EL ELEMENTO NORMATIVO DEL ART. 410 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS DE LICITACIÓN PÚBLICA

ÓSCAR JAIME ARCILA VANEGAS

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE

MAGISTER EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

ASESORA:

GEOVANA ANDREA VALLEJO JIMÉNEZ

ESCUELA DE POSGRADOS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

MEDELLÍN

2019

El elemento normativo del art. 410 del Código Penal colombiano: Especial referencia a los contratos de licitación pública[*]

Óscar Jaime Arcila Vanegas[**]

Resumen: Los tipos penales en blanco suscitan problemas de interpretación. El artículo 410 del Código Penal consagra uno de esos tipos, en los casos de celebración de contratos sin los requisitos legales esenciales. Por tratarse de un asunto complejo pues el intérprete deberá remitirse a las normas legales que tienen que ver con la contratación estatal, en este artículo se busca delimitar el elemento normativo "requisitos legales esenciales" en aquellos casos en que los contratos deben celebrarse mediante licitación pública. Para precisar dicho elemento hay que decir que la protección apunta a la protección del ejercicio de la función pública, indispensable para el buen funcionamiento del sistema, establecido en función de los intereses generales de la sociedad. Las normas legales establecen varios requisitos necesarios en las diferentes etapas de la contratación, pero ha sido la doctrina la que ha contribuido a precisar algunos requisitos esenciales y la jurisprudencia de las altas cortes la que ha establecido que la remisión deberá cumplir con los requisitos de precisión, basarse en una norma previa a la conducta, ser de conocimiento público y preservar los principios y valores constitucionales. El estudio del tema muestra la carencia de normas legales expresas a las cuales remita el artículo 410, razón por la cual es necesario acudir a la jurisprudencia para establecer los requisitos esenciales, lo cual implica una afectación a la garantía de legalidad del ordenamiento penal.

Palabras clave: tipo penal en blanco, remisión legal, contratos estatales, requisitos esenciales, principio de legalidad.

---

[*]Este artículo es producto del proyecto de investigación "La interpretación del art. 410 Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Criterios doctrinales y jurisprudenciales para definir el elemento normativo en contratos sometidos a licitación pública" que se adelantó en el marco de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la UNAULA como requisito de grado para obtener el título de magister, cuya tutora fue la profesora Geovana Andrea Vallejo Jiménez, docente investigadora de tiempo completo de la maestría.

[**]Abogado, estudiante de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la UNAULA, correo electrónico: oscar.arcilava@unaula.edu.co

Abstract: Blank criminal types raise interpretation problems. Article 410 of the Criminal Code enshrines one of these types in cases where contracts are concluded without the essential legal requirements. Since this is a complex matter, since the interpreter must refer to the legal norms that have to do with state contracting, this article seeks to delimit the normative element "essential legal requirements" in those cases in which contracts must be concluded through public bidding. In order to specify this element, it must be said that protection is aimed at protecting the exercise of the public function, indispensable for the proper functioning of the system, established according to the general interests of society. The legal norms establish several necessary requirements in the different stages of contracting, but it has been the doctrine that has contributed to specify some essential requirements and the jurisprudence of the high courts that has established that the remission must comply with the requirements of precision, be based on a norm prior to conduct, be of public knowledge and preserve the constitutional principles and values. The study of the subject shows the lack of express legal norms to which Article 410 refers, which is why it is necessary to resort to jurisprudence to establish the essential requirements, which implies an affectation to the guarantee of legality of the criminal order.

Key words: blank criminal type, legal remission, state contracts, essential requirements, legality principle.

Introducción.

Este texto centra su atención exclusivamente el artículo 410 del Código Penal Colombiano como tipo penal en blanco y los problemas de interpretación que se presentan en relación con el elemento normativo. Para su indagación y análisis se pretende analizar y determinar los elementos jurídicos que permitan delimitar la interpretación del elemento normativo "requisitos legales esenciales" del citado artículo, en especial, cuando se trata de contratos sometidos a licitación pública. Para lograr este objetivo se han planteado tres asuntos a los que se hará referencia: especificar el bien jurídico protegido en el delito que se tipifica cuando se celebra un contrato sin cumplimiento de los requisitos legales; en segundo lugar se examinarán los requisitos legales que deben satisfacer los contratos sometidos a licitación pública y, en tercer término, se definirán los límites jurisprudenciales que se han establecido en relación con el elemento normativo "contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales" en contratos sometidos a licitación pública.

Metodológicamente se abordará el tema mediante el análisis de la información documental recopilada, aplicando como método la hermenéutica jurídica. Por lo tanto, se examinará lo que ha dicho la doctrina y la jurisprudencia nacional al abordar la normatividad legal que es objeto de estudio en esta investigación. Es un trabajo que se inscribe dentro del ámbito del Derecho Penal pero en el cual será necesario acudir al tratamiento legal de las normas administrativas sobre contratación mediante la licitación pública, en tanto, conforme al parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dicha modalidad de contratación se define como "el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable", pero adicionalmente, porque el elemento normativo del art. 410 del CP necesariamente nos obliga a remitirnos a otras fuentes normativas diversas del código penal

En este trabajo se ha preferido abordar el problema de interpretación que representa el art. 410 del Código Penal en cuanto a su elemento normativo "requisitos legales esenciales" exclusivamente en los contratos de licitación pública, en primer lugar, por razones de delimitación del trabajo, en segundo lugar, porque es uno de los contratos en los

que existe un mayor interés institucional, en tercer lugar, porque tal y como lo caracteriza Rico Puerta (2015) la licitación pública tiene que ver con la acción moralizadora, la utilidad económica y el sistema de control que con ella se realiza.

En cuanto a las formalidades, la Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2001 (Corte Constitucional, 2001) ha establecido cuáles son los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (p.ej. pliego de condiciones), concomitantes (la adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al acuerdo de voluntades entre el Estado y el contratista. Precisamente la forma es uno de esos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual (p. 33-34).

Y es que el tema de las formalidades es de importancia capital, ya que está relacionado directamente con las normas que garantizan el cumplimiento adecuado del fin establecido para la función pública. Además, constituyen los derroteros para la existencia del contrato estatal pues se han establecido "con el fin de regular su objeto, estableciendo como límites la ley, el orden público, el interés general, los principios de la buena administración y las finalidades de la contratación estatal" (Expósito2013, p. 24). El objetivo que cumplen las formalidades determina la existencia del tipo penal que sanciona a aquellos funcionarios que desconocen los requisitos, violan la ley penal y, en consecuencia, son susceptibles de sanción.

Es un asunto complejo, precisamente porque la contratación mediante licitación incluye, además de las normas citadas, las consagradas en los Decretos 1510 de 2013 y la compilación incluida en el Decreto 1082 de 2015, ya que el proceso se define como:

> conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad estatal desde la planeación y hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde (Rico Puerta, 2015, p. 84).

Atendiendo a lo anterior, observamos que para el intérprete penal resulta complejo en términos del principio de estricta tipicidad identificar la remisión del art. 410 para determinar cuáles son los "requisitos legales esenciales" de un contrato antecedido por una licitación pública, pues esta resulta tan extensa que desvirtúa incluso los límites que la misma Corte Constitucional le ha impuesto a los tipos penales en blanco. Es por eso que en esta investigación se ha preguntado sobre ¿Cuál es la delimitación que debe hacerse a la interpretación del elemento normativo "requisitos legales esenciales" del artículo 410 del Código Penal cuando se trata de contratos sometidos a licitación pública?

