

Alcance del deber de vigilancia y control del ordenador del gasto cuando delega la facultad de contratación y el principio de confianza en los delitos de: celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

Leonardo Aristizábal Zuluaga

Estudiante

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho, Maestría en Derecho Penal

Doctor Juan Carlos Álvarez Álvarez

Asesor

Medellín, Colombia

14 de octubre de 2025

[P]or corrupción no solo debe entenderse la compra, venta, gestión o influencia sobre una persona para la obtención de beneficios otorgados a favor de alguien (...). El acto de corrupción consiste en desviar o evadir las funciones y responsabilidades propias del cargo y, por tanto, puede tratarse de un acto en el que no intervengan otras personas, sino simplemente el servidor público que lo ejecuta. (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación 11001-03-15-000-2019-00911-01(Pl). C. P. María Adriana Marín. febrero 11 de 2020).

Resumen.

Los ordenadores del gasto dentro de las estructuras organizacionales complejas, como son las entidades públicas, recurrentemente hacen uso de la delegación en materia de contratación estatal. Por tanto, el objeto de estudio es determinar en qué casos se puede imputar responsabilidad al representante legal de una entidad pública por actos que materialmente no ha ejecutado, pero que jurídicamente le son atribuibles por su posición de garante, en especial, en los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación. Igualmente, determinar la forma como tiene aplicación el principio de confianza como eximente de la responsabilidad penal en actividades que se ejecutan en equipo.

Palabras clave: Principio de confianza; delegación; posición de garante; principio de responsabilidad; deberes de vigilancia y delitos de omisión.

Abstract.

In complex organizational structures, such as public entities, those responsible for approving expenditures frequently delegate authority related to public procurement. Therefore, the objective of this study is to determine in what circumstances the legal representative of a public entity can be held liable for actions that they did not personally carry out, but for which they are legally responsible due to their position of authority, particularly in cases of entering into contracts without complying with legal requirements and embezzlement. Additionally, this study aims to determine how the principle of reliance can serve as a defense against criminal liability in activities conducted by a team.

Keywords: Principle of reliance, delegation, position of authority, principle of responsibility, duties of supervision, and crimes of omission.

Résumé.

Les gestionnaires de dépenses au sein de structures organisationnelles complexes, telles que les entités publiques, ont fréquemment recours à la délégation en matière de marchés publics. Par conséquent, l'objectif de cette étude est de déterminer dans quels cas le représentant légal d'une entité publique peut être tenu responsable d'actes qu'il n'a pas matériellement exécutés, mais qui lui sont légalement imputables en raison de sa qualité de garant, notamment en cas de conclusion de contrat non conforme aux exigences légales et de détournement de fonds. Elle vise également à déterminer comment le principe de confiance est appliqué comme exonération de responsabilité pénale dans les activités menées par une équipe.

Mots-clés : Principe de confiance, délégation, qualité de garant, principe de responsabilité, devoirs de surveillance et délits d'omission.

Índice

1. Introducción.
2. La regulación administrativa en materia de delegación su evolución y alcances.
3. Los deberes de vigilancia del ordenador del gasto en el caso de la delegación en contratación estatal.
4. Regulación de los deberes de vigilancia en procedimientos contractuales.
5. La responsabilidad por omisión en los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación
6. Los deberes de garante del ordenador del gasto.
7. El principio de confianza como eximente de responsabilidad penal.
8. Análisis de caso referido a la aplicación del principio de confianza
9. Conclusiones.
10. Referencias bibliográficas

1. Introducción

El presente trabajo se desarrolla en 8 capítulos en los que se aborda la responsabilidad penal del ordenador del gasto cuando ha delegado la facultad de contratación en servidores públicos del nivel directivo o asesor. Para ello se tienen en cuenta inicialmente un análisis sobre las normas de derecho administrativo y el desarrollo histórico de la delegación administrativa, así como los momentos históricos a partir de los cuales se estableció responsabilidad penal para el delegante.

También se abordan los deberes que se establecen en cabeza del representante legal en general en las distintas modalidades de contratación y desde las normas de derecho administrativo. Se realiza un análisis de la figura de la delegación administrativa y sus implicaciones en la responsabilidad penal.

Desde el punto de vista del derecho penal se efectúa un análisis sobre los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, abordando la posición de garante, como institución jurídica para atribuir responsabilidad penal al ordenador del gasto.

Frente a los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación son tipos penales que se dan normalmente en contextos de delegación y trabajo en equipo, en los que se genera una distribución de tareas al interior de la entidad estatal, ante la imposibilidad física que el ordenador del gasto efectúe todas las tareas.

Por ello se estudia el principio de confianza, analizando los presupuestos para su aplicación y en qué contextos genera exoneración de responsabilidad penal, teniendo en cuenta lo establecido tanto por la Sala de Casación Penal, como de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, al igual que las consideraciones de la doctrina especializada.

Finalmente, el trabajo concluye con un capítulo dedicado al estudio de un caso concreto conocido tanto por la Sala Especial de Primera Instancia, como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se encuentra con unas posiciones diametralmente opuestas sobre la aplicación del principio de confianza en el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Lo anterior denota que la aplicación del principio de confianza no es un tema pacífico y que incluso en las altas cortes han generado criterios diversos. Para ello, se finaliza el trabajo con la adopción de una postura jurídica y crítica frente al tema de la aplicación del principio de confianza en el caso conocido por la Sala Especial de Primera Instancia y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La anterior situación, que, por demás, evidencia la línea delgada que puede existir frente a la aplicación o no del principio de confianza y la consecuencia jurídica, por cuanto implicará la responsabilidad penal o la exoneración del procesado.

1. La regulación administrativa en materia de delegación su evolución y sus alcances

Se efectuará un recuento histórico, sobre la forma en que las normas: la Constitución, la Ley, y en especial las normas que han codificado la actividad de la contratación estatal, han regulado lo referente a la delegación en materia de contratación estatal, por parte del ordenador del gasto, hasta llegar a la actual regulación.

El Código Fiscal o Ley 106 de 1873, es la primera norma que se conoce que desarrolló elementos de la contratación estatal, en esta disposición normativa por primera vez se hizo alusión a la caducidad, sin embargo, fue una regulación incipiente, al respecto señaló:

Quando por cualquier causa caduque el contrato celebrado entre el Gobierno nacional i la Compañía del camino de San Buenaventura para la inspección –sic- de las bodegas del puerto de “Los Cachos,” el Poder Ejecutivo promoverá nuevos convenios con la persona o compañía a cuyo cargo estén dichas bodegas, o las del puerto de San Buenaventura, cuando éste sea el habilitado para la importación –sic- i esportación –sic-, para que unas i otras queden bajo la inspección y dependencia de la Aduana.“ (Congreso de la República. Ley 106 de 1873, artículo 260).

Posteriormente, y mediante la Ley 53 de 1909, se regula lo referente a la prescripción de ciertas acciones relacionados con los contratos que celebra el gobierno. Para ello en los artículos 4 y 5 de la mencionada Ley, se ordenó la inclusión de la cláusula pecuniaria, en los contratos de obra, así como lo referente a las causales de caducidad en los contratos de obra, lo cual podría efectuarse así no se hubiesen estipulado causales de caducidad mencionadas.

La Ley 110 de 1912, sustituyó el Código Fiscal, y entre otros aspectos, reguló lo referente al contrato de arrendamiento de bienes nacionales, indicó que la venta de bienes nacionales sólo podría efectuarse mediante pública subasta. También fue objeto de esta ley reglamentar la adquisición de bienes por el Estado. En este decreto se consagró por vez primera la licitación pública, señalado además los eventos se podría prescindir de la misma y reiteró la facultad de la administración de declarar la caducidad de los contratos estatales.

La Ley 61 de 1921, es la primera norma en establecer la responsabilidad de los servidores públicos en asuntos de contratación, así: “De toda erogación que contravenga lo que en este artículo se previene, serán responsables los empleados públicos que en ella intervenga, y será deducida por la Corte de Cuentas”. (Congreso de la República, Ley 61 de 1921, artículo 8, párrafo). La Ley 106 de 1931 estableció que la contratación para la conducción de los correos nacionales debía efectuarse mediante la licitación pública.

La ley 167 de 1941, estableció la obligatoriedad de incluir una cláusula de caducidad en los contratos de obras, prestación de servicios o explotación de un bien del Estado. El Decreto - Ley 150 de 1976 estableció normas sobre la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas. Esta disposición consagró la figura de la delegación en los siguientes términos:

De conformidad con el artículo 135 de la Constitución Nacional y la Ley, el Presidente de la República podrá delegar en los Ministros, en los jefes de Departamento Administrativo y en los Gobernadores la celebración de contratos.

Esta delegación podrá hacerse en forma permanente o para casos concretos. La delegación conferida para un caso especial no podrá invocarse para celebrar contratos distintos.

El delegado no podrá subdelegar. (Presidencia de la República. Decreto - Ley 150 de 1976, artículo 15). (...)

“El Presidente de la República podrá delegar en las autoridades a que se refiere el artículo anterior, la celebración de contratos de cuantía inferior a diez millones de pesos (\$ 10.000.000.00). (Presidencia de la República. Decreto - Ley 150 de 1976, artículo 16).

Por su parte, el decreto 222 de 1983, también hizo referencia a la competencia del Presidente de la República y la delegación de funciones así:

De la competencia del Presidente de la República y de la delegación de funciones. Conforme a la respectiva ley de autorizaciones y a la ley de apropiaciones, corresponde al Presidente de la República celebrar los contratos en que sea parte la Nación.

De conformidad con el artículo 135 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República podrá delegar en los Ministros, en los Jefes de Departamento Administrativo y en los Gobernadores la facultad de celebrar contratos a nombre de la Nación.

Esta delegación podrá hacerse en forma permanente o para casos concretos. La delegación conferida para un caso especial no podrá invocarse para celebrar contratos distintos.

El delegado no podrá subdelegar.

Parágrafo. La autorización de que trata este artículo comprende todos los contratos que celebra la Nación. Sin embargo, en el decreto de delegación se señalarán límites según la cuantía, objeto o naturaleza del contrato”. (Presidencia de la República. Decreto 222 de 1983, artículo 248). (...)

De la autorización para delegar. El Presidente de la República podrá delegar en las autoridades a que se refiere el artículo anterior, la facultad de celebrar contratos en cuantía inferior a cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.00) o a cinco millones de dólares estadinenses (US\$ 5.000.000.00) o su equivalente en otras monedas extranjeras. (Presidencia de la República. Decreto 222 de 1983, artículo 249).

Estas normas, aunque hacían referencia a la habilitación legal para efectuar delegación en materia de contratación estatal por parte del Presidente de la República, guardaban silencio respecto de la responsabilidad penal que se pudiese predicar respecto tanto del delegante como del delegatario.

La Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, en su texto original, aunque reguló la delegación para contratar, otorgando la facultad de los ordenadores del gasto de delegar totalmente la competencia para celebrar contratos en los servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo o equivalente, guardó silencio respecto de la responsabilidad del jefe o representante legal.

Posteriormente, el Decreto - Ley 2150 de 1995, reiteró la facultad de los ordenadores del gasto de delegar la facultad de contratación, sin embargo, también guardó silencio respecto de la responsabilidad penal que podría generarse en virtud de dicha delegación. Al respecto señaló:

De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de estos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”. (Presidencia de la República. Decreto - Ley 2150 de 1995, artículo 37).

Posteriormente, con la ley 489 de 1998, que trata sobre la delegación, descentralización y desconcentración vino a regular por primera vez lo referente a la responsabilidad penal con ocasión del acto de delegación al señalar claramente que:

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

PARAGRAFO. En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal. (Congreso de la República Ley 489 de 1998, artículo 12).

