como ya se dijo, existen concordancias y diferencias con el contrato privado. Para ello, el autor Jorge Eliecer Fandiño Gallo, precisó que si bien el estatuto de contratación no estableció en forma expresa los elementos de validez de los contratos estatales, en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 dispone que las normas civiles y comerciales le son aplicables, remitiendo necesariamente, entre otros, a criterios como los requisitos de existencia y validez de los contratos. En otras palabras, para caracterizar los elementos del contrato estatal se debe recurrir a las normas del derecho privado,

vinculando los elementos de los contratos estatales con los que corresponden al contrato civil³⁷.

En Sentencia del 16 de febrero de 1998, el Consejo de Estado, C.P. Julio Uribe Acosta, haciendo referencia a los requisitos de existencia o generación del acto jurídico del contrato estatal los enlistó así: a. sujetos, b. consentimiento, c. objeto, d. causa, e. finalidad y f. forma³⁸.

A continuación, se realizará una referencia puntual a los requisitos de existencia o generación del acto jurídico del contrato estatal desarrollado por el Consejo de Estado como sigue:

- a. Sujetos: Este requisito debe de revisarse en dos vías, la primera la constituye el estado como un extremo contractual y la otra conformada por un particular, excepto los contratos interadministrativos donde ambas partes son entidades estatales.

El artículo 1 en concordancia con el 32 de la Ley 80 de 1993 al definir el contrato estatal consideró que estos se caracterizan por ser actos jurídicos que celebran las entidades estatales. Así pues, estamos frente a un contrato estatal cuando una de las partes es el Estado, siendo este el extremo denominado Contratante.

Ahora bien, en lo referente al Contratista, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que *“pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los*

³⁷ Jorge Eliécer Fandiño Gallo. La Contratación Estatal. Editorial Leyer. Bogotá D.C.- Colombia. Pag 61

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 1998, C.P. Julio Uribe Acosta.

consorcios, uniones temporales, las personas jurídicas nacionales y extranjeras”

Adicionalmente, el estatuto de contratación establece que para poder contratar con el Estado es necesario, el cumplimiento de otros requisitos, tales como, que las personas jurídicas nacionales y extranjeras, acrediten que su duración no será inferior a la del contrato y un año más (Art. 6º. de la Ley 80 de 1.993); los contratistas que se enmarquen en las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la referida ley (artículo 8º y siguientes); y que esté inscrita en el registro único de proponentes a que se refiere el artículo 221 del Decreto 19 de 2012 (obligación que aplica respecto de todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal)³⁹

- b. Consentimiento: En lo que respecta al consentimiento de la Entidad Estatal, esta necesariamente se circunscribe a la competencia del órgano para contratar, la cual se encuentra determinada en el artículo 11 del estatuto de contratación según la clasificación que esta misma Ley da a las entidades estatales (nación, regiones, departamentos, municipios, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, entre otros) y a los servidores públicos (representantes legales y funcionarios de niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes a los cuales se delegue la celebración de contratos). Así las cosas, quien actúa en nombre de la Entidad Estatal debe contar con competencia para contratar pues ese consentimiento se refleja en las modalidades de contratación previstas en la

³⁹ Concepto Superintendencia de Sociedades, número 220-63007. Asunto: Quienes pueden contratar con Entidades Estatales.

Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011⁴⁰, comoquiera que a través de los procesos de selección objetiva, el Estado manifiesta su voluntad de obligarse considerando términos y condiciones que le permiten satisfacer una necesidad de contratación para el cumplimiento de sus fines esenciales, las cuales son aceptadas por el Contratista al momento de presentación de la oferta o de la suscripción del contrato cuando se refiere a la contratación directa, materializando así su consentimiento para obligarse libre de error, fuerza o dolo tal y como lo prevé el artículo 1508 del Código Civil.

En concordancia con lo anterior, debe de precisarse que en lo que respecta a la responsabilidad de los servidores públicos enunciados por el artículo 11 del referido estatuto, estos pueden celebrar contratos a través de personal de nivel directivo a los cuales se les delegue la ordenación del gasto, los cuales son facultados para obligar a la Entidad Estatal frente a terceros. No obstante, se identifica una problemática referente a la responsabilidad que le asiste al delegante respecto de las actuaciones surtidas por el delegatario en materia de contratación estatal. Al respecto, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, era posible aplicar el eximente de responsabilidad al delegante, siendo el llamado a responder por las actuaciones contractuales el delegatario. Sin embargo, el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, *“introdujo en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 un inciso estableciendo que los representantes legales no quedaran exonerados de responsabilidad derivada de su deber de control y vigilancia en la etapa precontractual y contractual”*⁴¹.

