

**LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS EN LAS
ACTIVIDADES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.**

PRESENTADA POR:

ANA MARIA HINESTROSA VILLA

DIRECTOR:

DR. JAIME CHAVES VILLADA

**PONTIFICIAUNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C**

2014

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

- I. DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS, CAPÍTULO IV DEL TÍTULO XV DEL CÓDIGO PENAL
 - I.I SUJETO ACTIVO Y OBJETO MATERIAL DE LOS DELITOS DE “CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS”.
 - I.I.I SERVIDOR PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DE LOS TIPOS PENALES DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS
 - I.I.II OBJETO MATERIAL
- II. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA EN LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS.
 - II.I PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL CONTRATISTA EN COLOMBIA
 - II.II LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CONTRATISTAS EN COLOMBIA
- III. LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN, SU RELACIÓN CON EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN
 - III. I CONVENIOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN
 - III.I.I CONVENIO ESTATAL Y CONTRATO ESTATAL COMO FIGURAS DISÍMILES
 - III. I. II CONTRATO Y CONVENIO: RELACIÓN GÉNERO- ESPECIE
- IV. CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN PARA ACTIVIDADES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.
 - IV.I RÉGIMEN ESPECIAL PARA LAS ACTIVIDADES CIENTÍFICAS Y TECNOLÓGICAS: CONTRATOS Y CONVENIOS
 - IV.II EL DECRETO 393 DE 1991

V. CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS A LA LUZ DE LOS CONVENIOS DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.

V.I CALIDAD DE LOS SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LA CELEBRACIÓN DE UN CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN PARA ACTIVIDADES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.

V.II ANÁLISIS DE LOS CONVENIOS DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA A LA LUZ DEL OBJETO MATERIAL DESCRITO POR LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

V.III NATURALEZA DE LOS CONVENIOS Y LOS CONTRATOS ESTATALES

V.III.I REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS Y LOS CONTRATOS ESTATALES

VI. OTRAS HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD PENAL

VI.I EL INTERVINIENTE

VI.II NOCIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA: EJE CENTRAL DE LA DIFERENCIA ENTRE LA CELEBRACIÓN REAL DE UN CONVENIO O UN CONTRATO REGIDO POR LEY 80 DE 1993

VI.II. I DEFINICIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

VI.II.II ACTIVIDADES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA COMO CRITERIO PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD PENAL

VII. CONCLUSIONES

RESUMEN

Los recientes escándalos de la contratación estatal en el país, han llevado a una extensión de la responsabilidad penal que busca garantizar la actuación transparente y ajustada a derecho, por parte de los contratistas. Este fenómeno ha llevado a la aplicación de tipos penales de sujeto activo calificado a particulares, sin la verificación de las condiciones de tipicidad de la conducta. Un claro ejemplo de esta problemática se da respecto de los Convenios Especiales de Cooperación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, los cuales procederemos a estudiar buscando determinar el espectro de responsabilidad penal que cobija a los particulares que los celebran.

ABSTRACT

Recent scandals in government procurement in Colombia have led to an extension of criminal liability that seeks to ensure transparency and legality in contractors behavior. This phenomenon has led to the application of criminal prohibition of qualified active subject to certain individuals that may not accomplish the typical conditions of criminal behavior. An example of this problem is given in the Special Agreements on Cooperation for development of scientific and technological activities, which we proceed to study seeking to determine the scope of criminal liability on individuals that conclude them.

PALABRAS CLAVE: Contratación Estatal, Celebración indebida de contratos, Responsabilidad Penal, Contratistas, Convenios administrativos, Ciencia y Tecnología

INTRODUCCIÓN

La contratación pública ha sido desde siempre una herramienta fundamental para la consecución de los fines estatales determinados en la Constitución Política. La alianza entre los particulares, que usualmente cuentan con los recursos, la tecnología, el conocimiento y la mano de obra necesarios para desarrollar grandes proyectos, y el Estado, como ente encargado de implementar políticas públicas, desarrollar obras y prestar servicios básicos a la ciudadanía, permite el desarrollo de la función estatal encaminada a la satisfacción del interés público en todos los ámbitos¹.

Dada la repercusión directa de los contratos estatales en los dineros públicos y el interés general, la contratación estatal se encuentra revestida de unas formalidades especiales que derivan en un régimen más estricto frente a la contratación entre particulares determinada en el Código Civil y el Código de Comercio². Por esta razón, el constituyente de 1991 estableció en el inciso final del artículo 150³ la facultad del Congreso para expedir el estatuto de contratación estatal y, adicionalmente, dispuso ciertas previsiones en la Carta Fundamental referentes al tema, como por ejemplo lo decretado en el artículo 352⁴ sobre la

¹Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. (M.P María Victoria Calle; Octubre 7 de 2009)

²Jorge Bendeck Olivella. Exposición de motivos del Estatuto General de Contratación. Gaceta del Congreso No. 75, Santafé de Bogotá, D.C, 23 de septiembre de 1992

³Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 150. Julio 7 de 1991. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

⁴Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 352. Julio 7 de 1991. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

capacidad para contratar de las entidades estatales, o el artículo 365⁵ que dispone la prestación de servicios públicos a cargo de empresas privadas.

En virtud de dichas disposiciones en el año 1993 el legislador expidió la Ley 80⁶, norma que tenía como finalidad fijar los parámetros del contrato estatal en todas sus etapas⁷: la planeación y la etapa previa a cargo de la entidad donde debía definirse la necesidad y el tipo de contrato a celebrar; los procedimientos de selección del contratista determinados por el tipo de contrato; la celebración, ejecución y liquidación de los contratos y la solución de controversias referentes al vínculo contractual existente entre el Estado y el particular.

Sin embargo, dicho estatuto no cobijó todas las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares y expresamente excluyó a ciertas entidades que, aun teniendo naturaleza pública, determinarían su régimen de contratación de acuerdo a normas especiales o distintas a la Ley 80⁸. Adicionalmente, el Estatuto de Contratación omitió referirse a otro

⁵ Constitución Política de Colombia [Const].Art. 365. Julio 7 de 1991. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

⁶Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094

⁷ Jorge Bendeck Olivella. Exposición de motivos del Estatuto General de Contratación. Gaceta del Congreso No. 75, Santafé de Bogotá, D.C, 23 de septiembre de 1992. La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.

⁸ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Pg. 37. Ed. Legis. Bogotá (2003)

tipo de relaciones que podrían existir entre el Estado y los particulares, como es el caso de los convenios, dejando vigentes normas externas al estatuto, que regulan este tipo de vínculos⁹.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 80, tanto los regímenes exceptuados como las disposiciones contenidas en dicha normativa se vieron complementados con la expedición de leyes y decretos encaminados a agilizar los trámites contractuales y a implementar sistemas eficientes, transparentes, ágiles, objetivos, que cumplieran con las finalidades constitucionales de la función administrativa, para garantizar de esta forma el buen uso de los recursos públicos¹⁰. Fenómeno que, adicionalmente, dio lugar, a la creación de tipos penales que buscaban proteger a cabalidad la disposición de los recursos públicos, limitando las actuaciones de las Entidades Estatales y de los particulares en el marco de las relaciones contractuales o de cooperación que implicaran el uso y disposición de los mismos¹¹.

La aplicación de estos tipos penales se ha visto incrementada en los últimos años en razón a una oleada creciente de casos de corrupción descubiertos en diferentes ámbitos de la contratación nacional,¹² que han derivado en una fuerte presión social y mediática que aclama por mayores controles respecto de los dineros públicos entregados a los contratistas particulares. De esta forma tanto el legislador como las altas cortes se han visto obligados a

⁹Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. Pg. 235. Bogotá, 2000.

¹⁰ Gonzalo Suárez Beltrán. La Nueva Contratación Pública en Colombia: Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Pg. Xxxiii. Ed. Legis. (2009)

¹¹ Al respecto se resaltan los delitos consagrados en el título IV del Código Penal, referentes de forma exclusiva a la celebración indebida de contratos estatales y las sanciones introducidas a los contratistas por la Ley 1474 de 2011.

¹² Sobre el particular se resalta el caso de la construcción de la troncal de Transmilenio por la vía 26, la construcción de la carretera Bogotá- Girardot y el contrato de recolección de basuras en Bogotá <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/top-10-casos-de-corrupcion-colombia-ad-portas-de-fallo-galeria-447588#ad-image-6> (20 septiembre, 2013)

determinar los alcances de estos delitos, propendiendo cada vez más por una extensión de la responsabilidad penal de los servidores públicos a los contratistas del Estado¹³.

Esta situación ha derivado en una ampliación desmedida de la responsabilidad penal en materia de contratación pública, que se ha manifestado en la aplicación extensiva de tipos penales de sujeto activo calificado a particulares ajenos a dicha calificación y en la imputación de delitos cuyo objeto material es el contrato estatal, a sujetos relacionados con el Estado a través de vínculos no contractuales¹⁴.

La finalidad de este trabajo de grado, a través del cual busco cumplir uno de los requisitos exigidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de abogada, es examinar la responsabilidad penal aplicable a los particulares y servidores públicos que celebran convenios especiales de ciencia y tecnología, regidos por la Ley 29 de 1990 y el Decreto Ley 393 de 1991, para efectos de determinar la aplicabilidad del régimen de responsabilidad penal de la contratación estatal.

Dicha investigación se enfocará en el capítulo de “La celebración indebida de contratos”, artículos 408, 409 y 410 del Código Penal, y tendrá como punto de partida la extensión de responsabilidad que, en materia jurisprudencial, se ha aplicado a los particulares que se vinculan con el Estado y desarrollan actividades de interés general que implican la disposición de recursos públicos. En esta medida se estudiarán los elementos de este tipo

¹³Corte Constitucional, Sentencia C-563/98. (M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz; Octubre 7 de 1998)

¹⁴ Tal es el caso, de la investigación que actualmente se adelanta contra funcionarios de Fiduagraria por hechos cometidos en el 2006 en los que la sociedad suscribió contratos de fiducia con particulares en los que posteriormente intervino la Gobernación del Meta (<http://www.prensalibrecasanare.com/principal/6139-por-el-caso-de-los-patrimonios-autonomos-que-condenu-a-whitman-porras-fueron-capturados-ex-funcionarios-de-fiduagraria.html> (13 de marzo de 2013)). De la misma forma se encuentra el caso de los contratistas del IICA por el caso de Agro Ingreso Seguro, donde la relación entre las dos entidades tenía como base un convenio y no un contrato.

de convenios para determinar si se asimilan a los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales señalados.

Procederemos a analizar en primera medida las normas y conceptos penales vinculados con el tema objeto de estudio, para posteriormente analizar de forma detallada los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología e incorporar a los mismos la teoría punitiva. Finalizando el documento se presentaran una serie de conclusiones y se estudiara algunos asuntos adicionales que complementan la hipótesis planteada y que pueden ser útiles para efectos de determinar la responsabilidad de los particulares y servidores públicos que intervienen en este tipo de asociaciones.

I. DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS, CAPÍTULO IV DEL TÍTULO XV DEL CÓDIGO PENAL

Los delitos relacionados con la celebración indebida de contratos fueron incluidos por primera vez al ordenamiento jurídico nacional a través del Código Penal de 1.980¹⁵ como respuesta a la estructuración de un nuevo sistema de contratación en el que el Estado era concebido como uno de los principales prestadores de servicios¹⁶. Este cambio de concepción que se desarrolló durante el siglo XX tuvo como origen la creación del modelo

¹⁵ Decreto 100 de 1980 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Febrero 20 de 1980. D.O.No. 35.461

¹⁶ Hernando Barreto Ardila y otros. Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial. Pg.331 Ed. Universidad Externado de Colombia (2011)

de “estado bienestar” en Europa como consecuencia de los movimientos sociales que exigían al Estado jugar un papel más activo en el desarrollo social¹⁷.

De esta forma Colombia fue adoptando reformas que pretendían acatar este nuevo postulado, en virtud del cual el Estado proporcionaba una serie de servicios tendientes a satisfacer las necesidades básicas de la población. Sin embargo, dicha concepción fue modulada, en Colombia y el mundo, como consecuencia de la posguerra y la subsiguiente crisis económica que limitó las capacidades económicas y estructurales del Estado y lo llevó a adoptar un modelo de intervencionismo moderado y, adicionalmente, a buscar en los particulares una alternativa de asociación para cumplir las metas de lo que posteriormente se conocería como el Estado Social de Derecho¹⁸.

Fue así como, a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX en el país, y de las disposiciones contenidas en la Constitución de 1886, en los años noventa la figura del Estado empezó a cobrar importancia respecto de la estructuración del modelo de satisfacción de necesidades básicas de la población, que posteriormente se consolidó a través de la expedición de la Constitución de 1991¹⁹.

Para efectos de asumir esta nueva carga el Estado, haciendo uso de los instrumentos legales que regulaban la contratación estatal y contando con los recursos suficientes para financiar grandes proyectos, acudió a los particulares como prestadores principales de los servicios que debía suministrar para que usando la tecnología, el conocimiento y los

¹⁷ Antonio José Chacón Pinzón. De la Celebración Indebida de Contratos en el nuevo Código Penal. Ediciones Jurídicas. Pg. 24. Ed. Gustavo Ibañez (2002)

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ María Teresa Palacio Jaramillo. Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. Pg. 23. Revista de Derecho Público NQ 14. Junio de 2002. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

recursos materiales y humanos llevaran a cabo la tarea²⁰. Sin embargo, aunque esta alianza era lógica y generaba ganancias para ambas partes, también impuso nuevos retos a la legislación nacional: controlar a través de las normas el buen manejo de los recursos públicos por parte de los contratistas y asegurarse de que el proceso de contratación contara con ciertas garantías que aseguraran la concurrencia de cualquier persona interesada al proceso²¹.

Fue así como en 1936 se elevó por primera vez a la categoría de delitos las conductas que implicaban abusos de los cargos públicos para efectos de obtener provecho a través de la celebración de contratos estatales. Sin embargo la redacción de las normas fue cuestionada por el enfoque otorgado por el legislador y el bien jurídico protegido y, por tanto, en 1980, con la expedición del Decreto Ley 100, Código Penal, se modificó la tipificación de estas conductas y, adicionalmente, se estipuló por primera vez un capítulo especial para esta clase de comportamientos²².

En la actualidad, el código penal vigente expedido en el año 2000, Ley 599 de 2000, consagra estas conductas en el capítulo IV del Título XV, “De la Celebración Indevida de Contratos”, tipificando tres comportamientos: la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, el interés indebido en la celebración de contratos y la celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; delitos

²⁰ *Ibíd*em

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 917 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. (Agosto 29 de 2001)

²² *Ibíd*em

que se vieron complementados en el año 2011 a través de la Ley 1474 por una nueva conducta tipificada en el artículo 410A, los “*Acuerdos Restrictivos de la Competencia*”.²³

La tipificación realizada respecto de este tipo de comportamientos pretende proteger tanto la inversión de los recursos estatales en los proyectos desarrollados a través de la suscripción de los contratos administrativos, como el correcto desarrollo de la actividad propia del servidor público que debe regirse siempre por la ley²⁴. De esta forma a través de la creación de estos delitos, el legislador buscó sancionar toda conducta que excediera las facultades legales previstas para el desarrollo de los contratos estatales en sus diferentes fases.