Como puede verse a partir del anterior recuento legislativo, la delegación es una institución jurídica establecida por el derecho administrativo, pero que además tiene rango constitucional. Así lo ha puesto de presente el Consejo de Estado al destacar las normas de rango superior en las que se fundamenta esta institución jurídica:

La delegación encuentra sustento en los artículos 209, 211 y 305.3 de la Constitución Política y corresponde a un mecanismo jurídico inherente al ejercicio de la función administrativa, que desarrolla el principio de la colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado

para la efectiva realización de sus fines (artículo 113 de la CP). (Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 20001-23-33-003-2017-00107-01(PI). M.P. Hernando Sánchez Sánchez, 2017).

Respecto de los requisitos de la delegación se tiene que en términos generales la Ley 489 de 1998, establece que la delegación siempre deberá estar establecida por escrito, deberá ser específica. Es decir, no se puede configurar una transferencia indeterminada de funciones, sino que, por el contrario, el acto de delegación debe ser expreso y claro respecto de las funciones que son trasladadas de un órgano a otro. Sobre este tópico la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado: “las competencias o funciones susceptibles de delegación, son solo aquellas de las cuales es titular la autoridad delegante”. (Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2012-00125-00. M.P. Nubia Margoth Peña Garzón, 2019).

También ha dicho el Consejo de Estado que la delegación debe estar previamente autorizado por el legislador, en tal sentido, si el legislador no ha autorizado la delegación, la misma se torna improcedente, es por esto por lo que, se ha indicado que existen materias y/o asuntos que por su naturaleza se tornan indelegables. Al respecto, dijo:

En virtud de la delegación, el titular de una competencia o función administrativa, previamente autorizado por el legislador, decide radicarla temporal y discrecionalmente en cabeza de otra autoridad usualmente subordinada, debiendo quedar en claro que las competencias o funciones susceptibles de delegación, son solo aquellas de las cuales es titular la autoridad delegante. (Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2009-000613-00. M.P. Oswaldo Giraldo López, 2018)

Otra de las características de la delegación, consiste en que la autoridad que efectuó la delegación está facultada para reasumir las funciones en la oportunidad que lo estime conveniente, y además para revisar los actos delegados “el delegante puede «[...] en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo” (Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2018-00470-00. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, 2020).

Este recuento histórico en relación con las normas de contratación estatal, finaliza con la dispuesto por la ley 1150 de 2007, que introduce modificaciones en materia de contratación estatal, y de manera clara y expresa modifica la ley 80 en su artículo 12, agregando 2 incisos en los que se dispone que los ordenadores del gasto no quedarán exonerados por virtud del acto de delegación de sus obligaciones de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Respecto de la delegación en materia de contratación estatal se pueden sintetizar las siguientes características:

i) Esta institución jurídica tiene sustento en el artículo 209, 211 y 305-3 de la Constitución Política.

ii) El acto administrativo de delegación siempre debe ser escrito, en consecuencia, está expresamente proscrito que se efectúe una delegación con un acto administrativo verbal.

iii) La delegación debe recaer en empleados públicos del nivel directivo o ejecutivo.

iv) También está proscrita la delegación de las facultades que han sido delegadas, esto es, no existe delegación de la delegación.

v) El propósito de la delegación administrativa es: “la colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado para la efectiva realización de sus fines”. (Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2010-00306-00. C.P, Hernando Sánchez Sánchez, 2019)

vi) La delegación implica un traslado de funciones de una autoridad a otra, dicho traslado sólo puede ser efectuado por quien es titular de dicha función, además, debe existir una facultad legal para efectuar dicha transferencia de funciones y “que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia”. (Consejo de

Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2009-00613-00. C.P, Oswaldo Giraldo López, 2018)

viii) Por expresa disposición normativa de la Ley 489 de 1998, como de la ley 1150 de 2007, así el representante legal tenga la facultad legal de delegar la facultad de contratación de conformidad con las normas de derecho administrativo, el mencionado acto administrativo con el cual delegue dicha facultad no lo exonera de la responsabilidad penal que en este puede incurrir producto de conductas que se presente en la actuación contractual del Estado realizadas por los delegatarios.

ix) Adicionalmente, otra característica de la delegación es que para que la misma sea procedente, no debe encontrarse prohibida, esto es, debe estar “previamente autorizado por el legislador”. (Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2012-00125-00. C.P, Nubia Margoth Peña Garzón, 2019)

x) Por último, en el caso de la contratación estatal existen normas jurídicas expresas que facultan al ordenador del gasto o representante legal de la entidad a efectuar la delegación. Otra de las características de la delegación es que quien delega, no puede delegar más allá de las funciones que tiene. La jurisprudencia al respecto ha señalado: “debiendo quedar en claro que las competencias o funciones susceptibles de delegación, son solo aquellas de las cuales es titular la autoridad delegante”. (Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2009-00613-00. C.P, Oswaldo Giraldo López, 2018)

xi) La autoridad que efectúa la delegación puede reasumir las funciones en la oportunidad que lo estime conveniente, y además tiene facultad para revisar los actos expedidos por el delegado.

2. Los deberes de vigilancia del ordenador del gasto en el caso de la delegación en contratación estatal.

Lo hasta aquí señalado, ha sido relacionado con la delegación en términos generales, toda vez que, se hace importante caracterizar los aspectos principales de la delegación, desde lo establecido en la Constitución, como en la Ley y según lo dicho por el Consejo de Estado, en su calidad de juez de la administración y de la legalidad de los actos administrativos en los que se efectúan delegaciones administrativas, aspectos todos que brindan elementos importantes para conocer el acto de delegación.

No obstante lo anterior, este trabajo se circunscribe al acto de delegación en la contratación estatal y sus efectos respecto de la responsabilidad penal que se pueda predicar respecto del ordenador del gasto, quien delega esta facultad. Ello teniendo como premisa el hecho de que el Estatuto Orgánico del Presupuesto en principio sólo confiere la facultad de ordenación del gasto al representante legal de la entidad, así lo dispone el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, modificado por el artículo 337 de la Ley 2294 de 2023.

Por su lado las normas de contratación, Ley 80 de 1993 y ley 1150 de 2007, facultan al representante legal para delegar las facultades de contratación, de la misma manera lo hace el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Así, la Ley 80 de 1993, con las modificaciones que se introdujeron a través de la Ley 1150 de 2007, establece que, en materia de contratación estatal, el ordenador del gasto estará facultado para delegar sus facultades en materia de contratación. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, dispone que los ordenadores del gasto estarán facultados para delegar la contratación estatal, sea total o parcialmente, condicionando esta facultad a que la misma se efectúe o recaiga sobre funcionarios del nivel directivo o ejecutivo.

No obstante, el hecho que los ordenadores del gasto deleguen las facultades en materia de contratación estatal, ello no significa que se exoneren de toda responsabilidad. Lo anterior teniendo en cuenta que en todo caso el ordenador del gasto continúa siendo responsable para

efectos penales, aspecto que tiene especial importancia puesto que en ese tópico se centra el interés de este trabajo.

Así las cosas, sobre el ordenador de gasto que realiza la delegación en él recaen deberes de vigilancia y control, que, en todo caso, deben efectuar sobre la actividad precontractual y contractual, todo ello en concordancia con el artículo 25 del Código penal que establece en bajo ciertos presupuestos algunos sujetos, para nuestro caso los ordenadores del gasto, son responsables de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, o en términos más amplios, asegurar la indemnidad del bien jurídico, que sería el correcto ejercicio de la función pública y por ende la garantía de los principios de legalidad imparcialidad y la adecuada y eficiente administración de los recursos públicos en lo atinente a la contratación estatal.

Respecto de la delegación en materia de contratación estatal y en concreto, sobre las obligaciones del delegante, se han tenido en cuenta pronunciamientos no sólo del Consejo de Estado, como Juez de la administración, sino también de la Corte Constitucional. Este último órgano jurisdiccional ha señalado, al referirse a la figura de la delegación en materia de contratación estatal que de la “[...] función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva” (Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 2008).

Por su parte, el Consejo de Estado, especialmente en la Sección Tercera, que se ocupa principalmente de la actividad contractual de la administración pública, al conocer acciones jurídicas en los respectivos medios de control, en el que ha revisado la legalidad de los actos de delegación administrativa ha ratificado de manera expresa, la facultad explícita de la administración pública de delegar sus facultades en los órganos de naturaleza directiva o ejecutiva.

[N]o puede desconocerse que estando en cabeza del director del SENA la contratación de la entidad, la decisión de delegarla parcialmente por cuenta del artículo acusado, tiene respaldo

en el artículo 211 de la Constitución Política conforme con el cual las autoridades administrativas pueden delegar en sus subalternos o en otras autoridades, de conformidad con la ley, las funciones a su cargo. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2016-00168-00 (58271). M.P. Martín Bermúdez Muñoz, 2019).

Hasta acá, se ha desarrollado las principales características de la delegación, no sólo en términos generales, tal cual lo dispone la Constitución Política, sino también, la Ley 489 de 1998 y la Ley 1150 de 2007. Además, se ha delimitado al objeto concreto de estudio, y es lo relacionado con la delegación administrativa en las actuaciones de contratación estatal.

3. Regulación de los deberes de vigilancia en procedimientos contractuales

En el derecho administrativo a lo largo de los años ha evolucionado el alcance del deber de vigilancia del ordenador del gasto, cuando se ha hecho uso de la institución jurídica de la delegación en la contratación estatal. Por tanto, se hace necesario realizar un análisis sobre los deberes de vigilancia en los procedimientos de selección o modalidades de contratación.

Para ello es preciso indicar que las modalidades de contratación pública es un asunto que tiene reserva de ley, es decir, estas facultades no pueden ser atribuidas por parte del ejecutivo. Al respecto, la Constitución Política de Colombia señala como asuntos de competencia del Congreso de la República: “{...} expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. (Constitución Política, artículo 150, inciso final).

En uso de la mencionada facultad establecida en la Constitución Política, el legislador mediante la Ley 1150 de 2007, estableció las modalidades de selección en los procedimientos de contratación disponiéndose los siguientes: Licitación pública (artículo 2 numeral 1 de la Ley 1150 de 2007), selección abreviada (artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007), concurso de méritos (artículo 2 numeral 3 de la Ley 1150 de 2007), contratación directa (artículo 2 numeral 4 de la Ley 1150 de 2007), mínima cuantía, (artículo 30 de la Ley 2069 de 2020) y urgencia manifiesta (artículo 42 de la Ley 80 de 1993).

En lo que tiene que ver con las tipologías de contrato, se tiene: Contrato de asociación pública privada (artículo 1 y s.s. de la Ley 1508 de 2012), contrato de concesión (artículo 19 y numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993), contrato de compraventa (artículo 1849 del Código Civil y artículo 905 del Código de Comercio), contrato de consultoría (artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 de 1993), contrato de empréstito (Parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y artículo 7 y s.s. del decreto 2681 de 1993), contrato de encargo fiduciario o fiducia (artículo 32 numeral 5 de la Ley 80 de 1993), contratos de encargos fiduciarios (artículo 32 numeral 5 de la Ley 80 de 1993), contrato interadministrativo (artículo 95 de la Ley 489 de 1998), contrato de interventoría (artículo 32 numeral 1 de la Ley 80 de 1993 y

artículo 83 de la ley 1474 de 2011), contrato de suministro (artículo 968 y s.s. del Código de Comercio), contrato de arrendamiento (artículo 1973 del Código Civil, artículo 516 numeral 5 del Código de Comercio y artículo 1 y s.s. de la Ley 820 de 2003) y el contrato de obra pública (artículo 32 numeral 1 de la Ley 80 de 1993), este último puede ser de: precio global (artículo 920 del Código de Comercio), precios unitarios (artículo 1518 del Código Civil y 921 del Código de Comercio), administración delegada (contrato civil atípico, se regula por las estipulaciones de las partes de conformidad con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993), llave en mano (artículo 32 numeral 1 de la Ley 80 de 1993). Tanto en las respectivas modalidades de selección de procedimientos contractuales, como en las tipologías de contratación existen deberes de vigilancia cuando el ordenador de gasto delega la facultad de contratación.