Ahora bien, atendiendo que para el caso del señor ANDRES CAMARGO, la defensa argumentó estar amparado en el eximente de responsabilidad que

⁴⁰ Jorge Eliécer Fandiño Gallo. La Contratación Estatal. Editorial Leyer. Bogotá D.C.- Colombia. Pag 68

⁴¹ Ernesto Matallana Camacho. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Cuarta Edición. Diciembre de 2015. Universidad Externado de Colombia. Pag 121.

se consideraba antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, es claro que, esta decantado por la Corte Suprema de Justicia que la delegación en materia de contratación pública no exime al representante legal del deber de controlar y vigilar las actuaciones desplegadas por sus subalternos, tanto así, que se probó la inexistencia de un acto de delegación, toda vez que el señor CAMARGO nunca se desligó de su calidad de ordenador del gasto, realizando un control del proceso contractual a través de los continuos informes que debían rendir los funcionarios que acompañaban el proceso de selección del contratista de obra. Máxime sí se demostró además, la firma del condenado en los documentos precontractuales y en el contrato de obra en sí.

- c. Objeto: Para este elemento de la esencia del contrato estatal, es claro que el objeto del contrato se circunscribe a satisfacer una necesidad de la Entidad, lo que se traduce en el cumplimiento no solo de los fines del estado sino de la colectividad en general⁴². Para tales efectos, un contrato estatal puede tener como objeto la prestación de bienes, obras o servicios que requieran para el cumplimiento de sus funciones misionales y que se traducen en obligaciones de dar, hacer o no hacer⁴³. No obstante, según el estatuto de contratación, el objeto no solo permite el cumplimiento de los fines del Estado, sino además, delimita la modalidad de contratación, en congruencia con criterios como el valor del contrato, pero que al final permiten la identificación de la selección del contratista a través de los contratos descritos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en la modalidad de selección de que trata el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

⁴² Ley 80 de 1993, Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

⁴³ Artículo 1517, Código Civil Colombiano.

- d. Causa: En términos de Jorge Eliecer Fandiño, en los contratos estatales, los extremos contractuales obran por una causa diferente. La causa de la Administración es el fin del interés público, y del contratista, es el lucro⁴⁴, lo cual se circunscribe a lo preceptuado por el artículo 1524 del Código Civil, en el sentido de que se exige como requisito de existencia la presencia de una causa real y lícita, traducida en el motivo que induce el acto o contrato. Sin embargo, para efectos del contrato estatal, como ya se mencionó, sus motivaciones se encuentran identificadas y circunscritas a lo preceptuado por el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.
- e. Finalidad: Para explicar la finalidad del contrato estatal, el ya citado autor Jorge Eliecer Fandiño, hace referencia al tratadista Miguel Bercaitz, según el cual, *“la finalidad como elemento del contrato administrativo, consiste en el fin último que se persigue con el, esto es, el interés público, que no es genérico, ya que varía de uno a otro contrato según el fin particular a que responde a cada uno, conforme a la ley. Este fin último está subordinado al régimen legal que condiciona el obrar de la Administración. Como señala FIORINI, no es el administrador el que establece los fines, sin el legislador... En tanto que la causa en el derecho administrativo es objetiva, la finalidad responde a un criterio subjetivo por su necesaria adecuación en cada caso a las necesidades colectivas y a las normas que consagran la competencia al órgano administrativo...”*

Entonces, los fines de la contratación estatal son los factores determinantes para justificar la causa y la finalidad del contrato, en este sentido, ambos factores constituyen el objeto y necesidad de la contratación, comoquiera que son necesarios y conexos al momento de conformar elementos de existencia del acto.

⁴⁴ Jorge Eliécer Fandiño Gallo. La Contratación Estatal. Editorial Leyer. Bogotá D.C.- Colombia. Pag 73

- f. Forma: En lo que respecta a la forma, el estatuto de contratación estableció en los artículos 39 y siguientes la forma y contenido del contrato estatal, considerando elementos como la exigencia de efectuarse por escrito, requisitos de perfeccionamiento, condiciones, cláusulas o estipulaciones necesarias que no contravengan la ley. Así las cosas, la forma del contrato estatal responde a las estipulaciones contenidas en la Ley 80 de 1993, previéndose adicionalmente la aplicación de normas civiles y comerciales en estos⁴⁵.

