

**LA IMPUTACIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE
CONTRATOS**

MARLON JAIME CHÁVES RINCÓN

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM
CHÍA
2011**

**LA IMPUTACIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE
CONTRATOS**

MARLON JAIME CHÁVES RINCÓN

**Ensayo de grado presentado como requisito para optar al título de especialista en
contratación estatal**

Asesor

DR. ORLANDO RAMÍREZ GAMBOA

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS - FORUM
CHÍA, 2011**

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo de grado es reflexionar sobre el tema de manera responsable, sugiriendo ideas y señalando el camino sin pretender llegar a soluciones definitivas, pues se trata de un ensayo jurídico personal y no de un trabajo de tesis propiamente dicho.

Teniendo en cuenta lo anterior, me permito exponer mi análisis frente a la Teoría de la Imputación Objetiva, porque es el estudio previo que debe efectuar la Fiscalía antes de solicitar audiencia de formulación de la imputación ante el juez de control de garantías para informar un delito de los de Celebración Indebida de Contratos al indiciado

Por tal motivo es interesante saber que esta teoría tiene una estructura doctrinal desarrollada por los alemanes con el “Finalismo”¹ y aportada a Colombia por varios doctrinantes, entre otros, por el doctor Yesid Reyes Alvarado.²

Fundamentalmente la Teoría de la Imputación Objetiva hace dos clases de preguntas que deberán ser contestadas en su integridad porque son esenciales para que quede completa y mejor formulada la Imputación o, por el contrario, tenga que proceder el ente investigador inexorablemente al correspondiente archivo de las actuaciones.

La primera pregunta es la siguiente: “¿Cuándo se genera un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho penal?”.³

¹ SANCHEZ, E. La Dogmática de la Teoría del Delito, evolución científica del sistema del delito. Primera edición. Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 128. *“La corriente finalista del derecho nace como una reacción frente al pensamiento causal, y fue diseñada y sistematizada por el jurista **Welzel** quien es reconocido como su autentico creador”.*

² REYES, Y. *Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2005.*

La segunda pregunta es: “¿Cuándo ese riesgo es el mismo que se ha concretado en la producción de ese resultado?”.⁴

De acuerdo con la respuesta a estas preguntas, se sabrá según la teoría, “cuándo la lesión a un bien jurídico debe ser considerada como la obra de un determinado sujeto, y cuándo dicha afectación es solamente producto de la casualidad, la mala suerte o el destino”.⁵

Esta Teoría de la Imputación Objetiva manifiesta que “consiste en demostrar que el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y también que ese riesgo es el mismo que se ha concretado en la producción del resultado. En consecuencia, si el resultado es producto de un riesgo distinto, no puede serle atribuido al autor”.⁶

De ahí que se constituye en el análisis previo que tiene que agotar el operador jurídico para saber si existe o no la ocurrencia de uno de los delitos de Celebración Indevida de Contratos, es decir, con el aporte de esta teoría quedará mejor formulada la imputación, ya que es producto de la evolución dogmática del derecho penal que hace que este mundo sea más justo, que no se imputen delitos por el mero causalismo sino que existan más razones de orden lógico y racional que determinen con precisión cuándo un delito es la obra de una determinada persona.

³ *Ibíd.* Pág. 90

⁴ REYES, Y. *Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2005. Pág. 204.*

⁵ *Ibíd.* Pág. 2.

⁶ *Ibíd.* Pág. 89.

DESARROLLO

Es importante tener en cuenta el artículo 09 del Código Penal colombiano que manifiesta “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado,..”. Entonces es de advertir que se debe analizar con detenimiento esta teoría antes de realizar cualquier otro análisis.

Por ello, tenemos que saber que la causalidad consiste en la realización de una determinada conducta y su posterior resultado, pero esto no es suficiente para imputar un determinado delito, sino que se necesita de algo más, es decir, de una imputación objetiva que determine la generación del riesgo desaprobado y que ese riesgo se concrete en la producción efectivamente de un resultado, o sea, que el riesgo sea la causa del resultado.

Además es importante el Principio de la Auto – Responsabilidad, que de acuerdo con la teoría consiste en “que cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás”.⁷

Lo anterior para descifrar las preguntas de la teoría: “¿Qué es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado? Crear un riesgo jurídicamente desaprobado consiste en exceder los límites del Riesgo Permitido, el Principio de Confianza, la Prohibición de Regreso, y las Acciones a Propio Riesgo y que estén desaprobados por el ordenamiento jurídico.”⁸

⁷ REYES, Y. *Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2005. Pág. 148*

⁸ REYES, Y.