Antes de adentrarse en el análisis de los deberes de vigilancia y control del ordenador del gasto, se hace necesario efectuar una precisión en cuanto a las fases de la contratación. De acuerdo con el derecho administrativo el contrato estatal tiene tres fases claramente diferenciables, estas son: fase precontractual o previa al contrato, fase contractual que corresponde a la ejecución y la fase postcontractual que corresponde a la liquidación del contrato.

La fase previa que aplica a todas las modalidades de selección y las tipologías contractuales tiene por objeto la planeación del procedimiento de selección como: estudios, diseños, estudios previos, los estudios del sector, entre otros. (Presidencia de la República, Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.1.).

También es un deber que recae sobre el ordenador del gasto, aun cuando haya delegado la facultad de contratación en la fase precontractual y que permite delimitar el objeto del futuro contrato, aspectos tales como: la descripción de la necesidad, el objeto y sus especificaciones, permisos y licencias, los documentos técnicos, la modalidad de selección, el valor estimado del contrato, su justificación y los criterios de selección. (Presidencia de la República, Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.1.).

En este aspecto particular, por ejemplo, la Sala Especial de Primera Instancia y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, han establecido que la ausencia o insuficiente elaboración de los contratos estatales de los estudios previos, se constituye en un desconocimiento del principio de planeación en materia de contratación estatal, siendo este un elemento esencial del contrato estatal. Por tal razón, la falta de estudios previos puede dar lugar a que se tipifique el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así mismo, es necesario que se acompañe al expediente del futuro contrato, el estudio de conveniencia y oportunidad, que consiste en el análisis del objeto de obra, bien o servicio que se va a contratar, el alcance de los mismos, la conveniencia pública de realizar la inversión, la viabilidad del proyecto y la escogencia del momento cronológico en que debe iniciar la selección del contratista, su ejecución, recibido y puesta en marcha y funcionamiento de la obra, servicio público o suministro del bien. (Meléndez, I. 2016, p. 57)

Ahora bien, en lo que respecta a la fase de ejecución del contrato estatal, la Ley 80 de 1993 en su artículo 41 dispone que los contratos estatales se perfeccionan “cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

La diferenciación entre las etapas precontractuales, contractuales y postcontractuales es importante establecerlas toda vez que para la adecuación del tipo penal de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se hace necesaria tal distinción. Ello teniendo en cuenta que el mencionado tipo penal, sólo aplica en las fases de precontractuales y postcontractuales, es decir, no aplica en la ejecución.

Esto ha sido reiterado de manera pacífica por parte de la Sala Especial de Primera Instancia y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esta última autoridad jurisdiccional indicó: “(i) tramitar, (ii) celebrar, o (iii) liquidar determinado contrato, sin observancia de sus requisitos legales esenciales (...) el juicio de reproche no abarca las irregularidades que se puedan presentar en la etapa de ejecución de los contratos, y de hacerse, sería atípico (Cfr. CSJ SP004-2023, rad. 62766 y SP082-2023, rad. 59994)”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación: 61684, SP558-2024. M.P. Myriam Ávila Roldán, 2024).

Dentro de los deberes del ordenador del gasto en relación con la contratación delegada se puede señalar que existen unos deberes comunes para todos los procedimientos de selección y tipologías contractuales. Por ejemplo, son elementos comunes: los estudios previos, estudios técnicos, disponibilidades presupuestales y vigencias futuras y acto administrativo justificando el procedimiento de selección.

Debe advertirse que los tipos penales de los delitos contra la administración pública son tipos penales en blanco, en el entendido que el tipo penal establecido en el Código Penal no agota la descripción típica, sino que, por el contrario, se debe acudir a normas del derecho administrativo o en todo caso extrapenal, para llenar de contenido el tipo penal, y con las normas públicas concretar las obligaciones que recaen en el servidor público.

Muestra de la anterior caracterización es que el Código Penal se refiere, por ejemplo, a conceptos normativos como lo son contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pero no señala cuáles son los contratos, ni cuáles son sus requisitos esenciales. Para completar el supuesto de hecho previsto en el tipo penal se tendrá que acudir al Derecho Administrativo, esto es, la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011, el Decreto 1082 de 2015, y la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial la de la sección especializada en contratación estatal, esto es, la sección tercera.

Por todo lo anterior, se hace necesario, adentrarse en la identificación y análisis de las normas de derecho administrativo que tienen incidencia en el establecimiento de la responsabilidad penal para efectos de tener un panorama completo en lo que tiene que ver con el tema específico del trabajo, esto es, la responsabilidad penal del ordenador del gasto en los casos en los que delega la actividad contractual.

Lo primero que ha de señalarse es que el numeral 5, artículo 26 de la Ley 80 de 1993, establece:

“La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no

podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”

Esta disposición de la Ley 80 de 1993, establece las obligaciones del ordenador del gasto, en tanto que por disposición legal es el responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual. La doctrina especializada en contratación estatal ha reseñado:

En todo caso, la responsabilidad de la ejecución del contrato es del jefe del organismo, que aún en los casos de la delegación no se desprende de su responsabilidad en la gestión de cada contrato estatal celebrado. (Meléndez, I. 2016, p. 263)

Aunado a lo anterior, otras normas de derecho administrativo, como la ley 489 de 1998 y la ley 1150 de 2007, han establecido de manera explícita que el ordenador del gasto no se desprende de responsabilidad penal por el acto de delegación. Aunado a ello, la Ley 80 de 1993, es muy clara al establecer que el responsable de la gestión contractual es el ordenador del gasto, incluso si ha creado comités de revisión o aprobación.

Ello también lo pone de manifiesto Meléndez cuando afirma:

En este orden de ideas, el responsable es el jefe del organismo, el ordenador del gasto contractual, y en el evento que delegue total o parcialmente la contratación aún esos casos no se desprende de tal responsabilidad. (Meléndez, I. 2016, p. 264 - 265)

La escogencia de la modalidad de selección es otro de los deberes que el derecho administrativo establece en cabeza de los ordenadores del gasto cuyo incumplimiento puede tener consecuencias jurídico-penales. Considerando que uno de los principios medulares de la contratación estatal es la selección objetiva, la cual se traduce en que el representante legal no debe tener en cuenta factores subjetivos o caprichosos al momento de escoger la modalidad de selección, puesto que la ley o el reglamento le establecen cual debe utilizarse dependiendo del tipo de contrato.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la liquidación del contrato estatal también se pueden presentar irregularidades que tengan repercusiones penales para los ordenadores del gasto. Irregularidades cómo, por ejemplo, liquidar un contrato estatal y declararlo satisfactoriamente recibido, cuando en realidad, el contrato no fue ejecutado, o ejecutado precariamente, son conductas que pueden tener consecuencias penales.

Para ello, se debe precisar que en el ordenador del gasto y desde las normas de derecho administrativo recaen unos deberes de vigilancia y control también para esta etapa final del contrato cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad penal por el tipo de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales o peculado por apropiación.

En relación con el peculado, podría decirse que la apropiación de los recursos públicos de manera directa o a favor de un tercero puede ser, por lo general, en la ejecución -contractual- o liquidación -postcontractual-, así como cuando se paga un anticipo. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“[...] es natural colegir que al ordenar la entrega de los dineros del anticipo al contratista con estos actos permitió que éste se apropiara de una parte de ellos, al probarse que, pese a haber retirado una suma considerable de la cuenta de ahorros no los invirtió en la obra, privando al departamento de su facultad de disposición”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP. 18532. Radicación 43263, M.P. Eugenio Fernández Carlier, 2017).

También recae en el ordenador del gasto el deber constitucional y legal de custodiar y vigilar los recursos públicos y su ejecución, así este no haya sido quien haya dispuesto materialmente de los mismos. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“En consecuencia, el resultado le es atribuible al Gobernador, con independencia de que no hubiera sido él, directamente, sino su tesorero, quien celebros las ofertas mercantiles de cesión de derechos de beneficio, aspecto que explica que la conducta se le atribuya a título de coautoría, pues ciertamente en la medida de las distintas competencias que a cada uno asistía,

se verificó el aporte necesario para la consumación del delito de peculado por apropiación. El gobernador mediante las directrices que le correspondían por ostentar la disponibilidad jurídica de los recursos, el tesorero materializando el traspaso de estos a los patrimonios autónomos, en su condición de custodio material.” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. radicación 37858, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 2013).

(...)

“Competía al procesado como gobernador la administración y custodia de los recursos, pues tales deberes dimanaban simple y llanamente de las responsabilidades que le eran anejas en el manejo de los fondos públicos, cualquiera fuese su naturaleza.” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, SP4903-2018, radicación 47385, citada por la Sala Especial de Primera Instancia en la sentencia con Radicación: 47325 SEP 111-2023. M.P. Jorge Emilio Caldas Vera, 2023).

Hasta ahora se han hecho referencia a las obligaciones que recaen en el ordenador del gasto, cuando se trata de negocios jurídicos sometidos al Estatuto General del Contratación Estatal, sin embargo no se puede pasar por alto, que más allá de los contratos regidos por las Ley 80 de 1993, ley 1150 y Decreto 1082 de 2015, también existen regímenes excepcionales o especiales de contratación que si bien no se rigen por las normas públicas, y aunque su régimen de contratación sea el derecho privado, si deben cumplir los principios de la función pública y de la gestión fiscal que trata la Constitución Política.

Al respecto la Ley 1150 de 2007 establece en su artículo 13: “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política”¹¹.

¹¹ Entidades como el Banco de la República (artículo 3 de la Ley 31 de 1992), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994), Empresas que prestan el servicio de electricidad (artículo 8 de la Ley 143 de 1994), las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con participación pública superior al cincuenta por ciento (artículo 93 de la Ley 1474 de 2011).

Así mismo, las Universidades Públicas (artículo 93 de la Ley 30 de 1993), las Empresas Sociales del Estado (numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993), los contratos de entidades financieras –establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás entidades financieras de carácter estatal- (artículo 15 de la Ley 1150 de 2007), los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro (artículo 355 de la Constitución Política y

En consecuencia, el hecho que en estas entidades se establezcan regímenes especiales y exceptuados de contratación en los que se aplica el derecho privado, no significa que sean una patente de corso para el ordenador del gasto y se excluya de la responsabilidad penal. Ello por cuanto, en todo caso, no se puedan desconocer los principios de la función pública, como la transparencia o la selección objetiva.

En consecuencia, es dable predicar que en los regímenes exceptuados también existen obligaciones del ordenador del gasto como tener una adecuada planeación, la determinación del precio, recibir a satisfacción los bienes cuando son contratados y ejecutados en debida forma, ser guardián de los recursos públicos, evitar liquidar el contrato cuando se ejecutó parcialmente o no se ejecutó en debida forma el negocio jurídico, debe también evitar los sobrecostos, en fin, observar los principios de planeación, transparencia, selección objetiva, economía, entre otros.

Decreto Autónomo Constitucional 092 de 2017), convenios de asociación (artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y artículo 5 del Decreto Autónomo Constitucional 092 de 2017).

Contratos con organismos internacionales (artículo 20 de la Ley 1150 de 2007), los contratos de ciencia y tecnología (numeral 5 del artículo 7 del Decreto 393 de 1991 y Decreto 591 de 1991), los contratos de las entidades exceptuadas en el sector defensa -Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial -Cotecmar- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana -CIAC (artículo 16 de la Ley 1150 de 2007), canales regionales de televisión (artículo 30 de la Ley 1978 de 2019) los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales (artículo 76 de la Ley 80 de 1993) y telecomunicaciones (artículo 55 de la Ley 1341 de 2009).

Contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, relacionadas directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública (artículo 66 de la Ley 1523 de 2012) se dispone en términos generales que la contratación se rige por el derecho privado y en algunos casos excepcionales por las normas públicas.

4. Los deberes de garante del ordenador del gasto

Analizados los elementos del derecho administrativo que tienen incidencia penal, es importante analizar la posición de garante desde la perspectiva jurídico penal, bajo la premisa de que en los casos analizados la responsabilidad sería por omisión en tanto que el ordenador de gasto ha delegado las actividades contractuales que estaban a su cargo.

En cuanto a los delitos de omisión, puede darse de dos tipos: omisión pura y comisión por omisión. Esto últimos que son los que interesan a este trabajo. En los delitos de comisión por omisión la doctrina ha indicado que “para que la no evitación del resultado pudiera equivaler a su causación por vía positiva, era preciso añadir un requisito no previsto en los tipos legales: la posición de garante del autor respecto del bien jurídico protegido”. (Mir, S. 2011, p. 319)

En cuanto a la estructura objetiva de los delitos de tipo de comisión por omisión, Santiago Mir, ha establecido que tienen los mismos elementos que los delitos de omisión pura a los que se adicionan unas características especiales para que se pueda predicar el tipo de comisión por omisión a saber:

a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad de realizarla; d) posición de garante, e) producción de un resultado; b) posibilidad de evitarlo. (Mir, S, 2011, p. 324).

Sobre este mismo tópico la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido: “Para la Corporación, del inciso segundo del citado artículo 25, se extracta que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a la pena prevista en la norma correspondiente. Para esto, además, se requiere que la persona tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico, o que se le haya encomendado como garante la custodia o vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, SP14547-2016, radicación 46604, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, 2016).

Ahora bien, al introducirse un concepto jurídico en los tipos de comisión por omisión, como es el de posición de garante, el mismo debe ser caracterizado, para de esta forma poder establecer de una forma objetiva cuando una persona se encuentra en posición de garante o cuando no. Esto en el entendido que la idea de que estos deberes de garantía son el presupuesto para que, junto con los demás elementos del tipo de omisión, pueda atribuirse responsabilidad penal.

Los deberes de garante surgen de distintas fuentes, al respecto, Mir Puig, ha señalado lo siguiente: “para decidir la existencia de posición de garante atendía a sus fuentes formales (generalmente se menciona la ley, el contrato y el actuar precedente). (...) a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) cuando el comitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. No puede admitirse seriamente que baste cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga equiparar la omisión a la acción” (Mir, S, 2011, P. 324 - 325).

Estableciendo ejemplos de posición de garante como el que existe de los padres respecto de los hijos menores de 18 años, también los policías frente a la actuación de un delito, la posición de garante también se predica de la relación respecto la protección de un bien jurídico o el control de una fuente de riesgo, o también respecto de protecciones o controles.

Estas fuentes de la posición de garante han sido recogidas en el artículo 25 del código penal colombiano¹. Sobre este tema, y prescindiendo de los debates que ha originado la interpretación del artículo 25 del CP, y en particular del párrafo contenido en el mismo, la Corte Suprema tiene establecido:

“{...} viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión”. (Corte Suprema de

Justicia. Sala de Casación Penal, SP14547-2016, radicación 46604, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, 2016).

Ahora bien cabe destacar que no todo incumplimiento de un deber constituye una comisión por omisión, porque para que este se configure, requiere que el sujeto esté en posición de garante, lo cual implica “al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones” (Mir, P, 2011, P. 324) y es por esto que “no puede admitirse seriamente que *baste* cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga *equiparar* la omisión a la acción” (Mir, S, 2011, P. 324 - 325).

A partir de lo anterior también resulta importante dejar anotado que la posición de garante cuando se trata de servidores públicos que delegan ciertas funciones no puede fundamentarse exclusivamente en la noción de las relaciones especiales de sujeción, derivadas del vínculo del servidor público y la administración que en Colombia se establece por la vía de las distintas formas de vinculación. Esto es, nombramiento, elección popular y contrato de trabajo para los trabajadores oficiales. (artículo 123 de la Constitución Política de Colombia)

De la misma forma, en relación con los problemas de autoría en el caso de estructuras empresariales *mutatis mutandis* puede aplicarse a las entidades públicas habrá de estarse a los criterios de atribución de responsabilidad delimitados en este tipo de estructuras.

5. La responsabilidad por omisión en los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación

La Corte Suprema de Justicia, tanto en su Sala de Casación Penal, como en la Sala Especial de Primera Instancia, se han encargado de determinar el alcance de la posición de garante, en específico en los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación. Para ello ha determinado que el representante legal al ser el ordenador del gasto es quien tiene la capacidad legal de comprometer a la persona jurídica pública y decidir sobre el destino final de los recursos públicos, y, por tanto, debe asumir el control de los procesos contractuales en todas sus etapas.

Acceptar postura diversa sería tanto, como pregonar que el exgobernador acusado, era un simple tramitador de las labores desarrolladas por sus subalternos, o que solamente le competía firmar los contratos, cuando en realidad era su responsabilidad que todo el trámite se hubiese adelantado conforme a la ley, debido al ejercicio de los controles debidos. (...) (Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Radicación: 00007 SEP 037-2023. M.P. Jorge Emilio Caldas Vera, 2023).

En otra oportunidad, la Sala Especial de Primera Instancia y citando su homóloga la Sala de Casación Penal, estableció que a pesar de la complejidad de las estructuras burocráticas en las que se desarrolla la contratación estatal, el ordenador del gasto adquiere una posición de garante, esto atendiendo a las responsabilidades que adquiere el ordenador el mismo cuando se vincula con el Estado.

el servidor oficial adquiere una posición de garante por su vinculación con el manejo de lo público y que, por razón de esa cláusula especial de sujeción, no puede argumentar siempre y con relativa simpleza, que ignora o no conoce los pormenores del manejo del Estado, (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, SP4903-2018, radicación 47385, citada por la

Sala Especial de Primera Instancia en la sentencia con Radicación: 47325 SEP 111-2023. M.P. Jorge Emilio Caldas Vera, 2023).

Otra sentencia que se referenciará de la Sala Especial de Primera Instancia establece la posición de garante, con fundamento en obligaciones especiales que recaen sobre los servidores públicos encargados de ordenar el gasto, obligaciones que se configuran tanto en la celebración y liquidación de los contratos. En ese sentido y de acuerdo con lo que se estableció con la doctrina, el Código Penal, y como lo reafirma la Sala Especial de Primera Instancia.

De esta suerte, en cabeza del Gobernador Departamental radica la posición de garante del respeto íntegro por las previsiones del ordenamiento jurídico en el trámite, celebración y liquidación de los contratos que de acuerdo con la órbita de su competencia debe realizar, y, en consecuencia, el cumplimiento tanto de los principios que rigen la función de las autoridades como aquellos referidos a la contratación estatal. (Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Radicación: 49987 SEP 148-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas, 2022).

En otra oportunidad, la Sala Especial de Primera instancia, y haciendo referencia al delito de peculado por apropiación señaló en qué condiciones el servidor público se convierte en garante de los recursos del Estado y, en tal sentido, tiene la obligación constitucional y legal de darle a dichos recursos una correcta utilización y destinación.

Acerca de la apropiación, ha precisado la Corte que la norma hace alusión a que:

...el servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es, de su correcta utilización y destinación, es la única persona que puede consumir el punible, pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir alguien ajeno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los recursos, lo que cometería sería otra figura delictual como un hurto o una estafa.

Es la disposición directa que se tiene sobre los bienes, lo que permite el legislador hacer uso de la partícula “se” para simbolizar que la apropiación debe hacerla el servidor público y para

ello no requiere que los recursos ingresen materialmente a sus arcas, sino que, con clara lesión al bien jurídico de la administración pública, se destinen sin más a las de terceros. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicación 26450, citada por la Sala Especial de Primera Instancia en la sentencia. SEP 123-2024. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas, 2024).

También y en relación con el delito de peculado por apropiación, precisa la Corte Suprema de Justicia, que la posición de garante del servidor público o de los particulares encargados de la administración, custodia, no sólo está dado por la facultad de disposición, que los ubica una posición de jerarquía, sino que también genera responsabilidad así no tenga la disposición jurídica.

“{...}o solo por la concurrencia exclusiva de la disponibilidad jurídica y en ese sentido ha diferenciado entre ésta definiéndola como la facultad legal que tiene el servidor público de disponer de los bienes del Estado o de los particulares que tenga, administre o custodie y la material cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia del bien y a ella ha llegado por razón de sus funciones ubicándose en situación de ejercer poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicación 26450, citada por la Sala Especial de Primera Instancia en la sentencia. SEP 123-2024. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas, 2024)

“El punible se ejecuta no sólo por la concurrencia exclusiva de la disponibilidad jurídica y en ese sentido ha diferenciado entre ésta definiéndola como la facultad legal que tiene el servidor público de disponer de los bienes del Estado o de los particulares que tenga, administre o custodie y la material cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia del bien y a ella ha llegado por razón de sus funciones ubicándose en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo por fuera de la vigilancia del titular de un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de julio de 2006. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Expediente 25266)

6. El principio de confianza como eximente de responsabilidad penal.

Dado que el servidor público tiene el deber jurídico de proteger el correcto ejercicio de la función pública en la contratación, en los casos en los que ha delegado la actividad contractual, deberes que se fundamentan en las distintas normas citadas más arriba, relacionadas con las distintas etapas contractuales. Para atribuir responsabilidad penal deberá verificarse “si la acción del autor ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado” (Peláez, J. 2016, p.18).

Si la conducta del servidor público no configura un riesgo jurídicamente desaprobado, la consecuencia jurídica es que “se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal” (Peláez, J. 2016, p.18).

El anterior, esto es, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, o también lo que es lo mismo, la creación de un peligro por fuera del riesgo permitido es uno de los criterios de imputación objetiva que ha de comprobarse para que pueda, si se cumplen los demás requisitos para continuar con el juicio de tipicidad. Esto aplica tanto para el delito de mera conducta como lo sería el de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como para los de resultado material, como es el caso del peculado por apropiación.

Conviene añadir, de la mano de lo planteado por Luzón Peña, que en los delitos de mera actividad puede negarse la imputación objetiva por falta de adecuación o bien porque la conducta no encaje dentro del fin de protección de la norma típica. (Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pág. 2019)

En este marco, importa señalar que el principio de confianza es considerado como “uno de los criterios negativos de la imputación objetiva” (Peláez, J. 2016, p.17) y que por lo dicho aplicaría tanto a los delitos de mera conducta como a los delitos de resultado material.

Desde la doctrina se ha caracterizado el principio de confianza en los siguientes términos: “el mismo se edifica básicamente para negar el incremento de un peligro inadmisibles al

producirse un resultado como consecuencia de un actuar conforme a derecho, con la convicción de que los demás también se conducían respetando el ordenamiento jurídico establecido”. (Peláez, J. 2015, p. 20).

Así pues, el principio de confianza es uno de los criterios para tener en cuenta al momento de hacer el juicio de imputación. Es por ello por lo que este principio “no es más que un supuesto especial o concreto de riesgo permitido” (Feijóo, B. 2000, p.47) y está relacionado “con el comportamiento de una persona libre y responsable, por tanto, entra en juego el fundamento de la atipicidad de la conducta el principio de la autorresponsabilidad” (Feijóo. 2000, p.48) y su fundamento está en términos generales, con las respectivas excepciones en que “nadie debe ser responsable de un hecho ajeno o de una decisión contraria a las normas de un tercero” (Feijóo, B. 2000, p.48).

En Colombia, la Sala Especial de Primera Instancia, en proceso penal adelantado por los tipos penales de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación contra un exgobernador, estudió la aplicación del principio de confianza, y frente al segundo delito, declaró la atipicidad objetiva, razón por la cual fue exonerado de la responsabilidad penal.