La redacción actual de los artículos mencionados es la siguiente²⁵:

“Artículo 408. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión (...)

Artículo 409. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta (...)

²³ Artículo que fue incluido a través del conocido estatuto anticorrupción que, según lo planteado por el legislador en la exposición de motivos buscó introducir nuevas disposiciones que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige, propendiendo subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente. Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 142 de 2010, Senado “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de control de la gestión pública. Jorge Eduardo Londoño, Senador ponente.

²⁴ Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. Julio 7 de 1991. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

²⁵ Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. D.O. No. 44097

Artículo 410. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de (...).”

Normas que, siendo analizadas de forma preliminar permiten colegir la existencia de dos elementos comunes que califican la realización de los delitos referentes a la Celebración Indebida de Contratos: la calidad de servidor público que debe detentar el sujeto activo del delito y el objeto material, que se refiere al contrato estatal.

Por estas circunstancias vale la pena analizar a profundidad estos dos componentes de los tipos penales consagrados en el Capítulo IV del Título XV del Código, bajo el postulado de “Celebración Indebida de Contratos” en aras de entender los alcances de los mismos y así determinar si abarcan en su totalidad a los sujetos vinculados con el Estado bajo cualquier régimen de asociación o si únicamente se refiere a los servidores públicos que ejercen sus labores dentro del marco de un contrato estatal.

II SUJETO ACTIVO Y OBJETO MATERIAL DE LOS DELITOS DE “CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS”.

Para desarrollar el estudio anunciado, iniciaremos con un análisis referente al concepto de servidor público y a la noción de sujeto activo, como elemento propio de la tipificación de un delito. Posteriormente se examinará la definición del “Contrato Estatal” y su relación con los tipos penales de celebración indebida de contratos, especialmente en lo referente al objeto material de los mismos.

II.I SERVIDOR PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DE LOS TIPOS PENALES DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

El concepto de servidor público, en términos generales, se refiere a aquellos sujetos que se vinculan a la administración pública para desarrollar los cometidos principales del Estado; en esa medida son sujetos cuya labor principal consiste en materializar los cometidos constitucionales y legales de la función estatal y que, para efectos de llevar a cabo dicha tarea, cuentan con una vinculación formal y predeterminada, bien sea en un contrato o en una norma²⁶.

Ahora bien, el concepto de sujeto activo hace referencia a la persona que lleva a cabo la conducta tipificada en la ley penal²⁷. Usualmente los tipos penales consagran sujetos activos indeterminados, es decir, no disponen una calidad especial para los posibles autores de las conductas delictivas ya que se encuentran dirigidos indistintamente a todos los ciudadanos²⁸. Sin embargo hay delitos establecidos para cierto tipo sujetos definidos por una serie de cualidades exigidas en la norma; es decir, conductas tipificadas como delitos que no pueden ser cometidas por cualquier persona²⁹. Un ejemplo claro es la conducta establecida en el artículo 128 del Código Penal, la cual sólo puede ser cometida *“por la madre que ha parido un hijo fruto de un acceso carnal violento, abusivo o de*

²⁶. Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 22. Julio 7 de 1991. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

²⁷ Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Pg. 263. Ed. Temis. (2004)

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado”³⁰, en esta medida un sujeto que no se encuentre investido de estas calidades no podría ser autor de este delito.

Al igual que el artículo 128³¹, existe en la normativa penal otra serie de delitos que otorgan ciertas características al sujeto activo que en caso de no ser evidenciadas en el autor de la conducta, derivan en un problema de atipicidad de la misma³². Dentro de este grupo de delitos se encuentran algunos supuestos de hecho referidos a personas investidas de un deber especial, como es el caso de los servidores públicos³³, como los plasmados en los artículos 409, 410 y 411 del Código Penal, que se refieren a “un servidor público”, que en ejercicio de sus funciones desconoce los requisitos y formalidades propias del procedimiento de contratación³⁴.

Ahora bien, dado que el concepto de servidor público abarca distintas ramas del derecho, es imperativo realizar un estudio juicioso de las normas y la jurisprudencia vigente, para poder determinar el alcance del tipo y así mismo poder exponer una noción clara del concepto, relacionada con la comisión de los delitos antes enunciados.

Como primera medida, vale la pena mencionar el artículo 123 de la Constitución Política³⁵, en virtud del cual se entiende que el concepto de servidor público hace referencia a “los

³⁰Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. D.O. No. 44097. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

³¹ Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. D.O. No. 44097

³² *Ibídem*

³³ Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Ed. Pg. 263 Temis. 2004.

³⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Pág. 72 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. (2000)

³⁵ Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991

miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

La Ley 80 de 1993 también trata el asunto, determinando que se entiende por servidores públicos: “a) *Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas. b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas*³⁶.

Finalmente, la Ley 599 de 2000³⁷, Código Penal, establece que para todo efecto de la ley penal se entiende por servidor público, tanto los sujetos que se enmarcan en las definiciones precedentes, como los particulares que de forma permanente o transitoria desempeñen funciones públicas, los funcionarios del Banco de la República, los miembros de la fuerza pública, entre otros³⁸.

Partiendo de estas definiciones, es imperativo profundizar en un componente de la noción de servidor público y es la disposición consagrada en el párrafo segundo del artículo 123

³⁶ Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094

³⁷ Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. D.O. No. 44097

³⁸ Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. D.O. No. 44097. Artículo 20.

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

de la Constitución Política que se encuentra conectada directamente con el artículo veinte del Código Penal. Esta norma establece la posibilidad de que particulares, que en principio no detentan vínculo alguno con el Estado, puedan ser investidos de facultades específicas para desarrollar ciertas funciones públicas³⁹. Disposición que, además de parecer contraria a lo dispuesto en el artículo sexto⁴⁰ de la Constitución, necesariamente lleva a cuestionar la determinación de los límites de la labor desarrollada por el particular y si, ¿Debe entenderse que para efectos legales obra como un servidor público o, por el contrario, pese a desarrollar funciones públicas nunca pierde su calidad de particular? Adicionalmente es imperativo esclarecer el régimen penal que, para efectos de este tipo de relaciones, aplica a este tipo de sujetos.

Para dar respuesta a estos interrogantes, es necesario aproximarse al concepto de “*función pública*”, el cual responde a la necesidad del estado de vincular personas que desarrollen los postulados constitucionales y legales atinentes a sus cometidos⁴¹. Por función pública puede entenderse el *conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines*⁴²; o, una definición más precisa se refiere al *conjunto de regímenes aplicables a la generalidad del personal de la administración*⁴³.

³⁹Corte Constitucional, sentencia C- 563 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Octubre 7 de 1998.

⁴⁰ Constitución Política de Colombia [Const].Art. 6. Julio 7 de 1991. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

⁴¹ Jaime Vidal Perdomo. Derecho Administrativo. Pg. 345 Ed. Temis. (1985)

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-037/03. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Enero 28 de 2003).

⁴³ Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo General y Colombiano. Pág. 141. Ed. Temis, (1984)

Este concepto básicamente describe las relaciones existentes entre la administración y sus servidores. En principio se entendía que la función pública hacía referencia a los vínculos de carácter laboral entre la administración y sus servidores⁴⁴, sin embargo como respuesta a la necesidad de movilidad y eficiencia en la ejecución de las labores de la administración, actualmente se refieren también a otro tipo de vinculaciones que pueden provenir de diversas fuentes, cada una con implicaciones y regímenes diferentes. Por ejemplo se distinguen los miembros de las corporaciones públicas, los empleados o funcionarios públicos y los trabajadores oficiales, que se rigen por normas y reglamentos distintos, pero que conforman el grupo de los funcionarios públicos propiamente dichos⁴⁵. También se incluye aquellos particulares que se vinculan a la administración asumiendo funciones públicas y adoptando un régimen disciplinario, fiscal y penal distinto a aquel que rige a los servidores públicos y a los particulares no relacionados con la administración.⁴⁶

Respecto de este último punto, cabe resaltar que una de las formas a través de las cuales los particulares pueden llegar a asumir funciones públicas es la contratación estatal⁴⁷. En virtud de este mecanismo se entiende por contratista, toda persona que presta servicios al Estado en virtud de un contrato diferente del laboral⁴⁸. Ahora bien, es imperativo aclarar que la simple calidad de contratista no implica necesariamente la transferencia de funciones públicas; al respecto cabe resaltar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en ese sentido, según el cual la relación del contratista no le confiere investidura pública alguna, puesto que lo que se genera a través del contrato es la recepción del *encargo de realizar*

⁴⁴ Jaime Vidal Perdomo. Derecho Administrativo. Pg. 346 Ed. Temis. (1985)

⁴⁵ Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo General y Colombiano. Pág. 237. Ed. Temis, (1984)

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-949/01. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Septiembre 5 de 2001)

⁴⁷ Jaime Vidal Perdomo. Derecho Administrativo. Pg. 345 Ed. Temis. (1985)

⁴⁸ Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo General y Colombiano. Pág. 237. Ed. Temis, (1984)

*una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante*⁴⁹.

En esta medida es importante analizar en cada caso las circunstancias del contrato para determinar si puede entenderse que el contratista actúa bajo el supuesto de un particular desempeñando de forma transitoria funciones públicas o si en ningún momento se materializó dicha asunción. Adicionalmente, en caso de evidenciar una eventual transferencia, cabe precisar dos asuntos: el primero, no todo tipo de funciones públicas pueden ser transferidas a los particulares en virtud de los límites impuestos por la Constitución y la Ley⁵⁰, los cuales deben ser respetados por las autoridades y deben estar consagrados en un acto administrativo o convenio que fije de forma clara las condiciones y alcances de la función transferida⁵¹. También, es fundamental entender, como lo ha dicho la Corte Constitucional, que *“la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos ; sin embargo, es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad”*.⁵²

Dada la importancia de este punto y el análisis que implica para efectos de determinar en qué casos este tipo de responsabilidad le es aplicable a los particulares y, específicamente a

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-563/98. (M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz; Octubre 7 de 1998)

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-563/98. (M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz; Octubre 7 de 1998): Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole”

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-037/03. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Enero 28 de 2003)

⁵² Ibídem

los contratistas, es menester dedicar un capítulo especial que será plasmado de forma posterior.

Una vez desarrollado el elemento de sujeto activo de los delitos de celebración indebida de contratos y anunciando que más adelante procederemos a estudiar de forma detallada el interrogante abierto respecto de los contratistas como particulares que desempeñan funciones públicas, procedemos a estudiar a continuación el objeto material de estos delitos.

I.I.II OBJETO MATERIAL

Por objeto material se entiende la *persona o cosa material o inmaterial sobre la que recae la acción del agente*⁵³o, en otras palabras, *todo aquello sobre lo que se concreta la transgresión del bien jurídico tutelado y hacia lo cual se dirige el comportamiento del agente*⁵⁴.

El objeto material, para el caso de los delitos consagrados en el Capítulo IV del Título XV del Código Penal hace referencia al concepto de contrato estatal, entendido como todo acuerdo de voluntades que materializa la *intención de las partes para autorregular una determinada situación*, siempre y cuando una de esas partes tenga el carácter de entidad pública⁵⁵.

El contrato administrativo es *una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad*

⁵³ Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Ed. Pg. 280 Temis. 2004

⁵⁴ Ibídem

⁵⁵ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Pg. 343 Ed. Legis 2003.

*está dada por la singularidad de los elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico*⁵⁶. Régimen que la Ley 80 de 1993 estableció de forma genérica al señalar que siempre que intervenga una entidad estatal en un proceso contractual, el negocio resultante tiene carácter público; pero que a su vez fue concretado por una serie de características enunciadas en la misma norma, encaminadas a diferenciar los contratos estatales de otro tipo de negocios jurídicos que pudieran parecer similares, propiedades entre las cuales encontramos la bilateralidad, que se refiere a la existencia de obligaciones recíprocas, la onerosidad, que implica un reporte de utilidad o beneficio para ambas partes, la conmutatividad⁵⁷, según la cual las obligaciones de las partes son equivalentes entre sí y la solemnidad⁵⁸, que determina que los contratos estatales siempre deberán constar por escrito.

Estos contratos suponen una colaboración voluntaria entre el Estado y los particulares, a través de la cual se ejecutan los cometidos públicos⁵⁹. Ahora bien, un asunto importante de los contratos estatales radica en la disposición prevista en el artículo 13 de la Ley 80 en virtud de la cual *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”*, artículo que determina de forma

⁵⁶ Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Pg. 303. Ed. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, (1996)

⁵⁷ Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094. Artículo 28°.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

⁵⁸ Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094. Artículo 41°.- Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

⁵⁹ Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Pg. 304. Ed. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, (1996)

inequívoca que el régimen aplicable a los contratos estatales va más allá de las disposiciones consagradas en la Ley 80, tal como lo señaló el doctor Libardo Rodríguez en su libro *si bien la existencia de contratos administrativos implica la aplicación de un régimen jurídico especial, no descarta completamente la aplicación del derecho privado*⁶⁰.

Esta postura es altamente controversial y ha sido ampliamente debatida en la doctrina colombiana; una de las más férreas creyentes de la aplicación preferente del régimen de derecho privado es la doctora María Teresa Palacio Jaramillo que se expresa sobre el tema en los siguientes términos:

No en vano, uno de los preceptos más importantes de la Ley 80 de 1993 es el consagrado en su artículo 13 donde se señala, sin lugar a equívocos, que la normatividad aplicable a los contratos estatales son las disposiciones comerciales y civiles salvo en las materias particularmente reguladas en la ley.

*En efecto, las reglas aplicables a la contratación del Estado, en un régimen competitivo y desmonopolizado, no pueden ser distintas a las aplicables para los particulares, sector con quien compite (...)*⁶¹

Adoptar esta postura conlleva a la aplicación de ciertos principios e instituciones de la contratación privada a la esfera de la contratación estatal, por ejemplo permite la inclusión de contratos típicos del Código Civil o el Código de Comercio⁶², que serían entendidos como contratos estatales; y también a la celebración de contratos atípicos, que son aquellos

⁶⁰ Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo General y Colombiano. Pág. 288. Ed. Temis, (1984)

⁶¹ María Teresa Palacio Jaramillo. Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. Pg. 26. Revista de Derecho Público NQ 14. Junio de 2002. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

⁶² Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Pg. 37. Ed. Legis. Bogotá (2003)

que no encuentran previsión normativa respecto de su estructura y efectos⁶³. Por el contrario, entender que el Estatuto General de Contratación es preferente, desvirtúa la posibilidad de acudir a estas instituciones y supone la aplicación de las normas de derecho privado sólo en casos excepcionales, dada la naturaleza y características especiales del régimen de contratación estatal.