Por su parte, el artículo 1602 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, en concordancia con la libertad contractual complementada con la consensualidad del acuerdo de voluntades, la cual encuentra limitación en contratación pública por el interés público a través de las estipulaciones legales referentes a la forma de los contratos y las cláusulas excepcionales contenidas en el artículo 14 y siguientes del estatuto de contratación⁴⁶.

⁴⁵ Artículo 40, Ley 80 de 1993.

⁴⁶ Ernesto Matallana Camacho. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Cuarta Edición. Diciembre de 2015. Universidad Externado de Colombia. Pag 824

VII. ANÁLISIS DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA SENTENCIA

Una vez analizado los elementos esenciales de la contratación estatal y el tipo penal objeto de estudio, es de suma importancia realizar un estudio reflexivo frente a la sentencia adoptada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en contra de ANDRES CAMARGO ARDILA.

En ese sentido, se tiene entonces que la Sala Penal encontró ajustada a derecho la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior del Distrito puesto que, su fundamentación se basó en el material probatorio existente, sin encontrar que del análisis planteado existieran otros elementos o que los mismo se basaran en un falso juicio de existencia por omisión o falso juicio de identidad, que demuestre que existió vulneración alguna a las causales sustanciales establecidas por la vieja data para proceder a casar la sentencia impugnada por las partes.

Ahora, se puede concluir que efectivamente la decisión adoptada por la Sala Penal es acertada por los siguientes aspectos:

Como bien se dijo anteriormente, el señor CAMARGO ARDILA se le imputó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales establecido en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980. En concordancia con ello, el Tribunal del Distrito encontró culpable al señor CARMARGO ARDILA principalmente por haber faltado a sus deberes funcionales de controlar, dirigir y coordinar los aspectos técnicos de los contratos de obra del IDU. Por otro lado, las actividades que se desarrollaba como Gerente General no podían limitarse únicamente a escoger personal especializado para encargarse de las obligaciones que por ley y según Manual de funciones debía cumplir como máxima autoridad dentro de la Institución.

En ese mismo sentido, es preciso concluir que el condenado se apartó de los principios de la contratación pública, como lo es el principio de planeación, responsabilidad y legalidad. No obstante lo anterior, omitió darle cumplimiento al manual interno del IDU, como a las resoluciones que él había emitido, puesto que, no delegó la función que le asiste como ordenador del gasto ni de adelantar y aperturar el proceso contractual ni la suscripción del contrato respectivo.

Ahora, teniendo en cuenta lo antes narrado es importante preguntarse si ¿la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal debió analizar el concepto de posición de garante que tenía el señor ANDRÉS CAMARGO ARDILA como Director General del IDU?

Para poder entrar a discutir el interrogante planteado, es de suma importancia hacer un análisis de la figura dogmática de comisión por omisión en virtud a la posición de garante que, para nosotros ostentaba el señor ANDRES CAMARGO ARDILA.

Ahora, para poder abordar la discusión, queremos hacer una respetuosa ilustración general acerca de lo que se conoce como delitos de omisión impropia o de comisión por omisión. De este modo ha dicho la doctrina especializada comparada que:

“Sería un error decir que delitos de comisión son aquellos que se cometen haciendo y de omisión los que se cometen no haciendo. No es la forma física de la acción lo que caracteriza a uno y otro delito, sino la forma jurídica del precepto violado. Por ello es que existe una categoría intermedia de hechos, en la cual es necesario incluir aquellos hechos que, consistiendo en un resultado positivo, éste, sin embargo, no es imputable a un hacer sino a un omitir: son los delitos llamados de comisión por omisión. Estos delitos, como su nombre lo indica, son verdaderos delitos de comisión, pero a cuyo resultado es posible llegar absteniéndose u omitiendo.”⁴⁷

⁴⁷ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Pág. 283, Tomo I, 1953.