El proceso penal tuvo como génesis la compulsión de copias ordenada por un Tribunal Contencioso Administrativo en contra de un aforado legal – gobernador, con ocasión de contrato por el delito de peculado por apropiación que tenía por objeto la construcción de obras para un plan maestro de alcantarillado y sanitario, así como un sistema de tratamiento de aguas residuales y emisario final.

La investigación se inició por la suspensión del contrato en varias ocasiones, el mismo no contaba con licencia ambiental, además, el municipio no entregó los predios donde se iba a construir el sistema de tratamiento y no se efectuó consulta previa, para la Fiscalía General de la Nación estos hechos afectaron los principios de la Ley de contratación estatal - planeación, economía, transparencia y responsabilidad– Ley 80 de 1993, y se generó un incremento patrimonial del contratista.

También en el contrato se dió un anticipo del 50%, dinero que se entregó al contratista, y en criterio de la Fiscalía General de la Nación el gobernador permitió que éste se apropiara de estos recursos, porque durante su mandato no se ejecutó la obra, lo que generó detrimento.

Sin embargo, la Sala Especial de Primera Instancia dijo que si bien se probó que se entregó el anticipo y este no se usó en la obra, este delito no era imputable al gobernador, porque que el deber de vigilancia y control se encontraba a cargo de los interventores. Al respecto señaló: “las cuales llevan a la conclusión de atipicidad objetiva, en tanto su actuación se vio truncada por actos de terceros para poder exigirle al contratista la aplicación del dinero en la obra, luego es claro que no se puede afirmar acerca de una apropiación de recursos públicos en favor de terceros”. (Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. SEP002-2024. M.P. Jorge Emilio Caldas Vera, 2024).

Sostener que a un ordenador del gasto o representante legal que ha actuado en virtud del principio de confianza se le pueda atribuir responsabilidad penal, sería desconocer el principio de culpabilidad: “Si a alguien que se comporta de forma cuidadosa se le imputa un hecho sólo porque otro se ha comportado de forma defectuosa no se le estaría reprochando un injusto propio, sino un hecho ajeno”(Feijoó, B. 2000, p. 48-49) desconociéndose con este proceder: “no sólo el principio de culpabilidad sino también ciertos principios generales de un Estado de derecho que lo sustentan y le otorgan un contenido material: los principios de autonomía y autorresponsabilidad”(Feijoó, B. 2000, p. 49).

El principio de confianza es uno de los argumentos defensivos que recurrentemente son utilizados por los abogados defensores de los servidores públicos que son avocados a procesos penales, especialmente por delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

Y es que si se analizan las estructuras organizacionales de las entidades públicas: alcaldías, gobernaciones, ministerios, superintendencias, entre otras, se puede encontrar que en su mayoría existe un volumen y un nivel de complejidad en la contratación que hacen imposible

que el ordenador del gasto pueda conocer y controlar en tiempo real sobre todas las actuaciones de sus colaboradores en relación con todos los procesos contractuales.

Por tanto, en relación con los riesgos inherentes a la actividad contractual que se desarrolla en la administración pública en todos sus niveles, es posible aplicar el principio de confianza, que se tendría lugar en aquellos eventos en los que “el agente obra confiando en que los demás se mantendrán dentro de los límites propios del riesgo permitido, evento en el que no le son imputables objetivamente los resultados producidos de esta manera”. (Velásquez, F. 2020, p. 370).

Ante esa imposibilidad del ordenador del gasto de estar en todos los actos jurídicos o decisiones administrativos, hace que el trabajo que se desarrolle en estas entidades deba ser efectuado en equipo, y, que, por tanto, el ordenar del gasto y en desarrollo del principio de confianza legítima, deba depositar confianza en las personas en las que delega la función contractual.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha dado aplicación a este principio, no solo en delitos culposos, sino también dolosos, y para lo que interesa a este trabajo, específicamente a los de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y también en el delito de peculado por apropiación. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación: 61464 SP3754-2022. M.P. Myriam Ávila Roldán, 2022).

Sin embargo, lo anterior tiene limitaciones y “no es aplicable el principio de confianza al procesado, pues a pesar de que la conducta que se reprocha ilícita se desarrolló en equipo, con división de trabajo y dirigida a un fin común, creó un riesgo no permitido que resultó lesivo para la administración pública” (Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Radicación: 00103 SEP 130-2023. M.P. Blanca Nélica Barreto Ardila, 2023).

La Corte Suprema de Justicia, a través de sus salas de Casación Penal y Especial de Primera Instancia, ha desarrollado una línea que delimita los criterios jurídicos para que la aplicación al principio de confianza legítima, Veamos;

Se ha dicho que sustraerse deber de evitación, impide la aplicación del principio de confianza: “la aplicación del principio de confianza, como criterio excluyente de la imputación objetiva, no tiene lugar cuando el director de la entidad ha faltado de manera dolosa a su deber de evitación” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación: 61464 SP3754-2022. M.P. Myriam Ávila Roldán, 2022).

También se ha dicho que el ordenador del gasto no se puede excusar de manera genérica en el principio de confianza para exonerarse de responsabilidad penal “cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control dentro del ámbito de sus competencias” (Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Radicación: 49987 SEP 148-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas, 2022), además, el ordenador del gasto tendrá que demostrar que efectuó una vigilancia y control sobre la actuación precontractual o contractual.

el principio de confianza que como legitimante del comportamiento excluye la tipicidad, no tiene operancia cuando de las pruebas recaudadas se advierte que el funcionario delegado o encargado por razones de organización del trabajo de adelantar parte del trámite contractual o la totalidad del mismo, no cumple con su rol, y (...) tampoco asume los deberes que las normas le imponen. (Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Radicación: 49987 SEP 148-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas, 2022).

Por tanto, el principio de confianza es una herramienta de defensa, que elimina la tipicidad objetiva, pero que obviamente se encuentra limitada, a que el ordenador del gasto cumpla fielmente con sus obligaciones de control y vigilancia tanto en la etapa precontractual, como en la etapa contractual, lo que en términos penales se expresa en la exigencia de que cumpla con su deber de garante del correcto ejercicio de la función pública.

Ante la ausencia de estos controles jurídicos que debe efectuar el ordenador del gasto, lo lógico es la no aplicación del principio de confianza legítima. En ese sentido el comportamiento del servidor público deja de ser permitido, para convertirse en un comportamiento prohibido.

De otro lado y en relación con el principio de confianza, se tiene que también se aplica en casos relacionados con estructuras organizacionales de naturaleza privada. Así, Escobar Vélez, en su tesis doctoral se refiere al asunto, en el marco del análisis que hace sobre el fenómeno de la delegación de funciones y la división de trabajo que con frecuencia se presentan en estas estructuras empresariales.

En efecto, la figura de la delegación se explica como “consecuencia de la necesidad práctica de un sistema organizado” (Gallego S. 2005.p. 102 citado por Escobar, S. 2019, p. 75), “en el cual no pueden concurrir, en una sola persona física, todas las funciones” (Escobar, S. 2019, p. 75). Concluyendo que la delegación es un asunto que hace parte de la esencia de las actividades empresariales como consecuencia de la necesidad de delegación de funciones y, por ende, división del trabajo.

Según Escobar Vélez, “En estrecha relación con los fenómenos de delegación de funciones y de división del trabajo, se presenta también, como elemento destacado en las interacciones empresariales (horizontales y verticales, aunque con diferente rendimiento en unas y otras, como se verá enseguida), el llamado principio de confianza” (Escobar, S. 2019, p. 76).

Precisamente, es objeto de este trabajo analizar cómo se atribuye responsabilidad penal al ordenador del gasto, por actos que materialmente no ha ejecutado, pero que le pueden ser atribuidos jurídicamente como, por ejemplo: el hecho que el gobernador delegue la contratación en un secretario de despacho y este celebre un contrato sin cumplimiento de un requisito esencial, como serían los estudios previos y que a la postre genere un daño económico a la entidad pública por haber pagado unos bienes o servicios que no fueron ejecutados. En este caso, el ordenador del gasto no habrá ejecutado materialmente la conducta –peculado por apropiación, pero en determinadas circunstancias le será atribuible jurídicamente a título de omisión.

Analizándolo en el ámbito empresarial privado Susana Escobar Vélez explica:

Así, por ejemplo, una decisión de los miembros de la junta directiva, que es ejecutada por órganos inferiores en la jerarquía empresarial, y que persigue el detrimento del patrimonio de la empresa o de algunos de sus socios, genera problemas de atribución penal propios de las decisiones colectivas, de la estructura jerárquica y de la distribución de tareas, que los supuestos más “tradicionales” de atribución de responsabilidad penal no generan”. (Escobar, 2019, p. 65)

Estos mismos problemas, trasladados a las entidades públicas, conllevan la necesidad de analizar los criterios que permitirían la atribución de responsabilidad penal al servidor público que no ejecuta materialmente las conductas pero que ha delegado funciones que en principio a le correspondía realizar.

También es importante mencionar que Escobar Vélez plantea una distinción entre dos etapas que se pueden presentar en las decisiones empresariales y es entre la acción y decisión, distinción que se aplica perfectamente a las entidades públicas, pues no existe una correspondencia entre quien toma la decisión y quien la ejecuta, por eso hace referenciación a la distancia que se puede presentar necesariamente entre quien adopta la decisión y quien la ejecuta.

“Uno de los aspectos más característicos de la estructura empresarial es el de la separación entre la acción y la decisión (Trennung von Handlung und Entscheidung, en palabras de SCHÜNEMANN), esto es, el hecho de que, en muchos casos, si no en la mayoría, quien toma la decisión en la empresa no se corresponde con quien la ejecuta. Se habla, también, de la “descentralización” o “fragmentarización” de estos procesos de acción y decisión, o, también, del “progresivo alejamiento de los centros de decisión, respecto de los agentes ejecutores”.

En la caracterización de este fenómeno, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS incluye un factor que a veces es pasado por alto: el papel que desempeñan los mandos medios con respecto a las decisiones que se toman en la empresa”.

Por ejemplo, en el caso de las entidades públicas se puede presentar el caso de un ministro quien adopta una decisión, y el servidor público de inferior nivel que es quien ejecuta la acción. Sobre esto volveremos más adelante, en especial, para analizar el dolo por parte del ordenador del gasto, pues en muchos casos el ordenador del gasto puede desconocer la decisión, porque materialmente es adoptada por otro, un servidor público de inferior jerarquía. También puede suceder que el ordenador del gasto- conozca la decisión, pero quien la ejecuta es un servidor público de inferior nivel

Para el caso de las entidades públicas y de acuerdo con la Constitución Política (artículo 189 numeral 23, artículo 208 artículo 315 numeral 9), y la ley (Ley 136 de 1994, artículo 91, literal d, numeral 5, Ley 489 de 1998, artículo 61, literales f y h, y ley 2200 de 2022, artículo 119 numerales 5 y 14) han establecido que la capacidad de comprometer la entidad pública este en cabeza del servidor público quien ocupe la máxima jerarquía dentro de la entidad pública.

En el caso de la contratación estatal, y según lo explicado más arriba, ante la imposibilidad fáctica de que el ordenador del gasto participe y ejecute directamente toda la actividad contractual a su cargo, hace necesario que se deleguen esas funciones en otros funcionarios.

Por lo anterior es que, en la actividad contractual del Estado, por regla general, intervienen diferentes servidores públicos. Así a unos corresponde la elaboración de los estudios previos, definir el alcance del objeto contractual, definir el precio del futuro contrato, establecer si para la ejecución del contrato se requieren estudios y diseños. Otros tienen a su cargo la responsabilidad de evaluar las propuestas, otros estarán encargados de la vigilancia y ejecución del contrato.