Presentadas estas consideraciones y retomando la tipificación de los tipos penales consagrados en el Capítulo IV del Título XV del Código Penal, cabe señalar que el legislador no precisó el tipo de contrato ni el régimen aplicable para la materialización del delito y, en esa medida, se entiende que estos tipos penales *comprenden a toda clase de contratos, sean simples contratos estatales o contratos sujetos al derecho privado; lo importante es que los hubiere celebrado un servidor público en el cumplimiento de su función o en el ejercicio de su cargo*⁶⁴. En materia penal entonces se acoge la concepción amplia del contrato estatal, en virtud de la cual *sólo interesará para determinar su naturaleza, que una de las partes del contrato sea una entidad estatal de las que define el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen privado o administrativo por el que haya de regirse*⁶⁵

Ahora bien, cabe precisar que los contratos no son los únicos negocios que pueden ser celebrados por las entidades estatales ni son los únicos instrumentos empleados por la administración para conseguir sus cometidos; *la administración pública acude a diferentes*

⁶³ Ricardo Uribe Holguín. De las Obligaciones y de los Contratos en General. Pg. 184. Ed. Temis. Bogotá, (1982)

⁶⁴ Hernando Barreto Ardila y otros. Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial. Pg. 339. Ed. Universidad Externado de Colombia (2011)

⁶⁵ Juan Ángel Palacio Hincapié. La contratación de las entidades estatales. Pg. 31. Ed. Librería Jurídica Sanchez R Ltda. (1998)

*medios como la producción de actos administrativos y la celebración de contratos*⁶⁶ y también encontramos la celebración de convenios. Es importante determinar entonces si dichos instrumentos también se encuentran contemplados por los tipos penales o si constituyen figuras disímiles que no pueden ser asimiladas en virtud de los principios fundamentales del derecho penal.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA EN LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS.

A continuación procederemos entonces a analizar los interrogantes planteados hasta el momento respecto del sujeto activo y el objeto material. Iniciaremos con los contratistas como posibles sujetos de los delitos estudiados y posteriormente, dado que el objeto principal de este trabajo consiste en la evaluación de los tipos penales de Celebración Indebida de Contratos respecto de los convenios especiales de cooperación para actividades de ciencia y tecnología, procederemos a exponer una definición general de este tipo de asociaciones para posteriormente, analizar los elementos de los convenios a la luz de la información expuesta previamente sobre los delitos que conforman el Capítulo IV del Título XV del Código Penal.

II.I PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL CONTRATISTA EN COLOMBIA

Para estudiar la responsabilidad del contratista respecto de los delitos de celebración indebida de contratos, teniendo en cuenta las consideraciones planteadas en el capítulo referente al sujeto activo de estas conductas, es imperativo hacer una breve referencia a

⁶⁶ Augusto Ramón Chávez Marín. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Pg. 43. Ed. Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá (2008)

algunos de los principales postulados del derecho penal, especialmente a los principios de tipicidad y legalidad.

El primer y más importante principio del derecho penal que vale la pena mencionar es aquel en virtud del cual sólo las leyes pueden crear los delitos y las penas que sobre los mismos se impongan, circunstancia que conlleva la obligación adicional de determinar de forma clara e inequívoca todos los elementos del tipo penal, ya que, como lo mencionaba Beccaria en su libro consultar el espíritu de la ley es problemático, toda vez que puede llevar a equívocos⁶⁷. Este postulado, conocido como principio de legalidad, se erige como uno de los pilares del derecho penal, puesto que, siguiendo lo dicho por Velásquez⁶⁸, es uno de los límites materiales al ejercicio de la potestad punitiva en cabeza del Estado.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el principio de legalidad en materia penal está consagrado en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política, norma que guarda estricta relación con el artículo 6 de la Carta Política que determina los regímenes de responsabilidad de los servidores públicos y los particulares y establece el principio de legalidad en materia administrativa⁶⁹. Según este principio, el legislador es la única autoridad facultada para determinar las conductas castigadas por la ley penal y así mismo señalar las penas correspondientes a los sujetos que incurran en las mismas⁷⁰: *Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. (...)El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea*

⁶⁷ Cesare Beccaria. De los delitos y de las penas. Pg. 14 Ed. Temis. 2010

⁶⁸ Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Pg. 57. Ed. Temis. 2004.

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-133 de 1999. (M.P Carlos Gaviria Díaz; Marzo 3 de 1999)

⁷⁰ Ibídem

*privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas*⁷¹.

Ahora bien, del principio de legalidad se desprende el principio de tipicidad que implica la objetivación de la conducta a través de la descripción del supuesto de hecho y las características que deben concurrirlo para que pueda predicarse la tipicidad de un comportamiento⁷²; a su vez, por tipo penal se entiende la *descripción de la conducta hecha por el legislador*⁷³ en virtud del cual se individualizan los elementos necesarios para determinar si la conducta de un sujeto está contemplada en la normatividad penal.

El tipo penal está compuesto por una serie de elementos entre los que se encuentran el sujeto, la acción, el resultado, el bien jurídico y el objeto material. También puede haber cabida a circunstancias agravantes o atenuantes, medios o instrumentos para la materialización del delito, lugares determinados y descripciones extrañas al derecho penal que exigen una remisión a otro tipo de disposiciones, como ocurre con los tipos penales en blanco, los elementos normativos y las cláusulas de autorización⁷⁴.

Estas consideraciones son pertinentes, toda vez que a partir de ellas entendemos la importancia de la adecuada tipificación de un tipo penal. Adicionalmente, adoptando a cabalidad los principios determinados por el derecho punitivo y los parámetros otorgados por el legislador, se llegaría a concluir que, al menos en principio, no habría cabida a extender los alcances del tipo a elementos y sujetos que no se encuentren consagrados de forma expresa en el mismo. Sin embargo, como fue anticipado, respecto de la

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-133 de 1999. M.P Carlos Gaviria Díaz (Marzo 3 de 1999)

⁷² Paz M. de la Cuesta Aguado. Tipicidad e imputación objetiva. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo.

⁷³ Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Ed. Temis. 2004.

⁷⁴ Alfredo Rodríguez Montaña, Francisco José Sintura y Wilson Martínez Sánchez. Estudios de Derecho Penal Económico. Ed. Universidad del Rosario, Colección textos de Jurisprudencia. (2007)

responsabilidad penal de los contratistas ocurre un fenómeno opuesto que procederemos a analizar.

II.II LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CONTRATISTAS EN COLOMBIA

Retomando las consideraciones planteadas respecto del sujeto activo de los delitos consagrados en el capítulo VI del Código Penal, está claro que dichas conductas están tipificadas de forma tal que los únicos sujetos de los cuales pueden predicarse son los servidores públicos. Sin embargo, como ya fue señalado, en algunas ocasiones es posible identificar el cumplimiento de funciones públicas por parte de un contratista, circunstancia que necesariamente remite al parágrafo del artículo 123 de la Constitución y al artículo 20 del Código Penal, en virtud del cual se aplica un sistema de responsabilidad penal especial en aras de proteger las finalidades públicas, y en especial las referentes a la contratación estatal. Circunstancia que torna fundamental el estudio del régimen general que determina la responsabilidad penal de los contratistas en el sistema penal colombiano.

La primera referencia sobre la responsabilidad penal de los contratistas se encuentra en los artículos 52⁷⁵, 53⁷⁶ y 56⁷⁷ de la Ley 80 de 1993, disposiciones que en 1998 fueron

⁷⁵ Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094. Artículo 52. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley.

⁷⁶ Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094. Artículo 53. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos y omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría".

demandadas ante la Corte Constitucional, por los alcances del régimen consagrado por el legislador para los particulares, el cual era asimilable al de los servidores públicos. Sobre el tema, cabe resaltar que el artículo 56 antes mencionado dispone lo siguiente: *Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos*⁷⁸.

El fallo de la Corte determinó, en primera medida, que el hecho de asignar a un particular el ejercicio de una función pública necesariamente amplía su capacidad jurídica convirtiéndolo en un sujeto cualificado⁷⁹; sin embargo reconoció que no toda relación con el Estado implica la transferencia de este tipo de funciones, puesto que dicha atribución se encuentra reservada a los casos determinados en la ley. De esta forma, el Alto Tribunal definió que en ciertos casos, *donde la labor implique el desarrollo de cometidos estatales que derivan en la asunción de prerrogativas propias del poder público*⁸⁰, puede haber lugar a dicha transferencia de funciones.

Ahora bien, dejando de lado el debate sobre la función pública, que ya fue objeto de un capítulo anterior, la Corte estableció que respecto del régimen de responsabilidad penal de

⁷⁷Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094 "Artículo 56. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos".

⁷⁸ Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094. Artículo 56

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-563/98. (M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz; Octubre 7 de 1998).

⁸⁰ Ibídem

los contratistas debe entenderse que el legislador, como determinador de la política criminal, se encuentra habilitado para definir los alcances de la responsabilidad de este tipo de sujetos, especialmente cuando se pretenda garantizar el cumplimiento de las finalidades de la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen los actos de la administración⁸¹.

En esa medida la Corporación avaló que los contratistas estuvieran regidos por un régimen especial en materia penal similar al de los funcionarios públicos sin violentar principios constitucionales, circunstancia que lleva a concluir que según lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, los contratistas detentan las características de los sujetos calificados a los que hace referencia los delitos consagrados en el capítulo VII del Código Penal.

Se concluye entonces que actualmente, a través de normas extrapenales⁸² y la jurisprudencia de las Altas Cortes del país, los tipos penales referentes a la Celebración Indevida de Contratos, se ven extendidos a los particulares que intervienen en procesos de contratación, pese a que según los principios del derecho penal las conductas determinadas como delitos deben regirse por los principios de tipicidad y legalidad⁸³.

Esta circunstancia se torna atípica respecto de los postulados básicos del derecho penal, generando cierto nivel de inseguridad jurídica, toda vez que implica una remisión a normas

⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C-563/98.(M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz; Octubre 7 de 1998).

⁸² El concepto de norma extrapenal se encuentra ligado directamente con la noción de “Tipo Penal en Blanco”, según la cual un supuesto de hecho o presupuesto viene recogido en una norma de carácter no penal (Mercedes García Arán. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20\(Documentos\)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf))

En esta medida, por extrapenal se hace referencia a contenidos de normas que no tienen una consagración en el Código Penal, ni una estructura relacionada directamente con el derecho penal.

⁸³Henry Issa El Koury y María Gerarda Arias. Derechos Humanos en el Sistema Penal. Pg. 36. Ed. Universidad Estatal a Distancia. San José de Costa Rica (1996)

externas al Código Penal y a jurisprudencia de las altas Cortes para entender el alcance del tipo penal descrito. Situación altamente cuestionable, partiendo desde la óptica de los principios fundamentales que rigen tanto la creación de los delitos, como la aplicación y materialización de los tipos penales. Sin embargo, el legislador y los jueces se han acostumbrado a este panorama irregular y, en vez de promover la creación de tipos penales especializados, han ratificado la extensión de esta serie de delitos a sujetos que ni siquiera se encuentran consagrados en la redacción del tipo penal, siendo los principales afectados los contratistas.

Dado este panorama, es importante cuestionarse si esta extensión de responsabilidad cobija a los particulares suscriptores de convenios administrativos y si este tipo de relaciones hacen parte de la concepción de contrato estatal ya desarrollada con anterioridad. Procederemos entonces a estudiar esta posibilidad, no sin antes realizar unas precisiones adicionales de tipo conceptual, que permitan detallar la importancia y complejidad del tema estudiado.

III. LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN, SU RELACIÓN CON EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN

Para efectos de iniciar el estudio de las relaciones convencionales, es importante, como primera medida, realizar una breve mención al significado del concepto de contratación estatal, su régimen y alcances dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

La Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación Estatal, fue expedida por el Legislador para efectos de sustituir el Decreto Ley 222 de 1983, que con el cambio de constitución política, se había convertido en una norma engorrosa y obsoleta⁸⁴: *La complejidad de los trámites existentes, el fraccionamiento de procedimientos en las diferentes Entidades y la rigidez de la normatividad vigente en ese momento demandaban su simplificación, la definición de procedimientos claros y reglas únicas que evitaran la dispersión de estatutos; y un esquema de principios básicos que informaran la selección del contratista*⁸⁵.

Fue así como en el año 1993, se expidió un nuevo estatuto de contratación que pretendía reconocer la nueva realidad que rodeaba los procesos contractuales de las entidades públicas y adicionalmente, establecer unas disposiciones acordes con los nuevos postulados constitucionales, fijando una serie de principios de las actuaciones de los servidores públicos y los particulares que se relacionaran en virtud de un contrato estatal⁸⁶.

Dentro del catálogo de principios determinados para la contratación pública se resaltan varios aspectos, siendo el más importante la prelación del interés general sobre los beneficios particulares y económicos que normalmente se buscan mediante la celebración de un contrato⁸⁷, así, debe entenderse que la finalidad de los contratos estatales no se encuentra directamente relacionada con el provecho económico o la satisfacción de necesidades propias, sino con la *imperiosa finalidad de pretender la satisfacción de las*

⁸⁴ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Pg. 1. Ed. Legis 2003.

⁸⁵ Juan Angel Palacio Hincapié. La contratación de las entidades estatales. Ed. Librería Jurídica Sanchez R Ltda. (1998)

⁸⁶ Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana. Estudios de profundización en contratación estatal. Pg. 13. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana. (1997)

⁸⁷ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Pg. 3. Ed. Legis 2003.

*necesidades sociales generales*⁸⁸. Postulado que se ve complementado con los principios de economía, transparencia, autonomía de la voluntad privada⁸⁹ y por los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución que hace referencia a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad⁹⁰.

Fue así como en 1993 se expidió el Estatuto General de Contratación Administrativa a través del cual se unificaron todas las disposiciones atinentes a la contratación de las entidades públicas⁹¹. La Ley 80 tenía entonces una vocación de exclusividad, en virtud de la cual derogó la mayoría de normas referentes a los procesos de selección de contratistas⁹², excepto por algunos regímenes excepcionales, incluyendo el de las actividades de ciencia y tecnología que será explicado de forma posterior.

Sin embargo, con el paso del tiempo, fue necesario ajustar las normas de la Ley 80 a las nuevas realidades derivadas de la aplicación del Estatuto mediante la expedición de normas adicionales, pese a que el Legislador del 93 había propendido por crear disposiciones generales, buscando evitar el fenómeno de dispersión normativa que se presentaba con el

⁸⁸ Álvaro Tafur Galvis. *Las entidades Descentralizadas*. Pg. 107. Ed. Universidad Externado de Colombia. (1984)

⁸⁹ Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana. *Estudios de profundización en contratación estatal*. Pg. 17. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana. (1997)

⁹⁰ Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 209. Julio 7 de 1991 Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

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

⁹¹ Andrés Mutis Vanegas y Andrés Quintero Múnera. *La Contratación Estatal: análisis y perspectivas*. Pg. 24. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. 2000

⁹² Juan Ángel Palacio Hincapié. *La contratación de las entidades estatales*. Ed. Librería Jurídica Sanchez R Ltda. 1998

Decreto 222 de 1983⁹³. Se profirieron entonces, los Decretos 679⁹⁴ y 855⁹⁵ de 1994, la Ley 1150 de 2007⁹⁶, la Ley 1474 de 2011⁹⁷, el Decreto 734 de 2012⁹⁸ y más recientemente la Ley 1508 de 2012⁹⁹ y el Decreto 1510 de 2013¹⁰⁰ que derogó una buena cantidad de disposiciones, incluyendo la totalidad del Decreto 734 de 2012. Estas normas constituyen actualmente, junto con la Ley 80 de 1993, el denominado “Estatuto General de Contratación Estatal”. Este conjunto de disposiciones, también se vio complementado por otro tipo de regulación proveniente de otros campos del derecho, principalmente en los asuntos referentes a la responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal y de control ciudadano que en un principio, ya había sido plasmada en los Títulos V y VII de la Ley 80 y que posteriormente tuvo un desarrollo propio en otros Códigos y normas especializadas en el tratamiento de estos asuntos¹⁰¹.