Dice el Maestro Francesco Carrara en su obra Programa de Derecho Criminal:

“Para tener el delito de pura inacción, es necesario suponer la ausencia de un hecho positivo culpable, al cual se concurra voluntariamente con la omisión de alguna cosa. Por lo tanto, el delito de pura inacción no puede concebirse sino en los casos en que otro tenga derecho a exigir la acción omitida, pues también los delitos de inacción están sometidos al principio fundamental de que no puede haber delito donde no haya derecho violado.”⁴⁸

Visto como ha quedado, es posible sancionar a un ciudadano cuando omite un deber y esa omisión se traduce en la directa afectación de un bien jurídico tutelado, lo que es lo mismo, cuando se abstiene de actuar y ese no hacer conlleva a un directo atentado a un derecho que ostenta otro. A esto se le ha conocido como delitos de comisión impropia o comisión por omisión. Sin embargo, estas conductas requieren algunas características que, en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, han sido descritas en la Ley penal a través de lo consagrado en los artículos 19, 20 y 21 del Decreto Ley 100 de 1980, así:

“ARTICULO 19. ACCION Y OMISION. *El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión.*

ARTICULO 20. TIEMPO DEL HECHO PUNIBLE. *El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el del resultado.*

La conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida.

ARTICULO 21. CAUSALIDAD. *Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión.*

⁴⁸ CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, Pág. 49, Tomo I, Parte General, 1988.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.”

De tal manera, encontramos que el legislador del 1980 consideró que podía sancionarse a una persona en cuya cabeza se ubicara el deber de impedir un resultado que atentara en contra de un bien jurídico tutelado. Para hablar de esta figura se dispusieron algunas características esenciales, a saber: la primera de ellas es que se trate de una conducta típica descrita en la Ley, que el agente tenga o haya tenido la posibilidad de evitar el daño. También se tiene que atender la condición de que el sujeto tenga el deber de proteger en concreto ese bien jurídico y que la fuente –para el caso que nos ocupa- tenga su origen en la constitución o en la ley.

De esta manera, se sabe que, los particulares solo son responsables por el desconocimiento o el actuar contrario a la constitución o la ley, por el contrario los servidores públicos lo son por la misma razón así como por omitir un deber que se les haya conferido (artículo 6º CN).

Nuevamente el legislador introduce un requisito esencial para la configuración de lo que se conoce como estricta tipicidad, para el caso de los delitos omisivos, se sabe que la definición expresa, clara e inequívoca debe tener su fuente formal en la constitución o en la ley. No se permiten por tanto deberes ambiguos, gaseosos, abstractos o genéricos, se hace necesario que aquel deber se encuentre concreto en la carta política y especialmente en norma que establezca sin espacio a interpretaciones que ese funcionario o servidor público (empleado oficial) ostenta tal condición.

Ahora bien, esta posibilidad de incurrir en responsabilidad penal a través del incumplimiento de un deber constitucional o legal, es también conocida por la doctrina y la jurisprudencia como POSICIÓN DE GARANTE.

“Este criterio supone en el agente –en relación con conglomerado social donde desenvuelve su vida- una especial relación con el bien jurídico como

la del cuidador vigilante, evitador de riesgos, etc., exigida ya por la ley en caso del servidor público, del agente de la fuerza pública, del médico, farmacéutico o practicante de medicina e, incluso, del anónimo 'el que' en algunos supuestos de hecho. De esta manera, si el garante del bien jurídico no evita la producción del resultado, su omisión se equipara a la actividad desplegada por el sujeto activo que realiza la conducta activa.

[...]

No obstante, la dificultad es mayor cuando se trata de determinar cuando existe esa posición de garante, que no puede derivarse a partir de deberes de tipo moral o social –como pretende una postura doctrinaria minoritaria, que hunde sus raíces en el derecho penal de la época nacionalsocialista y que también tiene manifestaciones en la actualidad, aunque con otros puntos de partida-, sino estrictamente jurídico.”

[...]

Naturalmente, debe precisarse que no toda posición de garante genera la realización del tipo de omisión impropia, pues es indispensable que el agente no realice la acción de salvamento que le ordena la ley en el caso concreto, esto es aquella de la que se desprende ese preciso deber jurídico; en otras palabras: la omisión impropia no se funda en la omisión de cualquier acción que hubiera podido evitar el resultado, sino en la omisión de aquella que con certeza o seguridad estaba en capacidad de impedirlo en el caso particular.”⁴⁹

De ese modo entendemos por Posición de Garantía aquella condición que se ostenta frente a un deber de proteger determinada fuente de riesgo que se le asigna al sujeto en razón de diversas circunstancias, puntualmente aquellas que se derivan de la constitución y la ley además de una condición material frente al riesgo. Como lo advierte el profesor Velásquez, el incumplimiento de esa posición

⁴⁹ VELASQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal – Parte General, Pág. 324-327, 2007.

de garante deriva en responsabilidad de una conducta penal en razón de la omisión impropia cuando el deber se encuentra dispuesto de manera específica y concreta en la ley para un caso puntual y que se tiene certeza que el actuar del sujeto hubiese, ciertamente, evitado el daño al bien jurídico tutelado.