En fin, la actividad contractual nunca podrá ser desarrollada por el ordenador del gasto en todas sus etapas. Es por ello por lo que el ordenador del gasto requiere la colaboración de otros servidores públicos y en esa medida es que cobra importante el trabajo en equipo, así la estructura de la entidad pública sea en mayor medida vertical.

Así las cosas, el principio de confianza tiene directa correlación con el fenómeno de la división del trabajo por la vía de la delegación, puesto que a partir de la distribución de funciones que pueden efectuar los representantes legales, conlleva a que estos, tengan derecho a confiar en que las acciones desarrolladas por aquellos servidores públicos en quienes delegó determinadas funciones, actúen en el marco de la Constitución y las leyes.

Lo anterior, porque si, por ejemplo, un alcalde desconfiara del trabajo desarrollado por sus colaboradores, implicaría que tendría que hacer nuevamente el trabajo, o revisarlos minuciosamente lo que impediría un desarrollo eficiente de la entidad pública, y carecería de todo sentido que se delegara para luego revisarlo exhaustivamente de nuevo.

Sin embargo, como miraremos más adelante la aplicación del principio de confianza tiene unas limitantes que han sido establecidas por la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia en el marco de la delegación en materia contractual.

La contratación estatal es una actividad compleja, no sólo por su vasta reglamentación, la modificación constante de sus normas, sino por todos los actores y profesionales especializados que participan en ella: contadores, abogados, ingenieros, arquitectos, economistas, entre otros. Esto teniendo que la contratación tiene componentes técnicos, financieros, administrativos, jurídicos que hacen que el ordenador del gasto no cumpla con todos estos perfiles, lo que hace que necesariamente en la actividad más importante del Estado, indiscutiblemente tenga que participar diversos profesionales:

Como pone de relieve SCHÜNEMANN, la división del trabajo es, entonces, una condición básica para el funcionamiento de todas las organizaciones empresariales. En efecto, resulta difícilmente imaginable la realización de una actividad compleja, en la que interviene un grupo de personas, con un objetivo común, sin acudir al mecanismo de la división del trabajo (Escobar, S. 2019, p. 72)

En consecuencia, y como se presenta una división de trabajo, y teniendo en cuenta que el representante legal es un servidor público que puede ser responsable por los actos de

empleados públicos de nivel inferior, es plausible aplicar el principio de confianza en estos ámbitos de actuación en los que se delegan funciones y por ende se divide el trabajo.

Ahora bien, ese principio de confianza en el ámbito penal, como más arriba se anotó, implica que no se podrá atribuir responsabilidad penal al ordenador del gasto cuando se pueda constatar que se dan los presupuestos para que este pueda quedar amparado por dicho principio.

7. Análisis de caso referido a la aplicación del principio de confianza

Para analizar este capítulo se hará uso de dos sentencias recientes, una de la Sala Especial de Primer Instancia (Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, Rad. 00255. SEP016-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas. 2022) que conoció el proceso penal contra un aforado legal –governador-, y la otra, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 61.315. SP2709-2024. M.P. Myriam Ávila Roldán, 2024), que conoció el recurso de apelación respecto del mismo caso.

Justamente, en este caso particular, tanto la Sala Especial de Primera Instancia, como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tienen una posición diametralmente opuesta, en la aplicación del principio de confianza, en el caso concreto. La anterior situación se torna interesante, no sólo desde el punto de vista académico, sino práctico, sobre todo en el entendido que la aplicación de una u otra posición implica la responsabilidad penal o la exoneración de esta.

Para entender mejor el caso que fue objeto de responsabilidad penal, se hará un pequeño resumen de este, para de esta forma comprender de mejor forma la situación que debió ser resuelta por la administración de justicia:

El 09 de mayo de 2006, el exgovernador de Santander Luis Miguel Morelli Navia, otorgó escritura pública contentiva de un contrato de compraventa en la que se enajenaron unos bienes inmuebles fiscales, los cuales eran propiedad, en proindiviso, del mencionado ente territorial y del municipio de San José de Cúcuta.

Por estos hechos, inicialmente se inició por parte de la Fiscalía General de la Nación una investigación penal por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, sobre el último delito el proceso penal fue precluido. Lo anterior porque la investigación tuvo como propósito establecer si hubo detrimento patrimonial, y si el procesado tenía las facultades para enajenar los bienes fiscales, para lo cual este rindió

versión libre frente a un presunto concurso de peculados, es por ello, que la indagatoria tuvo como propósito establecer la distribución del valor de los inmuebles, y la enajenación de unas mejoras construidas. La Fiscalía General de la Nación precluyó la investigación, se debe aclarar que, aunque la decisión es de la Fiscalía, la sentencia hace referencia a que fue precluida y no archivada como corresponde.

En consecuencia, el objeto de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Especial de Primera Instancia y de Casación Penal, fue establecer si se cumplían los presupuestos para declarar la responsabilidad penal por el punible de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. La decisión de la Sala Especial de Primera Instancia fue absolver al gobernador por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Fiscalía General de la Nación inconforme con esta decisión, apeló y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia revocó y en su lugar, declaró penalmente responsable al Gobernador del tipo penal establecido en el artículo 410 del Código Penal.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a diferencia a lo dispuesto por la Sala Especial de Primera Instancia consideró que en el caso concreto no era aplicable el principio de confianza como eximente de responsabilidad penal, por cuanto en su criterio cuando la persona posee un deber de vigilancia especial o de control, su conducta no puede supeditarse a terceros, o porque la persona conoce o debía conocer una situación y por tanto no le es dable confiar y que por tanto el procesado debía saber.

Ahora bien, realizando un análisis a partir del principio de confianza como eximente de la responsabilidad penal, para determinar si era aplicable o no al caso abordado en la sentencia.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal dijo, en el marco del análisis del caso del exgobernador:

Sobre el principio de confianza ha precisado esta Sala que es un instrumento normativo integrado a la teoría de la imputación objetiva y que opera dogmáticamente como un límite a la norma de conducta, según el cual no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si ésta ha obrado convencida de que otras -de quienes se espera una actuación fundada en el

principio de autorresponsabilidad o autodeterminación frente al cumplimiento de las normas- no ha incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados, a menos que haya tenido motivos suficientes para dudar o suponer lo contrario. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 61.315. SP2709-2024. M.P. Myriam Ávila Roldán, 2024)

La Constitución política dispone: “La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario” (Constitución Política, artículo 211). No obstante, en materia de contratación estatal no corre la misma suerte, por cuanto la Ley 1150 de 2007 en su artículo 21 dispone: “En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”. (Ley 1150 de 2007, art. 21).

Quiere denotar lo anterior que, en principio en los procedimientos administrativos de la contratación estatal, el hecho que el ordenador del gasto delegue las funciones no conlleva necesariamente a la exoneración de la responsabilidad, en este caso la penal. Sin embargo, si se exonerará si se ha cumplido con sus deberes de control y vigilancia.

En este punto, adquiere importancia el principio de confianza, porque como se ha dicho el representante legal – ordenador del gasto, no tiene la posibilidad de efectuar todos los trámites y procedimientos propios de la contratación estatal dentro de su respectiva entidad, la cual sea dicho de paso, es un asunto complejo desde su reglamentación, hasta su trámite, celebración, ejecución y liquidación. Lo que hace que en ella participen múltiples empleados públicos, y, en consecuencia, se deba establecer si es procedente atribuir responsabilidad penal a un ordenador del gasto por actuaciones de otros servidores públicos.

La ley 80 de 1993 establece claramente “Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”. (Ley 80 de 1993, artículo 12).

En consecuencia, en la contratación estatal, es posible distribuir y/o delegar las funciones relacionadas con la misma, y el principio de confianza es un eximente de la responsabilidad

penal de los ordenadores del gasto y/o representantes legales de las entidades públicas, cuando han ejercido sus funciones de supervisión, control y vigilancia sobre la contratación administrativa.

No puede atribuirse responsabilidad penal a un representante legal u ordenador del gasto, por actos en los que no ha participado, pues sólo será posible hacerlo cuando este no ha cumplido con sus obligaciones de supervisión, control y vigilancia sobre la actividad contractual.

Dicho en otras palabras, dentro de las organizaciones complejas como son las entidades públicas, en las que participan un sinnúmero de empleados públicos en el procedimiento administrativo de la contratación estatal, el ordenador del gasto y por principio de confianza, debe confiar en el ejercicio de las funciones de sus colaboradores siempre y cuando haya ejercido supervisión, control y vigilancia sobre la actividad contractual, debe desconfiar de sus colaboradores cuando tenga un motivo que no le genere confianza sobre el ejercicio de los mismos. Retomando el caso concreto tenemos lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia, explicando los fundamentos teóricos del principio de confianza, y si el mismo era aplicable en el caso concreto, señalando que no procedía entre otros sí “la persona, de manera objetiva, conozca o deba conocer una situación en la que ya no le es posible confiar, caso en el cual es posible imputar el comportamiento típico a esa persona en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 61.315. SP2709-2024. M.P. Myriam Ávila Roldán. 2024).

La pregunta que surge en este particular es si la Corte tiene establecido que el principio no aplica cuando el ordenador del gasto conocía o debía conocer, porque no aplicó al caso concreto este principio.

Pues según lo acreditado en el proceso no se pudo establecer con certeza que el Gobernador debía conocer dicha situación, por el contrario, lo que quedó demostrado en el proceso es que precisamente el gobernador no conocía, ni debía conocer, es decir no existía el deber legal

de informarle de la actuación, pues precisamente de manera diligente solicitó un concepto al asesor jurídico sobre todo el procedimiento contractual, concepto que le dio viabilidad para firma el mencionado contrato.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, respecto de la revisión jurídica que efectuó el profesional jurídico indicó, para negar la aplicación del principio de confianza: “cuando le solicitó al asesor jurídico que revisara la minuta de la escritura no impartió una instrucción seria y precisa de la que pudiera esperar su cabal cumplimiento, pues el requerimiento se limitó a la lectura del documento que debía protocolizarse sin conminar al funcionario al estudio exhaustivo de los soportes contentivos del trámite precontractual que sería finiquitado con la suscripción del aludido título” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 61.315. SP2709-2024. M.P. Myriam Ávila Roldán. 2024).

No se entiende entonces como se podría imputar o establecer responsabilidad penal, por cuanto no existía la posibilidad que el gobernador conociera o debiera conocer sobre dicha situación. Tampoco se acreditaron las razones por las que el gobernador debía en ese caso concreto desconfiar del concepto emitido por el asesor jurídico. Por esto, se considera que, el principio de confianza era aplicable en el caso concreto.

Por otro lado, y respecto de la configuración del error de tipo invencible, señaló que tampoco aplicaba, porque: “al momento de firmar la aludida escritura pública decidió, con conocimiento y voluntad, sustraerse de su deber funcional de vigilancia y control frente a los requisitos legales esenciales que debieron observarse previo a conformación del aludido título” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 61.315. SP2709-2024. M.P. Myriam Ávila Roldán. 2024).

Se considera que el principio de confianza si debió ser aplicado, en atención que a pesar de que se trata de una delegación de funciones en materia de contratación estatal, el ordenador del gasto si ejerció de forma efectiva sus funciones de supervisión, control y vigilancia sobre la contratación estatal.

Lo anterior porque como quedó demostrado en el proceso, el ordenador del gasto solicitó la revisión del procedimiento contractual por parte del secretario jurídico, quien le dio el visto bueno para proceder en tal sentido. Al respecto la Sala Especial de Primera Instancia, contrario a lo que apreció la Sala de Casación Penal, consideró:

“En estas condiciones, es razonable aceptar que MORELLI NAVIA se podía amparar en la delegación por haber ejercido los controles adecuados al trámite, antes y al momento de firmar el contrato, confiando de buena fe en los informes del supervisor y la asesoría del Secretario Jurídico Departamental”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, Rad. 00255. SEP016-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas. 2022).