Con el objetivo de dar respuesta a la pregunta formulada, se exponen a continuación los temas propuestos inicialmente.

1. El bien jurídico protegido en el delito "Contrato sin cumplimiento de requisitos legales".

Sin entrar en la discusión acerca de la naturaleza de las finalidades del derecho penal, puesto que excede el objetivo fijado para este trabajo, si puede afirmarse, en el contexto aquí propuesto, que existe claridad acerca de la distinción entre los fines de la pena y los del derecho penal en el sentido de que los primeros se refieren a la prevención de acciones, mientras que los segundos buscan la protección de bienes jurídicos.

En este sentido, este trabajo definirá lo que entiende la doctrina penal por el bien jurídico protegido, así como lo que se entiende en la normatividad colombiana por el mismo para así definir el que protege el artículo 410 del Código Penal colombiano.

Sobre el primer componente del tema son múltiples los autores que abordan el bien jurídico, entre los cuales se encuentran Welzel (1976) Roxin (2013) AlcácerGuirao (1998), Muñoz Conde (1975), es así que se ha considerado que, este constituye un límite al "*iuspuniendi*" y aunque en la definición del mismo intervienen temas éticos, morales y políticos, se asume que se trata de un bien caracterizado como superior y que, por lo tanto, debe ser preservado, no todos los bienes jurídicos son objeto de protección del derecho penal, sino aquellos que tiene una especial relevancia de protección para la sociedad.

Entonces, puede decirse, como lo afirma Muñoz Conde (1975), que las normas penales tienen un sentido de protección sobre las condiciones mínimas que garantizan la convivencia y un sentido de motivación. Obedeciendo al primer sentido se protegen los bienes jurídicos.

Ahora bien, ¿qué significa el bien jurídico? Se trata de aquellos elementos que son necesarios "para la autorrealización en la vida social" (Muñoz Conde, 1975, p. 90) y que son, en primer lugar, los bienes jurídicos individuales como la vida y la salud, además de los presupuestos materiales como los medios de subsistencia, los alimentos, la vivienda y otros que se consideran ideales porque permiten el desarrollo libre de la personalidad como el honor, la libertad. En segundo lugar, están también los bienes jurídicos "comunitarios" en tanto afectan a la comunidad como tal (p.91)

Leyva y Arteaga (2015) al referirse a los bienes jurídicos afirman que estos son producidos" (p.65) y esta producción concuerda con los intereses que se pretende proteger. Siguiendo lo planteado por estos autores, la concepción del bien jurídico ha tenido un desarrollo histórico asociado a derechos individuales.

Según los mencionados autores, (Estupiñán y Lugo, 2015) el tema ha sido considerado por los tratadistas quienes se identifican en el reconocimiento del bien jurídico como orientador de las normas penales, aunque para algunos como el profesor Ferrajoli (1995) el problema del bien jurídico es claramente valorativo puesto que "Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico y que su lesión es un .daño. es tanto como formular un juicio de valor sobre él" (p. 467). En consecuencia, luego de razonar sobre fines del derecho penal y su relación con el bien jurídico, Ferrajoli afirma la existencia de una dificultad definitoria del concepto de bien jurídico, el cual solo puede ofrecer "únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación" (p.471) que den cuenta de si es o no irrelevante el bien que se protege, si las penas son proporcionales a este y si puede pensarse en otras medidas de protección (p.471)-

Roxin (2013) por su parte afirma que:

> La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad." (p. 6).

En consecuencia, para este autor (Roxin, 2013) el bien jurídico se refiere a aquel que se caracteriza por ser de naturaleza individual pero también se refiere a los de naturaleza colectiva, en tanto, estos últimos, sirven de protección de las posibilidades de desarrollo del individuo que se protege. Por lo tanto, para que constituya la base para que se declare una conducta como delito deberá lesionar únicamente bienes jurídicos y no valoraciones de tipo moral o ética, razón por la cual para concretar su contenido debe examinarse qué es lo se pretende proteger, a quien y frente a qué (Roxin, 2013, p. 11).

Zaffaroni (2009), por su parte, define en los siguientes términos el bien jurídico:

> El bien jurídico es una relación de disponibilidad de una persona con un objeto jurídico tutelado por el derecho. Hay bienes jurídicos individuales y colectivos (o de sujeto plural). Por definición, no hay bienes jurídicos indisponibles, pues la disponibilidad es de la esencia del bien jurídico. Disponibilidad, en un estado social de derecho, equivale a posibilidad de uso. Es la posibilidad de utilizar esos entes para la autorrealización en coexistencia. La posibilidad de destrucción es sólo un límite extremo (porque cancela toda posibilidad posterior de uso), que en algunos casos está limitado, en especial cuando se trata de bienes jurídicos que condicionan la existencia de todos los restantes, como la vida o el estado. (p.27)

Ahora bien, hablar de bien jurídico equivale a tener en cuenta un valor que debe tener relevancia en la sociedad. En este sentido, los principios de *ultima ratio* y lesividad, que

limitan el *iuspuniendi* del Estado limitan la posibilidad de que cualquier valor equivalga a un bien jurídico y sea tutelado. Por el contrario, para hablar de bien jurídico habrá que decir que se trata de uno de aquellos que están tutelados por la Constitución como sistema normativo y como proyecto político. Así lo afirman Leyva y Lugo A (2015), quienes se refieren al Estado como objeto de tutela por parte del derecho penal.

Teniendo en cuenta los elementos consignados en los párrafos anteriores resulta necesario entender que el bien jurídico no solo está referido a deberes, sino que también se refiere a derechos expresamente consagrados por la Constitución Política, ya que en el Estado Social de Derecho "se presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (CP artículo 5) tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social" según lo plantea la Corte Constitucional en la Sentencia C-070 (Corte Constitucional, 1996) y lo comenta Prias (2018)se trata así de la conceptualización del bien jurídico como la disponibilidad de un sujeto sobre un objeto o un ámbito de actuación que sea valioso, bien sea en el mundo individual o social, como lo afirma Zaffaroni (sf) y de la protección de este por medio del ordenamiento jurídico..

Ahora, de conformidad con lo esbozado, es necesario entender cuál es el bien que tutela la norma que constituye la pieza angular de este trabajo, el artículo 410 del Código Penal, por lo tanto, a continuación vamos a referirnos a esta cuestión.

El bien jurídico tutelado por el artículo 410 del Código Penal colombiano

Mir Puig (1999) al referirse al bien jurídico, especifica el bien jurídico penal y lo caracteriza como limitador de la potestad de sancionar, entendiendo la sanción como un mal que se admite en la medida en que resulta necesario. Para el autor, el bien jurídico penal deberá tener dos condiciones fundamentales: "suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal". (p.209).

Si se atienden las normas protectoras de la Administración, la importancia social puede verse en dos sentidos: si se entiende la administración como función pública su importancia es crucial en la medida en que es la forma como el Estado posibilita o dispensa los servicios públicos y el goce de los derechos fundamentales. Se trata de un bien jurídico en la medida en que atiende necesidades de tipo colectivo, "el interés general" de que habla la Constitución Política en el artículo 209, pero además se encarga de proteger los bienes colectivos frente a la corrupción.