En tal sentido advertimos que para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, [!]a *posición de garante (Garantenstellugen)*, es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable.⁵⁰ Al tiempo que, en la mencionada providencia, la Honorable Corte de cierre establece que es posible configurar una Posición de Garante debido a la competencia institucional, la cual va por cuenta de los preceptos superiores 2º y 6º, en los cuales se erige un deber a los servidores públicos respecto de la protección *general* de fines del Estado. No obstante, asegura la Corte, “...como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, **se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.**”⁵¹ (Negrilla y subrayas fuera del texto original).

Continuando con el estudio, se tiene que para la Honorable Corte Constitucional, la posición de garante es:

*“...la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien **estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley** a actuar se*

⁵⁰ Sentencia Radicado 35.113 del 5 de Junio de 2014, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

⁵¹ Ídem.

abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido.”⁵²

Ahora bien, sabiendo plenamente que es posible sancionar a una persona en razón a que se sustrae de un deber de actuar, es preciso indicar, como lo hace la doctrina nacional, que ese comportamiento implica un querer, una voluntad, la cual en materia del derecho sancionatorio se le conoce como *el dolo*. En tal sentido, nuevamente el Profesor Fernando Velásquez, enseña que:

“... en lo que hace referencia al componente cognoscitivo, se requiere que el agente tenga conocimiento de la posición de garante, es decir, debe saber que en el caso concreto ostenta la calidad de padre, hijo médico, jefe de seguridad industrial, etc.; este caso es distinto del conocimiento del deber de garante, esto es, el deber de actuar que como tal es un conocimiento de antijuridicidad, cuya sede es la culpabilidad. En segundo lugar, se debe tener conocimiento de la situación típica y del curso causal (de la causalidad hipotética) cuando el tipo es de resultado además, en tercer lugar y en esto se difiere este dolo del comisivo, se requiere la posibilidad de representación de la conducta debida y, si el tipo es de resultado, la vía para evitarlo. Sobre el componente volitivo, es indispensable que también el agente quiera la realización del tipo en su aspecto objetivo correspondiente, que tenga voluntad de realización de la conducta omisiva según la nota de la finalidad.”

53

Como colorario de lo visto en precedencia, se tiene que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha confeccionado la posibilidad de hallar responsable penalmente a quien, estando obligado a actuar de determinada manera en concreto, según mandato constitucional o legal aplicado materialmente en virtud de una situación determinada, no lo hace y, por el contrario, voluntariamente,

⁵² Sentencia C – 1184 del 3 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵³ VELASQUEZ, Ídem, Pág. 332

queriendo omitir su actuar, se rehúye a hacerlo y ello conlleva a una lesión efectiva de un bien jurídico tutelado. También se puntualizó que no solo quien ostente una posición de garantía responderá si omite ejercerla pues, se demanda para ello, la posibilidad efectiva de evitar el daño, lo que se conoce como *nexo de evitación* o *nexo de causalidad*. En suma, no cualquier sujeto exhibe una posición de garantía así se introduzca un deber legal o constitucional si el mismo no aparece determinado materialmente y, pese a tener esa condición, no siempre una omisión deriva en responsabilidad penal pues para que ello ocurra, repetimos, deben reunirse una serie de condiciones y no algunas de ellas.

Por todo lo anterior, a nuestro criterio el órgano de cierre debió pronunciarse sobre la posición de garante que tenía el señor ANDRES CAMARGO ARDILA frente a erario público, que como bien quedó demostrada su omisión frente al deber de coordinar, controlar y vigilancia que debió ejercer con relación a la fase pre – contractual y contractual de la entidad causó el quebrantamiento de los principios contractuales y un detrimento patrimonial de la institución que representa, que a la fecha de la sentencia fue tasado por el valor de \$ 108.622`563.622.