Por tanto, amparado en dicha revisión de un profesional del derecho, se procedió por parte del ordenador del gasto a comprometer a la entidad territorial. No podía exigírsele un comportamiento diferente al representante legal de la entidad, porque al contar con el visto bueno de un profesional en derecho y en virtud del principio de confianza, tenía motivos para esperar que el procedimiento había sido realizado cumpliendo todos los presupuestos legales que exigen las normas administrativas en materia de contratación estatal.

Por ello con razón dijo la Sala de Primera Instancia:

“Dentro de ese contexto debe entenderse las funciones asignadas a los Secretarios de Planeación y Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento, encargados de asesorar al despacho y demás dependencias en el trámite y desarrollo de los asuntos de carácter contractual y jurídico, roles que le daban la confianza en sus subalternos” (Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, Rad. 00255. SEP016-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas. 2022).

Y agregó:

“En ese sentido, la conducta del ordenador del gasto devino atípica, porque su actuar estuvo fundamentado en la confianza que este depositó en el profesional jurídico y en el supervisor

y, en ese sentido, no podía atribuir el resultado típico al ordenador del gasto, por cuanto se reitera su actuar estuvo sujeto a la confianza que le generaba el concepto de un abogado. “el segundo, tenía el deber de apoyar a RODRÍGUEZ VALENCIA y, en este caso en particular, el acusado le consultó sobre el trámite previo en dicha dependencia antes de la firma de la minuta de la escritura pública”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, Rad. 00255. SEP016-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas. 2022).

Al solicitar el concepto el ordenador del gasto al abogado de la entidad territorial ejerció la supervisión, control y vigilancia sobre el mencionado contrato estatal. Por tal razón, mal haría en atribuírsele responsabilidad penal por la suscripción del mencionado negocio jurídico como lo estableció la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal.

Por lo tanto, se considera que su absolución debió haber sido confirmada, como bien lo dijo la sala de Primera Instancia:

“De acuerdo con lo anterior, no es posible atribuir jurídicamente a MORELLI NAVIA la conducta de celebrar el contrato sin verificar los requisitos legales, pues la prueba que milita en el proceso demuestra que suscribió el acuerdo jurídico motivado por la confianza y buena fe depositada en sus subalternos” (Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, Rad. 00255. SEP016-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas. 2022).

Para la Sala Especial de Primera Instancia, el Gobernador cumplió con los controles, esto es, los deberes de vigilancia y en ese sentido no era procedente establecer la responsabilidad penal en cabeza del ordenador del gasto, los controles se concretaron en las siguientes actuaciones: “ (i) autorizar al municipio la etapa precontractual, la cual debía realizar con apego a la ley; y, (ii) supervisar y controlar las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades, (...) con lo cual cumplió el deber de dar instrucciones generales y específicas en el mismo acto jurídico sobre cómo debía cumplirse la función; y, (iii) ejercer control y vigilancia mediante los informes verbales y escritos que recibió sobre el trámite” (Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, Rad. 00255. SEP016-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas. 2022).

Incluso, con otro argumento adicional, la Sala Especial de Primera Instancia, explicó que de encontrarse que la conducta era típicamente objetiva, en el caso concreto, debía reconocerse un error de tipo invencible que descartaría el tipo subjetivo: “aplica el error de tipo invencible por cuanto su conducta estuvo precedida de una realidad equivocada, por cuanto por virtud del principio de confianza en sus subalternos se representó un suceso diferente, creyendo de modo inquebrantable que no estaba infringiendo la ley”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, Rad. 00255. SEP016-2022. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas. 2022).

Finalmente, se considera que en el caso concreto debía reconocerse el principio de confianza, por configurarse todos los presupuestos teóricos, legales y jurisprudenciales para su aplicación. Subsidiariamente, debió aplicarse la eximente de la responsabilidad penal del error de tipo invencible. Por tanto, el Gobernador no debió ser declarado penalmente responsable del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

8. Conclusiones

En Colombia la regulación constitucional de la delegación administrativa no es tan reciente, sin embargo, el establecimiento de la responsabilidad penal en relación con la actividad contractual cuando esta ha sido delegada ha sido un asunto regulado con más detalle a partir de la Constitución Política de 1991, las leyes 489 de 1998 y 1150 de 2007.

En el ordenador del gasto recaen unos deberes de vigilancia cuando delega las facultades en contratación estatal. Quiere denotar que el representante legal no se exonera de la responsabilidad penal por el acto de delegación. Para que esté exonerado de responsabilidad penal, no podrá invoca genéricamente la delegación de sus facultades, sino que por el contrario deberá demostrar que ha cumplido con sus obligaciones constitucionales y legales de supervisión y vigilancia de las actividades contractuales.

Los procedimientos contractuales de: licitación pública, contratación directa, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y urgencia manifiesta, tienen establecidos unos deberes específicos por parte del ordenador del gasto. Sin embargo, si se observa en general se tiene que en las etapas precontractuales, contractuales y poscontractuales persisten unas obligaciones del ordenador del gasto así haya delegado la facultad de contratación tales como: la planeación, estudios y diseños, la determinación del precio, la determinación de la escogencia del procedimiento de selección, la selección objetiva, el pago de lo debidamente ejecutado, la liquidación del contrato con el cumplimiento de requisitos legales, la protección del patrimonio públicos son en general obligaciones que desde las normas de derecho administrativo deben cumplir el representante legal.

El ordenador del gasto por su posición jerárquica dentro de la organización pública se le puede predicar en una posición de garante, lo que lo ubica en dicha posición en la cual se establecen un conjunto de obligaciones que debe cumplir a efectos que no se concreten riesgos, o dicho en otros términos tiene unas obligaciones de evitación que se produzcan riesgos jurídicamente desaprobados. Por tanto, por su posición, por ejemplo, respecto de la posibilidad de disponer del presupuesto público hace que se concreten deberes especiales,

que en el evento de no cumplir hacen que se le pueda atribuir o imputar responsabilidad penal.

El principio de confianza es un eximente de responsabilidad penal, sin embargo, el ordenador del gasto no puede escudarse en dicho principio para que no le sea atribuida responsabilidad penal. Esto teniendo en cuenta que la aplicación de este principio exige, que en aquellas actividades que se desarrollan en trabajo en equipo, o con distribución de tareas, el ordenador del gasto deba cumplir con controles que impidan que el resultado típico le sea atribuible. Argumentar en sentido contrario, sería vaciar la competencia del ordenador del gasto con la delegación y permitir que se genere impunidad.

En todo caso, para que se pueda predicar responsabilidad penal por *hechos de terceros* es necesario que el ordenador haya tenido la posibilidad de conocer sobre el comportamiento ilícito, en tal sentido, el principio de confianza podrá generar atipicidad de la conducta o un error de tipo invencible, si el representante tenía la convicción que actuaba lícitamente y no tenía la posibilidad de disipar esa duda.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, Rad. 00255. SEP016-2022, que estudió un caso de responsabilidad penal por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos esenciales en la que reconoció la aplicación del principio de confianza, y, en consecuencia, exoneró de responsabilidad penal, se contrapone diametralmente con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 61.315. SP2709-2024.

Finalmente, se considera que en el caso concreto debía reconocerse el principio de confianza, por configurarse todos los presupuestos teóricos, legales y jurisprudenciales para su aplicación. Subsidiariamente, debió aplicarse la eximente de la responsabilidad penal del error de tipo invencible. Por tanto, el Gobernador no debió ser declarado penalmente responsable del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

9. Referencias bibliográficas

Libros

Araújo Oñate, Rocío. (2011). La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En Araújo Oñate, Rocío. *La ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* 93 – 122. Universidad del Rosario.

Bautista Pizarro. N. E. (2008). *El principio de confianza en un derecho penal funcional*. Universidad Externado de Colombia.

Chavarro Marín, J. C. (2019). *La vigilancia y control contractual jurídica*. Universidad Santo Tomás.

Díaz Díez, C. A. (2013). *La Liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Escobar Gil, R (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Editorial Legis.

Escobar Vélez, S. (2019). *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial* [Tesis doctoral, Universidad de León].

F & C consultores. (2019). *Contratación pública. Compilación de normas, jurisprudencia y directrices en materia contractual*.

Feijóo Sánchez, B. (2000) *El Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputación en el Derecho Penal: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas*. En *Derecho Penal y Criminología*. Ediciones Universidad Externado de Colombia.

Fiscalía General de la Nación & Oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito.
(2018). *Tipologías de corrupción en Colombia. Peculados*.

Fiscalía General de la Nación & Oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito.
(2018). *Tipologías de corrupción en Colombia. Celebración indebida de contratos*.

Forero Ramírez, J. C. & Ospina Perdomo, J. M. (2017). *Aspectos penales de la contratación estatal*. Grupo editorial Ibáñez.

Guzmán, Fernando, & Arias, Carlos Alberto. (2012). *Buena fe y principio de confianza en medicina*. Revista Colombiana de Cirugía, 27(3), 192-195. Retrieved December 09,2024,
from:http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S201175822012000300003&lng=en&tlng=es.

Jojoa Bolaños, A. (2012). *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Grupo editorial Ibáñez.

Lamprea Rodríguez, P. E. (2007). *Contratos Estatales*. Temis.

Marín Cortés, F. G. (2012). *El precio. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Marmol, J.G. (2013). *Análisis de la supervisión del contrato estatal función de vigilancia y mecanismo anticorrupción*. Academia & Derecho, ISSN 2215-8944, ISSN-e 2539-4983, N°. 7, 2013, págs. 145-169.

Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia.

- Meléndez Julio, I. (2016). *La responsabilidad disciplinaria en la gestión de los contratos estatales. Tratado de derecho de los contratos estatales y de la responsabilidad contractual*. Grupo editorial Ibáñez.
- Mir Puig, S. *Derecho Penal Parte General*. (2011). Editorial Reppertor.
- Otálvaro Sánchez, C. A. (2019). *Delitos contra la administración pública (título XV). Parte primera. Aspectos generales*. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Peláez, J. M. (2016). *Configuración del "principio de confianza" como criterio negativo de tipicidad objetiva*. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 19, 37, 15-35.
DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677>
- Perdomo Torres, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el nuevo código penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo, J. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión* Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-la-problematica-de-la-posicion-de-garante-en-los-delitos-de-comision-por-omision-9789586165501.html>
- Quiroga Natale, E. A. (2020). *Contratación estatal. Teoría general del contrato estatal, equilibrio económico, riesgos, rompimiento de la ecuación financiera e incumplimiento contractual. Elementos para una compra pública eficiente*. Ediciones nueva jurídica.
- Restrepo Tamayo, John Fernando y Betancur Hincapié, Guillermo León. (2020). *Sobre el principio de planificación en la contratación pública: un análisis teórico y fáctico en el ordenamiento jurídico colombiano*. Ius et Praxis, 26 (2), 104-124.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200104>

Reyes Alvarado. Y. (2005). *Imputación objetiva*. Editorial Temis.

Santofimio Gamboa, J. O. (2002). *Delitos de celebración indebida de contratos*. Universidad Externado de Colombia.

Torres López. J. A. (2019) *La responsabilidad penal del empresario: entre el principio de confianza y la ignorancia deliberada*. Primera línea.

Velásquez Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de derecho penal Parte General (Tercera)*. Tirant lo blanch. www.tirant.es

Zaffaroni, E. R. (1996). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Ediar, sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, Tucumán 927, Buenos Aires.

Jurisprudencia

Consejo de Estado

Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Radicación. 11001032400020080017900 (M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, noviembre 26 de 2020).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Subsección C. Radicación: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565). M.P. Enrique Gil Botero, agosto 12 de 2014).