También “¿Qué quiere decir que el riesgo resulte concretado en el resultado? Quiere decir que el resultado sea producto de ese riesgo creado y desaprobado, porque si el resultado es producto de un riesgo distinto, no puede serle atribuido al autor, y su conducta debe ser valorada conforme a las reglas de la tentativa en el caso de delitos dolosos, o quedar impune en el evento de que se trate de un ilícito imprudente.”⁹

Cabe acotar que existe la necesidad de una relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante para que quede completa la imputación del ente investigador.

Así las cosas, es necesario abordar los delitos de la Celebración Indebida de Contratos (Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades; Interés Indebido en la Celebración de Contratos; y Contratos sin Cumplimientos de Requisitos Legales), y lo primero que hay que decir es que la misión esencial de la administración pública es la prestación del servicio público, que desde luego cumple el Estado por intermedio de todos sus servidores, ellos sirven a la comunidad en representación del Estado. El servicio público es una función que se cumple por todo el conjunto de órganos del Estado y por todos los sujetos empleados suyos, porque a todos se encargó la posibilidad de lograr el bienestar común.

El artículo 123 de la Constitución Política, se encuentra en el capítulo segundo del título quinto denominado “de la función pública” y en él se otorga a todos los miembros de la administración pública la denominación común de “servidores públicos”¹⁰.

⁹ REYES, Y.

¹⁰ ART 123 CP: “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados, los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que desempeñen temporalmente funciones públicas y regulará su oficio”.

Además, para efectos de la ley penal, todo empleado al servicio del Estado, sea la Nación, el Departamento o el Municipio, es un servidor público. Igualmente el artículo 20 del Código Penal titula “servidores públicos” en este mismo sentido.¹¹

En consecuencia, los delitos que atenten contra el bien jurídico de la administración pública sólo los puede realizar el servidor público y más aún en los delitos de Celebración Indebida de Contratos, que contiene sujetos activos cualificados.

Respecto del artículo 408 del Código Penal que se titula Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilitaciones e Incompatibilidades,¹² se puede decir que es necesario tener en cuenta que la competencia para contratar sufre restricciones bajo las reglas de inhabilitaciones e incompatibilidades consagradas taxativamente en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.¹³

También resulta indispensable diferenciar entre los conceptos de Inhabilidad e Incompatibilidad, así:¹⁴ Inhabilidad es el defecto o impedimento para obtener o ejercer

¹¹ Art. 20 CP “para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la comisión nacional ciudadana para la lucha contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

¹² Art 408 CP: “el servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilitaciones o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

¹³ Art 8 Ley 80 de 1993

¹⁴ Diccionario Planeta de la Lengua Española. Bogotá: Editorial Planeta S.A, 1982.

un empleo u oficio, y la Incompatibilidad es la repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, es el impedimento para ejercer dos o más cargos a la vez.

Es más, hay que tener en cuenta la advertencia de la Constitución Política en su artículo 127¹⁵ donde expresamente prohíbe que el servidor público realice contratos con la administración.

Incluso, la Constitución se refiere a las incompatibilidades en el artículo 128 indicando que nadie podrá tener más de un empleo público ni ganar más de una asignación.¹⁶

En este entendido, la Ley 80 de 1993 artículos 8, 9, y 10¹⁷ consagra de manera general las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, así como las sobrevinientes y las correspondientes excepciones.

Se ha establecido la estructura del tipo penal¹⁸ por la doctrina donde se analiza todos los elementos del tipo, simplemente hay que recordar que este delito no admite

¹⁵ Constitución Nacional. Art 127: “los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo, las excepciones legales”.

¹⁶ *Ibíd.*, Art 128: “Sobre las incompatibilidades la constitución se refiere en el artículo 128 en los siguientes términos: nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo, los casos expresamente determinados por la ley”.

¹⁷ Art. 8, 9, 10, de la Ley 80 de 1993.

¹⁸ FERREIRA, F. *Derecho Penal Especial*. Tomo II. Editorial Temis. 2006. Artículo 408: “Sujetos activo: el servidor público; abuso de poder: es eminentemente funcional; acción descrita: señalada por el verbo violar, referido al régimen constitucional y legal sobre inhabilidades e incompatibilidades para la contratación con el Estado.” El núcleo rector del tipo en estudio es el verbo violar, que es infringir o quebrantar una ley o un precepto. En consecuencia, hay delito cuando el autor cualificado por el servicio público interviene en la tramitación o aprobación o celebración de un contrato con la administración pública, lo que significa que es un tipo de daño o lesión, que se agota con un resultado en el mundo exterior. El choque antijurídico se produce al expresar el autor su intervención en el contrato administrativo, aunque este no se perfeccione nunca. Este delito no admite tentativa porque solo el

tentativa porque sólo el interés, se queda en el ámbito de lo subjetivo y sin que aparezca en el mundo de lo fenoménico, por lo tanto, no es punible.