Ahora bien, como ya fue referido, pese a que el Estatuto General de Contratación tenía vocación de unicidad, no todas las relaciones fueron contempladas por dicha normativa, un ejemplo de esta exclusión son los convenios administrativos e interadministrativos, relaciones que procederemos a estudiar a continuación.

⁹³ *Ibíd*em

⁹⁴ Decreto 679 de 1994 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. Marzo 28 de 1994

⁹⁵ Decreto 855 de 1994 [Presidencia de la República] por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa. Abril 28 de 1994

⁹⁶ 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. D.O No. 46691

⁹⁷ 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. D.O. No. 48128.

⁹⁸ Decreto 734 de 2012 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Abril 13 de 2012

⁹⁹ 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. Enero 10 de 2012. D.O. No. 48308

¹⁰⁰ Decreto 1510 de 2013 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Julio 17 de 2013

¹⁰¹ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Pg. 575. Ed. Legis 2003.

III. I CONVENIOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN

Según el artículo 1495 del Código Civil Colombiano: *Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.*¹⁰² Definición legal que en principio pareciera equiparar los conceptos de contrato y convenio. Esta redacción ha generado una serie de interrogantes y desarrollos doctrinales en torno a ambas figuras, y en la actualidad existen dos corrientes principales sobre la materia: la primera que propende por la diferenciación de los elementos del convenio y el contrato y la segunda que establece que el convenio debe ser entendido como una especie dentro del género contractual. La postura adoptada determinará la tipicidad o atipicidad del objeto material de las conductas penales analizadas en el presente trabajo, razón por la cual procederemos a explicar ambas hipótesis.

III.II CONVENIO ESTATAL Y CONTRATO ESTATAL COMO FIGURAS DISÍMILES

La primera tesis que analizaremos es aquella que defiende la separación entre los conceptos de convenio y contrato. Esta hipótesis reconoce la existencia de una serie de relaciones entre la administración pública y los particulares, o entre entidades de carácter público, que pueden tener características y fundamentos teóricos distintos a los contratos estatales y que por tanto derivan en la aplicación de regímenes jurídicos diversos¹⁰³

¹⁰²Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia)

¹⁰³ Jorge Enrique Santos Rodríguez. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. Bogotá Julio de 2008. Revista Digital de Derecho Administrativo. ISSN: 2145-2946. Universidad Externado de Colombia.

Según esta postura, por contrato puede entenderse una *convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una parte se obliga a favor de otra o varias, recíprocamente, al cumplimiento de una prestación produciéndose entonces un intercambio de prestaciones obligacionales*¹⁰⁴. Definición genérica que puede ser precisada partiendo de la teoría de la causa consagrada en el artículo 1524 del Código Civil¹⁰⁵, según la cual se debe observar la finalidad de los contratantes al momento de expresar su voluntad¹⁰⁶.

En esta medida se entiende que el contrato, además de consistir en un simple acuerdo de voluntades, siempre conlleva un contenido patrimonial¹⁰⁷ y una serie de obligaciones recíprocas, que derivan en la existencia de intereses disímiles u opuestos de las partes respecto de las finalidades de la relación negocial¹⁰⁸.

Esta teoría se ve soportada por las características propias de los contratos estatales que fueron reseñadas con anterioridad y que resaltan la bilateralidad, onerosidad y

(<http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jorge%20Enrique%20Santos%20Rodr%C3%83%C2%ADguez.pdf>) (Julio, 2008)

¹⁰⁴ Teresa Moreo Marroig, Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio. Auditoría Pública No. 50 de 2010, Página 75-86.

(<http://auditoriapublica.com/hemeroteca/XIII%20PREMIO-SEGUNDO%20PREMIO.pdf>)

¹⁰⁵ Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art. 1524. Abril 15 de 1887 (Colombia). No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

¹⁰⁶ Jorge Enrique Santos Rodríguez. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. Bogotá Julio de 2008. Revista Digital de Derecho Administrativo. ISSN: 2145-2946. Universidad Externado de Colombia.

¹⁰⁷ Alcaldía de Bogotá. Convenios de la Administración Pública. Marco Regulatorio de los Convenios de Apoyo y Asociación. Actualización 2012. Guía de Contratación Estatal. Imprenta Distrital- D.D.D.I. Octubre de 2012.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sig/ProcedimientosYFormatos/OTROS%5C2214400OT034.pdf>

¹⁰⁸ Augusto Ramón Chávez Marín. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Pg. 71. Ed. Universidad del Rosario, Colección textos de Jurisprudencia. (2008)

conmutatividad de este tipo de negocios; circunstancias que necesariamente implican la existencia de prestaciones equivalentes que corresponden, por una parte, al desarrollo del objeto contractual por parte del contratista y, por otra parte, a la entrega de una contraprestación económica en cabeza de la administración.

El convenio administrativo en cambio puede entenderse como un negocio jurídico, que por ende deriva en la creación de obligaciones¹⁰⁹, en virtud del cual la administración se vincula con otra persona, que puede ser de carácter público o privado, con miras a obtener la realización de fines comunes.¹¹⁰

En los convenios entonces no existe la finalidad de obtener ningún tipo de lucro, ni por parte del contratista ni por parte de la administración, *sino colaborar con las entidades estatales en el desarrollo de una actividad que no es rentable desde el punto de vista económico, pero sí lo es desde el punto de vista social*¹¹¹. Se entiende entonces que en este tipo de relaciones el beneficiario será siempre la comunidad y, por ende, generalmente no van precedidas de un proceso de selección del contratista porque *se trata de priorizar necesidades para destinar recursos comunes en orden a un fin público*¹¹², o, como en el caso colombiano, se determinan procesos de selección del contratista más expeditos o sujetos al derecho privado, como se analizará en el caso de los convenios especiales de ciencia y tecnología.

¹⁰⁹ Jorge Enrique Santos Rodríguez. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. Bogotá Julio de 2008. Revista Digital de Derecho Administrativo. ISSN: 2145-2946. Universidad Externado de Colombia.

¹¹⁰ Convenios de la Administración Pública. Marco Regulatorio de los Convenios de Apoyo y Asociación. Actualización 2012. Guía de Contratación Estatal. Imprenta Distrital- D.D.D.I. Octubre de 2012. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sig/ProcedimientosYFormatos/OTROS%5C2214400OT034.pdf>

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² Teresa Moreo Marroig, Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio. Auditoría Pública No. 50 de 2010, Página 75-86.

Según esta posición es posible evidenciar también ciertas características propias de este tipo de relaciones como son las siguientes: 1. La actividad convencional debe ser entendida como una modalidad de negocio, toda vez que implica el acuerdo de voluntades de las partes; 2. Las relaciones jurídicas derivadas del convenio son obligatorias y tienen plenos efectos jurídicos; 3. La confluencia de voluntades de las partes siempre van dirigidas a un interés común y; 4. La finalidad genérica del convenio es materializar los fines atribuidos por el ordenamiento jurídico a las entidades estatales¹¹³.

Estos elementos, según los seguidores de esta postura, diferencian las nociones de convenio y contrato al punto de entenderlas como dos conceptos aislados que, en materia de derecho administrativo, se rigen por disposiciones distintas sin que haya lugar a aplicar principios comunes. En esta medida se entiende que la ley 80 no determina las relaciones convencionales y por tanto su aplicación a este tipo de relaciones se torna inapropiada e improcedente.

III. I. II CONTRATO Y CONVENIO: RELACIÓN GÉNERO- ESPECIE

Ahora bien, la segunda postura sostiene que el convenio es una especie dentro del género contrato y, por tanto, en materia administrativa le es aplicable plenamente el régimen de contratación determinado por la Ley 80. Sobre el particular cabe resaltar las consideraciones expuestas por el doctor Chavez Marín en su libro¹¹⁴, en virtud de las cuales se entiende que *el contrato es aquel acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, en el cual los sujetos intervienen abrigando intereses disímiles y contrapuestos;*

¹¹³ Jorge Enrique Santos Rodríguez. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. Bogotá Julio de 2008. Revista Digital de Derecho Administrativo. ISSN: 2145-2946. Universidad Externado de Colombia.

¹¹⁴ Augusto Ramón Chávez Marín. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Pg. 73 Ed. Universidad del Rosario, Colección textos de Jurisprudencia. (2008)

*mientras que el convenio es un negocio jurídico que participando también del carácter formal de la condición contractual, es decir, siendo un acuerdo de voluntades con efectos jurídicos, vincula a las personas con el ánimo de obtener la realización de fines comunes a ambas partes*¹¹⁵.

En esta medida, los convenios son especies contractuales a las que son plenamente aplicables las disposiciones del Estatuto General de Contratación al igual que la normativa particular determinada para la celebración y desarrollo de este tipo de negocios. Al respecto, el autor manifiesta lo siguiente: *puede señalarse en cuanto al régimen de los convenios interadministrativos, que los mismos están sujetos a un ordenamiento que comprende tres capas o niveles, cuya prevalencia y aplicación debe determinarse en cada caso: (i) el régimen general de los contratos administrativos, que incluye la aplicación del derecho privado en ciertos aspectos; (iii) el régimen especial de cada tipo de convenio interadministrativo*¹¹⁶

Esta postura ha sido adoptada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado que, en diversos pronunciamientos, que datan desde 1998, ha manifestado que si bien son de recibo las diferencias doctrinales planteadas respecto de estas dos figuras, dichas desigualdades no derivan en la separación absoluta de las nociones de convenio y contrato. Sobre el tema la Alta Corporación ha referido lo siguiente:

“La Sala considera oportuno aprovechar esta oportunidad para afirmar que los “convenios interadministrativos”, involucran prestaciones patrimoniales, asumen idéntica naturaleza obligatoria y, en consecuencia, idénticos efectos vinculantes y judicialmente

¹¹⁵ Augusto Ramón Chávez Marín. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Pd. 73. Ed. Universidad del Rosario, Colección textos de Jurisprudencia. 2008

¹¹⁶ *Ibíd.*

exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial”, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio

(...) En atención a lo anterior y en relación específicamente con lo que interesa para el caso concreto, se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley (39); (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal, dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen (...) (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas (...)¹¹⁷

Esta posición ha sido ratificada en diferentes pronunciamientos¹¹⁸ que incluso han cobijado providencias proferidas por la Sala de Consulta y Servicio Civil, donde se ha manifestado

¹¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso No. 17860. (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Junio 23 de 2010)

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso No. 35476 (C.P. Enrique Gil Botero; Octubre 7 de 2009): Para la doctrina existe claridad en la ubicación de los convenios interadministrativos dentro de la actividad comercial de la Administración. Si bien es cierto, que constituye una especie distinta del contrato, coincide con éste en que las manifestaciones de voluntades comprometen situaciones subjetivas, generan el cumplimiento de obligaciones en cabeza de cada una de las partes. La

que en este tipo de relaciones “*se está ante una modalidad contractual, cuya particularidad es su celebración en virtud del principio de cooperación entre entidades públicas, de tal modo que su finalidad no es otra distinta a “la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar servicios públicos que le han sido encomendados”*”.¹¹⁹

Esta postura necesariamente llevaría a concluir que, si bien los convenios y los contratos son figuras determinadas por características distintas, existe una relación en virtud de la cual la noción de contrato abarca un marco lo suficientemente amplio como para absorber el concepto de convenio y, en esa medida los principios generales del Estatuto General de Contratación le serían aplicables a este tipo de relaciones.

IV. CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN PARA ACTIVIDADES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.

Analizando ambas posturas es evidente que existen argumentos para sostener cualquiera de las dos hipótesis; sin embargo, teniendo en cuenta los pronunciamientos reiterados del Consejo de Estado, parecería ser que la línea prevalente dentro del ordenamiento nacional corresponde a la relación género-especie entre los convenios y los contratos estatales.

Ahora bien, para efectos de asumir una postura, que será definitiva para determinar la aplicación de los delitos de celebración indebida de contratos, es necesario estudiar la naturaleza de los convenios y su régimen normativo.

diferencia radica en que los intereses en juego no son contrapuestos sino coincidentes entre sí y con el interés general

¹¹⁹Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Rad. No. 1881 (C. P. Enrique José Arboleda Perdomo; Abril 30 de 2008)

Dado que el tema que nos ocupa se refiere a los convenios especiales de cooperación para actividades científicas y tecnológicas, nos enfocaremos en el sistema de contratación de este tipo de instrumentos, su naturaleza y régimen y su relación con el Estatuto General de Contratación.

IV.I RÉGIMEN ESPECIAL PARA LAS ACTIVIDADES CIENTÍFICAS Y TECNOLÓGICAS: CONTRATOS Y CONVENIOS

En 1990 se expidió la Ley 29 que pretendía promover los adelantos científicos y tecnológicos en el país a través de la incorporación de dichos elementos en los programas de desarrollo económico y social y fomentando la formulación de proyectos que propendieran por alcanzar avances en estas áreas. De esta forma el legislador otorgó facultades especiales al Gobierno Nacional para que, en el término de un año, determinara el régimen de contratación de actividades de ciencia y tecnología de la Nación y las entidades descentralizadas interesadas en asociarse con particulares para desarrollar este cometido.

Fue así como en 1991 fueron expedidos los Decretos Leyes 393 y 591, relacionados con la celebración de convenios y contratos de ciencia y tecnología, respectivamente, y el Decreto Ley 585 que definió el sistema nacional de ciencia y tecnología¹²⁰. Disposiciones que fueron controvertidas por un ciudadano en 2009 que cuestionó su contenido en vigencia de la nueva Constitución Política de 1991 y el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80, expedido en 1993. Este debate fue resuelto por el Consejo de Estado, entidad que sostuvo que la regulación especial de este tipo de proyectos no había sido derogada por el nuevo

¹²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso No. 17318 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Febrero 11 de 2009)

régimen y en esa medida las disposiciones atacadas eran compatibles con el mismo. Así se expresó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre la materia,

Antes de la Constitución Política de 1991, existía ya un régimen jurídico básico y especial aplicable a los contratos de actividades científicas y tecnológicas, cuya vigencia, en lo esencial, luego fue respetada y conservada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993. En efecto, el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, si bien derogó expresamente buena parte del articulado del Decreto ley 591 de 1991, en el que se regulan las modalidades específicas de contratos para el fomento de actividades científicas y tecnológicas, exceptuó sus artículos 2, 8, 9, 17 y 19, lo cual significa que estas disposiciones mantienen o preservan su vigencia.¹²¹

Este régimen especial de contratación, que hoy en día continúa vigente, se basa en procedimientos expeditos como la contratación directa o la aplicación de normas de derecho privado; así mismo incluye herramientas distintas a los contratos: la posibilidad de suscribir convenios y la creación de sociedades o personas sin ánimo de lucro.