Consejo de Estado de Colombia. Radicación. Sección Primera. 11001032400020090061300 (M.P. Oswaldo Giraldo López, noviembre 19 de 2018).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Radicación. 11001032400020120012500 (M.P. Nubia Margoth Peña Garzón, junio 20 de 2019).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Radicación. 11001032400020180047000
(M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, febrero 28 de 2020).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Radicación. 11001032600020160016800
(M.P. Martín Bermúdez Muñoz, mayo 28 de 2019).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Radicación. 20001233300320170010700
(M.P. Hernando Sánchez Sánchez, diciembre 01 de 2017).

Consejo de Estado de Colombia. Radicación. Sección Primera. 25000232400020120080400
(M.P. Oswaldo Giraldo López, junio 11 de 2021).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Subsección B. Radicación.
25000232600020010230101 (M.P. Danilo Rojas Betancourth, marzo 27 de 2014).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Radicación. 25000232600020050024001
(M.P. Ruth Stella Correa Palacio, julio 31 de 2008).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Subsección B. Radicación.
50001233100020060111002 (M.P. Alberto Montaña Plata, agosto 26 de 2019).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Radicación. CE-SEC3-EXP1999-N14855.
(M.P. Daniel Suárez Hernández, abril 29 de 1999).

Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación
11001-03-15-000-2019-00911-01(PI). (M. P. María Adriana Marín. febrero 11 de
2020).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2010-00306-
00. (M.P. Hernando Sánchez Sánchez, agosto 9 de 2019.)

Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Radicación: 25000-23-41-000-2012-00338-01. (M.P. Guillermo Vargas Ayala, julio 31 de 2014).

Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-561 de 1999. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra, agosto 4 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-497A de 1994. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, noviembre 3 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-272 de 1998. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, junio 3 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 2002. (M.P. Jaime Córdoba Triviño, mayo 15 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-527 de 2013. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, agosto 14 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214 de 2022. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar, junio 16 de 2022).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-917 de 2001. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra, agosto 29 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-222 de 2021. (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, julio 14 de 2021).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-976 de 2001. (M.P. Jaime Araujo Rentería, septiembre 12 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-302 de 2006. (M.P. Rodrigo Escobar Gil, abril 7 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-652 de 2003. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, agosto 5 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-006 de 2023. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, enero 25 de 2023).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-071 de 2022. (M.P. Alberto Rojas Ríos, febrero 24 de 2022).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-693 de 2008. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, julio 9 de 2008).

Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2022. MP. Jorge Enrique Ibáñez Najar, junio 16 de 2022)

Sala Especial de Primera Instancia

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-025 de 2022, Radicación N° 00267 (M.P. Ariel Augusto Torres Rojas; marzo 17 de 2022).

Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Radicación: 00252, SEP138-2023. M.P. Blanca Nélida Barreto Ardila, noviembre 29 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-016 de 2023, Radicación N° 46473 (M.P. Jorge Emilio Caldas Vera; febrero 1 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-002 de 2024, Radicación N° 48737
(M.P. Jorge Emilio Caldas Vera; enero 18 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-148 de 2022, Radicación N° 49987
(M.P. Ariel Augusto Torres Rojas; noviembre 15 de 2022).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-144 de 2021, Radicación N° 50643
(M.P. Blanca Nélide Barreto Ardila; diciembre 02 de 2021).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-138 de 2022, Radicación N° 48901
(M.P. Ariel Augusto Torres Rojas; octubre 27 de 2022).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-138 de 2023, Radicación N° 00252
(M.P. Blanca Nélide Barreto Ardila; noviembre 29 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-134 de 2022, Radicación N° 48900
(M.P. Ariel Augusto Torres Rojas; octubre 24 de 2022).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-133 de 2023, Radicación N° 49262
(M.P. Blanca Nélide Barreto Ardila; noviembre 14 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-131 de 2023, Radicación N° 00085
(M.P. Jorge Emilio Caldas Vera; noviembre 07 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-130 de 2023, Radicación N° 00103
(M.P. Blanca Nélide Barreto Ardila; noviembre 01 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-127 de 2023, Radicación N° 00115
(M.P. Blanca Nélide Barreto Ardila; octubre 18 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-124 de 2022, Radicación N° 86 (M.P. Blanca Nélica Barreto Ardila; octubre 04 de 2022).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-123 de 2024, Radicación N° 00479 (M.P. Ariel Augusto Torres Rojas; diciembre 04 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-111 de 2023, Radicación N° 47325 (M.P. Jorge Emilio Caldas Vera; agosto 28 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-105 de 2023, Radicación N° 00115 (M.P. Ariel Augusto Torres Rojas y Blanca Nélica Barreto Ardila; agosto 11 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-097 de 2024, Radicación N° 51414 (M.P. Jorge Emilio Caldas Vera; octubre 16 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-091 de 2024, Radicación N° 00067 (M.P. Ariel Augusto Torres Rojas; septiembre 02 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-086 de 2024, Radicación N° 00238 (M.P. Blanca Nélica Barreto Ardila; agosto 20 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-068 de 2024, Radicación N° 25808 (M.P. Jorge Emilio Caldas Vera; junio 19 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-049 de 2024, Radicación N° 52380 (M.P. Jorge Emilio Caldas Vera; abril 11 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-042 de 2022, Radicación N° 50643 (M.P. Blanca Nélica Barreto Ardila; abril 20 de 2022).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-037 de 2023, Radicación N° 00007
(M.P. Jorge Emilio Caldas Vera; marzo 8 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SEP-055 de 2025, Radicación N° 52939
(M.P. Blanca Nélica Barreto Ardila; abril 28 de 2025).

Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-976 de 2024, Radicación N° 55898
(M.P. Fernando León Bolaños Palacios; abril 24 de 2024).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación: 61684, SP558-2024. (M.P.
Myriam Ávila Roldán, 2024).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación: 56014, SP038-2023. (M.P.
Myriam Ávila Roldán, 2023).

Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Radicación: SEP 097 de 2024
(M.P. Jorge Emilio Caldas Vera, 16 de octubre de 2024).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación 29285, (M.P. Alfredo Gómez
Quintero, diciembre 02 de 2008).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación: 55033, SP3463-2019 (M.P.
Jaime Humberto Moreno Acero, agosto 27 de 2019).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-970 de 2024, Radicación N° 59949
(M.P. Fernando León Bolaños Palacios; abril 24 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-968 de 2024, Radicación N° 65559
(M.P. Gerardo Barbosa Castillo; abril 24 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-707 de 2024, Radicación N° 62934
(M.P. Jorge Hernán Díaz Soto; marzo 20 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-558 de 2024, Radicación N° 61684
(M.P. Myriam Ávila Roldán; marzo 20 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-386 de 2023, Radicación N° 62645
(M.P. Gerson Chaverra Castro; septiembre 13 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-309 de 2023, Radicación N° 60110
(M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito; agosto 9 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-3024 de 2024, Radicación N° 58094
(M.P. Gerardo Barbosa Castillo; noviembre 13 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-2709 de 2024, Radicación N° 61315
(M.P. Myriam Ávila Roldán; octubre 02 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-2479 de 2024, Radicación N° 65233
(M.P. Fernando León Bolaños Palacios; septiembre 11 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-2207 de 2024, Radicación N° 61.566
(M.P. Fernando León Bolaños Palacios; agosto 14 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-2021 de 2024, Radicación N° 61.800
(M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito; julio 31 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-185 de 2024, Radicación N° 58661
(M.P. Myriam Ávila Roldán; febrero 14 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-159 de 2024, Radicación N° 57304
(M.P. Gerardo Barbosa Castillo; febrero 7 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-1281 de 2024, Radicación N° 57851
(M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán; mayo 29 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-1281 de 2024, Radicación N° 57851
(M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán; mayo 29 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-114 de 2023, Radicación N° 55083
(M.P. Myriam Ávila Roldán; marzo 29 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-1063 de 2024, Radicación N° 60778
(M.P. Fernando León Bolaños Palacios; mayo 8 de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-070 de 2023, Radicación N° 57360
(M.P. Myriam Ávila Roldán; marzo 01 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-064 de 2023, Radicación N° 61125
(M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán; marzo 01 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-038 de 2023, Radicación N° 56014
(M.P. Myriam Ávila Roldán; febrero 15 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-011 de 2023, Radicación N° 57903
(M.P. Gerson Chaverra Castro; febrero 1 de 2023).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-16915 de 2017, Radicación N° 48321
(M.P. Fernando León Bolaños Palacios; octubre 18 de 2017).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-4903 de 2018, Radicación N° 47385 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa; noviembre 14 de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. radicación 37858, (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, marzo 13 de 2013).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP. 18532. Radicación 43263. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, noviembre 8 de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, SP14547-2016, radicación 46604, (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, octubre 12 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de julio de 2006. M.P. (Alfredo Gómez Quintero. Expediente 25266. Mayo 04 de 2006)

Entidades del orden nacional

Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. Concepto C-471 de 2023.

Normas

Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Decreto – Ley 111 de 1996. Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Enero 15 de 1996. DO. N42692.

Decreto – Ley 150 de 1976. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Enero 27 de 1976. DO. 34492.

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015. DO. N49523.

Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Febrero 02 de 1983. DO. 36189.

Decreto 393 de 1991. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. Febrero 8 de 1991. DO. 39672.

Decreto 568 de 1996. Por el cual se reglamentan las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación. Marzo 21 de 1996.

Decreto 591 de 1991. Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. Febrero 26 de 1991. DO. 39702.

Decreto Autónomo Constitucional 092 de 2017. Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2o del artículo 355 de la Constitución Política. Enero 23 de 2017. DO. 50125.

Decreto 2681 de 1993. Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas.

Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. DO. 2867.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. DO. Diciembre 23 de 1993. DO. 41148.

Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. DO. Enero 10 de 2012. DO. 48308.

Ley 84 de 1873. Código Civil de Los Estados Unidos de Colombia... DO. Mayo 31 de 1873. DO. 2867.

Ley 820 de 2003. Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones. DO. Julio 10 de 2003. DO. 45244.

Ley 2069 de 2020. Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia. DO. Diciembre 31 de 2020. DO. 51544.

Ley 2200 de 2022. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos. DO. Febrero 08 de 2022. DO. 51942.

Ley 136 de 1994. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. DO. Junio 02 de 1994. DO. 41.377.

Ley 106 de 1873. Código Fiscal. Junio 13 de 1873.

Ley 106 de 1931. Por la cual se sustituye el artículo 1o de la Ley 116 de 1923, que reglamenta la celebración de contratos para la conducción de correos nacionales. Octubre 15 de 1931.

Ley 110 de 1912. Por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman. Noviembre 23 de 1912.

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 sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. DO. N46691.

Ley 1341 de 2009. Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. Julio 30 de 2009. DO. 47426.

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Julio 11 de 1994. DO. 41433.

Ley 143 de 1994. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. Julio 11 de 1994. DO. 41434.

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Julio 12 de 2011. DO. N48128.

Ley 1523 de 2012. Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. Abril 24 de 2012. DO. 48411.

Ley 167 de 1941. Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa. Diciembre 24 de 1941.

Ley 1978 de 2019. Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones. Julio 25 de 2019. DO. 51025.

Ley 2294 de 2023. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”. Mayo 19 de 2023. DO. N52400.

Ley 30 de 1993. Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior. Diciembre 28 de 1992. DO. 40700.

Ley 31 de 1992. Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de este, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 1992. DO. 40707.

Ley 482 de 1998. Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1999. Noviembre 15 de 1998. DO. 43429.

Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 1998. DO. N43464.

Ley 53 de 1909. Sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno. Noviembre 27 de 1909.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. DO. N44097.

Ley 61 de 1921. Sobre asuntos fiscales. Diciembre 28 de 1921.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO. N41094.

ⁱ CÓDIGO PENAL COLOMBIANO- LEY 599 de 2000. **ARTÍCULO 25. ACCIÓN Y OMISIÓN.** La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARAGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.