Así mismo, el artículo 409 ídem, titula Interés Indevido en la Celebración de Contratos.¹⁹ Igualmente el análisis de su estructura ha sido desarrollada por la doctrina y se puede decir que en esta norma hay que tener en cuenta que el sujeto activo del delito es el servidor público, que debe tener en cuenta el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y a él le corresponde asegurar exclusivamente la realización del interés general.

La conducta reprochada al servidor consiste en el hecho de que éste se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o de sus funciones.

Pero no se puede perder de vista que, en todos los casos, la actuación del servidor público debe dirigirse a la obtención de un determinado resultado que beneficie al propio agente o a un tercero, es decir, ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas por parte del servidor, las cuales se traducen en el abandono de sus deberes y ponen en entre dicho su imparcialidad y transparencia en la gestión contractual evidenciando la configuración de la conducta reprochada penalmente.

interés, se queda en el ámbito de lo subjetivo y sin que aparezca en el mundo de lo fenoménico, por lo tanto, no es punible.

¹⁹ Art 409 CP: “el servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

El artículo 410 del Código Penal se titula Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales.²⁰ En este tipo penal, hay que acudir a la Ley 80 de 1993, a la Ley 1150 de 2007 y a todos los decretos reglamentarios para determinar cuáles son los procedimientos a seguir en cada una de las etapas del proceso contractual, es decir, cuáles pasos hay que seguir en la etapa pre – contractual, contractual y post – contractual; de esta forma se sabrá cuáles son los requisitos esenciales de todo el trámite contractual pues su inobservancia constituye una conducta punible.

También en este tipo el sujeto activo es cualificado el cual debe velar por la transparencia de la actividad contractual de manera que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella.

Por tanto, es hora de preguntar, específicamente, ¿cuándo un servidor público genera un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho penal en los delitos de celebración indebida de contratos? Y también ¿cuándo ese riesgo es el mismo que se concreta en la producción de ese resultado?

Desde la perspectiva de la Teoría de la Imputación Objetiva, los elementos del tipo penal de cada uno de los tres diferentes delitos de celebración indebida de contratos y los principios de la contratación estatal tenemos lo siguiente:

²⁰ Art 410 CP: “el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

DELITO DE VIOLACIÓN AL REGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ARTÍCULO 408 CP.

La primera condición para estar en capacidad de crear un riesgo jurídicamente desaprobado frente al Delito de Celebración Indebida de Contratos es la de tener la condición de servidor público, es decir, que el delito es de aquellos que exigen la intervención de un sujeto activo cualificado.

En segundo lugar, se requiere que se encuentre en ejercicio de sus funciones e intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato, y que además se dé un abuso del poder, es decir, excederse en sus competencias u omitir las mismas

En tercer lugar, que realice la acción descrita de “violar” referido a las inhabilidades e incompatibilidades para la contratación, es decir, que infrinja o quebrante lo referente a las inhabilidades e incompatibilidades y por consiguiente cause un daño o lesión que se agota con un resultado en el mundo exterior.

Además, este tipo penal requiere como presupuesto una modificación del mundo exterior y se exige un vínculo entre la acción y el resultado. Hay que demostrar la causalidad y después someterse el comportamiento a criterios de valoración que surgen del ordenamiento jurídico, para determinar si el nexo entre acción y resultado es relevante para el tipo penal.

En otras palabras, de lo que se trata es de separar causalidad de la imputación porque una conducta sólo puede ser imputada cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción de un resultado.

O bien, dicho de otro modo, lo que se quiere significar es que no toda conducta que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos, es relevante para el tipo penal, se requiere que el peligro este desaprobado por el ordenamiento jurídico.

Para determinar si un peligro se encuentra prohibido entran en consideración cuatro instituciones básicas, que son, según la teoría, “El Riesgo Permitido, El Principio de Confianza, La Prohibición de Regreso y Las Acciones a Propio Riesgo”.²¹

Me referiré a las que tienen que ver con el tema de la contratación estatal, a saber: en el Principio de Confianza,²² se debe tener en cuenta que un conglomerado social debe funcionar de tal manera que sus integrantes llenen las expectativas de comportamiento que de ellos se esperan, quien se desenvuelve en las relaciones interpersonales puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su status, a su rol.