De los contenidos de ambas normas puede deducirse que el legislador pretendía facilitar la contratación en estos campos¹²², siguiendo con las directrices internacionales de

¹²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso No. 17318 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Febrero 11 de 2009)

¹²² Afirmación que encuentra su sustento en las disposiciones contenidas en ambas normas que se refieren a la aplicación de contratación directa y a la remisión a las normas de derecho privado para el desarrollo de este tipo de asociaciones. Sobre el particular se resalta el artículo 5 del Decreto 393 de 1991 en virtud del cual: Las sociedades civiles y comerciales y las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, que se creen u organicen o en las cuales se participe con base en la autorización de que tratan los artículos precedentes se regirán por las normas pertinentes del derecho privado. A su vez, el artículo 3 del Decreto 591 de 1991: Artículo 3. Los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas a que se refiere el artículo anterior, que celebren la Nación y sus entidades descentralizadas se regirán por las normas de derecho privado y por las especiales previstas en este decreto, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos. Decreto 393 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas,

instrumentos como la *Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la ciencia y la tecnología*¹²³ presentado por la OCDE y aprobado en 1978, el *Manual de Frascati*¹²⁴ expedido por la misma entidad en el 2002 o el *Protocolo de Oslo de Ciencia y Tecnología sobre "Medición de las Actividades Científicas y Tecnológicas"*¹²⁵, que promueven el desarrollo científico y tecnológico en el mundo como herramienta de progreso¹²⁶.

IV.II EL DECRETO 393 DE 1991

Ahora bien, estudiando específicamente el Decreto Ley 393 de 1991 que regula los convenios de ciencia y tecnología, se encuentra que el legislador estructuró dos fórmulas de asociación a los que el Estado puede acudir para adelantar o desarrollar este tipo de actividades: la creación de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo

proyectos de investigación y creación de tecnologías. Febrero 8 de 1991 y Decreto 591 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. Febrero 26 de 1991.

¹²³Documento que contiene una serie de estadísticas destinadas a proporcionar, para cada Estado Miembro, datos normalizados sobre cierto número de actividades científicas y tecnológicas (C y T) y en particular sobre investigación científica y desarrollo experimental (I y D).

<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114032s.pdf#page=195>

¹²⁴El Manual es esencialmente un documento técnico, que constituye uno de los pilares de las acciones desarrolladas por la OCDE para que se comprenda mejor el papel de la ciencia y la tecnología mediante el análisis de los sistemas nacionales de innovación.

http://www.recerca.uab.es/convocatories/docs/manual_frescati.pdf

¹²⁵ El Manual de Oslo, desarrollado conjuntamente por Eurostat y la OCDE, forma parte de una serie de manuales evolutivos que se consagran a la medida y a la interpretación de los datos relativos a la ciencia, la tecnología y la innovación. Esta serie incluye manuales, directrices y recopilaciones referentes a la I+D (Manual de Frascati), a los indicadores de la globalización, a las patentes, a la sociedad de la información, a los recursos humanos en C&T (Manual de Canberra) y a las estadísticas de biotecnología. http://www.uis.unesco.org/Library/Documents/OECD Oslo Manual 05_spa.pdf

¹²⁶ Ley 29 de 1990, por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias. Febrero 27 de 1990. D.O. No. 39.205. Art. 1° "Corresponde al Estado promover y orientar el adelanto científico y tecnológico y, por lo mismo, está obligado a incorporar la ciencia y la tecnología a los planes y programas de desarrollo económico y social del país y a formular planes de ciencia y tecnología tanto para el mediano como para el largo plazo. Así mismo, deberá establecer los mecanismos de relación entre sus actividades de desarrollo científico y tecnológico y las que, en los mismos campos, adelanten la universidad, la comunidad científica y el sector privado colombianos."

de lucro y la celebración de convenios especiales de cooperación. Herramientas alejadas del régimen contractual que sobre la materia desarrolló el Decreto Ley 591 de 1991.

Para efectos de delimitar el alcance de estas uniones el Legislador estableció unos propósitos en el artículo segundo del Decreto y, adicionalmente reguló a cabalidad los elementos y condiciones necesarias para el surgimiento de estas alianzas.

Respecto a los convenios de ciencia y tecnología, tema que nos ocupa, cabe resaltar que los artículos sexto y séptimo del Decreto Ley, especificaron la modalidad de suscripción del negocio y establecieron una serie de previsiones especiales¹²⁷ que fueron estudiadas por la Corte Constitucional, en sentencia C-316 de 1995. En dicha providencia, el Alto Tribunal se refirió a las previsiones constitucionales relativas a la promoción de la ciencia y la tecnología, entendiendo que el Constituyente de 1991, atendiendo a los desafíos económicos y sociales del mundo actual donde la ciencia y la tecnología juegan un papel fundamental, incluyó dentro de la Constitución Política Nacional diversas disposiciones alusivas a la promoción y desarrollo de las actividades tendientes a fortalecer las

¹²⁷ Artículo 6. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. En virtud de estos convenios las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo segundo. Decreto 393 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. Febrero 8 de 1991.

Artículo 7. El convenio especial de cooperación está sometido a las siguientes reglas: 1. No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio. 2. Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos. 3. Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asumen cada una de las partes. 4. El manejo de recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración. 5. Estos convenios se regirán por las normas del Derecho Privado. Los convenios especiales de cooperación se rigen por normas de derecho privado, este tipo de asociaciones siempre debe constar por escrito, no hay lugar a solidaridad laboral y los asociados deben aportar recursos de distinto tipo para facilitar, fomentar y desarrollar en común los objetivos del convenio (los cuales deben enmarcarse en los propósitos determinados en el artículo 2 del Decreto Ley). Decreto 393 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. Febrero 8 de 1991.

investigaciones en estos dos campos: el inciso segundo del artículo 62¹²⁸, inciso 3 del artículo 69¹²⁹, aparte final del inciso 70¹³⁰ y artículo 71¹³¹.

La Corte también analizó el papel del sector privado en el impulso de las actividades científicas y tecnológicas, admitiendo que *si bien el Estado puede adelantar directamente las actividades o labores tendientes al desarrollo y promoción de la investigación, la ciencia y la tecnología, es lo cierto que los incentivos y estímulos están dirigidos de manera especial a las personas y entidades particulares, lo cual obedece a una tendencia generalizada cual es el creciente proceso de privatización de la investigación, aunque bajo el control del Estado*¹³²

Respecto al tema particular de los convenios manifestó el Alto Tribunal que constituyen modalidades especiales de asociación, según lo estipulado por la Ley 29 de 1992 y el Decreto 399 de 1991, regidas jurídicamente conforme a las normas contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio. Adicionalmente reconoció las características de este tipo de vinculación, remitiéndose al artículo 7 del Decreto Ley objeto de análisis.

Finalmente manifestó la Corte que si bien la Constitución Política faculta al Legislativo para expedir el estatuto general de contratación estatal, no se establece que dicho estatuto

¹²⁸"(...) el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad". Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991

¹²⁹"El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá condiciones especiales para su desarrollo" Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991

¹³⁰"El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación". Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991

¹³¹"La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que fomenten las ciencias y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a las personas e instituciones que ofrezcan estas actividades". Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991

¹³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-316 de 1995. (M.P. Antonio Barrera Carbonell; Julio 19 de 1995)

deba ser universal o único y por tanto hay cabida para regímenes especiales, como es el caso de este tipo de convenios. Postura que también fue plasmada en la sentencia C-506-94.

Ahora bien, estudiado el Decreto que originó este tipo de relaciones y la jurisprudencia relevante sobre el tema, cabe recordar que según la teoría general de los convenios se entiende que son “*producto de la integración y confluencia de las voluntades de distintas autoridades administrativas*¹³³” y por tanto no conllevan contraprestaciones entre las partes. Sin embargo la celebración de este tipo de vínculos con una entidad estatal necesariamente implica el manejo de recursos estatales por parte de los particulares confluente al negocio, para efectos de materializar la consecución de los fines convencionales determinados en la ley¹³⁴.

Esta circunstancia necesariamente genera dudas acerca del régimen de celebración y desarrollo de los convenios de ciencia y tecnología, toda vez que las normas contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio parecerían no contener los mecanismos de control suficientes para la protección del erario público. Punto en el cual se retoma la discusión planteada en el capítulo anterior, en virtud de la cual se cuestiona la naturaleza del convenio y su relación con el contrato estatal.

Retomando la postura adoptada por el Consejo de Estado, en virtud de la cual los convenios se encuentran incluidos dentro del género “contrato estatal”, sería claro que este cuestionamiento tendría solución a través de la aplicación de los principios de la

¹³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso No. 35476 (C.P. Enrique Gil Botero; Octubre 7 de 2009)

¹³⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Rad. 1.710. (C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Febrero 23 de 2006)

contratación consagrados en la Ley 80 de 1993 norma que, según los adeptos de esta postura, modificó el régimen especial de ciencia y tecnología, complementándolo con la normativa del estatuto general de contratación¹³⁵ Sin embargo, en la jurisprudencia nacional también es posible encontrar otro tipo de conclusión, específicamente respecto de los convenios de ciencia y tecnología, basada en el artículo 7 del Decreto 393 de 1991; postura expuesta por la Corte Constitucional, en virtud de la cual:

Los referidos convenios de cooperación constituyen modalidades especiales de asociación, según calificación que hace tanto la ley de facultades (Ley 29 de 1992, art. 11) como el decreto del cual hacen parte las normas acusadas, y sometidos al régimen del derecho privado, conforme a las siguientes reglas: (...) No requieren para su celebración y validez otros requisitos que los propios de la contratación entre particulares, pero deben publicarse en el diario oficial.¹³⁶ (Subrayas fuera del texto original)

Providencia emitida en vigencia de la Ley 80 de 1993 y que fue ratificada de forma reciente por la Circular Externa No. 6 de la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, que señala lo siguiente:

El convenio especial de cooperación está sujeto a las normas de derecho privado, de acuerdo con lo previsto en el Decreto-Ley 393 de 1991. Si el convenio respectivo

¹³⁵ Augusto Ramón Chávez Marín. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Pg. 79. Ed. Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá (2008)

¹³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-316 de 1995. (M.P. Antonio Barrera Carbonell; Julio 19 de 1995)

*introduce líneas de acción relativas a administración de proyectos o financiamiento, se someten al mismo régimen privado del convenio*¹³⁷.

Consideraciones que, al igual que el artículo 7 del Decreto 393 de 1991 son claras e inequívocas y no contienen diferenciación alguna respecto de los momentos de celebración y desarrollo del convenio¹³⁸.

Retomando el debate que sobre el particular se presentó en el capítulo anterior y, teniendo en cuenta que, respecto de los convenios especiales de cooperación para actividades científicas y tecnológicas existe jurisprudencia y pronunciamientos que parecieran excluir la aplicación de la ley 80, se podría adoptar la postura defendida por Santofimio Gamboa, según la cual la Ley 80 de 1993 no se encargó de regular los convenios interadministrativos, sino únicamente los contratos¹³⁹; y específicamente no reguló ni modificó el régimen dispuesto para este tipo de actividades.

Sin embargo, para efectos de garantizar la objetividad e imparcialidad del presente documento, y teniendo en cuenta que actualmente no existe en el país un pronunciamiento claro sobre la materia, procederemos a estudiar los elementos de los tipos penales de celebración indebida de contratos a la luz de los convenios de ciencia y tecnología teniendo en cuenta ambas hipótesis.

¹³⁷ Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. Circular Externa No. 6. Septiembre 27 de 2013.

¹³⁸ El convenio especial de cooperación está sometido a las siguientes reglas: (...)5. Estos convenios se regirán por las normas del Derecho Privado. Decreto 393 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. Febrero 8 de 1991.

¹³⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. Pg. 235. Bogotá, 2000.

V. CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS A LA LUZ DE LOS CONVENIOS DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.

Iniciaremos con el análisis de la calidad de los sujetos de los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología, teniendo en cuenta las consideraciones presentadas de forma precedente sobre los servidores públicos como sujetos activos de estos delitos; posteriormente estudiaremos el objeto material, comparando la estructura de los convenios estatales y los contratos administrativos, punto en el cual analizaremos las hipótesis existentes respecto de la naturaleza de los convenios celebrados por la administración y su régimen. Finalmente procederemos a estudiar el bien jurídico protegido por estos delitos buscando un criterio más abstracto que permita determinar si los tipos penales, desde la intención del legislador, están encaminados a cobijar todo tipo de negocios celebrados por las entidades estatales o si únicamente se refieren a los contratos estatales.

V.I CALIDAD DE LOS SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LA CELEBRACIÓN DE UN CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN PARA ACTIVIDADES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.

Aclarado el alcance del sujeto activo de los delitos estudiados y entendiendo que, para efectos penales y concretamente para los tipos penales relacionados con la celebración indebida de contratos, tanto los servidores públicos como los contratistas de la administración pueden fungir como autores de las conductas descritas en el Capítulo IV del Título XV del Código Penal, se procede a analizar el vínculo que detentan los sujetos que se vinculan a través de los convenios, específicamente aquellos relacionados con proyectos de ciencia y tecnología, para determinar si los tipos penales referentes a la celebración indebida de contratos cobijan su actuar. Para el efecto analizaremos dos elementos: el

vínculo que detentan las partes y las posibles diferencias que puedan existir respecto del vínculo de los sujetos que celebran un contrato estatal, en caso de que se encuentre alguna; y el régimen jurídico que cobija a estos dos tipos de relaciones.

La primera consideración que vale la pena exponer sobre el asunto es que, en virtud del artículo primero del Decreto 393 de 1991¹⁴⁰, los convenios especiales de cooperación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas tienen la cualidad de ser convenios administrativos. Respecto de esta afirmación cabe destacar que al interior de la tipología convencional se habla *de dos grandes categorías: los convenios celebrados entre personas jurídicas públicas y los suscritos entre estas y los particulares. Los primeros pueden identificarse como convenios interadministrativos, mientras que los últimos pueden denominarse convenios administrativos*¹⁴¹.

Siguiendo esta diferenciación se concluye que en los convenios especiales de cooperación necesariamente existen dos sujetos con cualidades distintas: de una parte está una entidad estatal que actúa a través de sus servidores públicos, y por otro lado están los particulares, como sujetos que se asocian con la administración buscando materializar un fin común basado en el interés general.

Respecto de los servidores públicos que participan en este tipo de convenios pareciera ser clara la aplicación de las consideraciones referentes al sujeto activo de los delitos de celebración indebida de contratos, toda vez que no existe duda sobre la naturaleza de

¹⁴⁰ Artículo 1. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades. (Subrayas fuera del texto). Decreto 393 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. Febrero 8 de 1991.

¹⁴¹ Augusto Ramón Chávez Marín. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Pg. 79. Ed. Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá (2008)

vinculación de los funcionarios de la entidad pública, que es plenamente concordante con las definiciones y clasificaciones de servidor público explicadas al inicio de este trabajo. De esta forma, una conclusión preliminar sobre el asunto consistiría en admitir la posibilidad de que una de las partes puede incurrir en las conductas señaladas en los artículos 408, 409 y 410 del Código Penal, al menos por la verificación de la circunstancia calificadora del sujeto activo.

Ahora bien, es necesario analizar la calidad del particular que se vincula con la administración para determinar si de ellos también puede predicarse este tipo de irregularidades.

Como fue analizado en el capítulo referente al estudio del sujeto activo de los delitos de celebración indebida de contratos, nuestro ordenamiento jurídico consagra, con rango constitucional, la posibilidad que los particulares que no detenten un vínculo jurídico previo con el Estado puedan asumir y desarrollar funciones públicas, circunstancia que necesariamente lleva a la aplicación de mayores controles frente a la actividad que estos sujetos desempeñan y que en materia penal implica un tratamiento analógico al de los servidores públicos.