Teniendo en cuenta que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, la Corte Constitucional ha establecido que en materia de tipificación de delitos y fijación de penas, solo pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional, de tal suerte que el legislador debe abstenerse de realizar una punición arbitraria, imprecisa, retroactiva o carente de todo bien jurídico a proteger (Corte Constitucional, 2003)

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto acerca del bien jurídico tutelado por las normas penales, ¿Qué puede decirse acerca del artículo 410 del Código Penal?. En primer lugar, hay que hacer referente a su ubicación dentro del Código: se encuentra ubicado dentro del Título XV denominado "De los delitos contra la Administración Pública" y en el capítulo IV referido a "la celebración indebida de contratos". De esta manera se afirma que el bien jurídico tutelado se refiere a la Administración pública que como función define el artículo 209 de la Constitución Política.

Hay que tener en cuenta que el artículo 1° de la Constitución Política establece que Colombia es un Estado Social de Derecho que se funda en la prevalencia del interés general. Este principio determina que el Estado obtiene su apoyo en la Constitución y en los principios que en ella se consagran y, en consecuencia, las actividades del Estado y las de los particulares están en función de dichos principios.

Para el desarrollo de las funciones del Estado y el artículo 209 define la función pública:

> Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

La actividad administrativa, conforme con Santofimio (2003) se nutre de la esencia misma de la administración pública orientada a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos del Estado (p. 29). Su naturaleza es finalistica y, en consecuencia, define su objeto en torno al interés consagrado por la Constitución Política y por las leyes. Todos sus instrumentos se encaminan a ese fin dentro del Estado Social de Derecho.

El objeto de la administración se satisface de diversas maneras: una de ellas, mediante el ejercicio unilateral del poder público, haciendo uso del acto administrativo; la otra, en forma bilateral utilizando la figura del contrato estatal que realiza las acciones encaminadas a la satisfacción del interés general.

De esta forma puede decirse que el fin último de la función administrativa consiste en garantizar los bienes jurídicos que la propia Constitución le ha encomendado. Cancino ha afirmado que la Administración es una actividad funcional del Estado que puede enfocarse desde los efectos que ella misma tutela: en tanto desarrolla acciones atinentes al cumplimiento de los fines del Estado y extrínsecamente, con el objetivo de preservar su prestigio, actitud a la que están obligados todos sus funcionarios por el deber de corrección y los particulares por el deber de respeto (Cancino, 2003, p. 93).

En este sentido el bien jurídico tutelado y referido a la Administración pública tiene que ver con impedir que actos extraños interfieran en el cumplimiento de sus funciones

establecidas en garantía del interés general, pero también como forma de concreción de la transparencia en todos sus actos, la integridad de su función, la idoneidad y la rectitud, baluartes del ejercicio de su poder constitucionalmente reconocido. Y es que, además, la administración se rige por varios principios fundamentales, entre los cuales hay que destacar, en relación con el tema que ocupa este trabajo, los de legalidad, debido proceso, presunción de buena fe o de tutela a la confianza pública y principio de igualdad.

Siendo este el bien jurídico protegido se reconoce lo afirmado por Sepúlveda (2016) quien afirma que los delitos que se cometen contra la administración pública se dan cuando no se tienen en cuenta los intereses de los particulares que aquella deberá satisfacer, sino los particulares intereses o necesidades, o los de terceros, como puede suceder en aquellos casos en los cuales se obvian los requisitos para lograr dicha satisfacción.

Afirma Sepúlveda (2015), que la protección penal en los casos de delitos contra la administración pública protege precisamente el ejercicio de la función pública, indispensable para el buen funcionamiento del sistema, en tanto la administración está en función del servicio a la sociedad. La norma máxima – el deber ser – que rige la conducta del funcionario público es actuar correctamente en defensa del interés general en materia de la contratación estatal.

En este sentido hay que tener en cuenta que una de las formas para el cumplimiento de la función administrativa es la contratación, teniendo en cuenta, que una de sus formas es la licitación pública, acerca de cuyo procedimiento ha establecido el Consejo de Estado:

> Hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo, orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual la administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto del acto de adjudicación e incluso del propio contrato (Consejo de Estado, - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 2011).

La licitación pública está regulada por el derecho público, en primer lugar, siguiendo el procedimiento establecido por el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que armoniza con los principios de igualdad, economía y responsabilidad y con el deber de selección objetiva y constituye la salvaguarda de la transparencia, la economía y la selección objetiva que es lo que busca proteger el legislador y debe acogerse a las normas del Decreto 1882 de 2015 y a todas las normas establecidas al respecto por el y de lo Contencioso Administrativo, además del Código General del Proceso.

La licitación pública deberá pasar por una serie de etapas, luego de cumplir la fase preparatoria. Es importante tener en cuenta que dentro de esta fase preparatoria se debe dar cumplimiento al principio de planeación. Ahora bien, estos principios fundamentan no solo la función pública y apuntan a la protección del bien jurídico que se ha incorporado constitucionalmente a la administración.

Sobre el bien jurídico protegido al sancionar la celebración indebida de contratos afirmó la Corte Suprema de Justicia en un caso particular sometido al recurso de casación, estableció lo siguiente:

> Bien jurídico que protege el delito de Celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos. «(…) De manera que para la Sala es evidente que se desconocieron las reglas del principio de legalidad, que es la fórmula que el tipo penal protege en materia de contratación, con los principios de transparencia e imparcialidad que rigen la contratación pública y que conforman el núcleo de la antijuridicidad material (artículos 4 y 11 de los códigos penales de 1980 y 2000), dada la naturaleza funcional del bien jurídico de la administración pública. Por eso es que, poco importa que la administración no se haya visto perjudicada económicamente, o que sus objetivos se hayan cumplido, pues lo que el tipo penal protege no son los bienes materiales de la administración, sino los principios y fundamentos de la administración pública, que efectivamente fueron vulnerados, como se ha demostrado, con la conducta que ejecutó el ex gobernador. (…)» (Corte Suprema de Justicia, 2004).

De lo anteriormente expuesto se infiere que existe un bien jurídico tutelado por el artículo 410 del Código Penal y que de acuerdo con la doctrina penal subyace al tipo penal definido por la norma. Los tipos de lesión requieren para su configuración aniquilación, deterioro o menoscabo del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, en cuanto a los delitos contra la Administración Pública, el profesor Castro Cuenca (2009) sostiene que se encuentran presentes como bien jurídico objeto de tutela: los principios de primacía del interés público, el de objetividad, el de legalidad, y el de eficacia, entendiendo el interés público como el núcleo fundamental de la Administración Pública que constituye el nexo entre dichos principios constitucionales, en torno a los cuales se edifica el Estado.

Chanjan (2017) sostiene que en el Estado Social de Derecho la administración pública es una creación jurídica que sirve de mecanismo que conecta la sociedad civil y el Estado como ente abstracto, para efectos de cumplir con los fines sociales. Su adecuado funcionamiento hay que entenderlo a partir de las normas constitucionales, específicamente a partir del artículo 209 y desde dos puntos de vista como lo afirma López (2011): desde un punto de vista formal como aquel conjunto de órganos que tienen la competencia y los medios necesarios para satisfacer los intereses generales de la colectividad. Y desde el punto de vista material, como actividad propiamente dicha.

> Administración Pública es un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local. Por su función, la Administración Pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político, satisfaciendo los intereses públicos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata. (López, 2011)

Al respecto puede decirse con apoyo en lo expuesto que el Derecho penal, como mecanismo establecido en tanto mecanismo limitado de protección de bienes jurídicos es un instrumento que garantiza que la administración funcione correctamente lo que significa

que no se protegen los órganos, sino la función misma en tanto se proyecta a satisfacer el interés colectivo y constituye la *ratio legis* que autoriza la incriminación penal de las irregularidades que se cometan.