El Principio de Confianza encuentra uno de sus fundamentos en el Principio de la Auto Responsabilidad y se utiliza en el ámbito de la realización de trabajo en equipo, un ejemplo de ello se encuentra en los temas de la contratación estatal que se requiere de un equipo de trabajo y el servidor público puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que les ha sido asignada.

²¹ REYES, Y.

²² REYES, Y. *Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2005, Pagina 148: “Bajo ideales circunstancias, una comunidad social debería funcionar de manera tal que sus integrantes, sin excepción, llenaran las expectativas de comportamiento que de ellos se esperan, razón por la cual, cuando determinadas conductas se apartan de los criterios trazados por la sociedad se recurre al empleo de mecanismos que, como el derecho, tienen la pretensión de reconducir la actividad de las personas en busca de ese ideal de convivencia social”.*

Por ejemplo, se da el caso del representante legal de una entidad que trabaja en equipo con la oficina de contratación y su equipo de trabajo no cumple con la función de examinar si los oferentes y la entidad no infringen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y contratan con un oferente incurso en tal prohibición.

Este principio de confianza tiene sus excepciones y éstas se presentan cuando surgen circunstancias especiales a partir de las cuales se pueda inferir que el otro no va a cumplir con sus deberes que emanan de su rol, o cuando el deber de cuidado de una persona consiste precisamente en la vigilancia y control de otras que se encuentran bajo su dependencia.

Por esta razón si el comportamiento indebido no tuvo influencia en la producción del resultado, opera a plenitud el principio de confianza y excluye la tipicidad del comportamiento.

Ahora, en la Prohibición de Regreso²³ el tema se resuelve respecto de la “dirigibilidad del suceso”, es decir, la posibilidad de imputación termina cuando el sujeto pierde el dominio sobre el suceso, cuando ya no cuenta con la oportunidad de intervenir en la dirección del acontecimiento y por eso no le es imputable.

En este punto se puede citar el ejemplo del servidor público que encarga en su equipo de trabajo la función de analizar en los oferentes si existe alguna inhabilidad e incompatibilidad y su equipo no realiza tal función, entonces este pierde el dominio del

²³ REYES, Y. *Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2005, Pagina 130: “La teoría de la prohibición de regreso es aceptada en la doctrina moderna, se trata de un ámbito de colaboración dolosa o culposa de un tercero en la realización del tipo penal, sin que exista responsabilidad para ese partcipe. Son casos de participación aparente en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito, cuando esta situación se ha creado con base en un riesgo permitido”.*

suceso y por este motivo esa conducta no puede serle imputada. Lo verdaderamente importante en este caso es determinar cuándo el representante legal perdió la dirigibilidad del suceso.

Así mismo, quedando establecida la creación del riesgo, es necesario analizar que el resultado sea producto de la creación del riesgo desaprobado para que pueda estar completa la correspondiente imputación²⁴

Vale decir, haber tramitado, aprobado o celebrado contrato con violación al régimen legal o constitucional sobre inhabilidades e incompatibilidades, entonces se han establecido diversos criterios de solución y los principales son según la doctrina: “el fin de protección de la Norma, la Elevación del Riesgo, y el Comportamiento Incorrecto de un Tercero o de la Víctima”.²⁵ Me referiré a lo pertinente para la contratación estatal.

Respecto del fin de protección de la norma,²⁶ hay que decir que su contenido básico consiste en que las normas de cuidado no están instituidas para disminuir toda clase de riesgos, sino para evitar la realización de determinados resultados, o sea aquellas conductas cuya ejecución no busca ser evitada por la norma, no pueden ser tenidas como riesgos jurídicamente desaprobados.

²⁴ REYES, Y. *Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2005, Pagina 203: “Existen oportunidades en las que respecto de una persona puede ser predicada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y sin embargo un juicio completo de imputación objetiva aparece como inadecuado debido a que el resultado penalmente relevante no guarda relación con la conducta generadora de dicho riesgo”.*

²⁵ REYES, Y.

²⁶ *Ibíd.*, Pagina 219: “Buscando precisar en algo las funciones que debería cumplir el fin de protección de la norma, se lo ha relacionado directamente con el concepto del riesgo permitido, al señalar que aquellas conductas cuya ejecución no busca ser evitadas por la norma, no pueden ser tenidas como riesgos jurídicamente desaprobados”.

Esencialmente, una conducta sólo puede serle imputable a alguien cuando la respectiva norma se proponga evitar esa clase de comportamientos, por ende, si el resultado producido no es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado, no le es imputable a quien ha originado el riesgo jurídicamente desaprobado.