Sin embargo la transferencia de este tipo de funciones está estrictamente regulada en la Ley 489 de 1998, dado que en aras de proteger el interés general, la administración debe asegurarse de ceder únicamente cierto tipo de funciones que no puedan afectar gravemente el funcionamiento de las instituciones públicas¹⁴² y que respeten el derecho de legalidad en

¹⁴²El constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta. Por lo cual las autoridades administrativas sólo

materia administrativa¹⁴³. Al respecto los artículos 110 y 111 de la mencionada norma disponen lo siguiente:

Artículo 110. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, bajo las siguientes condiciones: La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función(...) Así mismo se determina que el control sobre el cumplimiento de las finalidades de la transferencia siempre deberá ser ejercida por la entidad cedente.(...) La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio

Artículo 111. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares (...)cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, mediante el cual determine:

pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios. La atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. Corte Constitucional. Sentencia C-866/99. (M.P. Vladimiro Naranjo; Noviembre 3 de 1999)

¹⁴³ Alfonso Gómez Méndez. Delitos Contra la Administración Pública. Ed. Universidad Externado de Colombia. Pg. 41. Bogotá, 2000.

(...) 2. La celebración de convenio, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá: Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales. Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.

Según estas disposiciones no puede descartarse de plano la posibilidad de que la administración otorgue el ejercicio de funciones pública en el marco de un convenio, especialmente cuando la finalidad de este tipo de negocios consiste principalmente en la consecución de una finalidad pública común¹⁴⁴. Caso en el cual es imperativo analizar las características particulares de cada convenio y el tipo de aportes pactados en cabeza del particular, para así establecer si existe o no la transferencia y, por tanto, si puede o no darse aplicación al capítulo 20 del Código Penal, en virtud del cual se entiende que los particulares que cumplen funciones públicas se enmarcan dentro de la calificación de los tipos penales establecidos para los servidores públicos.

El intérprete de la norma penal deberá entonces estudiar minuciosamente el cumplimiento de los requisitos plasmados en la Ley y en la Constitución respecto de la cesión de funciones públicas a particulares¹⁴⁵; también tendrá que tener en cuenta el pronunciamiento

¹⁴⁴ Convenios de la Administración Pública. Marco Regulatorio de los Convenios de Apoyo y Asociación. Actualización 2012. Guía de Contratación Estatal. Imprenta Distrital- D.D.D.I. Octubre de 2012. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sig/ProcedimientosYFormatos/OTROS%5C2214400OT034.pdf>

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso no. 2450. (M.P Dídimo Páez Velandia; Enero 23 de 1991)

de la Corte Constitucional en virtud del cual no basta únicamente con el cumplimiento de los requisitos legales para entender la existencia de una transferencia de función pública, sino que además es necesario contar con la aquiescencia del particular. Requerimiento que fue planteado por el doctor Vladimiro Naranjo en los siguientes términos,

Imponer unilateralmente a cierto y determinado particular el ejercicio de una función administrativa, sin contar con su consentimiento, denota un evidente quebrantamiento del principio de justicia distributiva y de justicia conmutativa. Exigirles a algunos ciudadanos una serie de obligaciones, excluyendo de esas cargas excepcionales a los demás individuos, aunque se encuentren en idéntica situación, significa establecer el principio conocido como la "acepción de personas", opuesto a la igualdad propia de la justicia¹⁴⁶.

El análisis de la naturaleza de los particulares que suscriben convenios con la administración se torna complejo teniendo en cuenta las observaciones anteriores; sin embargo, si bien en el marco del convenio puede haber lugar al desarrollo de función pública, es claro que bajo ninguna circunstancia se equipara a la noción de contratista de la administración en virtud de la naturaleza del convenio. A diferencia de un contratista, los particulares que se asocian con el Estado pretenden aunar esfuerzos para conseguir un objetivo común que en ningún caso implica el reporte de utilidad económica a las partes; en esa medida estos particulares no se están lucrando a través de su actividad ni están recibiendo contraprestaciones con cargo a los recursos públicos, a diferencia de los contratistas. Siendo así las cosas, en caso de que se evidencie el ejercicio de funciones públicas y, por tanto, el sometimiento a un régimen que implique una extensión de la

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-866/99.(M.P. Vladimiro Naranjo; Noviembre 3 de 1999)

responsabilidad penal, la fuente de este tratamiento no equivale a la presunción consagrada en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 sino a las consideraciones plasmada en el artículo 20 del Código Penal, circunstancia que a todas luces es más favorable para los suscriptores del convenio.

La inaplicabilidad de la presunción prevista en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 en virtud de la cual, *para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos*, conlleva una consecuencia fundamental y es que, mientras que en el caso de los contratistas del Estado siempre va a existir la calificación necesaria para declarar la tipicidad de la conducta, al menos desde la perspectiva del sujeto activo, en el caso de los convenios dicha circunstancia dependerá del marco de la relación determinada entre el Estado y el particular y de la eventual transferencia de funciones públicas.

De esta forma se evidencia una divergencia respecto de los sujetos de un contrato de la administración y los de un convenio estatal que si bien puede no ser relevante para efectos penales en los casos en los que se evidencia una transferencia de función pública, sí constata la aplicación de un régimen penal más favorable respecto de los particulares que se asocian con el Estado en virtud de una relación convencional; circunstancia que puede explicarse en la naturaleza y finalidades de ambos vínculos: a fin de cuentas el particular que celebra un convenio tiene como propósito colaborarle a la administración a alcanzar algunos de los cometidos estatales dispuestos en el ordenamiento jurídico, sin que existan

contraprestaciones o intereses patrimoniales de por medio; en cambio en el marco de un contrato siempre el factor económico representará el centro de la relación que, necesariamente se ve enmarcada por una serie de intereses contrapuestos donde cada parte busca sacar el mayor provecho, circunstancia que necesariamente exige mayores controles respecto de la actuación y los intereses del contratista.

V.II ANÁLISIS DE LOS CONVENIOS DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA A LA LUZ DEL OBJETO MATERIAL DESCRITO POR LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

Ahora bien, culminado el capítulo anterior y entendiendo que la aplicación de los delitos de celebración indebida de contratos a los convenios de ciencia y tecnología es relativa partiendo desde el punto de vista del sujeto activo, es menester estudiar el objeto de estos tipos penales, que hacen referencia al “contrato estatal” y en el caso del artículo 409 a la “operación administrativa”, respecto de este tipo de asociaciones. Para desarrollar este capítulo es imperativo hacer un paralelo entre las dos hipótesis referentes a la naturaleza del contrato estatal, ya que cobran especial importancia respecto de la tipificación de las características del objeto material de los delitos de celebración indebida de contratos.

Como ya han sido estudiados, en capítulos anteriores, los conceptos de contrato y convenio estatal, no es necesario reiterar la explicación de ambas nociones en el presente apartado. Por esta razón se procederá únicamente a analizar las posibles hipótesis que pueden contemplarse a la luz de estos tipos penales, partiendo de las definiciones anteriormente planteadas y del debate sobre la naturaleza del convenio público presentado con anterioridad en este documento.

Como ya fue referido, el objeto material de los delitos de celebración indebida de contratos, sin duda alguna es el contrato estatal, noción que está singularizada por una serie de características que permiten distinguir el vínculo contractual administrativo de otra serie de manifestaciones de la voluntad estatal como los actos administrativos y, a consideración nuestra, los convenios administrativos.

Recapitulando las características de los contratos y los convenios, vale la pena analizar dos elementos principales para efectos de plantear una postura clara respecto de la tipicidad de una posible conducta penal de las establecidas en el capítulo IV del Título XV del Código Penal : la naturaleza y el régimen que los gobierna.

V.II.I NATURALEZA DE LOS CONVENIOS Y LOS CONTRATOS ESTATALES

En primera medida debemos recordar que ambos negocios tienen como fuente un acuerdo de voluntades y que la diferencia generalmente aceptada entre ambas nociones se refiere a la dirección a la cual apuntan estas voluntades, toda vez que en el contrato hay lugar a intereses disímiles y contrapuestos, mientras que en el convenio se busca la realización de fines comunes a ambas partes¹⁴⁷

Adicionalmente, estudiando las características que la ley, la jurisprudencia y la doctrina otorgan a cada uno de estos tipos de negocio, es posible identificar una gran serie de diferencias que distinguen cada una de estas figuras y las erigen como herramientas jurídicas independientes con las que cuenta la administración para llevar a cabo sus fines. Sobre el particular, vale la pena analizar el siguiente cuadro extraído del artículo de la

¹⁴⁷ Jorge Enrique Santos Rodríguez. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. Pg.5. Bogotá Julio de 2008.

autora española Moreo Marroig¹⁴⁸, “*Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio:*”

| CONVENIO DE COLABORACIÓN | CONTRATO ONEROSO |
|--|--|
| No se manifiesta en una contraposición de intereses (ej., prestación de un servicio a cambio de una contraprestación económica), sino que se trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos. Su finalidad es el traslado de recursos públicos entre entidades públicas. | Existe total contraposición de intereses. Consiste en desarrollar una actividad singular y específica que forma parte del tráfico mercantil. |
| Ninguna de las partes tendrá interés patrimonial. Los intereses de las partes son públicos. | Existe interés patrimonial. |
| El beneficiario siempre será la comunidad. | |
| Generalmente, no van precedidos de proceso de selección porque se trata de priorizar necesidades para destinar recursos comunes en orden a un fin público. | El contratista, siempre buscará un beneficio. |
| Las prestaciones son conmutativas, es decir equivalentes. | Lo preside un proceso de selección que sólo se puede romper por disposición legal. |
| | No hay tal conmutatividad. |

149

La imagen ilustra de forma clara y concreta las diferencias existentes entre las dos figuras, que necesariamente nos llevan a colegir la inexistencia de identidad respecto del objeto material de los delitos de celebración indebida de contratos, de cara a los convenios estatales, y específicamente los convenios especiales de cooperación para actividades de ciencia y tecnología.

Circunstancia que se reitera si se entiende que, además de contener elementos que los diferencian de forma clara, los contratos y los convenios, para el caso los de actividades científicas y tecnológicas, cuentan con una regulación distinta, como bien lo ha identificado y reiterado la Honorable Corte Constitucional.

¹⁴⁸ Licenciada en derecho y Jefa del Servicio de Control de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares.

¹⁴⁹ Teresa Moreo Marroig. Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio. Auditoria Pública No. 50. Pgs. 75-86. 2010

V.II.I REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS Y LOS CONTRATOS ESTATALES

Sobre este tema existe una amplia discusión entre aquellas personas que entienden que los convenios, en general, no fueron objeto de regulación por parte de la Ley 80 y el sector de la doctrina que otorga al Estatuto General de Contratación una característica de universalidad en virtud de la cual fue creado para delimitar los alcances de cualquier negocio en el que participe el Estado.

Al respecto cabe anotar que, si bien ambas figuras necesariamente implican la confluencia de voluntades de dos sujetos, entre los cuales siempre será posible identificar una entidad pública, las características que individualizan a cada uno de estos negocios son suficientemente distintas y se encuentran totalmente identificadas en conjuntos normativos distintos, situación que llevaría a concluir que no hay lugar a evidenciar una relación género- especie entre los convenios y los contratos.

Como ya ha sido explicado en este documento, el Decreto 393 de 1991, no se limitó únicamente a definir los convenios especiales de cooperación para actividades científicas y tecnológicas, sino que además determinó las características que los individualizan y diferencian de otros negocios, estableciendo, entre otras disposiciones, que el régimen jurídico de este tipo de asociaciones estaba regido por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y el Código Civil. Remisión que no puede confundirse o asimilarse con el artículo 13¹⁵⁰ del Estatuto General de Contratación Estatal, que específicamente

¹⁵⁰ Artículo 13° Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094

prevé que en materia de contratación se da aplicación al régimen privado, exceptuando las normas contenidas en la Ley 80 de 1993.

Desde nuestro punto de vista el Legislador fue muy claro en diferenciar ambas materias y al expedir la Ley 80 omitió referirse a los acuerdos convencionales como objeto de regulación por parte del Estatuto; circunstancia que, por ejemplo, no ocurrió igual respecto de los contratos de ciencia y tecnología antes regulados por el Decreto 591 de 1991, norma que fue expresamente derogada en algunas de sus disposiciones, a partir de la Ley 80.

Adoptando esta postura, en virtud de la cual tanto la naturaleza como el régimen que cobija los convenios estatales se diferencian de los contratos de la administración, no habría lugar a reconocer la posibilidad de comisión de los delitos de celebración indebida de contratos, toda vez que el objeto material de la conducta no sería típico.

Sin embargo, aunque esta circunstancia pareciera ser clara, dada la falta de desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, no podemos omitir la segunda hipótesis que sobre el particular se ha planteado y que establece que entre ambas figuras existe una relación género-especie, según el elemento común que las caracteriza. Hipótesis que se ve secundada con la creencia de que la Ley 80 de 1993, norma expedida dos años después del Decreto 393 de 1991, reguló todo lo concerniente a la celebración de cualquier tipo de negocios por parte de la administración y que encuentra sustento en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, referentes a las relaciones convencionales.

Según dicha postura los convenios celebrados por la administración se rigen, en lo no determinado por las normas especiales, por las disposiciones de la Ley 80 y además

observan sus principios¹⁵¹. La razón de esta extensión normativa básicamente se refiere a la noción de contrato estatal plasmada en el Estatuto, que hace referencia exclusivamente a un negocio donde sea identificable la participación de una entidad pública.

Adoptar esta tesis conlleva necesariamente a una conclusión distinta respecto de la aplicación de los tipos penales consagrados en el Capítulo IV del Título XV en virtud de la cual se evidenciaría una coincidencia entre el convenio especial de ciencia y tecnología y el objeto material de los delitos referidos. De esta forma, en caso de verificar la transferencia de función pública y de acatar esta postura doctrinal, se entendería que la responsabilidad penal de los particulares que se vinculan con el Estado a través de estos convenios estaría regida necesariamente por los delitos de celebración indebida de contratos.

Sin embargo, adoptando la línea demarcada por los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología, la naturaleza de dichas asociaciones, las disposiciones especiales plasmadas en el Decreto Ley 393 de 1991 y el reciente pronunciamiento de la Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente, no pareciera lógico equiparar ambas figuras, teniendo en cuenta, de forma especial, las obligaciones y prerrogativas que surgen de los convenios respecto de los particulares. En esa medida, adoptamos la primera postura referente a la separación de ambas nociones y por tanto la imposibilidad de asimilar la figura de los convenios especiales de ciencia y tecnología con el objeto material de los delitos de celebración indebida de contratos.

¹⁵¹ Augusto Ramón Chávez Marín. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Pg. 74 Ed. Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá (2008)

Ahora bien, quedan en el aire algunos interrogantes; en primera medida, bajo la postura en virtud de la cual los tipos penales estudiados no son aplicables, es imperativo dilucidar el régimen de responsabilidad determinado para estos particulares que finalmente pueden asumir funciones públicas y manejar recursos estatales. También, respecto de la posibilidad de que no exista una transferencia de funciones públicas cabe estudiar si existe alguna forma de participación distinta a la autoría imputable para estos casos y, finalmente, más allá del objeto material y del sujeto activo, es importante analizar otros elementos que pudiesen justificar su aplicación a los convenios especiales de ciencia y tecnología.