Alcance legal y doctrinal del término contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales en el artículo 410 del Código Penal

Establece el artículo 410 del Código Penal. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

> El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Al establecer la norma que el sujeto activo es el servidor público hay que entender que se trata de cualquiera de las categorías de servidor público que contemplan la Constitución y la ley. No se hace referencia a dicha clasificación, por cuanto no constituye el tema de este escrito. Pero en todo caso se trata del servidor público que como sujeto activo "tramite un contrato sin observar los requisitos legales esenciales, que lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos…". (Subrayado fuera del texto).

¿Cuáles son los requisitos legales esenciales?

La Constitución de 1991 le asignó al Congreso de la República la competencia para expedir el estatuto de la contratación, de conformidad con el parágrafo del artículo 150. De esta

manera, el régimen contractual está dado en la ley y en ella se encuentran los requisitos para las distintas etapas de la contratación.

La norma que se analiza – artículo 410– establece claramente un reenvío a otras normas, lo que configura el denominado tipo penal en blanco. En Colombia, la jurisprudencia constitucional considera que los tipos en blanco responden a la necesidad de regulación de fenómenos dinámicos que escapan a una descripción estricta del tipo objetivo y que exigen una actualización normativa permanente. Con el fin de hacer claridad, se hará una sucinta referencia al denominado tipo penal en blanco para, a continuación, tratar de definir cuáles son los requisitos esenciales a que se refiere el mencionado artículo.

Exigencias del tipo penal en blanco

En la Sentencia T-127 (Corte Constitucional, 1993) el alto tribunal especificó los elementos del tipo penal en blanco, a la luz del principio de tipicidad:

> Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental *"nullum crimen, nullapoena sine lege"*, es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.

Y afirmó acerca de los tipos penales abiertos:

> No obstante, este principio general, el propio Código Penal ha consagrado tipos penales abiertos en los que no existe total precisión de las circunstancias en que la conducta debe realizarse. De esta categoría son entre otros, la falsificación de moneda (Cod. Penal art. 207) y el incesto (Cod. Penal art. 259). En el primer caso -falsificación de moneda-, el significado de moneda se debe entender

> como un medio de pago cuya emisión y circulación están regulados en la ley y sobre los cuales el Estado ejerce la suprema dirección. En el incesto, la amplitud de la conducta descrita -"otro acto erótico sexual"-, es necesaria, pues las consecuencias antijurídicas se producen tanto con la sexualidad normal como con la anormal y tanto en el acceso carnal propiamente dicho como en los actos que pueden conducir a ello.
>
> Estos dos tipos penales que se han tomado como ejemplo, desde el Código Penal de 1.837 responden a una clasificación como "tipos abiertos", por lo que se demuestra que en determinadas circunstancias el legislador no plasma en el tipo penal la descripción perfecta de la conducta, por ser imposible y sin embargo históricamente se ha considerado que con ello no se vulnera el principio de tipicidad. (Corte Constitucional, Sentencia T-127 de 1993)

Ahora bien, en la Sentencia C-559 (Corte Constitucional, 1999), la Corte Constitucional admitió de manera expresa la legitimidad que asistía al legislativo al adoptar este mecanismo de integración del tipo, considerado como alternativo. En ella se reconoce que la realidad tiene componentes que la realidad penal no está en condiciones de anticipar y, por ello, es que es susceptible de definir acudiendo a otras normas extrapenales. "Para la Corte, la característica esencial del tipo penal en blanco radica en que el "alcance de la prohibición que consagra no puede ser determinado de manera autónoma, sino que deben tomarse en cuenta otras disposiciones del ordenamiento". Y aunque en la sentencia se reconoce que de alguna manera los tipos en blanco no constituyen una técnica legislativa que pueda generalizarse, precisamente porque generan inseguridad en materia penal, se trata de descripciones que son constitucionalmente válidas si el propio reenvío permite que el intérprete determine, sin lugar a equivocaciones, la conducta que acarrea la pena.

El método de complementación del tipo en blanco –dice la Corte– acude al recurso del reenvío a otra descripción penal, pero también puede serlo al de otra disposición normativa, expedida incluso por una autoridad distinta al legislador, como sería una norma administrativa. De esta manera, la Corte reconoce la legitimidad de la remisión propia —

que es aquella en la que la norma es de inferior jerarquía —pero que puede incorporarse como mecanismo de complementación del tipo penal en blanco.

Sobre este tema dispuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-605 (Corte Constitucional, 2006):

> Ahora bien, si el reenvío se da en relación con una disposición de la autoridad administrativa es válido, ya que se trata de que existan mecanismos flexibles que le permitan al aparato sancionatorio ajustar las disposiciones prohibitivas a la realidad cambiante que pretende regular; y si la Administración, como autoridad pública encargada de la ejecución directa de la ley, interpreta con mayor agilidad esa realidad cambiante que el legislador quiso someter a su regla, entonces resulta apenas entendible que éste recurra a la normativa administrativa para complementar la voluntad legislativa.

Para la Corte Constitucional, integrar o complementar un tipo penal en blanco con disposiciones administrativas no constituye violación del principio de legalidad penal, que consagra la garantía de que nadie será juzgado por conducta que no esté previamente descrita en la ley.

Así, en el presente caso, resulta claro que, dada la mutabilidad del entorno económico y financiero, el legislador ha estimado necesario, para la defensa del interés jurídico que se intenta proteger con el tipo de la usura, atribuir a las autoridades administrativas la potestad de complementarlo y para ese efecto les otorga un cierto margen de apreciación. Sentencia C-605 (Corte Constitucional, 2006):

> Ahora bien, hay que anotar que la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Estas reglas están diseñadas para conservar las garantías derivadas del principio de legalidad en el marco de una metodología que renuncia a dar aplicación estricta al mismo. Para la Corte, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales.

En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, debe ser previa a la configuración de la conducta. La norma de complemento debe ser, en tercer término, de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales. Estos lineamientos se ratifican en las sentencias C-501 de 2014, C-297 de 2016 C-091 de 2017

En cuanto a lo que se dice en los escritos académicos y en la doctrina, para Roxin

> Una ley indeterminada o imprecisa, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, al no establecer los límites de autolimitación al *iuspuniendi* del Estado. Igualmente, afirma que contraría el principio de separación de los poderes, puesto que permite un margen muy amplio de interpretación de la ley, con el cual se interfieren las competencias del legislativo y el ciudadano no identifica de esa manera lo que está prohibido, con lo cual se desconocen las garantías. (1997, p. 169).

> Una ley indeterminada o imprecisa, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, al no establecer los límites de autolimitación al *iuspuniendi* del Estado. Igualmente, afirma que contraría el principio de separación de los poderes, puesto que permite un margen muy amplio de interpretación de la ley, con el cual se interfieren las competencias del legislativo y el ciudadano no identifica de esa manera lo que está prohibido, con lo cual se desconocen las garantías,

Sandoval (1999), por su parte, afirma que, según la doctrina española mayoritaria, el tipo penal en blanco es aquel cuyo supuesto de hecho se complementa con elementos que están consignados en una norma no penal, que tiene igual o inferior garantía a la ley penal, a la cual remite esta. En Colombia, afirma Velásquez (1983) que "la norma penal en blanco es aquella "cuyo supuesto de hecho aparece consignado o complementado total o parcialmente en una norma de carácter no penal" (p.99)

Para Vega (2016) el tema de los tipos penales en blanco "no debería develar polémicas puesto que su función se centra en el cumplimiento de los límites formales al ejercicio del *iuspuniendi* como lo son los principios de determinación, taxatividad y reserva de ley como lo enseña el maestro Jaime Sandoval Fernández (1999) en un artículo clásico respecto al tema". (p. 56)

A pesar de las discusiones doctrinarias sobre el tipo penal en blanco, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen la legitimidad de estos tipos, siempre que no se vulnere el principio de legalidad que se encuentra reconocido en el inciso 2° del artículo 29 de la Constitución según el cual toda persona al ser investigada, acusada, juzgada y sancionada penalmente deberá serlo de conformidad con los delitos contemplados en la ley. Desde la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (1789) en su artículo 7° se consagra el principio de legalidad que se incorpora en el artículo 6° de la C.P. que establece: "los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes".