Por ejemplo un servidor público representante legal (alcalde) de un municipio cualquiera, decreta la urgencia manifiesta para obviar el procedimiento de selección objetiva del contratista y adjudica el contrato a su mejor amigo. Con este ejemplo se logra establecer que el fin de protección de la norma de Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades es precisamente que no se pase por alto esa normatividad sobre inhabilidades e incompatibilidades que quiere evitar el nepotismo, en este ejemplo el alcalde genera un riesgo distinto, protegido por otra clase de norma jurídica.

DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. ARTÍCULO 409 CP.

La primera condición para estar en capacidad de crear un riesgo jurídicamente desaprobado frente a este delito²⁷ es la de tener, el sujeto activo, la calidad de servidor público.

Además, el abuso de poder puede darse en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones.

²⁷ REYES, Y. *Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2005, Página 112: “es importante resaltar la existencia de un riesgo desaprobado como primer elemento de la imputación objetiva. El funcionario debe establecer si del análisis de la situación concreta se desprende que de ese desobedecimiento a reglas generales del comportamiento constituye o no un riesgo jurídicamente desaprobado, valoración que corresponde a un aspecto eminentemente jurídico, y no fáctico”.*

También, la acción realizada debe ser interesarse, pero debe advertirse que ese interés debe concretarse en actos reales, se trata de un interés con proyección fenoménica, porque de lo contrario, el simple interés que no se ha concretado en intervenir en la elaboración, aprobación o celebración del contrato que lo beneficiará o beneficiará a terceros resultaría inocuo para el derecho penal y por tanto no sería imputable la conducta.

Es más, en este tipo penal también se requiere como presupuesto una modificación del mundo exterior y se exige un vínculo entre la acción y el resultado.

En realidad, habrá que demostrarse la causalidad y después someter el comportamiento a criterios de valoración que surgen del ordenamiento jurídico, para determinar si el nexo entre acción y resultado es relevante para el tipo penal.

De igual manera, respecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado se puede establecer que el Principio de Confianza encuentra aquí su aplicación porque quien participa en el tráfico social puede esperar de otras personas un comportamiento ajustado a su status, el representante legal de una entidad puede confiar en que su equipo de trabajo, es decir, la oficina jurídica, el comité de evaluación etc., desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada y que no se comportarán dolosamente.

Al igual que el anterior artículo, respecto de la Prohibición de Regreso, el tema se resuelve respecto de la “dirigibilidad del suceso”, es decir, la posibilidad de imputación termina cuando el sujeto pierde el dominio sobre el suceso, cuando ya no cuenta con la oportunidad de intervenir en la dirección del acontecimiento y por eso no le es imputable.

Entonces, quedando establecida la creación del riesgo, es necesario analizar que el resultado sea producto de la creación del riesgo desaprobado para que pueda estar completo el Juicio de Imputación Objetiva.²⁸

Vale decir, haberse interesado de manera efectiva, provocando un cambio en el mundo exterior, en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones.

Debe quedar claro que se trata de una relación que necesariamente debe existir entre en riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante para poder afirmar que este último es objetivamente imputable a determinada persona.

Entonces, teniendo en cuenta los diversos criterios para determinar que ese riesgo es el mismo que se ha concretado en el resultado, me referiré al Fin de Protección de la Norma, la Elevación del Riesgo, y el Comportamiento Incorrecto de un Tercero o de la Víctima, en lo que tiene que ver con la contratación estatal.

En cuanto al Fin de Protección de la Norma, se sabe que una conducta sólo puede serle imputable a alguien cuando la respectiva norma se proponga evitar esa clase de comportamientos.

Por ende, si el resultado producido no es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado, no le es imputable a quien ha originado el riesgo jurídicamente desaprobado, o

²⁸ REYES, Y. *Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2005, Página 207: “en consecuencia, consideramos que la denominación correcta debe ser la de – realización de riesgos – porque permite comprender inequívocamente que lo que se pretende destacar es la necesidad de existencia de un vínculo entre conducta y resultado, el cual solamente estará presente cuando el riesgo jurídicamente desaprobado haya sido el mismo que se realizó en el resultado penalmente relevante”.*

sea, aquellas conductas cuya ejecución no busca ser evitada por la norma, no pueden ser tenidas como riesgos jurídicamente desaprobados.

Por ejemplo, el servidor público que se interesa en el trámite de un proceso contractual pero que su comportamiento no se ha concretado en el mundo de lo fenoménico, entonces resultaría inocuo punir tan solo un simple interés, un simple pensamiento y ese no es el fin de protección de la norma, su fin consiste en punir el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor público.