Así las cosas, se hace necesario revisar las disposiciones que incumplió el ex director del IDU en materia de contratación pública, los cuales conllevaron a omitir acciones tendientes a garantizar la protección del bien jurídico tutelado:

La Ley 80 de 1993 tiene como objeto, entre otros, definir los principios rectores que rigen la contratación pública, los cuales deben ser atendidos por las entidades públicas al momento de adelantar procesos de selección objetiva y suscribir contratos. En este sentido, dispuso en su artículo 23 que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad”. Además, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los

derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal⁵⁴.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 (antes Decreto Ley 222 de 1983) se introdujo un cambio sustancial en la regulación normativa de la contratación estatal en Colombia como una ley de principios orientadores de la gestión contractual del estado consecuente con la Constitución Política de 1991⁵⁵.

En términos del autor Dávila Vinuesa, al examinar el estatuto de contratación, puede entonces entenderse que la Ley 80 de 1993 es una Ley de principios, no obstante, es necesario la determinación de la aplicabilidad y alcance de los mismos.

La sentencia objeto de análisis en este trabajo, desarrolló el delito que le fue imputado a ANDRES CAMARGO ARDILA, de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, arguyendo que este “no debió iniciar un proceso de licitación con unos estudios de diseños no concluidos, toda vez que desconoció con ello los principios de responsabilidad, planeación y legalidad”. Sin embargo, dichos principios se caracterizan por tener una relación y conexión muy estrecha, pudiéndose asegurar que, a través de la aplicación y cumplimiento de un principio, inmediatamente se permite el desarrollo del otro.

Iniciemos entonces con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de cada uno de estos principios:

⁵⁴ **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ.** Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). **Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)**

⁵⁵ Revista Nova et Vetera. ISSN: 2422-2216/ Volumen 2- No. 16 junio 2016. Violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se Desprenden de la nueva Postura. Laura Amaya.

Siempre que se habla del principio de planeación es común identificar que su denominación se relaciona con el actuar coordinado y no improvisado de la entidad estatal. Además de estar estrechamente relacionado con el principio de economía que desarrolla el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el de legalidad, puesto que este exige a la entidad adelantar un procedimiento previo a la suscripción del contrato que permite determinar el objeto contractual⁵⁶.

Ha definido el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de abril de 2013, que de acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad”, lo cual fue cuestionado al director del IDU, comoquiera que este debió verificar la claridad de los estudios, así como abstenerse de autorizarlos cuando fuesen incompletos o ambiguos para adelantar el proceso de licitación pública.

En la misma sentencia, el Consejo de Estado definió la relación entre el principio de planeación, legalidad y economía considerando que:

“La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (...) De otro lado, el cumplimiento

⁵⁶ **CONSEJO DE ESTADO.** SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. **Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).** Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva (...)

Conforme a lo antes expuesto, es necesario precisar que bajo los principios desarrollados por la Ley 80 de 1993, todo proceso de selección debe contener un procedimiento previo que permita no solo determinar los factores de escogencia del contratista, sino además lo concerniente al objeto y términos en que ejecutará la obra, bien o servicio el futuro contratista. Este trámite previo permite identificar a la entidad contratante la modalidad de selección y la determinación de condiciones que permitirán desarrollar el objeto contratado minimizando los riesgos que generen transgresión de los principios rectores de la contratación como el de planeación y legalidad.

En este orden de ideas, es claro que la conducta que se reprocha al director del IDU, en términos del alto tribunal, no refieren a la suscripción de documentos modificatorios que adiciona valor e ítems de obra, toda vez que la misma Ley 80 de 1993 permite la suscripción de estos documentos tal y como lo contempla su artículo 40. El cuestionamiento refiere al conocimiento previo de falta de completitud de los diseños entregados por SD&G referentes al sistema de drenaje que requería la obra y la no atención a la calidad de relleno fluido sugerido por el diseñador (es decir, que se usara de 60 kg/cm² y no de 30 kg/cm²), por lo cual no se puede argumentar que dichas falencias en la obra responden a situaciones imprevisibles o fortuitas.