> El principio de legalidad encuentra parte importante de su desarrollo en los tipos penales, los cuales constituyen formulaciones abstractas e hipotéticas que hace el legislador de los comportamientos que considera lesivos de bienes jurídicos objeto de protección. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de diciembre de 2005).

Aplicadas las normas constitucionales a los tipos penales en blanco con estos no se viola el principio de legalidad, ni muchos menos el de reserva legal siempre y cuando el legislador haya señalado los elementos que posibilitan la definición precisa de la conducta. Al respecto, en la Sentencia C-121 (Corte Constitucional, 2012) se afirma la constitucionalidad de los tipos penales en blanco "siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente…"

Estos tipos son considerados de gran importancia en temas en los cuales la realidad es muy amplia y, en consecuencia, integrar cada acción a la norma penal la haría muy extensa, como sucede de hecho en la contratación estatal.

> En los tipos penales en blanco es preciso distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, en el sentido de señalar con claridad y precisión tanto los elementos básicos de la conducta punible, como la correspondiente punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El segundo, esto es, el complemento, especifica las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo.
>
> El núcleo y el complemento integran una sola disposición esencial, pero ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad, esto es, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (ley escrita) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta). (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de diciembre de 2005. Magistrada Ponente Dra. Marina Pulido de Barón. Expediente 23899)

Ahora bien, teniendo en cuenta que en Colombia está autorizada la remisión a otras normas y retomando la pregunta inicialmente formulada: ¿A cuáles normas reenvía el artículo 410 del Código Penal?

Es claro que el reenvío, en el caso que ocupa este trabajo, corresponde a las normas de la contratación estatal que hace parte de las acciones incluidas dentro de la función pública.

Caracterización de la contratación estatal

El artículo 1° de la Constitución Política caracteriza el Estado como Social de Derecho está fundado en el respeto de la dignidad humana y en el trabajo y en la prevalencia del interés general. En el artículo 2° se establecen los fines del Estado y se consagrada la obligación del Estado de proteger a todas las personas, asegurando el cumplimiento de los deberes sociales que le atañen y se refieren a los particulares. El interés general no ha sido definido puntualmente, sino que se les ha asociado a los diferentes ámbitos de actuación del Estado. Es así como la Ley 80 de 1993, al regular los fines de la contratación estatal, establece que cada entidad deberá prestar los servicios en forma continua y eficiente.

Para la prestación de los servicios, la administración actúa de diversas maneras, una de las cuales corresponde a la contratación estatal que es desarrollada con fundamento en los principios de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad, según se establece en la Sentencia C-400 de 1999 (Corte Constitucional, 1999). La contratación puede caracterizarse como un medio para garantizar dicho interés, para lo cual las normas contemplan la transparencia en la selección de proponentes, para que así se cumplan no solo los requisitos mínimos, sino también los objetivos fijados en la licitación. Y que, en consecuencia, puedan evaluarse las propuestas, teniendo en cuenta los criterios de selección que hayan sido prefijados. Es de acuerdo con estos requisitos que puede escogerse el contratista indicado.

Además de la satisfacción del interés general, la contratación ha de ser el medio para dar cumplimiento al principio de igualdad, en la medida en que en los pliegos deben constar los requisitos objetivos para participar en el proceso de selección y aquellos que posibilitan la selección de quienes van a celebrar el contrato respectivo.

Santofimio (2003) en su Tratado de Derecho Administrativo destaca la capacidad articuladora que tiene el interés general, en tanto justifica la voluntad política del Estado de seguir sus lineamientos en todo caso. Este interés consagrado constitucionalmente, se ha incorporado al estatuto de la contratación estatal en las siguientes normas: en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 que determina el cumplimiento de los fines estatales por parte de los

funcionarios públicos. Así mismo en el artículo 25 de citada ley, modificado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007 que establece:

> En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

La contratación establece una serie de requisitos y pasos que deben darse teniendo en cuenta los principios que rigen en ella, como son los de: transparencia, economía, planeación, selección objetiva y responsabilidad (Rico P. 2015, Matallana,2016, Expósito, 2013).

En lo que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos y de las entidades estatales, el artículo 6° de la Constitución Política establece que los servidores públicos responden por infringir el texto constitucional y la ley y por la omisión o extralimitación en sus funciones y sobre este tema la Ley 80 de 1993 se refiere a la responsabilidad penal de los servidores públicos en los artículos 23, 24 y específicamente en el 51 que establece que el servidor responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley y en el 58 que fija las sanciones, de acuerdo con la conducta.

La generalidad de los principios se concreta en las exigencias y requisitos que deben cumplir los contratos estatales. Dávila (2016) al tratar el tema de la responsabilidad penal, se refiere a la dificultad para identificar los elementos esenciales del contrato que genera responsabilidad para los funcionarios, en razón de que, al contrario de la legislación civil, no se determinan estos elementos (Dávila V., 2016, p. 778) y es a partir de las interpretaciones por vía jurisprudencial y doctrinal que se han definido dichos requisitos. Este autor los define en su texto:

> Así las cosas, la legalidad o no de un contrato estatal estará supeditada al cumplimiento o no de las normas imperativas, constitucionales y legales, que regulan el proceso de selección de contratistas, en primer término, y posteriormente, la celebración del contrato propiamente dicho. Todo lo cual, tal como la doctrina y la jurisprudencia lo advierte, permite dividir el proceso contractual del Estado entre etapa precontractual y etapa contractual, entendiendo que es la suscripción del acuerdo el que marca la frontera entre ellas. (Dávila V., 2016, p. 779)

Según Dávila V. (2016) el contrato estatal tiene unos requisitos que deben analizarse para determinar "su licitud o apartamiento del ordenamiento jurídico" (p. 779) entendiendo siempre que la perspectiva para ello ha de ser diferente a la de la contratación privada, en tanto que la primera se supedita a que se dé cumplimiento a las normas constitucionales y legales que obligan dentro del proceso de selección de los contratistas y en el propio momento de la celebración del contrato, mientras que la segunda aunque se rige por las normas civiles solo apunta a satisfacer el interés de las partes.

En la etapa precontractual, como fase anterior a la celebración del contrato, se realiza un proceso administrativo que culmina con la expedición de un acto administrativo en el cual se definen los requisitos que deberá satisfacer el contratista y con apego a los cuales se le seleccionará, de acuerdo con la Ley 80 de 1993. Lo anterior equivale a una etapa dentro del proceso de formación de la voluntad estatal y en la cual es obligatorio aplicar los principios de la contratación dentro de los cuales se encuentran: el de transparencia, denominado por Dávila V. (2016) como el "principio cardinal" y que determina, de manera general, que la selección de contratistas se dé mediante licitación pública (de conformidad con el artículo 24, numeral 1°, modificado por el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007) y que solo en los casos expresamente contemplados por la propia ley, se adelanten otros procesos de selección. Este es para Dávila V. uno de los denominados requisitos esenciales cuya ausencia puede afectar a los contratos y que se presenta cuando no se configuran las causales legales para dar aplicación a las excepciones y se elude la licitación, amañando el procedimiento a juicio de la administración.