DELITO DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. ARTÍCULO 410 CP.

Como presupuesto para la tipicidad, se genera el riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho penal, primeramente, cuando el sujeto agente tiene la calidad de servidor público.²⁹

También cuando realiza la acción descrita que consiste en tramitar contrato sin observar los requisitos legales esenciales o lo celebre o lo liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Los requisitos se encuentran consagrados en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y todos sus decretos reglamentarios. Algunos de ellos son, estudios previos; pliegos de condiciones; publicidad; acto de apertura de la convocatoria pública; aclaración de pliegos; audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos; presentación de ofertas; evaluación; adjudicación y/o declaratoria de desierta; contrato; liquidación, entre otros.

²⁹ FERREIRA, F. "Derecho Penal Especial". Tomo II. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2006, Pagina 380: Sujetos Activos: señalados por las palabras servidor público y su concreción en el artículo 63 ídem.

Además de lo dicho, hay que advertir que en este tipo penal no cabe la culpa, pues es un delito doloso y tampoco cabe la tentativa.³⁰

Más aun, también hay que manifestar como en los anteriores tipos penales que, en este tipo penal también se requiere como presupuesto una modificación del mundo exterior y se exige un vínculo entre la acción y el resultado.

Habrà que demostrar la causalidad y después someter el comportamiento a criterios de valoración que surgen del ordenamiento jurídico, para determinar si el nexo entre acción y resultado es relevante para el tipo penal.

De la misma forma, respecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se puede establecer que el Principio de Confianza encuentra aquí su aplicación porque quien participa en el tráfico social puede esperar de otras personas un comportamiento ajustado a su status, el representante legal de una entidad puede confiar en que su equipo de trabajo, es decir, la oficina jurídica, el comité de evaluación etc., desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada y que no se comportarán dolosamente.

Cabe acotar que, en este tipo penal, al representante legal le asiste el deber de cuidado, de vigilancia y control de su equipo de trabajo, que se encuentra bajo su dependencia (oficina de contratación) para que no se pretermita ningún requisito legal esencial.

³⁰ FERREIRA, F. D. *“Derecho Penal Especial”*. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis S. A. 2006, pagina 382: *Son delitos dolosos, lógicamente no cabe la culpa.*

El representante legal no podrá escudarse en el principio de la prohibición de regreso manifestando que él había perdido la dirigibilidad del suceso. Estos son requisitos legales esenciales, circunstancias especiales que no se pueden pasar por alto so pena de pisar terreno penal. Ejemplo adjudicar el contrato sin cumplir con los requisitos de publicación del SECOP y ejecutarlo contrariando abiertamente el pliego de condiciones.

Por lo tanto, quedando establecida la creación del riesgo, es necesario analizar que el resultado sea producto de la creación del riesgo desaprobado para que pueda estar completo el Juicio de Imputación Objetiva. Es decir, tramitar contrato sin observar los requisitos legales esenciales o lo celebre o lo liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Hay que ser reiterativo en que se trata de un relación que necesariamente debe existir entre en riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante para poder afirmar que este último es objetivamente imputable a determinada persona. Entonces teniendo en cuenta los diversos criterios, me referiré al fin de protección de la norma, elemento que tiene que ver con la contratación estatal.

Vale decir, en cuanto al fin de protección de la norma, se ha manifestado en los anteriores tipos penales, que una conducta sólo puede serle imputable a alguien cuando la respectiva norma se proponga evitar esa clase de comportamientos.

Por ende, si el resultado producido no es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado, no le es imputable a quien ha originado el riesgo jurídicamente desaprobado, o sea, aquellas conductas cuya ejecución no busca ser evitada por la norma, no pueden ser tenidas como riesgos jurídicamente desaprobados.

En esta norma hay que tener mucho cuidado y proceder a analizar cuáles son los requisitos legales esenciales, y cuáles no son esenciales porque de acuerdo con ello se podrá establecer que el resultado de la conducta punible sea producto de la creación del riesgo desaprobado.

Por ejemplo: El servidor público que omite la publicidad en el SECOP de los actos que allí deben estar publicados. Este es un requisito esencial pues la no publicación de las actuaciones que allí deben publicarse, vulnera el principio de la selección objetiva completamente, entonces se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y se ha concretado en un particular resultado que es la omisión de un paso esencial en el proceso contractual, sin el cual, no puede ser posible la contratación estatal.

Este es el fin de protección de la norma, evitar estos comportamientos antijurídicos.