VI. OTRAS HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD PENAL

Para dar solución a estos interrogantes es necesario analizar dos materias distintas: la institución penal del interviniente y la posibilidad de que un convenio de ciencia y tecnología pueda devenir en un contrato estatal y, por ende, las partes que lo celebraron adquieran un nuevo régimen de responsabilidad en virtud del cual pueda aplicarse el Capítulo IV del Título XV del Código Penal. Con este análisis concluiremos el estudio que compete al presente trabajo y plantaremos las conclusiones respecto del tema central que nos compete.

VI.I EL INTERVINIENTE

El artículo 30 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, estipula que al *“interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”*. Esta figura es entonces una creación del derecho penal, encaminada a buscar un sustento de imputación para aquellos individuos que, no cumpliendo con las calidades exigidas en un delito de sujeto activo

cualificado, son determinantes para la comisión de la conducta y, por ende, su comportamiento merece un reproche¹⁵².

La figura del interviniente en derecho penal responde a la necesidad de proteger ciertos bienes jurídicos de la vulneración que puedan sufrir en manos de diferentes tipos de sujetos. La teoría del derecho penal ha entendido que son múltiples las formas de participación dentro de un ilícito, que van más allá de la figura del autor material de la conducta¹⁵³; así, ha desarrollado las teorías del coautor, cómplice, determinador y más recientemente las nociones de estructuras organizadas de poder y empresas criminales¹⁵⁴. El interviniente entonces es la respuesta a la coautoría predicada de un tipo penal de sujeto activo calificado, en la cual uno de los autores no detenta las calidades exigidas en el tipo, pero conserva el dominio material del hecho¹⁵⁵ y, por tanto, su conducta es esencial para la comisión del delito.

No debe confundirse la figura del interviniente con otro tipo de participación penal, como por ejemplo los cómplices o determinadores, asunto sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha aclarado lo siguiente: *Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido*

¹⁵² Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Pg. 467. Ed. Temis. 2004

¹⁵³ Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal, Parte General, tomo II. Pg. 239 Ed. Jurídica de Chile (1997)

¹⁵⁴ Claus Roxin. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología”, de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Traducción del original “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft” Por la Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada)

<http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/02.%20Panel%207/3.%20Roxin,%20C.Dominio%20de%20organizacion.pdf>

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1122 de 2008. (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Noviembre 12 de 2008)

*restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal*¹⁵⁶

Entendiendo la noción básica del interviniente, vale la pena postularla como una posible solución a los cuestionamientos planteados relativos a la responsabilidad penal de los particulares que se asocian con las entidades estatales a través de un convenio especial de cooperación de ciencia y tecnología, especialmente en los casos donde no pueda identificarse la transferencia de funciones públicas y, por tanto pueda existir un problema de atipicidad respecto del sujeto activo.

Dando aplicación a la figura del interviniente se supera esta dificultad y se puede adoptar un criterio general de responsabilidad para los particulares que celebran convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología, el cual puede ser modificado en los casos en los que se evidencie la transferencia de función pública a través de las cláusulas pactadas en el convenio, situación que llevaría a hablar directamente de autoría. En esa medida se podría cobijar las actuaciones de los particulares que celebran este tipo de negocios con la administración, preservando el bien jurídico que protegen los delitos de celebración indebida de contratos, aunque con un grado punitivo menos estricto que aquel que se predica de los servidores públicos y demás sujetos que se enmarcan dentro de la calificación del tipo. .

Este tratamiento punitivo especial es más laxo, toda vez que los intervinientes, según el Código Penal, no son castigados *con la misma pena del sujeto activo calificado o de*

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Proceso No. 20.704,(M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. Julio 8 de 2003)

propia mano, porque, por razones de corte dogmático y político criminal, se estima que ellas tienen necesariamente que estar sometidas a una punición interior. La razón básicamente radica en la ausencia de elementos calificantes del sujeto activo de la conducta¹⁵⁷, ingredientes que, como ya fue explicado, se exigen en razón de deberes o condiciones especiales que derivan en exigencias de conducta más estrictas, como en el caso de los servidores públicos que, incluso por disposición constitucional, tienen mayores restricciones respecto de su actuar, dada la función pública que desarrollan.

Sin embargo, aunque a través de esta figura podría superarse el primer cuestionamiento de atipicidad, referente al sujeto activo descrito por los tipos penales estudiados, no desvirtúa la segunda crítica realizada al objeto material de las conductas. Dado que, para efectos de imputar un delito es menester identificar a plenitud todos los elementos de la norma penal, es importante analizar si, respecto de los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología necesariamente la conducta deviene en atípica o si existen escenarios en los que pueda superarse esta dificultad.

VI.II NOCIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA: EJE CENTRAL DE LA DIFERENCIA ENTRE LA CELEBRACIÓN REAL DE UN CONVENIO O UN CONTRATO REGIDO POR LEY 80

Como ya ha sido mencionado en distintas ocasiones, los convenios de ciencia y tecnología responden a un régimen excepcional, en virtud del cual no hay lugar a la aplicación de la Ley 80 de 1993, y que tiene como fundamento la promoción de actividades científicas y tecnológicas y a la naturaleza especial de la asociación prevista para el desarrollo de dichas

¹⁵⁷ Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Pg. 467. Ed. Temis. 2004

labores. El uso de estas normas especiales responde entonces principalmente a dos nociones: convenio y actividades científicas y tecnológicas.

En la práctica se ha evidenciado que, más allá de la calificación de los sujetos que participan en este tipo de asociaciones, el debate penal se centra principalmente en la inapropiada utilización del régimen especial para contratación de este tipo de actividades que puede conllevar a la celebración de un convenio, cuando realmente la naturaleza, el objeto y demás cláusulas pactadas en el negocio, evidencian, o bien que se trata de un contrato o que las actividades a desarrollar no se enmarcan dentro de la definición de ciencia y tecnología. Circunstancias que necesariamente deriva en la comisión de un delito, específicamente la conducta señalada en el artículo 410 del Código Penal.

Teniendo en cuenta que ya fueron analizados los elementos de la definición de convenio, el lector ya debe tener una noción clara respecto de las diferencias que lo distinguen de los contratos estatales, razón por la cual, no procederemos a estudiar dichas consideraciones, finalizaremos el presente documento analizando la noción de las actividades científicas y tecnológicas que sustentan la aplicación del régimen.

Este estudio pretende otorgar un criterio suficientemente claro al lector para determinar en cada caso particular si existe justificación suficiente para dar aplicación al Decreto Ley 393 de 1991, o si, por el contrario, determinado negocio debe regirse por los procedimientos estipulados en la Ley 80. Estas consideraciones, a su vez, permitirán determinar el verdadero negocio celebrado y, por ende, dilucidar si enmarca dentro de las características del objeto material descrito en los delitos estudiados.

De antemano cabe señalar que cuando se evidencia una debida aplicación del régimen especial, consideramos que no puede predicarse la comisión de los delitos codificados en los artículos 408, 409 y 410 de la Ley 599 de 2000, por un problema de atipicidad del objeto material que, para nosotros, se deriva de la postura adoptada en virtud de la cual las diferencias entre convenios y contratos son suficientes para concluir que son instrucciones de naturaleza distinta. Para estos casos no sería necesario analizar la naturaleza del particular y su calidad de autor o interviniente ya que la inexistencia de un contrato estatal impediría de entrada la aplicación de estos tipos penales, en esa medida la responsabilidad de las partes del negocio estaría regida, según las disposiciones del Decreto Ley 393 de 1991, por las disposiciones que sobre el particular consagra el Código Civil, el Código de Comercio y en general las normas atinentes a la contratación privada.

En cambio, cuando es posible desvirtuar la aplicación del régimen especial de ciencia y tecnología o cuando de los componentes del negocio se evidencie que las prestaciones realmente responden a la naturaleza de un contrato, necesariamente el escenario varía, bien sea porque se dio aplicación indebida a un régimen especial y excepcional, circunstancia que necesariamente implicaría la comisión del delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal, o porque realmente el negocio corresponde a un contrato, caso en el cual se materializará el objeto material del tipo penal.

Presentadas estas consideraciones y, obviando la explicación referente a la diferencia entre convenio y contrato que ya fue planteada con anterioridad en este documento, procederemos a realizar un breve estudio sobre el concepto de ciencia y tecnología.

VI.II. I DEFINICIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la materia manifestando que,

A fin de determinar la aplicación de estas normas especiales, que individualizan y caracterizan los contratos aludidos, debe acudirse a la definición que el artículo 2º del Decreto ley 591 de 1991¹⁵⁸ (en concordancia con los artículos 1 y 2º¹⁵⁹ del Decreto 393 de 1991) realiza de las actividades científicas y tecnológicas susceptibles de contratar¹⁶⁰

¹⁵⁸ Artículo 2. Para los efectos del presente decreto entiéndese por actividades científicas y tecnológicas, las siguientes:

1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos, y conformación de sedes de investigación e información.
2. Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.
3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.
4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.
5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.
6. Cooperación científica y tecnológica nacional o internacional.

Decreto 591 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. Febrero 26 de 1991.

¹⁵⁹ Artículo 1o.. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares, bajo dos modalidades:

1. Mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales {y personas jurídicas, sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones}.
2. Mediante la celebración de convenios especiales de cooperación.

Artículo 2o. Bajo cualquiera de las modalidades previstas en el artículo anterior, la asociación podrá tener entre otros, los siguientes propósitos:

- a. Adelantar proyectos de investigación científica.
- b. Apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales.
- c. Organizar centros científicos y tecnológicos, parques tecnológicos, e incubadoras de empresas.
- d. Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología.
- e. Establecer redes de información científica y tecnológica.
- f. Crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad.
- g. Negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras.
- h. Asesorar la negociación, aplicación y adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras.

Analizando la norma remitida se evidencia una serie de categorías dentro de las cuales debe estar enmarcada la actividad a contratar, so pena de no ser considerada como actividad científica o tecnológica. Sin embargo es importante tener presente que el concepto de ciencia y tecnología no es estático y, aunque la norma contiene una redacción general dentro de la cual se pueden enmarcar los diferentes avances tecnológicos, no pareciera otorgar un criterio claro a partir del cual se pueda determinar qué se entiende por ciencia o tecnología en un determinado momento histórico.

Recientemente la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, se vio enfrentada a estos cuestionamientos y a través de la Circular Externa No. 6 del 27 de septiembre de 2013, se remitió a lo descrito en el artículo 2 del Decreto-Ley 393 de 1991, el artículo 2 del Decreto-Ley 591 de 1991, el artículo 18 de la Ley 1286 de 2009 que modificó la Ley 29 de 1990; y el Documento CONPES 3582 de 2009. En el aparte del documento, cuyo texto puede ser encontrado en el pie de página¹⁶¹, la Agencia Nacional de

i. Realizar actividades de normalización y meteorología.

j. Crear fondos de desarrollo científico y tecnológico a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías, y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos.

k. Realizar seminarios, cursos o eventos nacionales o internacionales de ciencia y tecnología.

l. Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones.

Decreto 393 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. Febrero 8 de 1991.

¹⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso No. 17318 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Febrero 11 de 2009)

¹⁶¹ 1. Crear, fomentar, desarrollar y financiar empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales. 2. Organizar, crear y apoyar centros científicos, tecnológicos y de innovación, parques tecnológicos, incubadoras de empresas y empresas de base tecnológica. 3. Formar y capacitar el recurso humano para el avance y la gestión de la ciencia, tecnología e innovación. 4. Establecer y conformar redes de investigación e información científica, tecnológica y de innovación. 5. Crear fondos de desarrollo científico, tecnológico y de innovación a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos. 6. Realizar seminarios, cursos, congresos, talleres y eventos nacionales o internacionales de ciencia, tecnología e innovación. 7. Financiar publicaciones y otorgar premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones. 8. Adelantar proyectos de investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación; desarrollo de nuevos productos y

Contratación, realiza un ejercicio similar al que desarrolla el Consejo de Estado, incluyendo una nueva serie de criterios y adicionando que Colciencias se erige como la entidad encargada de aclarar las dudas sobre la catalogación de actividades científicas y tecnológicas, pero omite nuevamente la definición de ambas nociones.

Sin embargo el tema tampoco fue aclarado a totalidad y, por tanto, pareciera necesario acudir a conceptos extrajurídicos e internacionales que permitan trazar una línea para efectos de determinar qué actividades se encuentran cobijadas por este régimen especial.

En primera medida cabe preguntarse ¿A qué tipo de actividades hacen referencia estos conceptos? Y, aún más importante: ¿Para efectos jurídicos debe entenderse que cada uno de hace referencia a actividades independientes o debe entenderse que se trata de una noción compleja? Antes de resolver estos interrogantes vale la pena resaltar que la UNESCO, habla de tres componentes: Ciencia, tecnología e innovación, como ejes centrales del desarrollo de sociedades del conocimiento sostenible¹⁶². Siendo así,

procesos 9. Difundir información científica, tecnológica y de innovación, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia, tecnología e innovación. 10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la realización de actividades de homologación, normalización y metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica, tecnológica y de innovación; así como a la creación, fomento, difusión, promoción, implementación y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica. 11. Desarrollar proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma. 12. Transferencia tecnológica que comprende la asesoría, negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras. 13. Cooperación en ciencia, tecnología e innovación nacional o internacional. 14. Apropiación social de la ciencia, la tecnología y la innovación a través de la integración de la cultura científica, tecnológica e innovadora a la cultura regional y nacional. 15. Elaborar y desarrollar proyectos de investigación y desarrollo experimental (I+D), formación y capacitación científica y tecnológica, servicios científicos y tecnológicos y actividades de innovación e innovación social.

Las dudas de las Entidades Estatales ejecutoras sobre la catalogación de actividades científicas, tecnológicas y de innovación, debe aclararlas el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación - COLCIENCIAS -, autoridad competente en la materia.

¹⁶²Ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo sostenible. UNESCO.

<http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/ciencias-naturales/ciencia-tecnologia-e-innovacion/>

procederemos a analizar estos tres elementos para determinar cómo deben ser entendidas en Colombia, das actividades que los desarrollan

La Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la ciencia y la tecnología¹⁶³ aprobada el 27 de noviembre de 1978, instrumento que por primera vez definió los conceptos básicos relacionados con la materia, sostuvo lo siguiente:

Actividades científicas y tecnológicas (ACT): Actividades sistemáticas que están estrechamente relacionadas con la producción, la promoción, la difusión y la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos, en todos los campos de la ciencia y la tecnología. Estas actividades comprenden la I y D, la enseñanza y la formación y T (EFCT y los servicios científicos y tecnológicos (SCT), definidas en los apartados A9 a C) más abajo.

A su vez, el Manual de Frascati, dividió las actividades de ciencia y tecnología en tres campos: Innovación y Desarrollo; enseñanza y formación científica; técnica, y servicios científicos y técnicos. Según estos desarrollos se podría dar una respuesta, al menos inicial, a la primera de las cuestiones planteadas: Las actividades de ciencia y tecnología se refieren a desarrollos e innovaciones, enseñanza y formación y servicios en las materias señaladas por la Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la ciencia y la tecnología.