Igualmente, se presenta ilicitud cuando no se cumplen las reglas y las etapas obligatorias señaladas en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Pero, además, se establece una forma de ilicitud en los casos en que procede una forma diferente de contratación a la ordenada por la Ley y se aplican al contratista las obligaciones, etapas y requisitos de la contratación mediante licitación, incurriendo así en otro tipo de responsabilidad que Dávila V. (2016) señala como fuente de responsabilidad penal y que constituye un error de la autoridad respectiva, por cuanto se confunden requisitos que son esenciales con otros que no lo son y se imponen sanciones en detrimento de la libertad personal.

> Las causales excepcionales que permiten prescindir de la licitación pública se encuentran mencionadas en el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. A su vez el Decreto 1082 de 2015, además de establecer pautas y criterios para cada causal excepcional, regula el procedimiento de selección, las etapas y requisitos que aplican. Aquí aparece, entonces, otro posible evento de ilegalidad: estando amparado por una fuente excepcional, no se sigue el procedimiento de selección que para ese caso regula el decreto. (Dávila V., 2016, p. 780)

La etapa precontractual obliga a aplicar principios como el de planeación, responsabilidad y selección objetiva. Para Dávila V., (2016) se entiende el principio de planeación como el desarrollo de los principios de economía y de responsabilidad – definidos con antelación - . La fase preparatoria se encamina a lograr el éxito de la licitación y del contrato. En ella, entiende este autor, están comprendidos los estudios de factibilidad, diseños, planos, licencias, permisos y autorizaciones necesarias para adelantar el contrato mismo.

En cuanto al principio de responsabilidad, para Dávila V. se refiere a la competencia interna para representar a la entidad, para realizar licitaciones y concursos y celebrar contratos. Por ello, si estas etapas se llevan a cabo por personas diferentes al representante legal o al funcionario en quien la Ley permite la delegación, de conformidad con el artículo

37 del Decreto 2150 de 1995 que subrogó los artículos 12 y 25 numeral 10 de la Ley 80, se genera una nulidad por desconocerse un principio esencial del contrato estatal.

El deber de selección objetiva que se encuentra en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 exige que se haga cuando es conveniente para la entidad, es decir, que se acoja a sus intereses. Por esta razón, se desconoce este principio cuando se adquieren bienes que no son necesarios o con sobreprecio.

En la etapa contractual, Dávila (2016) señala las formalidades para la validez del contrato estatal: en primer lugar, el perfeccionamiento del contrato con todos sus elementos esenciales, de acuerdo a su objeto. De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el perfeccionamiento ocurre cuando se acuerdan el objeto y la prestación y el contrato se vierte en un escrito. De esta manera dice el autor que la escritura se constituye en un requisito ad *sustantianactus*, como sucede en todos aquellos en los que media la licitación.

Los demás requisitos se refieren a que haya perfeccionamiento del contrato pero que no pueda ejecutarse porque es obligatorio presentar la aprobación de la garantía única de cumplimiento y que exista el registro presupuestal (Dávila. 2016, p. 783). Del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que enumera las causales de nulidad de los contratos estatales, se infieren algunos requisitos esenciales que son: i) la celebración por personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad; ii) la existencia de una norma constitucional o legal que los prohíba: iii) la celebración con abuso o desviación de poder; iv) el desconocimiento e inaplicación de los criterios establecidos en el artículo 21 de la Ley 80.

Del texto de Expósito (2013), en el cual trata el tema de la forma y el contenido del contrato estatal, se infiere que los requisitos hay que extraerlos del conjunto normativo referido a la naturaleza solemne del contrato estatal, su forma (escrita por norma general y excepcionalmente consensual en los casos exceptivos en que la propia Ley lo autoriza) y en lo que tiene que ver con las formalidades, dice el autor, que estas se resumen en la aplicación del principio de planeación “desde la etapa anterior al inicio del procedimiento

de selección del contratista o de la celebración del contrato en los casos de contratación directa". Así mismo hay que mencionar la obligación de adjudicar teniendo en cuenta los requisitos de selección objetiva del contratista; el que se hayan cumplido los requisitos para que el contrato se perfeccione, la legalización de la ejecución y su liquidación. (p. 49-50).

No sobra decir que cada tipo de contrato incorpora solemnidades específicas que deben tomarse en cuenta. No obstante, la descripción de los elementos para que el contrato se celebre y produzca efectos jurídicos, el autor al referirse a las cláusulas esenciales "sin las cuales el contrato no producirá ningún efecto, respecto de lo querido por las partes" se refiere al objeto, al precio y al plazo (p.128). Sin embargo, en este trabajo se considera que la forma y las formalidades hacen parte de lo esencial del contrato administrativo y en él se incluyen el objeto, el precio y el plazo.

Troncoso M. (2015) ha sintetizado los requisitos los requisitos y los clasifica afirmando que existen los requisitos previos al contrato, cuya omisión impide el nacimiento del acto jurídico y son, de acuerdo con su criterio: "a. Competencia del funcionario para contratar. b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar. c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.

Entre los requisitos que concurren a la celebración del contrato: ": a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos. b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista. c. La firma del contrato por las personas autorizadas.

Y entre los requisitos posteriores están: "a. La aprobación por parte de la entidad competente. b. El pago del impuesto de timbre. c. La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto..." (p. 101)

Requisitos que introdujo la Ley 1882 de 2018

Con la aprobación de la mencionada ley se reformaron algunos artículos y se incluyen requisitos en la contratación estatal:

1. Los parágrafos 2° y 3° del artículo 30 de la ley 80 de 1993. Se establece la obligación, para los procesos de licitación pública para obras, de incluir dos sobres, uno con los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asignen puntajes diferentes a la oferta económica y otro sobre con la propuesta económica. Los documentos del primer sobre deberán ser publicados y el segundo se mantendrá cerrado hasta el momento de la adjudicación.
2. La Ley amplía la responsabilidad de consultores, asesores e interventores, quienes responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por las obligaciones derivadas de los contratos, como de los hechos u omisiones relativos que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.
3. Se asigna como obligación del contratista la de obtener la titularidad del permiso de intervención con el acompañamiento de arqueólogo.
4. Fijación del pliego único
5. Entrega de los requisitos y documentos

Frente a la contratación, se modifica el proceso de selección de oferentes, con el fin de lograr una participación más concurrente, transparente y competitiva para la adjudicación. La ley implementa la obligatoriedad de los pliegos tipo para obra pública, consultoría e interventoría de obra pública y le otorga la posibilidad al Gobierno de extenderlo a otro tipo de contratos o procesos.

Así mismo, para licitación de obra pública, estipuló la presentación de la oferta mediante dos sobres separados: (i) de requisitos habilitantes y (ii) con la oferta económica. Otras

reglas hacen referencia al alcance para subsanar ofertas. La ley estableció, adicionalmente, que la falta en la entrega de la garantía de seriedad de la oferta no es subsanable y dispuso que la entidad debe aceptar como experiencia de los oferentes la adquirida en contratos suscritos con particulares.