Pero al contrario, si no son requisitos esenciales, como por ejemplo, la omisión por parte del comité evaluativo de solicitar algún documento no necesario para la calificación de la propuesta, no se puede hablar de que ese riesgo se concrete en la producción de un resultado, porque si bien es cierto, se creó el riesgo de no solicitar tal documento, esa actuación no se concreta en el fin de protección de la norma porque la norma no está reprochando esa clase de comportamientos, ella quiere evitar los comportamientos que tienen que ver con los requisitos esenciales porque los no esenciales no los cobija.

CONCLUSIONES

En primer lugar, la Teoría de la Imputación Objetiva se constituye en una figura jurídica imprescindible en el análisis previo que tiene que realizar el operador jurídico frente a los delitos de la Celebración Indebida de Contratos.

Como segunda medida, esta teoría permite determinar con precisión cuándo la lesión a un bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública, especialmente de la Celebración Indebida de Contratos³¹ (Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilitaciones e Incompatibilidades; Interés Indebido en la Celebración de Contratos; y Contratos sin Cumplimientos de Requisitos Legales), debe ser considerada como la obra de un determinado sujeto y serle imputada.

En tercer lugar es importante tener en cuenta para su análisis las preguntas de esta teoría ¿cuándo un servidor público genera un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho penal en los delitos de celebración indebida de contratos? Y también ¿cuándo ese riesgo es el mismo que se concreta en la producción de ese resultado?

Cuarto, para dar respuesta a estos interrogantes es necesario tener presente los principios de la teoría, es decir, “El Riesgo Permitido, El Principio de Confianza, La Prohibición de Regreso y Las Acciones a Propio Riesgo, el fin de Protección de la

³¹ FERREIRA F. *Derecho Penal Especial*. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2006, página 372: *el Legislador de 1936 “estableció una figura típica de contratación indebida por quién desempeñaba cargo público, cuando abusando de su poder, violenta toda ritualidad fiscal y administrativa para adjudicar un contrato en beneficio de terceros, que no lo merecían de este modo. Lo llamó negociaciones incompatibles con el empleo público. El anteproyecto de 1974 modificó la denominación del capítulo IV del título 3 del libro 2 del código de 1936: en vez de negociaciones incompatibles puso el más extenso de negociaciones incompatibles y enriquecimiento ilícito. En el anteproyecto de 1976 se hizo desaparecer este tipo, como cohecho. En el anteproyecto de 1978 se colocó como parte de un capítulo al que llamó, de la celebración indebida de contratos”.*

Norma, la Elevación del Riesgo, y el Comportamiento Incorrecto de un Tercero o de la Víctima".³²

En quinto lugar, el análisis de la Teoría de la Imputación Objetiva y los elementos del tipo de los delitos de celebración indebida de contratos, junto con los principios de la contratación estatal permiten establecer lo que a cada persona puede serle imputado.

Por último, este análisis hace parte de la moderna teoría del delito que ha sido producto de la evolución científica del sistema del delito.

BIBLIOGRAFIA

³² REYES, Y.

ARBOLEDA, M. Código Penal y de procedimiento penal. Vigésimoquinta Edición. Editorial Leyer, 2010.

FERREIRA, F. Derecho Penal Especial. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2006.

REYES, Y. Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2005.

RICO, L. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Sexta Edición. Editorial Leyer, 2009.

SANCHEZ, E. La Dogmática de la Teoría del Delito, evolución científica del sistema del delito. Primera edición. Universidad Externado de Colombia, 2007.

VELÁZQUEZ, F. Derecho Penal, Parte General. Cuarta Edición. Librería Jurídica COMLIBROS, 2009.

Decreto 2474 de 2008 por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

Ley 80 de 1993, Contratación Administrativa.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales aplicables sobre la contratación con recursos públicos.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS - FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN

No.	VARIABLES - ASPECTOS	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	Contratación Estatal
2	TÍTULO DEL PROYECTO	La Imputación Penal en los Delitos de Celebración Indebida de Contratos
3	AUTOR(es)	Cháves Rincón Marlon Jaime
4	AÑO Y MES	Junio de 2011
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	Ramírez Gamboa Orlando
6	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	Comercio
7	TIPO DE INVESTIGACIÓN	Ensayo
8	OBJETIVO GENERAL	Análisis de la Teoría de la Imputación Objetiva como el estudio previo que debe efectuar la Fiscalía antes de solicitar audiencia de formulación de la imputación ante el juez de control de garantías para informar un delito de los de Celebración Indebida de Contratos al indiciado.