Conforme a lo antes expuesto, se puede dilucidar que la vulneración al principio de planeación y legalidad refiere de forma inmediata al incumplimiento del principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

El principio de responsabilidad que define el estatuto de contratación, es el que nos permite determinar la conexión con la posición de garante de quienes tienen a su cargo la protección de erario público. En este sentido, la intención del legislador fue revestir al representante legal u ordenador del gasto de obligaciones que se traducen en el actuar diligente y sujeto a ley de los servidores públicos, para lo cual, se les atribuyó de manera expresa responsabilidad por sus actuaciones y omisiones, así como también cuando realicen aperturas de procesos de selección sin los estudios necesarios o por la elaboración de pliegos incompletos, ambiguos o confusos.

Una vez revisadas todas las disposiciones legales y los conceptos jurisprudenciales y doctrinales para la atribución de responsabilidad de los servidores públicos en la celebración de contratos y la protección del erario público, se concluye que la conexión entre el derecho penal y la contratación pública definitivamente es estrecha, en la medida en que ambas ramas determinan un sistema de responsabilidades y consecuencias para quienes por acción u omisión vulneran el bien jurídico tutelado, y es precisamente la misma conexión que revisten los principios de la contratación, comoquiera que el incumplimiento de uno desencadena la vulneración del otro.

Conforme a lo antes expuesto, reiteramos que la sentencia de casación proferida en contra del señor ANDRES CAMARGO de forma enfática y soportada documentalmente evidenció la vulneración por parte de este funcionario de los principios de la contratación pública, sin embargo, dichos argumentos debieron apoyarse en la teoría de la posición de garante desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina, comoquiera que no solo la violación a los principios de planeación, legalidad y responsabilidad originaron la configuración del delito de celebración de

contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sino además, que al no aplicar dichos preceptos legales necesariamente se circunscribió a una conducta por omisión tal y como se explicó anteriormente.

VIII.BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI Francesco, MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General Edit. Temis, 1998.

CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, Pág. 49, Tomo I, Parte General, 1988.

CORREDOR BELTRÁN, Diego, Lesiones de Derecho Penal – Parte Especial, Artículo “Celebración indebida de contratos”, Segunda edición, Publicado por la U. Externado de Colombia.

FANDIÑO GALLO JORGE ELIÉCER. La Contratación Estatal. Editorial Leyer. Bogotá D.C.- Colombia.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, Delitos contra la administración pública, tercera edición, pág. 52. (Argumento igualmente sustentado por Libardo Rodríguez R en su libro Derecho administrativo General y colombiano pág. 22)

HEFENDEHL Roland, ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. (Artículo tomado de “Anales de Derecho – Universidad de Murcia. Núm. 19, 2001, Págs. 147 – 158)

JESCHECK Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal, Parte General. 5ª Edición. Edit. Comares S.L, 2002.

MATALLANA CAMACHO ERNESTO. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Cuarta Edición. Diciembre de 2015. Universidad Externado de Colombia.

MOLINA Carlos Mario, Delitos Contra la Administración Pública, Cuarta Edición, primera reimpresión. Edit. Leyer Ltda. 2005.

PABÓN PARRA Pedro Alfonso, Código Penal Esquemático, Pág. 414, Edit. Doctrina y Ley. 2006.

ROXIN Claus, DERECHO PENAL, Parte General, Tomo I. Edit. Civitas 1997.

SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Pág. 283, Tomo I, 1953.

VELASQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal – Parte General, Pág. 324-327, 2007.

VIVES Antón, Tomás S, Fundamentos del Sistema Penal, 2ª Edición. Edit. Tirant Lo Blanch, 2014.

Revista Nova et Vetera. ISSN: 2422-2216/ Volumen 2- No. 16 junio 2016. Violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se Desprenden de la nueva Postura. Laura Amaya.

Concepto Superintendencia de Sociedades, número 220-63007. Asunto: Quienes pueden contratar con Entidades Estatales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 1998, C.P. Julio Uribe Acosta.

Sentencia Radicado 35.113 del 5 de junio de 2014, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente

Sentencia C – 1184 del 3 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia de la corte suprema de justicia, sala de casación 13922, 19 de mayo de 1999. M.P. Jorge Aníbal González Gallego.

Sentencia del 18 de diciembre de 2006 (radicado 19.392).

Sentencia Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente, Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado Acta N°. 138. Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009).

Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)

Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

Sentencia C-561 de 1999.

<http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689991.pdf>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-121-12.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-605-06.htm>

http://www.urosario.edu.co/revista-nova-et-vetera/Inicio/Omnia/La-violacion-al-principio-de-la-planeacion-en-la-c/#_ftnref1

<http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/3404.pdf>