Los diferentes artículos incluidos en la ley están encaminados a lograr la mayor transparencia en la contratación, así como hacerla más eficiente. Se incorporan buenas prácticas y se pretende eliminar los pliegos de condiciones hechos con el fin de favorecer contratistas previamente seleccionados como beneficiarios de la adjudicación. Ahora bien, en cuanto a lo que tiene que ver con el artículo 410 del C.P., puede pensarse que se precisan algunos requisitos, así como los trámites, con lo cual se puede aclarar un poco la función interpretativa del juez penal, aunque subsiste una cantidad muy amplia de dichos requisitos y, en consecuencia, hay una remisión ambigua que vicia de inconstitucionalidad el citado artículo 410 precisamente, porque el principio de legalidad que fundamenta la tipicidad no tiene perfiles claros.

Límites jurisprudenciales al elemento normativo "contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales" en contratos sometidos a la licitación pública.

Teniendo en cuenta que los requisitos exigidos en las diferentes etapas constituyen un amplio repertorio de normas, la jurisprudencia se ha detenido en este problema con el fin de determinar la responsabilidad penal de conformidad con el artículo 410, ya citado.

Al asunto de los requisitos para la preparación, celebración y liquidación del contrato estatal se ha referido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la del Consejo de Estado.

Corte Constitucional

En la Sentencia C-917 (Corte Constitucional, 2001) se estableció claramente que cuando el artículo 410 del Código Penal describió como conducta delictual el trámite de contratos con inobservancia de los requisitos legales esenciales, o la celebración y

liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos, es necesario acudir a la norma legal vigente en cada tipo de contrato.

En la Sentencia C-818 (Corte Constitucional, 2005) se debatió el tema en relación con la falta de los requisitos esenciales como causal de una falta disciplinaria y se hizo hincapié en los principios de legalidad y tipicidad según los cuales es necesario que las conductas que dan lugar a la falta sean definidas con claridad y de manera taxativa, para efectos de que las normas cumplan con su función garantista y democrática, criterio que debe ser aplicado con mucha mayor razón en el proceso penal.

Corte Suprema de Justicia

En la Sentencia del 25 de septiembre del 2012, Expediente 35344 M.P. en el caso del alcalde de un municipio del Valle del Cauca, quien suscribió un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, en lo referente a la estructuración del tipo penal dispuso la Corte Suprema que estos requisitos corresponden al acatamiento de todas las disposiciones que desarrollan los principios que armonizan la contratación pública, referidos a la planeación, economía, responsabilidad, transparencia y el deber de selección objetiva, establecidos en la ley 80 de 1993 y disposiciones que la desarrollan y reglamentan, por tratarse de mandatos improrrogables, imperativos, innegociables e inderogables por voluntad de las partes.

En la Sentencia del 09 de abril del 2014, Expediente 37755 M.P. Eugenio Fernández Carlier "Alcalde de Leticia -presunta comisión del delito de Contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales por inobservancia de los presupuestos relacionados con la liquidación" Rad. SP4462/2014, se precisó que el incumplimiento de los requisitos legales en el trámite contractual es posible en: i) 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 liquidación). configuración del tipo penal reitera tesis de providencia 19392(18/12/06)

En la Sentencia del 22 de junio del 2016, Expediente 42930 M.P. Eugenio Fernández Carlier: los principios constitucionales, así como los legales, de la contratación estatal integran materialmente el tipo penal de celebración indebida de contratos; aquellos constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en esa materia. Responsabilidad del servidor público frente a criterios de descentralización y delegación. Esta sentencia daría lugar a afirmar que, si no es razonable aplicar las normas en temas disciplinarios, mucho menos podría hacerse dentro del ámbito penal.

En términos generales, han establecido los órganos de cierre que la responsabilidad penal desde la etapa precontractual, la suscripción del contrato y la liquidación del mismo, son los principios constitucionales y legales de la contratación los que integran materialmente el tipo penal de celebración indebida de contratos.

Dentro de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia es necesario destacar la Sentencia del SP7322 (Corte Suprema de Justicia, 2017) de la cual se puede afirmar que se establecen criterios diferentes a los planteados por la doctrina e incluso por el Consejo de Estado, a excepción de las fases del proceso de contratación en las que puede materializarse el delito contemplado por el artículo 410 del Código Penal, pues en cuanto a este existe unanimidad:

> La tramitación, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. Celebrarlo significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales. Mientras la liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación de contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución

Así mismo existe coincidencia con las demás sentencias en lo que tiene que ver con la necesidad de referirse en cada caso a los distintos contratos y sus exigencias para evaluar si existe o no desconocimiento de las normas legales.

Pero, en cuanto tiene que ver con la violación de los principios que rigen la contratación pública se separa la Corte Suprema de lo dispuesto en otras sentencias:

En apoyo de este criterio cita la decisión CSJ SP 3963, 22 mar. 2017, Rad. 40216, en la cual la Sala, basada en sus propios precedentes y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reiteró que los principios establecidos en el artículo 209 de la C.P. y los consagrados por el estatuto contractual son aplicables en todos los casos de contratos celebrados por la administración, pero aludir a ellos no significa que son suficientes para estructurar el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Agrega la Corte:

> Cuando ese complemento está constituido por principios, debe tenerse en cuenta que estos se caracterizan por tener "textura abierta", lo que puede limitar su eficacia directa, teniendo en cuanta que
>
> Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Como puede verse, es en este punto donde radica la contraposición normativa y jurisprudencial, siendo este criterio ajustado a un derecho penal garantista.

Consejo de Estado

Una de las sentencias que introdujo la actuación penal contra los funcionarios que hubiesen desconocido el principio de planeación, específicamente, fue la del Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia 27315 del 24 de abril de 2013, (Consejo de Estado, 2013) con la cual se dirimió la controversia contractual entre el demandante Jairo Ospina Cano y el Área Metropolitana de Bucaramanga. En esta se mencionan como antecedentes el principio de planeación como requisito fundamental, cuya ausencia da lugar a la nulidad absoluta del contrato, las sentencias del Consejo de Estado SECCIÓN TERCERA.Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287 y. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. (p. 9-11).

En esta sentencia se acogió lo afirmado tanto por el mismo Magistrado Santofimio Gamboa en su texto sobre los aspectos relevantes de la reforma a la Ley 80 y su impacto en los principios rectores, como la mencionada jurisprudencia de 2006, en el sentido de que deben observarse todos los parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos.

En la Sentencia 27315 se ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación contra los funcionarios que celebraron el contrato no. 0366-1, del cual se declaró la nulidad absoluta por infringir los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

Extractados de la Jurisprudencia de las altas Cortes, Secop (2019) ha elaborado una extensísima lista de infracciones al deber de cumplir con las exigencias constitucionales y

legales en la celebración de un contrato, frente a las cuales se citan las diferentes piezas judiciales y que constituye una forma para que los servidores públicos puedan conocer de antemano los requisitos y no incurran en conductas que impliquen responsabilidad penal

Conclusiones

Como se dijo al inicio de este trabajo, el tema que aquí se trató tiene una gran complejidad, precisamente por tratarse de la actividad estatal a la cual se refieren normas constitucionales, legales y administrativas.

Una conclusión importante tiene que ver con la determinación del bien jurídico protegido por el artículo 410 del Código, en tanto se trata de preservar la función del Estado que se cumple mediante el ejercicio extenso y ampliado de la contratación estatal. Es necesario que exista la debida tutela legal, teniendo en cuenta que el principio de transparencia que rige la contratación es el llamado a proteger las instituciones encargadas de satisfacer el interés general y de evitar al máximo la corrupción estatal. Si se trata de la ejecución de las obras encaminadas a satisfacer el interés general mediante el presupuesto estatal, el dinero deberá ser administrado con los mayores índices de transparencia. En cuanto a esta conclusión, existe un amplio consenso entre los doctrinantes y la jurisprudencia, de acuerdo con las normas que rigen la contratación.