9	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<p>Fundamentalmente la Teoría de la Imputación Objetiva hace dos clases de preguntas que deberán ser contestadas en su integridad porque son esenciales para que quede completa y mejor formulada la Imputación o, por el contrario, tenga que proceder el ente investigador inexorablemente al correspondiente archivo de las actuaciones. La primera pregunta es la siguiente: “¿Cuándo se genera un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho penal?”. La segunda pregunta es: “¿Cuándo ese riesgo es el mismo que se ha concretado en la producción de ese resultado?”.</p>
10	ABSTRACT ó RESUMEN	<p>La Fiscalía debe realizar un estudio previo que consiste en tener en cuenta los elementos que estructuran la Teoría de la Imputación Objetiva, para que pueda solicitar audiencia de formulación de la imputación ante el juez de control de garantías, siempre y cuando estos elementos se den, si no es así, el ente de investigación deberá proceder inexorablemente al archivo de las correspondientes diligencia. De lo que se trata es poder demostrar que el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y también que ese riesgo es el mismo que se ha concretado en la producción del resultado. En consecuencia, si el resultado es producto de un riesgo distinto, no puede serle atribuido al autor”.</p> <p>The Office should carry out a previous study that consists on keeping in mind the elements that structure the Theory of the Objective Imputation, so that he/she</p>

		<p>can request audience of formulation of the imputation before the judge of control of guarantees, provided these elements are given, if it is not this way, the investigation entity will proceed inexorably to the file of the corresponding diligence. Of what is it is to be able to demonstrate that the fellow has created a risk legally disapproven and also that that risk is the same one that has been summed up in the production of the result. In consequence, if the result is product of a different risk, it cannot be he attributed the author a crime of Undue Celebration of Contracts.</p>
11	PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES	<p>Formulación de la Imputación; Riesgo Juridicamente Desaprobado; Causalidad; Principio de Confianza; Celebración Indevida de Contratos; Función Pública; Inhabilidad; Incompatibilidad; Interés Indevido; Prohibición de Regreso.</p>
12	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<p>ARBOLEDA, M. Código Penal y de procedimiento penal. Vigésimoquinta Edición. Editorial Leyer, 2010.</p> <p>FERREIRA, F. Derecho Penal Especial. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2006. REYES, Y. Imputación Objetiva. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2005.</p> <p>RICO, L. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Sexta Edición. Editorial Leyer, 2009.</p> <p>SANCHEZ, E. La Dogmática de la Teoría del Delito,</p>

evolución científica del sistema del delito. Primera edición. Universidad Externado de Colombia, 2007.

VELÁZQUEZ, F. Derecho Penal, Parte General. Cuarta Edición. Librería Jurídica COMLIBROS, 2009.

Decreto 2474 de 2008 por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

Ley 80 de 1993, Contratación Administrativa.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales aplicables sobre la contratación con recursos públicos.

13	CONCLUSIONES	<p>En primer lugar, la Teoría de la Imputación Objetiva se constituye en una figura jurídica imprescindible en el análisis previo que tiene que realizar el operador jurídico frente a los delitos de la Celebración Indevida de Contratos.</p> <p>Como segunda medida, esta teoría permite determinar con precisión cuándo la lesión a un bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública, especialmente de la Celebración Indevida de Contratos (Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades; Interés Indevido en la Celebración de Contratos; y Contratos sin Cumplimientos de Requisitos Legales), debe ser considerada como la obra de un determinado sujeto y serle imputada.</p> <p>En tercer lugar es importante tener en cuenta para su análisis las preguntas de esta teoría ¿cuándo un servidor público genera un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho penal en los delitos de celebración indevida de contratos? Y también ¿cuándo ese riesgo es el mismo que se concreta en la producción de ese resultado?</p> <p>Cuarto, para dar respuesta a estos interrogantes es necesario tener presente los principios de la teoría, es decir, “El Riesgo Permitido, El Principio de Confianza, La Prohibición de Regreso y Las Acciones a Propio</p>
-----------	---------------------	--

		<p>Riesgo, el fin de Protección de la Norma, la Elevación del Riesgo, y el Comportamiento Incorrecto de un Tercero o de la Víctima”.</p> <p>En quinto lugar, el análisis de la Teoría de la Imputación Objetiva y los elementos del tipo de los delitos de celebración indebida de contratos, junto con los principios de la contratación estatal permiten establecer lo que a cada persona puede serle imputado. Por último, este análisis hace parte de la moderna teoría del delito que ha sido producto de la evolución científica del sistema del delito.</p>
--	--	--

Vo Bo CRISANTO QUIROGA OTÁLORA

Coordinador de Investigación