¹⁶³ Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la ciencia y la tecnología
<http://redined.mecd.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/95026/00820093002500.pdf?sequence=1>

En esta medida no cualquier actividad en la que se identifique algún componente científico o tecnológico puede ser identificada dentro de la categoría “Ciencia y Tecnología” y, por tanto, resulta imperativo discernir la definición de innovación y desarrollo y el momento a partir del cual se presentan estas cualidades al interior de un proyecto. También es fundamental definir si dichos elementos se predicen de la iniciativa o si necesariamente deben ir ligados al resultado.

El Protocolo de Oslo de Ciencia y Tecnología sobre "Medición de las Actividades Científicas y Tecnológicas"¹⁶⁴, trata la materia, plasmando algunas directrices para recaudar e interpretar datos de la innovación tecnológica, entendiendo por dicho concepto lo siguiente

Una innovación es la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo.

Según estas consideraciones, es claro que para hablar de ciencia y tecnología en el contexto de los instrumentos internacionales y nacionales que apoyan el desarrollo de estos elementos como fuente de progreso y desarrollo, necesariamente debe identificarse el componente de la innovación. Contando con este conocimiento es posible identificar las actividades a las cuales se refiere el Decreto 393 de 1991 y, así mismo, las actividades que no se ven cobijadas por este régimen especial, circunstancia que se torna determinante para dilucidar la aplicación de la Ley 80 y, por tanto, la procedencia de imputación de los tipos penales de celebración indebida de contratos.

¹⁶⁴ La medida de las actividades científicas y tecnológicas: Manual de Oslo. Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación. Publicación conjunta de OCDE y Eurostat (2005)

VI.II.II ACTIVIDADES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA COMO CRITERIO PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD PENAL

Ahora bien, cabe resaltar que usualmente las entidades estatales no acuden a estos instrumentos para aclarar el alcance del concepto de ciencia y tecnología y, teniendo en cuenta que no existe en Colombia un pronunciamiento jurisprudencial o doctrinal que otorgue claridad sobre el tema, actualmente se puede identificar un desconocimiento generalizado que ha derivado en el uso injustificado del régimen especial para celebración de contratos y convenios de ciencia y tecnología.

Como ya fue referido, esta situación es problemática dado que además de generar gran incertidumbre, deriva en un altísimo riesgo de aplicación inapropiada de los Decretos 393 y 591 de 1991. Sin embargo, esta materia puede ser objeto de una investigación posterior que se escapa a los límites del presente documento.

VII. CONCLUSIONES

Una vez se han expuesto todas las consideraciones relevantes sobre la materia que fundamentó el presente estudio, es posible plantear diversas conclusiones basadas principalmente en la omisión del legislador y los jueces por definir la responsabilidad penal aplicable respecto de los convenios celebrados por la administración, especialmente cuando se refieren a actividades científicas y tecnológicas.

La inexistencia de desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia deriva en un vacío de grandes magnitudes que obligan al intérprete de las normas a acudir a

instrumentos internacionales o a pronunciamientos sobre temas similares que abren una serie de hipótesis distintas, otorgando un amplio margen de interpretación y, por tanto de incertidumbre. Circunstancia que a la luz de los principios básicos del Derecho Penal no encuentra justificación alguna y que atenta contra la seguridad jurídica, especialmente respecto de aquellos sujetos a los que la norma puede ser extensiva sin encontrarse enunciados en la tipificación.

Por estas razones y partiendo de la existencia de un régimen especial, creado específicamente por el Legislador para diferenciar la estructura y el desarrollo de los convenios especiales de cooperación de actividades científicas y tecnológicas de los contratos estatales determinados por el Estatuto General de Contratación, consideramos que no puede haber lugar a una equiparación de las dos figuras y, por tanto, no puede haber lugar a la aplicación de los delitos referentes a celebración indebida de contratos para este tipo de asociaciones.

Ahora bien, es claro que ante la falta de un pronunciamiento sobre la materia no es descartable de plano la posibilidad de que se impute la comisión de uno de estos delitos a los particulares y servidores públicos que desarrollan estos convenios, especialmente cuando en el país no existe claridad sobre las actividades que se enmarcan dentro del concepto de ciencia y tecnología. En esta medida es importante tener presentes figuras como la del interviniente o el particular que asume funciones públicas para efectos de enmarcar las conductas de los particulares que se asocian con el estado a través de esta figura, dentro de un marco de favorabilidad punitiva, que responde a la inexistencia de las circunstancias calificantes que determinó el legislador para el sujeto activo de estos tipos penales.

También debe tenerse en cuenta la posibilidad de que las entidades estatales, buscando celeridad y facilidades respecto del desarrollo de un proyecto, opten por tramitar bajo la fachada de un convenio especial de cooperación de ciencia y tecnología, un objeto contractual que, según sus características reales, responda a las disposiciones plasmadas en la Ley 80 de 1993. Así mismo puede que según las prestaciones pactadas no se esté celebrando un convenio sino un verdadero contrato de ciencia y tecnología, que encuentra un régimen distinto en el Decreto Ley 591 de 1991 y que también se verá sometido a las normas del Estatuto General de Contratación.

En ambos casos, habría lugar a desvirtuar la primera conclusión expuesta, ya que tramitar un convenio a través de un régimen especial, cuando no se cumplan los presupuestos de aplicación de la norma excepcional a la Ley 80, necesariamente conlleva a la comisión de un delito, sin que sea necesario analizar la calidad de los sujetos, sino simplemente la naturaleza real del vínculo.

En cambio, cuando se evidencia una correcta aplicación de las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 393 de 1991, parecería no existir fundamento para dar aplicación a estos tipos penales, especialmente partiendo de la naturaleza del vínculo que al consistir en un convenio, regido por disposiciones ajenas a la Ley 80, no puede ser equiparado con un contrato estatal y, por tanto, no se identifica con el objeto material de las conductas de celebración indebida de contratos, ya analizadas en el presente documento.

Sin embargo es claro que el debate sigue abierto y, hasta que no haya un pronunciamiento claro por parte de las altas cortes respecto a la materia el tema seguirá siendo vago y las determinaciones de la Fiscalía General de la Nación dependerán principalmente de las tesis

jurídicas que adopten sus funcionarios, sin que pueda fijarse una línea de acción clara. Sin perjuicio de que, una vez analizada la teoría de cada uno de los elementos de los tipos penales de celebración indebida de contratos y de los convenios especiales de cooperación para ciencia y tecnología, parecerían ser claras las divergencias que necesariamente derivarían en un problema de atipicidad.

Esta conclusión no implica que consideremos que los particulares que desarrollan este tipo de negocios no deban estar cobijados por un régimen especial de responsabilidad. Es claro que el desarrollo de un proyecto estatal que implica el manejo de recursos públicos debe implicar mayores responsabilidades que las derivadas de una contratación entre particulares, sin embargo el debe ser no implica que deba desconocerse principios fundamentales del ordenamiento jurídico, como la tipicidad y la legalidad en materia de derecho penal. En esa medida no es dada una extensión jurisprudencial, doctrinal o incluso normativa, a través de disposiciones ajenas a los delitos enunciados, cuando no exista claridad sobre el tema en el texto de las conductas penales que se busque aplicar.

Un principio esencial para el funcionamiento de una sociedad regida por un ordenamiento jurídico justo es el respeto a la seguridad jurídica, especialmente cuando se trata de la determinación de las conductas que conllevan a la aplicación de los castigos más severos, como la privación de la libertad. En esa medida en Colombia se debe respetar este postulado y se debe tener claridad sobre el espectro de aplicación de los delitos, para así mismo conocer a cabalidad los límites de conducta que deben observar los ciudadanos. En esa medida es una tarea pendiente del legislador o los jueces determinar los reales alcances de responsabilidad penal al interior de estas alianzas, tarea que debería estar en la agenda nacional, teniendo en cuenta que a partir del Acto Legislativo 05 de 2011 se aumentó el

porcentaje de recursos para el desarrollo de proyectos de ciencia y tecnología, circunstancia que ha impulsado la celebración de convenios y contratos sobre la materia a lo largo y ancho del territorio nacional.

Los inconvenientes de este vacío ya se están evidenciando, casos como Agro Ingreso han demostrado la urgencia de que exista un pronunciamiento sobre el tema. Además debe recordar el lector que, respecto de los proyectos de ciencia y tecnología, existe un régimen de contratación más laxo, tanto en materia de convenios como respecto a los contratos, circunstancia que despierta interés en las entidades que a veces buscan la forma de evitar el desarrollo de procesos engorrosos y costosos como la licitación pública. Es imperativo entonces especificar la aplicación de estos tipos penales a la luz de las relaciones convencionales y, también, que la jurisprudencia y la doctrina se ocupen de los límites y alcances del concepto de ciencia y tecnología antes de que el régimen colapse y la oleada de escándalos penales lleve al legislador y a los jueces a fijar unos parámetros basados en la opinión pública y no en instrumentos jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Rad. 1.710. (C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Febrero 23 de 2006)

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Rad. No. 1881 (C. P. Enrique José Arboleda Perdomo; Abril 30 de 2008)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso No. 17318 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Febrero 11 de 2009)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso No. 35476 (C.P. Enrique Gil Botero; Octubre 7 de 2009)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso No. 17860. (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Junio 23 de 2010)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-316 de 1995. (M.P. Antonio Barrera Carbonell; Julio 19 de 1995)

Corte Constitucional, Sentencia C-563/98. (M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz; Octubre 7 de 1998)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-133 de 1999. (M.P. Carlos Gaviria Díaz; Marzo 3 de 1999)

Corte Constitucional. Sentencia C-866/99. (M.P. Vladimiro Naranjo; Noviembre 3 de 1999)

Corte Constitucional, Sentencia C-949/01. (M.P. Clára Inés Vargas Hernández; Septiembre 5 de 2001)

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

Corte Constitucional, Sentencia C-037/03.(M.P. Álvaro Tafur Galvis; Enero 28 de 2003)

Corte Constitucional. Sentencia C-1122 de 2008. (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Noviembre 12 de 2008)

Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. (M.P. María Victoria Calle; Octubre 7 de 2009)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso no. 2450. (M.P. Dídimo Páez Velandia; Enero 23 de 1991)

Corte Suprema de Justicia. Proceso No. 20.704,(M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. Julio 8 de 2003)

Doctrina

Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. Circular Externa No. 6. Septiembre 27 de 2013.

Alfonso Gómez Mendez. Delitos Contra la Administración Pública. Ed. Universidad Externado de Colombia. Pg. 41. Bogotá, 2000.

Alfredo Rodríguez Montaña, Francisco José Sintura y Wilson Martínez Sánchez. *Estudios de Derecho Penal Económico*. Ed. Universidad del Rosario, Colección textos de Jurisprudencia. (2007)

Álvaro Tafur Galvis. Las entidades Descentralizadas. Pg. 107. Ed. Universidad Externado de Colombia

Andrés Mutis Vanegas y Andrés Quintero Múnera. *La Contratación Estatal: análisis y perspectivas*.Ed. Pontificia Universidad Javeriana. 2000

Augusto Ramón Chávez Marín. *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Ed. Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá (2008)

Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana. Estudios de profundización en contratación estatal. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana. (1997)

Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal, Parte General, tomo II. Ed. Jurídica de Chile (1997)

Henry Issa El Koury y María Gerarda Arias. Derechos Humanos en el Sistema Penal. Pg. 36. Ed. Universidad Estatal a Distancia. San José de Costa Rica (1996)

Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Delitos de celebración indebida de contratos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000.

Jaime Vidal Perdomo. *Derecho Administrativo*. Ed. Temis. (1985)

Jorge Bendeck Olivella. Exposición de motivos del Estatuto General de Contratación. Gaceta del Congreso No. 75, Santafé de Bogotá, D.C, 23 de septiembre de 1992

Jorge Enrique Santos Rodríguez. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. Bogotá Julio de 2008. Revista Digital de Derecho Administrativo. ISSN: 2145-2946. Universidad Externado de Colombia

Juan Ángel Palacio Hincapié. *La contratación de las entidades estatales*. Ed. Librería Jurídica Sanchez R Ltda. (1998)

Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Ed. Temis. 2004.

Gonzalo Suárez Beltrán. *La Nueva Contratación Pública en Colombia: Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*. Ed. Legis. (2009)

Libardo Rodríguez. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Ed. Temis, (1984)

Luis Guillermo Dávila Vinuesa. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Ed. Legis. Bogotá (2003)

María Teresa Palacio Jaramillo. *Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia*. Revista de Derecho Público NQ 14. Junio de 2002. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Paz M. de la Cuesta Aguado. Tipicidad e imputación objetiva. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo

Ricardo Uribe Holguín. *De las Obligaciones y de los Contratos en General*. Ed. Temis. Bogotá, (1982)

Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Pg. 303. Ed. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, (1996)

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. (2000)

Teresa Moreo Marroig, Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio. Auditoría Pública No. 50 de 2010, Página 75-86.

Normas

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia)

Decreto 100 de 1980 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Febrero 20 de 1980. D.O.No. 35.461

Decreto 393 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. Febrero 8 de 1991.

Decreto 591 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. Febrero 26 de 1991.

Decreto 679 de 1994 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. Marzo 28 de 1994

Decreto 855 de 1994 [Presidencia de la República] por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa. Abril 28 de 1994

Decreto 734 de 2012 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Abril 13 de 2012

Decreto 1510 de 2013 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Julio 17 de 2013

Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 142 de 2010, Senado “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de control de la gestión pública.* Jorge Eduardo Londoño, Senador ponente.

Ley 29 de 1990, por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias. Febrero 27 de 1990. D.O. No. 39.205

Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Octubre 28 de 1993. DO. No. 41.094

Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. D.O. No. 44097

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. D.O No. 46691

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. D.O. No. 48128.

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. Enero 10 de 2012. D.O. No. 48308

Páginas de Internet

Ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo sostenible. UNESCO.

<http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/ciencias-naturales/ciencia-tecnologia-e-innovacion/>

Claus Roxin. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología”, de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Traducción del original “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft” Por la Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada) <http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/02.%20Panel%207/3.%20Roxin,%20C.Dominio%20de%20organizacion.pdf>

Convenios de la Administración Pública. Marco Regulatorio de los Convenios de Apoyo y Asociación. Actualización 2012. Guía de Contratación Estatal. Imprenta Distrital- D.D.D.I. Octubre de 2012 :

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sig/ProcedimientosYFormatos/OTROS%5C2214400OT034.pdf>

Manual de Frascati

http://www.recerca.uab.es/convocatories/docs/manual_frescatti.pdf

Manual de Oslo

http://www.uis.unesco.org/Library/Documents/OECDOSloManual05_spa.pdf

Mercedes García Arán. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal.

[http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20\(Documentos\)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf)

Por el caso de los patrimonios autónomos que condenó a whitman porras, fueron capturados ex funcionarios de Fiduagraria

<http://www.prensalibrecasanare.com/principal/6139-por-el-caso-de-los-patrimonios-autonomos-que-condenu-a-whitman-porras-fueron-capturados-ex-funcionarios-de-fiduagraria.html> (13 de marzo de 2013)

Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la ciencia y la tecnología

<http://redined.mecd.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/95026/00820093002500.pdf?sequence=1>

Top 10 casos de corrupción. El Espectador.

<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/top-10-casos-de-corrupcion-colombia-ad-portas-de-fallo-galeria-447588#ad-image-6> (20 septiembre, 2013)