Lo que no pudo evidenciarse en las normas fue la consagración legislativa de normas expresas, constituyentes de los requisitos esenciales que debe tener todo contrato estatal. Por ello es necesario el reenvío al gran número de otras normas que establecen las fases o etapas precontractual, contractual y de liquidación, que son de obligatorio cumplimiento y que en su ausencia se genera la responsabilidad penal de los servidores públicos. Es por esta razón que es necesario acudir a la doctrina, la cual ha propuesto la existencia de diversos requisitos, a partir de la interpretación legal y constitucional. Pero, fundamentalmente hay que acudir a la jurisprudencia constitucional que dispuesto acerca de la remisión, para a partir de ella entender y dar aplicación a las normas que generan las faltas de los servidores públicos.

Sin embargo, el análisis de la jurisprudencia y de los requisitos que comporta cada

contrato genera dificultades: el servidor público que interviene en la suscripción del contrato deberá estar en condiciones de revisar todas las fases de la etapa precontractual, de tal manera que no incurra en faltas al realizar su función. Idéntica situación se le presenta al funcionario liquidador del contrato.

De esta manera hay que decir que la conducta que puede llegar a acarrear una sanción penal puede darse muchos años después de celebrada la contratación y la responsabilidad se diluye en el sin número de actuaciones susceptibles de tipificar el delito.

Además, porque a partir de la ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación Pública), pueden presentarse diferencias interpretativas, como de hecho ocurre con relación a la conducta sancionada por el legislador, ya que, a pesar de la existencia de una gran cantidad de normas, no son estas las que fijan el contenido de los requisitos esenciales, sino que la jurisprudencia ha tenido un papel fundamental, además de la doctrina. En este sentido es claro que ante la falta de definición legal acerca de los requisitos esenciales en los contratos sometidos a licitación pública, han sido las altas cortes quienes mediante sus pronunciamientos y la doctrina con sus análisis las que han definido, para efectos de aplicación del artículo 410 del Código Penal, cuales son los requisitos cuya omisión da lugar a la sanción penal.

Aunque existe la aceptación del tipo penal en blanco, desde la dogmática es posible hacer críticas válidas, especialmente en lo que se refiere a la reserva de ley y al principio de legalidad, ya que son varios los principios de la contratación e incluyen un número considerable de requisitos en cada una de las etapas.

Referencias bibliográficas

AlcácerGuirao, R. (1998). Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la Filosofía Política. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de: http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/19alcacer.pdf

Asamblea Constituyente Francesa (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. [Versión digital] En: http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm. Consultada en abril 4 de 2019.

Castro Cuenca, C. G. (2009). La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España.

Chanjan H. Dt. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública", en Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 38, n.º 104, enero-junio de 2017, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 121-150. DOI: https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04.

Corte Constitucional (30 de marzo de 1993). Sentencia C-127 de 1993 [Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional (22 de febrero de 1996). Sentencia C-070 de 1996 [Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional (2 de junio de 1999). Sentencia C-400 de 1999 [Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional (29 de agosto de 2001). Sentencia C-917 de 2001. [Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (5 de julio de 2001). Sentencia C-710 de 2001 [Magistrado ponente:

Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional (22 de febrero de 2012). Sentencia C-121 de 2012 [Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional (5 de septiembre de 2001). Sentencia C-949 de 2001) [Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional (11 de marzo de 2003) Sentencia C-205 de 2003 [Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional (1 de agosto de 2006). Sentencia C-605 de 2006 [Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional (22 de febrero de 2012). Sentencia C-121 de 2012 [Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional (16 de mayo de 2012). Sentencia C-365 de 2012 [Magistrado Ponente: Jorge Ignacio PreteltChaljub].

Corte Constitucional (13 de abril de 2016). Sentencia C-181 de 2016. [Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional (marzo 30 de 1993). Sentencia T-127 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional (29 de agosto de 2001) Sentencia C-917 de 2001. [Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (4 de agosto de 1999) Sentencia C-559 de 1999. [Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional (9 de agosto de 2005). Sentencia C-818 de 2005 [Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional (2 de julio de 1999). Sentencia 400 de 1999 [Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional (1° de agosto de 2006). Sentencia C-605 de 2006 [Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra].

Consejo de Estado (2013). Sala plena Contencioso Administrativa. Sentencia n° 68001-23-15-000-[Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2013). *Sentencia de 24 de abril de 2013, exped. 27.315.* Bogotá: Consejo de Estado.

Corte Suprema de Justicia (2004). Sentencia: CSJ-SPENAL-20213-2004. Recuperada de:https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/documento/29995

Corte Suprema de Justicia, (12 de diciembre de 2005) Expediente 23899. [Magistrada Ponente: Marina Pulido de Barón]

Corte Suprema de Justicia (24 de mayo de 2017) Sentencia SP 7322-2017, Radicación n° 49819 [Magistra ponente: Patricia Salazar Cuéllar]

Expósito Vélez, J.C. (2013). Forma y contenido del contrato estatal. Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Ferrajoli, Luigi; Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales, pp. 5 y ss. Traducción del Prof. Walter Antillón M., Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Publicado en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16993.pdf. Consultado en abril de 2019

Leyva Estupiñán, M.A., Lugo Arteaga, L. (2015). El bien jurídico y las funciones del Derecho Penal. Revista Derecho penal y Criminología, Vol. 36 n° 100, Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4482

López, B. (2011) El concepto de administración pública. Revista Plaza Pública. Recuperado de http://www.plazapublica.com.gt/content/el-concepto-de-administracionpública el 11 de noviembre de 2014.

MIR PUIG, Santiago: «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "Iuspuniendi"». Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIV (1991). Cursos e Congresos nº 64 Servizo de Publicacións da Universidad de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-731-9, pp. 204-215.

Muñoz Conde, F. (1975). Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. España: Ed. Tirant lo Blanc

Prias Bernal, J.C. (2018). Bien jurídico y teoría sociológica del Derecho. Revista Internacional de Derecho Penal contemporáneo, n° 62. Ediciones Legis, Bogotá, pp. 5-42

Rico Puerta, L.A. (2015). Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Ediciones Leyer, Bogotá

Roxin, C. (2013) El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2013, núm. 15-01, p. 01:1-01:27. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdfISSN 1695-0194 [RECPC 15-01 (2012).

SECOP (2019). Contrato sin cumplimiento de los requisitos esenciales. Jurisprudencia. En: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/31795 consultado en mayo de 2019

Sepúlveda López, M.I. (2016). Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales en Colombia al interés indebido en la celebración de contratos. Universidad Militar Nueva Granada, Maestría en Derecho Procesal Penal, Bogotá. Recuperado de: https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/7713/ART%ECCULO%20MAESTRIA-%20MARTHA%20SEPULVEDA.pdf?sequence=1

Troncoso M. J. (2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana 101 Revista Academia & Derecho, Año 6. N° 10 Enero-Julio 2015. ISSN 2215-8944 p.p. 91-118

Welzel, Hans, (1976) Derecho penal alemán, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976

Vega Arrieta, (2016). El análisis gramatical del tipo penal. En Justicia, 29, 53-71. http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233

Velásquez V. F. (1983). Consideraciones sobre los principios rectores de la Ley Penal Colombiana. Conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma Latinoamericana el 24 de mayo de 1983. [Versión digital] En: publicaciones.eafit,edu.com/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/…/3739/

Zaffaroni, E.R. (2009). Estructura básica del Derecho Penal. Ediar. Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires Argentina